Sostenibilidad y Derecho: una visión pluridisciplinar

Josefina Boquera Matarredona
Juan Bataller Grau (dirs.)

Javier Vercher Moll (coord.)

Marcial Pons

SOSTENIBILIDAD Y DERECHO:
UNA VISIÓN PLURIDISCIPLINAR

JOSEFINA BOQUERA MATARREDONA
JUAN BATALLER GRAU
(Dirs.)

SOSTENIBILIDAD Y DERECHO
Una visión pluridisciplinar

Coordinación de
Javier Vercher Moll

Marcial Pons
MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2024

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Los autores
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A.
Tamayo y Baus, 7. 28004 MADRID
☎ 91 304 33 03
www.marcialpons.es
ISBN: 978-84-1381-899-3
Depósito legal: M 28279-2024
DOI: *https://doi.org/10.37417/Sostenibilidad-y-Derecho*
Diseño de cubierta: ene estudio gráfico

ÍNDICE

Pág.

VIABILIDAD Y SOSTENIBILIDAD EN LA REESTRUCTURACIÓN PRECONCURSAL, *por Ana Belén Campuzano* 21

I. LOS FACTORES DE SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL 22
II. LA REESTRUCTURACIÓN PRECONCURSAL 27
1. Los presupuestos de la reestructuración 32
2. La viabilidad como condiciónde los planes de reestructuración 43
3. El impacto de la sostenibilidad en la reestructuración 48
III. BIBLIOGRAFÍA 50

INSOLVENCIA Y SOSTENIBILIDAD, *por Marta Flores Segura* 53

I. INTRODUCCIÓN 54
II. LOS *STAKEHOLDERS* EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA 56
1. Consideraciones generales 56
2. El modelo del gobierno corporativo: accionarialismo (***s**hareholderism*) vs. stakeholderismo (*stakeholderism*) 56
3. La postura tradicional en la insolvencia.El «acreedorismo» (*claimholderism*) 58
4. La irrupción de los *stakeholders* en los procedimientos de insolvencia 60
5. Conclusiones preliminares 65

Pág.

III. EL ROL DE LA SOSTENIBILIDADEN LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA 68
1. Consideraciones generales..... 68
2. La sostenibilidad en los procedimientos de insolvencia bajo las posturas tradicionales..... 69
3. Ensayo de un nuevo enfoque basado en la viabilidad..... 70
IV. LA PREFERENCIA LEGAL EXPRESAPOR PROPUESTAS SOSTENIBLES:ANÁLISIS CRÍTICO DE SU CONVENIENCIA 74
1. El caso de la Ley Concursal española..... 74
2. Análisis crítico..... 75
V. CONCLUSIONES..... 78
VI. BIBLIOGRAFÍA..... 81

AVANCES EN LA SOSTENIBILIDAD DE EMPRESAS: DEL PACTO VERDE EUROPEO A LAS DIRECTIVAS CSRD Y DE DILIGENCIA DEBIDA, *por Marina San Martín Calvo* 85

I. PRIMEROS PASOS EN LA APORTACIÓN DE INFORMACIÓN SOBRE SOSTENIBILIDAD..... 86
II. EL INFORME DE SOSTENIBILIDAD..... 88
1. El Acuerdo de París y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)..... 88
2. El Plan de Acción para financiar el crecimiento sostenible 90
3. La estrategia de la UE para la sostenibilidad:El Pacto Verde Europeo 93
4. Taxonomía europea y actividades económicas sostenibles. 94
III. LA DIRECTIVA CSRD Y LA INFORMACIÓN EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD 97
1. De la información no financiera a la información corporativa en materia de sostenibilidad 97
2. Los objetivos de la Directiva (UE) 2022/2464 sobre formación corporativa en materia de sostenibilidad..... 100
3. El ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva CSRD ... 100
4. Novedades en los informes de sostenibilidad corporativa .. 102
5. La presentación del informe de sostenibilidad y el principio de «doble materialidad» 104
IV. LAS NORMAS DE PRESENTACIÓN DE INFORMACIÓN SOBRE SOSTENIBILIDAD..... 106

Pág.

V. LA ULTIMA INICIATIVA DE DESARROLLO DEL PACTO VERDE EUROPEO: PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA..... 107
VI. BIBLIOGRAFÍA..... 110

LA SOSTENIBILIDAD Y SU INTEGRACIÓNEN LA EMPRESA, *por Soledad M.ª Suárez Rubio*..... 113

I. INTRODUCCIÓN..... 114
1. La Propuesta de Directiva sobre Diligencia debidaen materia de sostenibilidad..... 114
II. SOSTENIBILIDADEN EL ÁMBITO EMPRESARIAL..... 117
1. Marco teórico de la sostenibilidad empresarial..... 117
2. Criterios de sostenibilidad ESG y su relación con el interés social..... 118
III. INCORPORACIÓN DE LOS CRITERIOS ESG EN LA EMPRESA..... 120
IV. ENFOQUE PARA LA INTEGRACIÓN DE LOS ESG VÍA MODIFICACIÓN ESTATUTARIA CAMBIANDO EL OBJETO SOCIAL..... 121
1. Definición y alcance..... 121
2. Procedimiento de modificación estatutariay tutela de los socios..... 122
3. Ventajas y desventajas..... 122
V. ENFOQUE PARA LA INTEGRACIÓN DE LOS ESG VÍA MODIFICACIÓN ESTATUTARIA INSERTANDO NUEVOS ARTÍCULOS EN LOS ESTATUTOS SOCIALES..... 123
VI. ENFOQUE PARA LA INTEGRACIÓN DE LOS ESG VÍA PACTOS PARASOCIALES..... 124
1. Definición y alcance..... 124
2. Flexibilidad y limitaciones..... 125
3. Pactos omnilaterales para integrar los criterios ESG..... 126
VII. CONCLUSIONES..... 127
VIII. BIBLIOGRAFÍA..... 128

SOSTENIBILIDAD: LAS CONDICIONES DE POSIBILIDAD PARA LA VIDA, *por Ana Caparrós Gadea*... 131

I. INTRODUCCIÓN..... 132
II. LA (IN)SOSTENIBILIDAD DEL DESARROLLO..... 134

Pág.

III. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA EN EL MEDIO AMBIENTE 141
IV. POR UNA EDUCACIÓN ECOLÓGICA GLOBAL..... 144
V. BIBLIOGRAFÍA..... 144

LOS SECRETOS EMPRESARIALES Y LA INNOVACIÓN: EL OLVIDO DE LOS ODS EN LA LEY 1/19, *por Pablo Muruaga Herrero* 147

I. INTRODUCCIÓN..... 148
II. REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO AL CONCEPTO DE SECRETO EMPRESARIAL 152
III. ¿POR QUÉ PROTEGEMOS LOS SECRETOS EMPRESARIALES?..... 157
1. Parecidos y diferencias con la propiedad intelectual: una reflexión sobre su naturaleza jurídica 157
2. Las razones o sinrazones para su protección 161
3. Un proyecto sin terminar..... 166
IV. LA COMPLICADA RELACIÓN ENTRE LOS SECRETOS EMPRESARIALES Y LA AGENDA 2030: UN OLVIDO..... 168
V. BIBLIOGRAFÍA..... 170

SOSTENIBILIDAD Y CONSUMIDOR RESPONSABLE, *por Javier Badenas Boldó*..... 173

I. EL CONSUMO COMO FENÓMENO SOCIAL..... 174
II. LA RESPONSABILIDAD EN EL CONSUMO 176
1. El consumidor responsable..... 176
2. Características del consumo responsable..... 176
3. Medidas para el consumo responsable..... 177
4. Consumo responsable y empresa. 178
5. Formas de consumo responsable. 178
6. La responsabilidad social del consumidor 179
III. CIRCULARIDAD Y CONSUMO..... 182
1. Economía circular: planteamiento 182
2. Economía circular y consumidor..... 184
3. Políticas europeas de fomento de la economía circular 187
4. Iniciativa de productos sostenibles 189
5. Iniciativa sobre el empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica..... 192

Pág.

IV. CONCLUSIÓN 194
V. BIBLIOGRAFÍA 196

PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEY DE MOROSIDAD, PILAR FUNDAMENTAL PARA IMPULSAR LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA, *por Pablo Tortajada Chardí* 199

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES 200
II. ANTECEDENTES Y MARCO JURÍDICO ACTUAL DE LA MOROSIDAD 202
1. Sistema de la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio 202
2. Sistema de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre 203
3. Sistema de la Ley 15/2010, de 5 de julio 204
4. Sistema de la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero 205
III. SISTEMAS PROPUESTOS DE REFORMA 206
1. Sistema propuesto en la Proposición de Ley 28 febrero 2020 206
2. Sistema en la propuesta de Reglamento 2023/0323 (COD) 207
IV. IMPACTO DE LA MOROSIDAD EN LA SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL Y MEDIDAS DE MITIGACIÓN 209
1. Medidas para reducir la morosidad 210
2. Impulso del crecimiento económico sostenible 211
3. Implementación de una supervisión activa y seguimiento por autoridades 212
V. CONCLUSIONES 213
VI. BIBLIOGRAFÍA 214

LA REGULACIÓN EUROPEADE LA DILIGENCIA DEBIDA EMPRESARIAL DESDE UNA PERSPECTIVA CONFLICTUAL, *por Rosa Pla Almendros* 215

I. INTRODUCCIÓN 216
II. PLANTEAMIENTO Y RESPUESTA LEGISLATIVA A LAS VULNERACIONES EMPRESARIALES DE DERECHOS HUMANOS 218
III. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 220
1. Ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva 221
2. Objetivos de la Propuesta de Directiva 223

Pág.

3. La importancia del Derecho Internacional privado en la Propuesta de Directiva 227

IV. LEY APLICABLE A LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRA LAS EMPRESAS VULNERADORAS DE DERECHOS HUMANOS 228

1. La responsabilidad civil de las empresasen la Propuesta de Directiva 228
2. Ley aplicable en el Proyecto de informe del Parlamento Europeo de septiembre de 2020 230
3. Ley aplicable en la Resolución del Parlamento Europeode marzo de 2021 232
4. Ley aplicable en la Propuesta de Directiva de febrero de 2022 232
5. Ley aplicable en la Propuesta de Directiva de marzoy abril de 2024 233

V. CONCLUSIONES 236
VI. BIBLIOGRAFÍA 237

MAPEO DEL ESTADO ACTUAL DE LOS PRINCIPIOS DE ECONOMÍA SOCIAL Y RSE EN LA GESTIÓN SOSTENIBLE DE LA CADENA DE SUMINISTROS, *por Alexander Letzkus Saavedra* 241

I. INTRODUCCIÓN 242
II. MARCO TEÓRICO 243

1. Supply Chain Management Cadena de gestion de suministros 243
2. Economía Social 244
3. Responsabilidad Social Empresarial 245

III. METODOLOGÍA 246

1. Resultado de selección de fuentes de información 248

IV. RESULTADOS 250

1. Análisis de la evolución de los principios de economía social y RSE en el campo de la SCM a lo largo del tiempo 250
2. Análisis de los beneficios económicos, sociales y ambientales de la implementación de los principiosde economía social y RSE en la SCM 252
3. Identificación de las barreras para la implementación de los principios de economía social y RSE en la SCM 253

Pág.

V. DISCUSIONES Y CONCLUSIONES 263
VI. BIBLIOGRAFÍA 265

SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE PENSIONES: PRESENTE Y FUTURO, *por Raquel Poquet Catalá* 269

I. INTRODUCCIÓN 269
II. MARCO NORMATIVO 270
III. MEDIDAS PARA CONTRIBUIR A LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES ESPAÑOL 273
1. Mecanismo de Equidad Intergeneracional 273
2. Jubilación demorada 277
3. Jubilación anticipada 282
4. Jubilación anticipada por razón de la actividad 285
5. Jubilación anticipada de personas con discapacidad 287
IV. CONCLUSIONES 289
V. BIBLIOGRAFÍA 290

ANÁLISIS COMPARADO DE LA LITIGACIÓN CLIMÁTICA: DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL A LA CORPORATIVA, *por Jesús María Calderón Argüello* 291

I. INTRODUCCIÓN 292
II. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA EXISTENCIA DE DEBERES SOBRE EL MEDIO AMBIENTE 294
1. El objeto del litigio como condicionantede la fundamentación jurídica 294
2. Vías de fundamentación jurídica: derechos humanos y derecho tradicional de daños 294
3. Análisis jurisprudencial: diferencias según la jurisdicción y extrapolación de la responsabilidad pública a la privada 296
III. LA LEGITIMACIÓN O DERECHO DE ACCIÓN 299
1. Legitimación: individual, colectivapor intereses difusos y acciones de clase 299
2. Análisis comparativo: los requisitos de legitimación según la jurisdicción 300
IV. EL NEXO CAUSAL 302
1. Teorías y desafíos de la causalidad en la litigación climática 302
2. Análisis jurisprudencial: relevancia, orden y teorías sobre el nexo causal 303

Pág.

V. MÁS ALLÁ DE LA DISPUTA ANTE TRIBUNALES 306
1. El rol de la litigación climáticaen la separación de poderes 306
2. Litigación climática en sentido opuesto..... 307
3. Litigación climática y justicia transicional 307
4. Litigación climática: responsabilidad sin indemnización ... 308

VI. BIBLIOGRAFÍA 308

ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS CONTRA LOS ADMINISTRADORES DE EMPRESAS CÁRNICAS Y LÁCTEAS POR EMISIONES DE METANO, *por Isabel Nieuwenhuys Ruiz* 311

I. INTRODUCCIÓN 313
II. LAS EMPRESAS CÁRNICAS Y LÁCTEAS PRODUCEN IMPORTANTES EMISIONES DE METANO 314
III. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS CONTRA LOS ADMINISTRADORES DE EMPRESAS CÁRNICAS Y LÁCTEAS POR LAS EMISIONES DE METANO 315
1. ClientEarth v. Shell plc & Or., un claro precedente en las acciones de responsabilidad contra administradores por cuestiones medioambientales..... 316
2. La norma aplicable a las decisiones de los administradores es la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial 317
3. La omisión de los administradores de emprenderacciones climáticas a la luz de la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial..... 320
4. La obligación del administrador de actuarcon conocimiento de causa y el deber de vigilancia 321

IV. CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE VIGILANCIA EN EL MARCO DE LAS EMPRESAS CÁRNICAS Y LÁCTEAS 327
1. La emisión de metano presenta riesgos clarosy constatables para las empresas ganaderas 327
2. La ciencia proporciona métodos fiables y asequibles para obtener información sobre las emisiones de metano..... 329
3. Las técnicas para reducir las emisiones de metano son compatibles con la continuidad del éxito empresarial 331
4. Las obligaciones de diligencia debida exigen que los administradores controlen e informen sobre las emisiones de metano y su reducción 333

Pág.

V. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD 334
VI. CONCLUSIONES 337
VII. BIBLIOGRAFÍA 339

SOSTENIBILIDAD Y ESTÁNDARES ESG COMO DESAFÍOS NORMATIVOS DE LA INDUSTRIA DEL JUEGO, *por Christian Vidal Beros* 343

I. INTRODUCCIÓN 344
II. *SOFT LAW* Y AUTORREGULACIÓN EN LA INDUSTRIA DEL ENTRETENIMIENTO 345
III. ESTÁNDARES ESG. CASINOS Y ENTRETENIMIENTO 347
1. Medioambiente 348
2. Juego responsable. Sostenibilidad de la industria 350
3. Gobernanza. La importancia de la prevención de lavado de activos en la industria del juego 353
4. Impacto social: Datos personales y cuidado de los clientes 357
5. Buenas prácticas: diversidad e inclusión 362
IV. DESAFÍOS 363
V. BIBLIOGRAFÍA 366

SOSTENIBILIDAD EN LA INDUSTRIA DE LA MODA, *por Julia Lago Muñoz* 369

I. REGULACION GLOBAL Y COMUNITARIA 370
1. Sostenibilidad y moda 370
2. Desde el Pacto Verde hasta nuestros días 371
II. LA MODA LENTA 376
III. PELDAÑOS DE UNA INDUSTRIA DE LA MODA SOSTENIBLE 377
1. La materia prima 377
2. Acercar la producción 379
3. ¿Qué hacer con los residuos textiles? 380
IV. CONCLUSIONES 380
V. BIBLIOGRAFÍA 382

Pág.

DESVINCULACIÓN DE LA DIRECTIVA DE FISCALIDAD ENERGÉTICA CON LOS OBJETIVOS CLIMÁTICOS ASUMIDOS POR LA UNIÓN EUROPEA: ESPECIAL REFERENCIA A LA TRIBUTACIÓN DEL QUEROSENO, *por Maria Hurtado Benetó* 385

I. INTRODUCCIÓN 387
II. COMPROMISOS JURÍDICOS CLIMÁTICOS ADQUIRIDOS POR LA UNIÓN EUROPEA 388
1. Del Protocolo de Kyoto a la Ley Europea del Clima 388
2. La responsabilidad ambiental a través del principio «quien contamina paga» 389
3. La estrategia para la integración del sistema energético 391
III. REGULACIÓN TRIBUTARIA DE LA ENERGÍA EN LA UNIÓN EUROPEA 392
1. La energía como competencia compartida 392
2. El impuesto especial sobre los productos energéticos 394
IV. DESVINCULACIÓN DE LA DIRECTIVA DE FISCALIDAD DE LA ENERGÍA CON LOS OBJETIVOS CLIMÁTICOS DE LA UNIÓN 394
1. La discriminación tributaria de los combustibles alternativos 395
2. El favorecimiento del uso de combustibles fósiles a través de subsidios energéticos 396
3. Pérdida de función armonizadora de los tipos mínimos impositivos 397
V. PROPUESTA DE MOFICIACIÓN DE LA DIRECTIVA DE FISCALIDAD DE LA ENERGÍA 398
1. Imposición basada en el contenido energético de los combustibles 398
2. Clasificación de los niveles mínimos de imposición basada en su uso y en el desempeño ambiental 401
3. Sujeción a gravamen de los productos energéticos y electricidad usados en el sector de la aviación 402
4. Posibles aplicaciones de exenciones y reducciones fiscales 413
VI. CONCLUSIONES 413
VII. BIBLIOGRAFÍA 414

Pág.

SOSTENIBILIDAD EN EL TERCER SECTOR: UNA MIRADA A LAS ENTIDADES SIN FIN DE LUCRO DE VALENCIA, *por Ana Colomer Segura* 417

I. INTRODUCCCIÓN 418
II. LAS ENTIDADES NO LUCRATIVAS DE LA CIUDAD DE VALENCIA 420
1. Forma jurídica 420
2. Presupuesto anual 421
3. Ingresos y gastos 423
4. Ámbito de actuación 429
5. Sostenibilidad 433
III. CONCLUSIONES 435
IV. BIBLIOGRAFÍA 435

IMPLEMENTACIÓN DE PLATAFORMAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LÍNEA (ODR) PARA RESOLVER ACCIONES DE TUTELA EN COLOMBIA, COMO MOTOR DE EFICIENCIA Y SOSTENIBILIDAD PARA LA RAMA JUDICIAL, *por Claudia Fernanda Solarte Salomón* 439

I. INTRODUCCIÓN 440
II. NECESIDAD DE INNOVACIÓN EN EL PANORAMA ACTUAL DEL SISTEMA JUDICIAL COLOMBIANO 441
1. Problemáticas generalizadasde la Administración de Justicia 442
III. PLATAFORMAS DE RESOLUCIÓNDE DISPUTAS EN LÍNEA (ODR) 447
1. Definición de plataformas ODR 447
2. Funcionamiento de las plataformas ODR 447
IV. LA IMPLEMENTACIÓN DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA 453
1. Propuesta de funcionamiento de una ODR para la aceptación y resolución de las accionesde tutela en Colombia 456
V. CONCLUSIONES 459
VI. BIBLIOGRAFÍA 461

Pág.

LA ECONOMÍA INDIGENA COMO UNA ALTERNATIVA SOSTENIBLE CON ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LAS IDEAS DEL PUEBLO MAPUCHE, *por Sergio Ehijos Mardones* 463

I. INTRODUCCIÓN 464
II. LA EXPANSIÓN COLONIAL EUROPEA Y LA INVISIBILIZACIÓN DEL MUNDO INDIGENA 466
1. El Imperio Español un poder global en expansión 466
2. El choque con los indígenas chilenos 468
3. Los cambios económicos en la sociedad mapuche desde la llegada de los españoles 469
4. La ocupación del territorio mapuche por el Estado chileno 470
III. ¿A QUÉ NOS REFERIMOSCOMO ECONOMÍA INDÍGENA? 473
1. El principio de relacionalidad 474
2. El principio de correspondencia 474
3. El principio de complementariedad 475
4. El principio de la reciprocidad 475
IV. LAS IDEAS ECONÓMICAS DEL PUEBLO MAPUCHE 476
1. La influencia de las ideas económicas de los pueblos andinos en el pueblo mapuche 476
2. Algunas ideas mapuches sobre economía 477
V. LA ECONOMÍA INDÍGENA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA 479
1. La comunidad indígena 480
2. Tierras indígenas 480
3. Protección de las tierras indígenas 481
4. El fondo de tierras y aguas indígenas 482
5. El fondo de desarrollo indígena 483
6. Áreas de desarrollo indígena 483
7. Las asociaciones indígenas 484
VI. CONCLUSIONES 485
VII. BIBLIOGRAFÍA 487

Pág.

EL PRIVILEGIO DEL AGRICULTOR A LA LUZ DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2023 EN EL PROCESO 384-IP-2019, *por Juan Antonio Vives Vallés* 491

I. EL ART. 26 DE LA DECISIÓN NÚM. 345 DE LA COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA 492
II. ANÁLISIS DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2023 493
1. Sobre el «considerando» o sección «d. Temas objeto de interpretación» de la Sentencia 493
2. Sobre el apartado 3.2. de la Sentencia 494
3. Sobre los apartados 3.3. y 3.4. de la Sentencia 497
4. Sobre los apartados 3.6. y 3.7. de la Sentencia 499
III. CONCLUSIONES 501
IV. BIBLIOGRAFÍA 501

EL *ENFORCEMENT* DE LOS OBJETIVOS CLIMÁTICOS MEDIANTE LA LITIGACIÓN: DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL A LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL, *por Juan Manuel Ramírez Cirera* 505

I. INTRODUCCIÓN 506
1. El cambio climático como realidad física: un problema de ineludible respuesta 506
2. La lucha contra el cambio climático desde el Derecho: litigando por un clima «estable» 507
II. APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA LITIGACIÓN CLIMÁTICA 508
1. Concepto 508
2. Evolución cuantitativa y cualitativa 509
III. EL *ENFORCEMENT* FRENTE A ESTADOS: LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO 511
1. Las obligaciones de los estados en materia de lucha contra el cambio climático: un régimen «difuso» a examen por la Corte de Justicia Internacional 511

Pág.

2. Los caminos «conocidos» en la litigación climática frente a estados 515
3. Los caminos «incipientes» en la litigación climática frente a estados 521

IV. EL *ENFORCEMENT* FRENTE A SUJETOS DE NATURALEZA PRIVADA: LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO 524

1. Las obligaciones de las empresas en materia de lucha contra el cambio climático 524
2. Los caminos «conocidos» en la litigación climática frente a empresas 525
3. Los caminos «incipientes» en la litigación climática frente a empresas 532

V. CONCLUSIONES 537
VI. BIBLIOGRAFÍA 538

EL SISTEMA FINANCIERO Y SU INFLUENCIA EN LOS PEQUEÑOS AGRICULTORES Y GANADEROS, *por Dra. Ana Isabel Batanero Hernán* 541

I. INTRODUCCIÓN 542
II. OBJETIVOS DE LAS ORGANIZACIONES PROFESIONALES AGRARIAS Y DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA..... 543
III. INSTRUMENTOS FINANCIEROS DE LA PAC 544
IV. MEDIDAS FINANCIERAS DE APOYO AL SECTOR AGRARIO APROBADAS EN 2023 546

1. Principales medidas introducidas por el Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia agraria y de aguas en respuesta a la sequía y al agravamiento de las condiciones del sector primario derivado del conflicto bélico en Ucrania y de las condiciones climatológicas..... 546
2. Principales medidas introducidas por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la Isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea..... 555

V. CONCLUSIONES 567
VI. BIBLIOGRAFÍA 570

VIABILIDAD Y SOSTENIBILIDAD EN LA REESTRUCTURACIÓN PRECONCURSAL[1]

VIABILITY AND SUSTAINABILITY IN PRE-INSOLVENCY RESTRUCTURING

Ana Belén Campuzano
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad San Pablo CEU

RESUMEN: La importancia creciente de los indicadores medioambientales, sostenibles y de gobernanza en el desempeño empresarial no solo impacta en su responsabilidad y transparencia, sino que también incide en los procedimientos concursales dirigidos a mantener o continuar las actividades empresariales viables, en particular, en las reestructuraciones preconcursales. La configuración del derecho preconcursal presenta características que ponen de manifiesto la conexión existente entre viabilidad, sostenibilidad y reestructuración. Las reestructuraciones deben aportar una perspectiva razonable de garantizar la viabilidad de la empresa, en el corto y medio plazo, y esta condición se ve abocada a acoger indicadores financieros, técnicos, comerciales y no financieros o de sostenibilidad.

Palabras clave: informe no financiero; viabilidad; insolvencia; reestructuración preconcursal; sostenibilidad.

ABSTRACT: The growing importance of environmental, sustainable and governance indicators in business performance not only impacts its responsibility and transparency, but also affects insolvency procedures aimed at maintaining or continuing viable business activities, in particu-

[1] El trabajo se integra en el marco de las investigaciones desarrolladas en el Proyecto *Sostenibilidad corporativa y reestructuración empresarial* PID2021-125466NB-I00 (financiado por MCIN/AEI/ 10.13039/501100011033 /«FEDER Una manera de hacer Europa»).

lar, pre-insolvency restructurings. The configuration of pre-insolvency law presents characteristics that reveal the connection between viability, sustainability and restructuring. Restructuring must provide a reasonable perspective of guaranteeing the viability of the company, in the short and medium term, and this condition is bound to include financial, technical, commercial and non-financial or sustainability indicators.

Keywords: non-financial report; viability; insolvency; pre-insolvency restructuring; sustainability

SUMARIO: I. LOS FACTORES DE SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL. II. LA REESTRUCTURACIÓN PRECONCURSAL. 1. Los presupuestos de la reestructuración. 2. La viabilidad como condición de los planes de reestructuración. 3. El impacto de la sostenibilidad en la reestructuración. III. BIBLIOGRAFÍA.

I. LOS FACTORES DE SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL

Es en los últimos años cuando la sostenibilidad, la transparencia y el compromiso medioambiental y social han irrumpido con fuerza y, con ello, están rediseñando y concretando los aspectos más tradicionales de la responsabilidad social corporativa. Al referirse a la responsabilidad social se alude a la protección del medio ambiente y desarrollo sostenible, la conciliación de la vida profesional y familiar, la prevención de riesgos y salud laborales, la ética en los negocios, la transparencia, la reputación y el buen gobierno corporativo o la integración de discapacitados. A la responsabilidad social corporativa y a la sostenibilidad se vinculan los denominados criterios *environmental, social and governance* (EGS) que de forma cada vez más relevante informan la sostenibilidad empresarial y la inversión socialmente responsable.

La preocupación porque las empresas mejoren la información social y medio ambiental que dan a conocer no es una preocupación nueva, aunque es en los últimos años cuando ha ido adquiriendo mayor relevancia legislativa, en el seno de la evolución de la responsabilidad social de las empresas. El objetivo fundamental que preside este impulso legislativo es que mejore la responsabilidad y transparencia empresarial, en aras de la sostenibilidad, lo que, entre otras cuestiones, requiere que se difunda esta información. En este contexto, se sitúa el estado de información no financiera (EINF), que en el devenir legislativo recibe un significativo impulso con la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. Considera la

Directiva que es necesario mejorar la coherencia y la comparabilidad de la información no financiera divulgada en la Unión Europea, para lo que «algunas grandes empresas deben preparar un estado no financiero que contenga información relativa por lo menos a cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno. Ese estado debe incluir una descripción de las políticas, resultados y riesgos vinculados a esas cuestiones y debe incluirse en el informe de gestión de la empresa de que se trate. El estado no financiero debe asimismo incluir información sobre los procedimientos de diligencia debida aplicados por la empresa, también en relación con sus cadenas de suministro y subcontratación, cuando sea pertinente y proporcionado, con el fin de detectar, prevenir y atenuar los efectos adversos existentes y potenciales»[2]. El estado no financiero, por tanto, debe incluir información relativa a las cuestiones referidas, teniendo en cuenta que la Directiva apuesta porque esta sea una obligación impuesta a algunas empresas, en particular, grandes empresas —en los términos que define— sin perjuicio de que permite que si la empresa no aplica ninguna política en relación con una o varias de esas cuestiones, el estado no financiero ofrezca una explicación clara y motivada al respecto[3].

---

[2] Destaca la Directiva 2014/95/UE, de 22 de octubre, que «la necesidad de mejorar la divulgación de información de contenido social y medioambiental por parte de las empresas, mediante la presentación de una propuesta legislativa en este ámbito, se reiteró en la Comunicación de la Comisión titulada "Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas", adoptada el 25 de octubre de 2011». Y añade que en sus Resoluciones de 6 de febrero de 2013 sobre responsabilidad social de las empresas, tituladas, respectivamente, «Comportamiento responsable y transparente de las empresas y crecimiento sostenible» y «Promover los intereses de la sociedad y un camino hacia la recuperación sostenible e integradora», el Parlamento Europeo reconocía la importancia de que las empresas divulguen información sobre la sostenibilidad, como pueden ser los factores sociales y medioambientales, con el fin de identificar riesgos para la sostenibilidad y aumentar la confianza de los inversores y los consumidores. De hecho, la divulgación de información no financiera resulta esencial para la gestión de la transición hacia una economía mundial sostenible que combine la rentabilidad a largo plazo con la justicia social y la protección del medio ambiente. En este contexto, la divulgación de información no financiera contribuye a medir, supervisar y gestionar el rendimiento de las empresas y su impacto en la sociedad. Así pues, el Parlamento Europeo instó a la Comisión a presentar una propuesta legislativa sobre divulgación de información no financiera por parte de las empresas, que permita una gran flexibilidad en la actuación para tener en cuenta la naturaleza multidimensional de la responsabilidad social de las empresas (RSE) y la diversidad de políticas de responsabilidad social de las empresas aplicadas por las empresas, teniendo al mismo tiempo un nivel suficiente de comparabilidad que responda a las necesidades de los inversores y otras partes interesadas, así como a la necesidad de ofrecer a los consumidores un acceso sencillo a la información sobre las repercusiones de las empresas en la sociedad.

[3] Al objeto de facilitar la divulgación de información no financiera por parte de las empresas, se establecía el mandato a la Comisión Europea de elaborar unas directrices no vinculantes sobre la metodología aplicable a la presentación de información no financiera, incluyendo unos indicadores clave de resultados no financieros de carácter general y sectorial, teniendo en cuenta las mejores prácticas existentes, la evolución internacional y los resultados de iniciativas conexas en la Unión Europea. En cumplimiento de dicho mandato, mediante la Comunicación de la Comisión (2017/C 215/01) se aprobaron en mayo de 2017 las Directrices sobre la presentación

En nuestro Derecho, la incorporación de la Directiva 2014/95/UE, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, se realiza a través del Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre, por el que se modifican el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad. Así, se modifican determinados preceptos relativos al informe de gestión en el Código de Comercio y en la Ley de Sociedades de Capital, así como al informe anual de gobierno corporativo en esta última, y a la actuación de los auditores de cuentas en relación con esas materias en la Ley de Auditoría de Cuentas. Procedente de este Real Decreto-ley se aprueba, con cambios, la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, que, a diferencia del Real Decreto-ley del que procede, no contempla la posibilidad de que las empresas omitan cierta información relativa a acontecimientos inminentes o cuestiones que están siendo objeto de negociación, cuando el órgano de administración considere que su divulgación podría suponer un perjuicio grave para la posición comercial del grupo[4].

Este marco, no obstante, está abocado a modificarse tras la aprobación de la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y

---

de informes no financieros (metodología para la presentación de informes no financieros). Con posterioridad, se ha publicado la Comunicación de la Comisión en cuanto a las Directrices sobre la presentación de informes no financieros: Suplemento sobre la información relacionada con el clima (2019/C 209/01).

[4] La incorporación de la Directiva a la legislación española y su relación con los objetivos de transparencia y sostenibilidad se aborda en Aparicio González, M.ª L. «La información no financiera de las sociedades mercantiles», *La Ley Mercantil*, núm. 32, 2017; Enciso Alonso-Muñumer, M. «Transparencia y sostenibilidad», *Revista del Derecho del Mercado de Valores*, núm. 27, 2020, pp. 242-281; Fernández-Rañada, J. «El estado de información no financiera», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 88, 2019, pp. 157-166. En el ámbito que nos ocupa, las modificaciones que se incorporan en las indicadas normas resultan aplicables a los ejercicios económicos iniciados a partir del 1 de enero de 2018 (precisando que los dos ejercicios consecutivos computables, a efectos de lo dispuesto en el Código de Comercio y en la Ley de Sociedades de Capital, serán el que se inicie a partir del 1 de enero de 2018 y el inmediato anterior). Y, lo que es más relevante, destaca en su disposición transitoria primera que transcurridos tres años desde su entrada en vigor (se publicó en el *BOE* de 29 de diciembre de 2018 y entró en vigor al día siguiente al de su publicación), la obligación de presentar el estado de información no financiera consolidado previsto en los apartados 49.5 *b)* del Código de Comercio y 262.5.*b)* del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, resultará de aplicación a todas aquellas sociedades con más de 250 trabajadores que o bien tengan la consideración de entidades de interés público de conformidad con la legislación de auditoría de cuentas, exceptuando a las entidades que tienen la calificación de empresas pequeñas y medianas (de acuerdo con la Directiva 34/2013), o bien, durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos una de las circunstancias siguientes: 1.º Que el total de las partidas del activo sea superior a 20 000 000 de euros. 2.º Que el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 40 000 000 de euros.

del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) núm. 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (CSRD), de la que, con carácter general, en esta sede cabe destacar dos aspectos.

De un lado, se produce un cambio terminológico. Como señala en sus considerandos la Directiva 2022/2464, de 14 de diciembre de 2022, la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo modificó la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, introduciendo la obligación de que las empresas presentaran información relativa, como mínimo, a cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno. En relación con estos temas, la Directiva 2014/95/UE exigía a las empresas que presentaran información en los siguientes ámbitos: modelo de negocio; políticas, incluidos los procedimientos de diligencia debida; resultados de dichas políticas; riesgos y gestión de riesgos; e indicadores clave de resultados que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial. No obstante, se destaca que numerosas partes interesadas consideran que el término «no financiera» es inexacto, en particular porque implica que la información en cuestión carece de relevancia financiera y, sin embargo, dicha información tiene cada vez más relevancia financiera. Atendiendo a ello, se destaca que muchas organizaciones, iniciativas y profesionales del campo de la información sobre sostenibilidad hacen referencia a «información sobre sostenibilidad», considerando que es preferible utilizar el término «información sobre sostenibilidad» en lugar de «información no financiera», lo que deriva en la modificación de la Directiva 2013/34/UE para tener en cuenta dicho cambio de terminología. Se trata, en definitiva, de que esta información tenga un estatus comparable al de la información financiera. En la misma línea, la posibilidad actual de publicar un informe separado impide disponer de información que conecte la información financiera y la información sobre cuestiones de sostenibilidad, dificultando, además, la localización de la información y el acceso a ella y propiciando la impresión de que la información sobre sostenibilidad pertenece a una categoría menos relevante. Por ello, se plantea que las empresas deben presentar la información sobre sostenibilidad en una sección específica claramente identificable del informe de gestión y los Estados miembros ya no deben estar autorizados a eximir a las empresas de la obligación de incluir en el informe de gestión información sobre cuestiones de sostenibilidad. A lo que se añaden exigencias de cualificación a los auditores legales y sociedades de auditoría para

la verificación de la presentación de información sobre sostenibilidad, cuando dicho dictamen haya de emitirse.

De otro lado, se persigue mejorar la información sobre sostenibilidad, en la búsqueda de que la información que se presente sea de alta calidad —con los beneficios que ello produciría en todos los ámbitos—. A este respecto, el Informe de la Comisión Europea de 21 de abril de 2021 sobre las cláusulas de revisión de las Directivas 2013/34/UE, 2014/95/UE y 2013/50/UE y el correspondiente control de adecuación relativo al marco de la Unión Europea sobre publicación de información por parte de las empresas (*Informe de la Comisión sobre las cláusulas de revisión y correspondiente control de adecuación*) detectaron problemas en cuanto a la eficacia de la Directiva 2014/95/UE. En particular, se constató que muchas empresas no presentan información significativa sobre todos los temas importantes relacionados con la sostenibilidad y la limitada comparabilidad y fiabilidad de la información sobre sostenibilidad. Si a ello se añade el numeroso volumen de empresas de las que los usuarios necesitan información sobre sostenibilidad, pero que no están obligadas a presentarla, se concluye la necesidad de un marco de presentación de información fiable, que de respuesta a las solicitudes de información a las empresas sobre cuestiones de sostenibilidad, pero que, además, resulte lo más homogénea posible en los Estados miembros, evitando que la divergencia de las normas nacionales repercuta negativamente en la complejidad y el coste de cumplimiento. Todo ello deriva en un aumento significativo de las empresas que han de presentar información sobre sostenibilidad. Además, la lista de cuestiones de sostenibilidad sobre las que las empresas deben informar se considera que debe ser lo más coherente posible con la definición del término «factores de sostenibilidad» establecida en el Reglamento (UE) 2019/2088 y debe corresponder a las necesidades y expectativas de los usuarios y empresas, que a menudo utilizan los términos «medioambiental», «social» y «gobernanza» como medio para clasificar las tres cuestiones principales de sostenibilidad (ESG). Sin embargo, se incide en que la definición del término «factores de sostenibilidad» establecida en el Reglamento (UE) 2019/2088 —toda información relacionada con cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, y con el respeto de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción y el soborno— no incluye expresamente las cuestiones de gobernanza. La definición del término «cuestiones de sostenibilidad» en la Directiva 2013/34/UE, en su versión modificada por la Directiva 2022/2464 de 14 de diciembre de 2022, debe comprender, por tanto, los factores medioambientales, sociales, de derechos humanos y de gobernanza e incorporar la definición del término «factores de sostenibilidad» establecida en el Reglamento (UE) 2019/2088.

En definitiva, la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) núm. 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas, centra sus modificaciones en torno a la ampliación de la información que, de forma contrastada y fiable, debe suministrarse por parte de la mayoría de las empresas (con salvedades para microempresas), de manera que incrementa el volumen de sujetos que han de dar a conocer esta información y la sitúa en un plano de relevancia y contraste equiparable a la información financiera[5]. En desarrollo de la misma se ha publicado el Reglamento Delegado (UE) 2023/2772, de la Comisión, de 31 de julio de 2023, por el que se completa la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas de presentación de información sobre sostenibilidad, modificada por la Directiva (UE) 2022/2464[6].

II. LA REESTRUCTURACIÓN PRECONCURSAL

La Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) incide en la

[5] La Directiva 2022/2464, de 14 de diciembre de 2022, entró en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE*, L 322, 16 de diciembre de 2022), aunque el art. 4 [modificaciones del Reglamento (UE) núm. 537/2014] se aplica a partir del 1 de enero de 2024 a los ejercicios que comiencen el 1 de enero de 2024 o en una fecha posterior y ha de tenerse en cuenta que algunas de las previsiones de la Directiva requieren actos delegados de la Comisión que dilatará su entrada en vigor (por ejemplo, las normas de presentación de información sobre sostenibilidad para las pequeñas y medianas empresas). Por otra parte, aunque la fecha general de transposición para dar cumplimiento a lo establecido en los arts. 1 (modificaciones de la Directiva 2013/34/UE), 2 (modificaciones de la Directiva 2004/109/CE) y 3 (modificaciones de la Directiva 2006/43/CE) es el 6 de julio de 2024, se contemplan reglas específicas para la aplicación de disposiciones atendiendo a la fecha de comienzo del ejercicio, en particular, para cumplir el art. 1 —a excepción del punto 14 que se determina para los ejercicios que comiencen a partir del 1 de enero de 2028— y el art. 2 (art. 5 Directiva). La transposición de la Directiva al Derecho español se encuentra aún en proceso de tramitación, con el Proyecto de Ley de información empresarial sobre sostenibilidad, mediante la que se modifican el Código de Comercio, la Ley de Sociedades de Capital y la Ley de Auditoría de Cuentas (*BOCG* de 15 de noviembre de 2024, Serie A, núm. 38-1).

[6] Las normas de presentación de información sobre sostenibilidad que deben utilizar las empresas para llevar a cabo su presentación de información sobre sostenibilidad, de conformidad con los artículos 19 bis y 29 bis de la Directiva 2013/34/UE con arreglo al calendario establecido en el art. 5, apartado 2, de la Directiva (UE) 2022/2464 figuran en los anexos I y II del Reglamento Delegado (UE) 2023/2772, de 31 de julio, que resulta aplicable a partir del 1 de enero de 2024, para los ejercicios que comiencen a partir del 1 de enero de 2024.

necesidad de mejorar los procedimientos de insolvencia que los Estados ponen a disposición de los deudores, para fomentar la eficiencia y reducir los retrasos y los costes. Atendiendo a este objetivo, el Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020 de 5 de mayo, no solo relaciona gran parte de las modificaciones que introduce con la eficiencia, sino que señala expresamente, al referirse a los criterios seguidos en la transposición, que también se ha cumplido el principio de eficiencia, ya que la ley reforma el procedimiento concursal introduciendo modificaciones para la agilización del procedimiento, con reducción de los plazos. En este marco, se introduce también un nuevo modelo de derecho preconcursal en el que los planes de reestructuración ocupan un lugar prevalente[7]. El propio Preámbulo de la referida Ley 16/2022 los considera un «instrumento preconcursal dirigido a evitar la insolvencia o a superarla, en cuya regulación se ha preservado el carácter flexible (poco procedimental) de los acuerdos de refinanciación y se han incorporado elementos que les otorgan mayor eficacia que a estos últimos, como la posibilidad de arrastre de clases disidentes, sujeta al cumplimiento de ciertas salvaguardas para los acreedores, que constituye el núcleo del modelo». En efecto, en el régimen de los planes de reestructuración destaca la posibilidad, en los términos legales, de extender sus efectos a acreedores disidentes dentro de una clase, a clases enteras de acreedores disidentes o incluso a los socios, esto es, excepcionando con ello el juego de las reglas generales del Derecho civil o mercantil[8].

A partir de ahí, es recurrente la consideración de que es necesario atender a las dificultades económicas del deudor con prontitud, para que las medidas que se adopten tengan mayor posibilidad de resultar

---

[7] En línea con estas consideraciones se pronuncia también la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia, de 7 de diciembre de 2022, que en el contexto de la Propuesta destaca las ventajas de avanzar en regímenes nacionales de insolvencia más eficientes y rápidos. *Vid.,* Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia, de 7 de diciembre de 2022. Bruselas, 7.12.2022 COM (2022) 702 final 2022/0408 (COD).

[8] Es lo que diversos autores han calificado como cambio de modelo, al menos para grandes (y medianas) empresas: *los acreedores se pueden quedar con todo o parte del negocio* (en insolvencia actual e inminente). Ahora bien, también se ha destacado que uno de los riesgos del modelo es que se propicien *conductas expropiatorias por parte de los acreedores,* lo que requiere que se incorporen ciertas garantías y salvaguardas (principalmente, identificadas con el presupuesto objetivo de la reestructuración y con el valor que se asegura a los acreedores). *Vid.* Garcimartín, F. «La reforma del Derecho preconcursal: algunas reflexiones sobre sus fundamentos», en *La reestructuración como solución de las empresas viables* (Díaz Moreno, León Sanz, Brenes Cortés y Rodríguez Sánchez), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 33-61, en particular pp. 37-39; Pulgar, J. «Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores», *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 323, enero-marzo 2022; Martínez Muñoz, M. «La reestructuración forzosa», *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 58 extraordinario, 2023, pp. 385-412.

exitosas. Ese principio de «alertas tempranas» informa la Directiva sobre reestructuración e insolvencia[9]. La Ley 16/2022 incide en que lo tiene en cuenta, incorporando lo que considera como «algunos mecanismos de alerta temprana que permitan al deudor responsable detectar la necesidad de actuar para evitar o para encauzar la insolvencia». No obstante, la opción legislativa en la reforma del texto refundido de la Ley Concursal es notoriamente reducida en lo que a la inclusión de alertas tempranas se refiere, conformándose con incorporar el estado de insolvencia probable (probabilidad de insolvencia) que, además, convive con la insolvencia inminente y actual en el ámbito del preconcurso; el preconcurso podría haberse configurado como una alternativa realmente previa al concurso, pero, sin embargo, se ha optado por admitirlo tanto en caso de insolvencia probable como de insolvencia inminente y actual. En estos términos se incorpora en la legislación concursal la probabilidad de insolvencia como estado previo a la insolvencia inminente y a la actual, vinculada fundamentalmente con el derecho preconcursal —aunque el preconcurso también sea posible en caso de insolvencia inminente y actual— e integrándose también la probabilidad de insolvencia en el presupuesto objetivo del procedimiento especial para microempresas y en caso de solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva (en ambas también se contempla la insolvencia inminente y actual). La característica principal de la probabilidad de insolvencia recogida en la normativa concursal es su determinación temporal, que la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, califica como delimitación en términos objetivos. Ahora bien, la Directiva sobre reestructuración e insolvencia de 2019 no se centra específicamente en la probabilidad de insolvencia, sino en la detección temprana de las dificultades financieras y en la adopción de los procedimientos más adecuados para abordarlas, como medio para evitar con mayor probabilidad una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, para lograr un procedimiento de liquidación más ordenado y eficiente.

En efecto, los mecanismos o herramientas de alerta temprana constituyen uno de los aspectos más relevantes de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, que parte de que los marcos de reestructuración preventiva persiguen, ante todo, una reestructuración efectiva de

[9] Rojo, A. «La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva», *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 42, 2017, pp. 99-111; Martin Zamora, M. P. y Hernández Linares, R. «Anticiparse a la insolvencia empresarial. Los mecanismos de alerta temprana», en *La reestructuración como solución de las empresas viables,* Díaz Moreno, León Sanz, Brenes Cortés y Rodríguez Sánchez, (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 113-139; Moral Escudero, J. «Alertas tempranas y estadística concursal en el Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones,* núm. 3 extraordinario, 2021, pp. 23-46; Viñuelas Sanz, M. «Los sistemas europeos consolidados de alerta temprana», *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 56, pp. 149-202.

los deudores con dificultades financieras en un momento temprano. La Directiva alude en diversas ocasiones a marcos de reestructuración preventiva temprana que eviten la insolvencia, limitando así la liquidación innecesaria de empresas viables y evitando, asimismo, la acumulación de préstamos dudosos. Como se destaca, cuanto antes pueda detectar un deudor sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, más ordenado y eficiente será el procedimiento de liquidación[10]. No cabe duda, en todo caso, de que el objetivo es detectar las dificultades financieras con la mayor antelación posible, evitando que estas se pongan de manifiesto cuando la insolvencia es ya actual. Pero no se rechazan los marcos de reestructuración preventiva en relación con la insolvencia inminente, teniendo en cuenta que ambos conceptos o «estados» se definen por la legislación de cada Estado.

Las amplias y flexibles consideraciones de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia dejan amplio margen, por tanto, a los Estados para configurar el marco de los procedimientos. Por ello, el Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal considera, respecto al presupuesto objetivo, que la especialidad de los marcos de reestructuración temprana es para la Directiva la probabilidad de insolvencia. Pues bien, en ese marco

---

[10] Por ello, se incide en la necesidad de facilitar *información clara, actualizada, concisa y fácil de utilizar sobre los procedimientos de reestructuración preventiva* a los que puede acudir el deudor a tiempo aún de adoptar medidas eficientes frente a sus dificultades financieras. Todo mecanismo que se implemente y sirva al objeto de esta alerta temprana —público o privado— redundará en un mayor éxito de la reestructuración, aunque la Directiva no atribuye a los Estados miembros ninguna responsabilidad por los posibles daños y perjuicios ocasionados por los procedimientos de reestructuración derivados de dichas herramientas de alerta temprana. En este sentido, se pretende que el marco o marcos de reestructuración esté disponible antes de que un deudor se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a la legislación de cada Estado, es decir, antes de que el deudor reúna las condiciones de la normativa nacional para entrar en un procedimiento colectivo de insolvencia que implica normalmente un total desapoderamiento —o, al menos, un relevante desapoderamiento— del deudor y el nombramiento de un administrador concursal. No obstante, si se atiende a la literalidad con la que en el articulado de la Directiva se inicia el régimen de la disponibilidad de marcos de reestructuración preventiva, también se aprecia que se incide en que *los Estados miembros se cerciorarán de que, cuando se hallen en un estado de insolvencia inminente, los deudores tengan acceso a un marco de reestructuración preventiva que les permita reestructurar, con el fin de evitar la insolvencia y garantizar su viabilidad, sin perjuicio de otras soluciones destinadas a evitar la insolvencia, protegiendo así el empleo y manteniendo la actividad empresarial.* Ahedo Peña, O. «Marcos de reestructuración preventiva: regulación», *Unión Europea Aranzadi,* núm. 8-9, 2019; Etxarandio Herrera, E. «Marcos de reestructuración preventiva: vectores ideológicos», *Unión Europea Aranzadi,* núm. 8-9, 2019; Garnacho Cabanillas, L. «La reestructuración preconcursal de deudas desde una perspectiva interna y comunitaria», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 53, 2021, pp. 47-88; Herbosa Martínez, I. y Arenas Alegría, C. C. «La Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: su repercusión sobre las pequeñas y medianas empresas (PYMES)», *Unión Europea Aranzadi,* núm. 8-9, 2019; Lado Castro-Rial, C. «Líneas esenciales de la Directiva», *Unión Europea Aranzadi,* núm. 8-9, 2019.

se conforman legalmente los estados de probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual que se ordenan secuencialmente: la probabilidad de insolvencia es un estado previo a la insolvencia inminente y esta un estado previo a la insolvencia actual. El alcance de esos estados se diseña en la Ley Concursal con flexibilidad. Mientras que el acceso al concurso de acreedores requiere insolvencia inminente o actual —además de la insolvencia cualificada en el caso de que sean los acreedores los que vayan a instar el concurso y de que en caso de solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva se contemple también la probabilidad de insolvencia— la opción por un instrumento preconcursal dispone de un presupuesto objetivo específico, la probabilidad de insolvencia, pero no se restringe el acceso en situación de insolvencia inminente o actual. A este respecto, el Preámbulo de la Ley 16/2022 incide en que, ciertamente, la Directiva no establece como prepuestos del preconcurso los mismos presupuestos del concurso de acreedores, sino uno específico; pero no prohíbe esa extensión. En la consideración legislativa esta opción flexible permite, mientras que la empresa sea económicamente viable, la reestructuración para evitar los riesgos de destrucción de valor asociados al procedimiento concursal. De manera que en el preconcurso el presupuesto objetivo abarca desde la probabilidad de insolvencia, a la insolvencia inminente y actual. La opción legislativa es clara, pero ello no es óbice para que, de nuevo, se haya perdido la oportunidad de construir un derecho preconcursal realmente previo —y no también alternativo— al concurso de acreedores[11].

[11] Es lo que ha venido en denominarse *polivalencia funcional,* «función de evitación de la insolvencia» y «función de solución de la insolvencia», *vid*. Rojo, A. «La conversión de créditos en acciones o participaciones en los planes de reestructuración», *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 58 monográfico, 2022, pp. 205-252, en particular pp. 206-210. En todo caso, esta opción incorporada a nuestra legislación concursal, cuando menos, ha de considerarse que se aleja del espíritu de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia. En la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia, de 7 de diciembre de 2022, se señala que «la Directiva (UE) 2019/1023 es un instrumento de armonización específico que se centra en dos tipos específicos de procedimientos: los procedimientos previos a la insolvencia; y los procedimientos de exoneración de deudas para empresarios que han fracasado. Ambos procedimientos eran nuevos y no figuraban en los marcos nacionales de insolvencia de la mayoría de los Estados miembros. Los procedimientos de reestructuración preventiva [título II de la Directiva (UE) 2019/1023] son regímenes disponibles para los deudores en dificultades financieras antes de que se conviertan en insolventes, es decir, cuando la insolvencia sea inminente. Se basan en el hecho de que existe una posibilidad mucho mayor de salvar a las empresas en dificultades cuando estas pueden acceder a las herramientas para reestructurar sus deudas en un momento muy temprano, antes de convertirse definitivamente en insolventes. Las normas mínimas de armonización de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre los marcos de reestructuración preventiva solo se aplican a las empresas que aún no son insolventes y persiguen precisamente el objetivo de evitar procedimientos de insolvencia para empresas que aún pueden restablecer su viabilidad».

1. Los presupuestos de la reestructuración

La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal integra en el ámbito del derecho preconcursal la comunicación de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración y los planes de reestructuración dirigidos a ser homologados judicialmente. Las previsiones legales se proyectan respecto a grandes y medianas empresas en el régimen general (arts. 583 a 681 TRLC), en contraposición al régimen especial que recoge algunas reglas para pequeñas empresas que se delimitan legalmente atendiendo al número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio anterior y al volumen de negocios anual o balance general anual (arts. 682 a 684 TRLC)[12]. Este derecho preconcursal debe ser aplicado en los términos legalmente previstos, habida cuenta de los efectos que conlleva, de manera que la flexibilidad que se predica del mismo no debe obviar los presupuestos y requisitos a los que se sujeta. Como se ha puesto de manifiesto, entre acreedores y deudores, derivado del principio general de libre contratación entre las partes (art. 1255 CC), es libre la reestructuración del pasivo del deudor, pudiendo establecerse los pactos que las partes estimen conveniente sobre los créditos existentes entre ellos (siempre que *no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*). Mientras que la aplicación del derecho preconcursal requiere el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el inicio del libro segundo del texto refundido de la Ley Concursal (arts. 583 y 584 TRLC), así como de los requisitos específicos que se contemplan para cada una de las herramientas preconcursales a lo largo de sus disposiciones[13].

La comunicación de negociaciones con los acreedores y los planes de reestructuración dirigidos a ser homologados judicialmente confor-

---

[12] Garcimartín, F. «El Derecho preconcursal: una visión general», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 57, 2022, pp. 9-49; Guillamon, M.; Serrano, A. y Picazo, J. C. «Reestructuración de deuda y preconcurso, prepack y otras salidas a la insolvencia en la transposición de la Directiva sobre reestructuraciones e insolvencia» (Fortea Gorbe, Blanco García Lomas), *Retos empresariales en la post pandemia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022; Pulgar, J. «Los nuevos planes de reestructuración: un año de aplicación práctica», *Diario La Ley,* núm. 10374, 2023.

[13] El Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, número 7, de 23 de enero de 2024, señala que en caso de derecho preconcursal, es decir, el que pretende acogerse a las disposiciones del libro segundo del texto refundido de la Ley Concursal, se deben exigir dos requisitos previos. El presupuesto objetivo del art. 584 referido a la situación de insolvencia del deudor (probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o actual) y el presupuesto subjetivo del art. 583 (de mayor restricción que el presupuesto subjetivo para la declaración de concurso del art. 1 LC). Ahora bien, para llegar a ambos, considera la referida resolución judicial que previamente se ha de cumplir otro no expreso, pero que sí se infiere directamente de la propia norma, como es que el deudor pueda o pudiera declararse objetivamente en concurso, es decir, que reúna condiciones de «concursalidad» objetiva y subjetiva, exceptuando únicamente el caso de la «probabilidad de insolvencia», en la que el deudor no podría declararse en concurso.

man, por tanto, los instrumentos de derecho preconcursal. Se trata de dos procedimientos de derecho preconcursal estrechamente relacionados, aunque no de forma absoluta, dado que no es imprescindible que se utilicen de forma conjunta. En efecto, es posible efectuar la comunicación de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración o solicitar directamente la homologación de un plan de reestructuración[14].

El Preámbulo de la Ley 16/2022 señala que las empresas podrán acogerse a los planes de reestructuración en una situación de probabilidad de insolvencia, previa a la insolvencia inminente, aunque, en puridad, es el preconcurso —comunicación de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración y planes de reestructuración que vayan a ser homologados— el que queda sujeto a insolvencia probable, inminente e incluso actual. Con esta opción de derecho preconcursal se permite actuar antes de que el deudor esté en insolvencia (tratando de evitar que las dificultades económicas y financieras del deudor se agraven hasta constituir insolvencia), pero también acoge estos instrumentos como alternativas al concurso de acreedores. No se trata solo de que el deudor reaccione antes de que su situación se agrave y deba acudir al concurso —insolvencia probable— sino también de que pueda dar solución al estado de insolvencia —inminente o actual— a través de un procedimiento distinto al concurso de acreedores. Desde esa perspectiva, en ambos instrumentos de derecho preconcursal —comunicación de negociaciones con los acreedores y planes de reestructuración— se delimita legalmente el presupuesto subjetivo y el objetivo.

Respecto al presupuesto subjetivo, el derecho preconcursal queda restringido a las personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional y que no se encuentren entre los deudores que quedan excluidos: empresas de seguros o de reaseguros, entidades de crédito, empresas de inversión u organismos de inversión colectiva, entidades de contrapartida central, depositarios centrales de valores y otras entidades y entes financieros. Igualmente, en este presupuesto subjetivo tampoco se incluyen las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes

[14] De hecho, se prevé que si se estuviera negociando un plan de reestructuración sin comunicación previa, la solicitud de concurso presentada por el deudor puede ser suspendida por el juez a instancia del experto en la reestructuración, si hubiera sido nombrado, o de los acreedores que, en el momento de la solicitud, representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración. En la solicitud deberá acreditarse la presentación de un plan de reestructuración por parte de los acreedores que tenga probabilidad de ser aprobado. Esta suspensión se levantará transcurrido un mes si los acreedores no hubieran presentado la solicitud de homologación del plan de reestructuración. No obstante, esta previsión no será aplicable cuando el deudor sea una persona natural o una sociedad cuyos socios o algunos de ellos sean legalmente responsables de las deudas sociales.

de derecho público, ni los deudores que reúnan la condición legal de microempresas que quedan obligatoriamente sujetas al procedimiento especial que recoge el libro tercero del texto refundido de la Ley Concursal[15]. A partir de ahí, se proyecta desde la perspectiva de que las personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional pueden efectuar la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores o solicitar directamente la homologación de un plan de reestructuración (art. 583.1 TRLC). El no desapoderamiento del deudor en el ámbito de estos mecanismos preconcursales es una de las características que la Directiva sobre reestructuración e insolvencia de 2019 considera vinculadas a la idoneidad de estas alternativas preconcursales y que acoge el texto refundido de la Ley Concursal (art. 594 TRLC). El diseño legal faculta al deudor no desapoderado para poner en marcha los mecanismos preconcursales, aunque en sede de planes de reestructuración también se confiere a los acreedores que reúnan determinado porcentaje de pasivo algunas opciones de actuación relevantes, que han llevado a considerar que la reestructuración es una decisión de los acreedores afectados. Los planes de reestructuración se conciben desde la negociación entre las partes afectadas, pero si esta no se produce, lo que puede acaecer dados los limitados medios que la legislación procura para asegurar esta negociación, la posición de los acreedores afectados prevalece[16]. La consideración de que los planes

---

[15] El procedimiento especial para microempresas tiene carácter único y se aplica de manera obligatoria a todos los deudores que entren dentro del concepto legal de microempresa. Como señala el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 6 de octubre de 2023, este procedimiento especial regula las situaciones concursales y preconcursales que afectan a las microempresas, quienes no pueden acudir al concurso ni al preconcurso en los términos de los libros primero y segundo del texto refundido de la Ley Concursal.

[16] La negociación entre las partes ha planteado dudas en el régimen general de los planes de reestructuración cuando el deudor es persona jurídica que se encuentra en insolvencia actual o inminente, al no contemplarse expresamente su consentimiento, diferenciado de la decisión de los socios. *Vid.* Campuzano, A. B. «Consideración crítica sobre la posición del deudor persona jurídica en los planes de reestructuración preconcursales», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 328, abril – junio 2023, pp. 47-80; Nieto Delgado, C. «¿Planes no consensuales u hostiles? Estrategias *capture the flag* en la aplicación del libro segundo del texto refundido de la Ley Concursal», en *Estudios de la insolvencia del País Vasco: novedades introducidas por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal (Jornadas Vitoria-Gasteiz, 25-26 mayo 2023),* Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 87-115. En contra de estas consideraciones se pronuncia el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 16 de mayo de 2023 y la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona, de 4 de septiembre de 2023. No obstante, no parece que ello pueda justificar la ausencia total del deudor persona jurídica en un procedimiento en el que es directamente afectado. En esta línea, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15.ª, de 14 de noviembre de 2023, sin entrar en las cuestiones de fondo por no permitirlo el recurso que resuelve, indica que «el deudor persona jurídica tiene un derecho a la tutela judicial efectiva independiente al de sus socios». La cuestión es distinta en el régimen especial del preconcurso (arts. 682 a 684 TRLC), previsto para las personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional, siempre que, de acuerdo con el balance del ejercicio anterior al que se haga la comunicación o se presente la solicitud de homologación, reúnan las circunstancias siguientes:

de reestructuración son un «asunto entre acreedores» se ha acogido atendiendo a las facultades que en esta sede les procura la legislación concursal[17], en particular en el nombramiento y sustitución del experto en la reestructuración. El Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, señala que «el diseño que ha hecho la ley de esta figura, dentro de los diferentes modelos que permite la Directiva, es más próximo a la figura de un mediador que facilite la negociación entre las partes, ayude a deudores con poca experiencia o conocimientos en materia de reestructuración, y eventualmente facilite las decisiones judiciales cuando surja alguna controversia entre las partes». Como el experto, en ningún caso, interviene o supervisa los poderes de administración y disposición patrimonial del deudor, la norma de transposición opta por esta denominación, en lugar de la que utiliza la Directiva[18]. La

---

que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio anterior no sea superior a cuarenta y nueve personas; y que el volumen de negocios anual o balance general anual no supere los diez millones de euros. Sin perjuicio de que, aun reuniendo las referidas circunstancias, estas especialidades no resultan aplicables cuando la sociedad pertenezca a un grupo obligado a consolidar, ni cuando el deudor tenga la condición de microempresa y deba quedar sujeto al procedimiento especial del libro tercero. En este caso, si que se contempla que la homologación del plan de reestructuración solo podrá solicitarse si el deudor y, en su caso, los socios de la sociedad deudora lo hubieran aprobado. Nótese que aquí se especifica la aprobación de ambos —deudor y socios— mientras que en el régimen general no hay previsión respecto al deudor y si especificación de que en condiciones puede ser impuesto a los socios.

[17] Niño Estébanez, R. «Una reflexión breve sobre el nuevo derecho de insolvencia español: los planes de reestructuración y el experto en reestructuración», en *El concurso y la conservación de la empresa. Hacia un nuevo orden concursal. La conservación de las empresas a la luz del texto refundido de la Ley Concursal (IX Jornadas concursales Vitoria-Gasteiz)*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 97-114. Resulta también reseñable, en el régimen general de los planes de reestructuración, la previsión de actuación de los acreedores respecto a la confirmación judicial facultativa de las clases de acreedores (art. 625 TRLC), la suspensión de la solicitud de concurso voluntario (art. 637 TRLC) y la solicitud de homologación del plan de reestructuración (art. 643 TRLC).

[18] González Vázquez, J. C. «El experto en la reestructuración: una primera aproximación crítica», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones,* núm. 11, 2023, pp. 83-140; Martín Torres, A. «El experto en la reestructuración», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones,* núm. extra 3, 2021, pp. 199-210; Molina Hernández, C. «El experto en los planes de reestructuración: nombramiento y estatuto», *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 61, 2024, pp. 197-220; Nieto Delgado, C. «El experto de la reestructuración», en *Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España* (Cohen Benchetrit), Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 289-356. Se exigen al experto conocimientos especializados, jurídicos, financieros y empresariales, así como experiencia en materia de reestructuraciones o que acredite cumplir los requisitos para ser administrador concursal. La formulación legal es alternativa: una persona con especialización y experiencia en reestructuraciones o que cumpla los requisitos para ser administrador concursal. Por tanto, el experto reunirá esa condición si posee los requisitos para ser administrador concursal, o especialización jurídica, financiera y empresarial y experiencia en reestructuraciones. Ahora bien, se precisa que si la reestructuración que se pretende conseguir tiene particularidades, bien por el sector en el que opera el deudor, bien por las dimensiones o la complejidad del activo o del pasivo, bien por la existencia de elementos transfronterizos, estas particularidades deben ser tenidas en cuenta para el nombramiento del experto. Ha de entenderse que, en estos casos, a la especialización y experiencia habrán de sumarse, entre otros, aspectos tales como conocimientos específicos (del sector), medios y recursos disponibles e idiomas

designación del experto en reestructuración se puede producir tanto en los supuestos de comunicación de negociaciones para alcanzar un plan de reestructuración, como en supuestos de comunicación de planes de reestructuración para su homologación. El nombramiento, siguiendo la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, es obligatorio en determinados supuestos, fuera de los cuales este no es necesario, salvo que el deudor o una mayoría de acreedores lo solicite. Los supuestos de nombramiento de experto en la reestructuración se completan con la impugnación por quien acredite interés legítimo del nombramiento de quien no reúna las condiciones establecidas, incurra en alguna incompatibilidad o prohibición o de quien no tenga cobertura o garantía adecuada (art. 677 TRLC) y con la sustitución del experto (art. 678 TRLC). En este último caso no se exige una causa o motivo para la sustitución; la previsión se limita a permitir que los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que, en el momento de la solicitud, pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración puedan pedir al juez la sustitución del experto nombrado a solicitud del deudor o, en su caso, de una minoría de acreedores. En cuanto la dicción legal señala que el juez acordará la sustitución mediante auto —que podrá impugnarse— esta se ha considerado que ha de acordarla el juez de forma obligatoria, siempre, se entiende, que el sustituto cumpla las condiciones legales establecidas para el nombramiento[19]. Cuestión

---

(complejidad y elementos transfronterizos). El control de estas condiciones subjetivas lo realiza el juez, respecto de la persona propuesta por el solicitante, atendiendo al escrito razonado que acredite que el experto reúne las condiciones establecidas para el ejercicio del cargo que ha de acompañarse a la solicitud de nombramiento de experto en la reestructuración. En ese control el juez ha de comprobar la acreditación de estas condiciones subjetivas, la inexistencia de incompatibilidades y prohibiciones y la existencia de póliza de responsabilidad civil o garantía equivalente (además de los aspectos relativos a la retribución del experto), sin que el dato de que el experto sea propuesto y retribuido por el proponente —sin perjuicio de que posteriormente pueda repercutirse este coste— pueda conformar, por si mismo, un elemento de desconfianza hacia la especialización y, sobre todo, independencia e imparcialidad del experto. El diseño legal de nombramiento de experto en la reestructuración confía la propuesta de designación al proponente y la sujeta al control judicial de las condiciones y requisitos exigidos al propuesto. Las previsiones legales permiten la impugnación en cualquier momento por quien acredite interés legítimo del nombramiento como experto de quien no reúna las condiciones subjetivas, incurra en incompatibilidad o prohibición, o carezca de cobertura o garantía adecuada (art. 677 TRLC). E, igualmente, se contempla la responsabilidad civil del experto por infracción de sus deberes de diligencia, independencia e imparcialidad (art. 681 TRLC). *Vid.,* Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, número 2, de 29 de noviembre de 2022.

[19] En el supuesto resuelto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15.ª, de 16 de octubre de 2024, no se cuestiona que los acreedores impugnantes ostentan más del 50 por 100 del pasivo afectado para pedir la referida sustitución, pero sí se discute si es razonable que esa solicitud se pueda producir de forma tan tardía como han hecho, esto es, cuando el trabajo del experto designado por el deudor ya se había realizado. A este respecto, valora el tribunal que *aunque la norma legal no establece un plazo dentro del cual los acreedores pueden realizar su solicitud, creemos que no tiene sentido alguno interpretar esa norma como lo han hecho las entidades financieras impugnantes que han hecho su petición durante el procedimiento de homologación de la solicitud, esto es, cuando el experto previamente designado a instancias*

distinta es que dicha sustitución, aunque legalmente no se fije un plazo, pueda producirse de forma «tardía», es decir, cuando el trabajo del experto designado por el deudor ya se ha realizado. Parece, por tanto, que la preocupación del legislador en este punto radica en facilitar a los acreedores vías de solicitud de un experto en la reestructuración que, como se detalla en sus funciones, asista al deudor y a los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan de reestructuración, y elabore y presente al juez los informes exigidos y aquellos otros que el juez considere necesarios o convenientes[20].

Por lo que se refiere a la determinación del presupuesto objetivo, también se incluye en el inicio del libro segundo de la Ley Concursal dedicado al preconcurso, de forma previa a la delimitación del alcance y efectos de la comunicación de negociaciones con los acreedores y de los planes de reestructuración y su homologación. Los mecanismos preconcursales requieren que concurra el presupuesto objetivo, es decir, que la persona natural o jurídica que lleve a cabo una actividad empresarial o profesional se encuentre en estado de insolvencia probable, inminente o actual[21]. De nuevo la delimitación se proyecta sobre la comunicación de negociaciones con los acreedores o la homologación de un plan de reestructuración, y no sin más sobre los planes de reestructuración, en los que concurren las cuestiones ya apuntadas de posible solicitud de nombramiento de experto por parte de acreedores, sin perjuicio de que la función principal del experto se encamine a que el deudor y los acreedores alcancen un plan de reestructuración que pueda ser homologado. No en vano los planes de reestructuración que quedan sujetos a las previsiones de la Ley Concursal son aquellos que prevean una extensión de sus efectos frente a acreedores o clases de acreedores titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan y los socios de la persona jurídica cuando no hayan aprobado el plan (sin perjuicio de que también se disponga que, con independencia de que se prevea o no una extensión de los efectos del plan de reestructuración, también quedan sujetos los planes de reestructuración cuando los interesados pretendan proteger la financiación interina y

---

del deudor ya había completado su trabajo. En nuestra interpretación, el mandato contenido en esa norma hay que entenderlo contextualizado dentro del procedimiento judicial de designación del experto, que es cuando únicamente tiene sentido. Por tanto, en nuestro caso la solicitud de los acreedores fue extemporánea. En relación con la sustitución de experto, *Vid.* Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, número 18, de 17 de enero de 2023; Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, número 18, de 18 enero de 2023; Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, número 5, de 9 de marzo de 2023; Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, número 19, de 25 de abril de 2023.

[20] *Vid.,* Auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, número 2 de 27 de octubre de 2022.

[21] Campuzano, A. B. «Los estados de insolvencia», *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 58 monográfico, 2022, pp. 15-46; Fachal, N. «¿Qué debemos entender por probabilidad de insolvencia a los efectos de realizar la comunicación de apertura de negociaciones o solicitar la homologación de un plan de reestructuración?», *La Ley Insolvencia,* núm. 9, 2022.

la nueva financiación que prevea el plan y los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto de este frente al régimen general de las acciones rescisorias, y reconocer a esa financiación preferencias de cobro). A lo que cabe añadir que la comunicación de existencia o de inicio de negociaciones con los acreedores lo es a los efectos de alcanzar un plan de reestructuración que permita al deudor superar la situación en que se encuentra.

La determinación del presupuesto objetivo del preconcurso, comunicación de negociaciones con los acreedores y homologación de planes de reestructuración, no impide que, una vez se entra en la regulación de ambos institutos preconcursales, se reitere, y se matice, este amplio presupuesto objetivo. Las precisiones se incorporan en los supuestos de insolvencia inminente y actual. La opción legislativa permite el recurso al derecho preconcursal también en estado de insolvencia inminente y actual, pero en estos estados la reestructuración puede ser, en gran medida, impuesta, no solo a los acreedores disidentes (para lo que se prevén reglas de protección del valor que han de recibir, en atención a que el plan sea consensual o no) y a los socios, sino también a la sociedad (al deudor persona jurídica). Que ello suceda en estado de insolvencia actual no resulta sorprendente —este es el estado «menos idóneo» para una reestructuración en los términos pretendidos en la Directiva— pero que también pueda producirse en estado de insolvencia inminente resulta más singular. Aunque la insolvencia inminente puede evolucionar con rapidez a una insolvencia actual, ciertamente ese estado de insolvencia inminente no parece que debiera procurar las mismas consecuencias que el estado de insolvencia actual. No solo por las referencias de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia de 2019 a este estado —sin entrar en si ello es consecuencia de una defectuosa traducción al español— sino porque en el sistema concursal español el deber de solicitar el concurso por parte del deudor no se vincula con la insolvencia inminente, sino únicamente con la insolvencia actual. Podría incluso llegar a concurrir la paradoja de que el deudor en insolvencia inminente se sitúe, al menos nominalmente, en peor situación en el preconcurso —por la equiparación entre insolvencia inminente y actual — que en el concurso de acreedores —en el que no existe un deber de solicitud en estado de insolvencia inminente, sino un derecho del deudor—.

En el caso de la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores las previsiones legales parten de que en caso de probabilidad de insolvencia o de insolvencia inminente, el deudor, sea persona natural o jurídica, podrá comunicar al juzgado competente para la declaración del concurso la existencia de negociaciones con sus acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en que se encuentra. Precisando que el deudor que se encuentre en estado de insolvencia actual podrá efectuar dicha comunicación en tanto no se

haya admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario. En esta comunicación al juzgado el deudor ha de expresar una serie de indicaciones, entre las que se encuentran, las razones que justifican la comunicación, con referencia al estado en que se encuentra, sea probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual[22].

[22] A diferencia de lo que sucedía en las primeras regulaciones de la comunicación de negociaciones con los acreedores, el texto refundido de la Ley Concursal contempla ahora un contenido más detallado de los extremos que la misma debe contener. Así, en la comunicación al juzgado se requiere que el deudor exprese toda una serie de datos e informaciones, más que alegaciones, que conformarán el fundamento de la comunicación que presenta. El término utilizado en la norma —expresará— sugiere que se trata de menciones de la comunicación que el deudor ha de incluir en la comunicación que presente. La expresión legal no impide que, además, se incluyan otras menciones o informaciones, aunque la revisión previa a la resolución del letrado de la administración judicial que la tenga por realizada se ciñe al examen de la competencia y de la corrección formal, se entiende, atendiendo al contenido de la comunicación requerido en la norma. Además, es importante destacar que aunque el contenido de esta comunicación en la previsión legal es amplio, la precisión de alguna de estas menciones no es exigible en este primer momento; singularmente, la resolución del letrado de la Administración de Justicia que ha de tener por efectuada la comunicación se dicta sin necesidad de que el deudor acredite el estado en que se encuentre que hubiera alegado. Que el estado —de insolvencia— no resulte esencial para tener por presentada la comunicación es una muestra más de la flexibilidad con que el texto refundido de la Ley Concursal, tras su reforma por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, contempla la insolvencia a los efectos de permitir optar por un procedimiento u otro, en particular, cuando se trata de preconcurso. Además, ha de tenerse en cuenta que el contenido de la comunicación es subsanable. Así, se prevé expresamente al disponer que cuando el letrado de la Administración de Justicia estime que la comunicación presenta defectos, concederá al solicitante el plazo de dos días para que la subsane. Solo si no se produce esta subsanación porque no resulte posible (normas sobre competencia, condición del deudor para poder acceder a la comunicación o prohibición de presentar comunicación si se presentó otra en el plazo de un año) o porque no se lleve a cabo (defectos formales) el letrado de la Administración de Justicia dictará resolución teniéndola por no efectuada.

En todo caso, el art. 586 establecen las concretas menciones que el deudor ha de expresar en la comunicación que presenta y que constituirán parte de lo que el letrado de la Administración de Justicia deberá de comprobar para tenerla por efectuada. No obstante, la comprobación de estas menciones es más formal —que se incluya esta información cuando así se requiere— que material, dado que al margen de la cuestión competencial y de la condición del deudor para poder acceder a la comunicación —persona natural o jurídica que lleve a cabo una actividad empresarial o profesional que no hubiera presentado otra comunicación en el plazo de un año— el resto de las menciones que conforman el contenido de la comunicación tienen su fundamento en la propia información y datos que procura el deudor y difícilmente en el plazo en el que ha de comprobarse la comunicación por el letrado de la Administración de Justicia para tenerse por efectuada puede llevarse a cabo otro tipo de comprobación. Desde esa consideración, en la comunicación al juzgado el deudor expresará, entre otras menciones, las razones que la justifican con referencia al estado de insolvencia en que se encuentre el deudor, probable, inminente o actual. Cabe entender que la comunicación habrá de indicar la situación patrimonial del deudor, con expresión de las circunstancias concurrentes y, en concreto, del estado de insolvencia probable, inminente o actual, precisando la existencia de negociaciones con los acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en que se encuentra (art. 585 TRLC). No obstante, la resolución del letrado de Administración de Justicia que, tras la presentación de la comunicación, la tenga por efectuada se dicta sin necesidad de que el deudor acredite el estado en que se encuentre que hubiera alegado (art. 588.3 TRLC), aunque no ha de olvidarse que en estado de insolvencia actual la comunicación solo es posible si no se ha admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario (art. 585.2 TRLC). Por ello, se prevé que si a la fecha de la comunicación se hubiera admitido a trámite solicitud de declaración de

Por su parte, en los planes de reestructuración y en su procedimiento de homologación judicial también se determina de inicio con amplitud el presupuesto objetivo —que el deudor se encuentre en estado de probabilidad de insolvencia, de insolvencia inminente e incluso de insolvencia actual— aunque existen matices atendiendo al concreto estado de insolvencia. Los planes de reestructuración se incorporan a la legislación concursal como instrumento preconcursal dirigido a evitar la insolvencia, o a superarla, permitiendo que esta reestructuración pueda llevarse a cabo de forma temprana, lo que se considera aportará mayores probabilidades de éxito (además de contribuir a la descongestión de los juzgados y por tanto a una mayor eficiencia del concurso). Para ello, se contempla el recurso a los planes de reestructuración en una situación de insolvencia probable, previa a la insolvencia inminente, sin perjuicio de permitir también su uso en estado de insolvencia actual. Este diseño legal posibilita que el derecho preconcursal resulte idóneo para afrontar las dificultades financieras o económicas antes del estado de insolvencia —de una forma temprana— sin vedar por ello su uso cuando la situación sea ya de insolvencia (inminente o actual), aunque en estos supuestos ha de entenderse que la viabilidad debe resultar determinante. En todo caso, el concepto legal de planes de reestructuración se caracteriza por su amplitud, distinguiéndose —por exigencia de la Directiva— los que se denominan planes consensuales y planes no consensuales, considerándose que una de las mayores innovaciones es la posibilidad de homologar un plan de reestructuración que no haya sido aprobado por todas las clases de acreedores, o incluso por los so-

---

concurso necesario del deudor, la comunicación no producirá ningún efecto hasta que se resuelva esta solicitud (art. 588.4 TRLC).

La posibilidad de presentar una comunicación conjunta conforma una novedad en el régimen de la comunicación de negociaciones, especialmente en el caso de que abarque a varias sociedades dentro de un grupo. Esta presentación de comunicación conjunta se reconoce a las personas que pueden solicitar la declaración conjunta de los respectivos concursos de acreedores (arts. 38 a 40 TRLC), que, por lo demás, deberá reunir los presupuestos de la comunicación individual (art. 585 TRLC) y presentarse por los mismos medios que esta, con algunas especialidades (art. 587 TRLC). En todo caso, la comunicación conjunta es una facultad —podrá— que se reconoce a las personas que pueden solicitar la declaración conjunta de los respectivos concursos de acreedores. Ahora bien, de la presentación de una comunicación conjunta deriva un efecto propio, relacionado con los llamados planes conjuntos de reestructuración (art. 642 TRLC). Así, los deudores que hubieran efectuado una comunicación conjunta pueden solicitar bien la homologación individual o conjunta de los respectivos planes de reestructuración o de alguno de ellos, bien la homologación de un plan conjunto de reestructuración. En el caso de solicitud de homologación conjunta de distintos planes de reestructuración o de homologación o de un plan conjunto de reestructuración, los requisitos para la homologación deberán cumplirse en relación con cada uno de los deudores. A ello se añade que en los supuestos de nombramiento obligatorio de experto en la reestructuración (art. 672 TRLC) —obligatorio porque no queda a la discrecionalidad judicial considerar y motivar la necesariedad de este nombramiento, sino que el juez debe proceder en todo caso al nombramiento si el propuesto cumple las condiciones, experiencia y requisitos legales para el desempeño— en el caso de comunicación conjunta o de planes conjuntos de reestructuración, es posible designar el mismo experto para todos los deudores afectados. *Vid.,* Auto del Juzgado de lo Mercantil número 11 de Barcelona de 12 de abril de 2023.

cios del deudor persona jurídica cuando el plan contenga medidas que requieran acuerdo de junta (plan no consensual). Esta amplitud también se acoge, con matices, en la determinación del presupuesto objetivo para la homologación judicial de un plan de reestructuración, de la que dependerán algunos efectos muy relevantes de la reestructuración[23].

Una de las reglas generales de la homologación de los planes de reestructuración, bajo la rúbrica de presupuesto objetivo, es que la homologación judicial del plan de reestructuración, aprobado de conformidad con las previsiones legales, se podrá solicitar cuando el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia o en insolvencia inminente. Precisando que, cuando el deudor se encuentre en estado de insolvencia actual, se podrá solicitar la homologación del plan siempre que no hubiera sido admitida a trámite solicitud de concurso necesario. A partir de ahí, el plan de reestructuración aprobado por todas las clases de acreedores para ser homologado debe reunir una serie de requisitos: que el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o actual y el plan ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo; que cumpla con los requisitos de contenido y de forma exigidos; que haya sido aprobado por todas las clases de créditos, por el deudor o, en su caso, por los socios; que los créditos dentro de la misma clase sean tratados de forma paritaria; y que haya sido comunicado a todos los acreedores afectados. También puede ser homologado el plan de reestructuración que no haya sido aprobado por todas las clases de créditos si ha sido aprobado por una mayoría simple de las clases, siempre que al menos una de ellas sea una clase de créditos que en el concurso habrían sido calificados como créditos con privilegio especial o general; o, en su defecto, por al menos una clase que, de acuerdo con la clasificación de créditos prevista, pueda razonablemente presumirse que hubiese recibido algún pago tras una valoración de la deudora como empresa en funcionamiento. En este caso, la homologación del plan requerirá que la solicitud vaya acompañada de un informe del experto en la reestructuración sobre el valor de la deudora como empresa en funcionamiento. Además, si el deudor es persona natural la homologación del plan de reestructuración requerirá que haya sido aprobado por este. Y, si el deudor es una persona jurídica, la homologación del plan de reestructuración requerirá que haya sido aprobado por los socios legalmente responsables de las deudas sociales. En caso de que estos socios no existieran, y el plan contuviera medidas

[23] En el procedimiento de aprobación de los planes de reestructuración se prevé que cuando se solicite la homologación de un plan de reestructuración en estado de insolvencia actual o inminente de la sociedad deudora, los socios no tendrán derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones o en la asunción de las nuevas participaciones, en particular cuando el plan prevea una reducción del capital social a cero o por debajo de la cifra mínima legal y simultáneamente el aumento del capital.

que requieran acuerdo de la junta de socios, el plan de reestructuración se podrá homologar, aunque no haya sido aprobado por los socios, si la sociedad se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente[24]. La Ley Concursal, como señala el Preámbulo de la Ley 16/2022, opta por una solución que se aparta de la hasta ahora vigente en el derecho español y reconoce el derecho de voto de los socios cuando el plan de reestructuración afecta a sus derechos, pero permite que, en caso de insolvencia actual o de insolvencia inminente, el plan de reestructuración se homologue en contra de su voluntad, lo que justifica para evitar conductas abusivas que, en la práctica, comporten una redistribución de valor en su beneficio y en perjuicio de los acreedores sin razones económicas que lo sustenten[25].

En consonancia con estas previsiones, entre los motivos para la impugnación del auto de homologación del plan aprobado por todas las clases de créditos por los titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del mismo, se incluye que el deudor no se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o actual. Este motivo también podrá ser invocado para la impugnación del auto de homologación del plan no aprobado por todas las clases de créditos por los acreedores que no hayan votado a favor del plan, con independencia de que pertenezcan o no a una clase que haya aprobado dicho plan. En fin, también los socios de la sociedad deudora que no hayan aprobado el plan de reestructuración podrán impugnar el auto de homologación, entre otros motivos, invocando que el deudor no se encuentra en estado de insolvencia actual o de insolvencia inminente.

---

[24] El alcance del examen judicial de los requisitos y presupuestos procesales y materiales que se exige concurran para la homologación del plan, formalista o extensivo, conforma una cuestión controvertida. Entre otros, Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra de 2 de diciembre de 2022; Auto del Tribunal de Instancia Mercantil de Sevilla de 6 de marzo de 2024; Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Jaén de 4 de marzo de 2024; Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Málaga de 21 de diciembre de 2023; Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria de 21 de diciembre de 2023; Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 16 de Madrid de 15 de diciembre de 2023; Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona de 7 de diciembre de 2023; Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Albacete de 22 de noviembre de 2023; Auto del Juzgado de lo Mercantil núm.13 de Madrid, de 30 de mayo de 2023.

[25] Cohen Benchetrit, A. «La posición del socio ante la reestructuración en el Anteproyecto de reforma concursal», *La Ley Mercantil,* núm. 86, 2021; Enciso Alonso-Muñumer, M. «La posición de los socios en la aprobación y homologación del plan de reestructuración», *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 62, 2024; García-Villarrubia, M. «El papel del socio en la reestructuración», en *Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España* (Cohen Benchetrit), Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 1207-1250; Thomas Puig, P. M. «La homologación judicial de los planes de reestructuración», *La Ley Mercantil,* núm. 92, 2022.

2. La viabilidad como condición de los planes de reestructuración

En las consideraciones de la normativa europea la viabilidad ha de ser condición de los marcos de reestructuración preventiva, como, en gran medida, es requisito de cualquier procedimiento que pretenda tener éxito reestructurando o refinanciando las dificultades financieras de un deudor. La viabilidad de la empresa se ha considerado que constituye la *conditio sine que non* para acceder a los marcos de reestructuración preventiva[26], y aunque la legislación concursal española no ha introducido una prueba de viabilidad[27], si exige que los planes de reestructuración garanticen, razonablemente, la viabilidad de la empresa y no excluye el control de esta condición, al invocarla en sede de contenido, homologación e impugnación del plan. Con carácter general, la exigencia de viabilidad se vincula a las soluciones conservativas o de continuidad, mientras que la inviabilidad se relaciona con los procedimientos liquidativos. En sede legislativa, lograr la conservación o continuidad de las empresas viables no es un objetivo nuevo; varias de las reformas concursales que se realizaron en la derogada Ley Concursal de 2003 perseguían ya esta finalidad[28].

---

[26] En los términos del Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia): «solo cuando la empresa es viable —y se entiende que lo será cuando su valor como empresa en funcionamiento sea superior a su valor como empresa en liquidación— está justificada la injerencia en los derechos subjetivos de los acreedores y el mantenimiento de la empresa en funcionamiento sin conculcar el principio básico conforme al cual las empresas eficientes crecen a costa de las ineficientes y las empresas inviables se deben liquidar lo más pronto posible».

[27] La falta de viabilidad no solo conlleva el mantenimiento artificial de actividades o empresas inviables, sino que una reestructuración sin viabilidad o con serias dudas sobre la recuperación de esa viabilidad puede agravar aún más la situación, en detrimento de todos los interesados o afectados. Por ello, la Directiva sobre reestructuración e insolvencia de 2019 contempla que los Estados miembros puedan mantener o introducir una prueba de viabilidad en virtud de la normativa nacional, siempre que dicha prueba tenga por finalidad excluir a los deudores que no tengan perspectivas de viabilidad y que pueda llevarse a cabo sin comprometer los activos de los deudores. No obstante, la legislación concursal española no ha incluido esta prueba de viabilidad.

[28] En el ámbito de la flexibilización del procedimiento concursal para lograr una mayor continuidad de empresas viables, se encuentra, de un lado, el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, que recibió el refrendo parlamentario mediante la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, y que fomentaba los mecanismos preconcursales con el objeto de facilitar y promover la reestructuración y la refinanciación de la deuda de las empresas. Y, de otro lado, el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, que recibió el refrendo parlamentario mediante la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, cuyo objetivo era extender los principios de las alternativas preconcursales a las soluciones previstas en el concurso de acreedores,

El texto refundido de la Ley Concursal se refiere a la viabilidad en diferentes preceptos, en particular, respecto al plan de viabilidad en caso de convenio concursal, en cuanto al plan de reestructuración que ofrezca una perspectiva razonable de garantizar la viabilidad de la empresa y en relación con el plan de continuación en el procedimiento especial de microempresas. Aunque el número de convenios concursales alcanzados en los últimos años no es elevado, es en este ámbito donde se sentaron las características del plan de viabilidad, requerido cuando para el cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, del ejercicio de la actividad profesional o empresarial, especificando los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros[29].

---

es decir, el convenio y la liquidación. Ambas normas pretendían desarrollarse sobre principios homogéneos, tales como la consideración de que la continuidad de las empresas económicamente viables es beneficiosa, no solo para las propias empresas, sino para la economía en general y, sobre todo, para el mantenimiento del empleo.

[29] La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2015 señala que el plan de viabilidad que, en caso de continuación total o parcial del ejercicio de la actividad profesional o empresarial, se exige acompañe al convenio, es un documento especial con el fin de que la administración concursal pueda evaluar el contenido de la propuesta de convenio en todos aquellos casos en que se pueda contar con los recursos que genere la actividad económica que en el futuro desarrolle el concursado. Al propio tiempo sirve de información a los acreedores, al objeto de que puedan valorar las expectativas de cumplimiento del convenio. Es un documento que proyecta, de forma estimativa, los recursos necesarios para la continuación de la actividad económica del deudor, los medios de los que parte, así como aquellos otros necesarios para complementarlos, con el fin de obtener unos resultados que permitan, según los flujos de caja, cumplir con los plazos estipulados en el convenio. En este sentido, el plan de viabilidad solo es obligatorio cuando se tenga previsto contar con los recursos que genere la continuación, bien sean propios bien sean de terceros. En este último caso, la norma se refiere a los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención, así como los compromisos de su prestación por terceros. Lo que obliga, a su vez, a señalar las condiciones económicas de la prestación de los recursos por terceros, y que, de tratarse de créditos, se encomienda a las partes determinar en el convenio la forma de su satisfacción. La administración concursal evaluará el contenido de la propuesta de convenio en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad que la acompañen. La evaluación debe contener necesariamente un juicio favorable, con o sin reservas, o desfavorable, acerca de la viabilidad del cumplimiento del convenio propuesto. No se trata, por tanto, de enjuiciar la bondad del contenido del convenio, sino si su cumplimiento es viable, es decir, si se puede llevar a cabo con una previsibilidad razonable. El juicio de viabilidad del cumplimiento del convenio propuesto no está exento de dificultades, aunque la remisión legal únicamente a la viabilidad del cumplimiento (sin precisar, como si sucede en vía de oposición al convenio, su carácter objetivo, art. 384 TRLC) apunta a que resultaría suficiente con que el cumplimiento del convenio tenga probabilidades de poder llevarse a cabo por el concursado por sus circunstancias o capacidades subjetivas, sin necesidad de evaluar si resultaría probable objetivamente, es decir, para cualquier deudor que se encontrara en la misma situación económica. En todo caso, las probabilidades de cumplimiento han de ser razonables, proporcionales y no meras impresiones inciertas y aleatorias (SJM núm. 1 de Alicante de 3 de septiembre de 2012; SAP Barcelona de 24 de mayo de 2012; SAP Valencia de 20 de febrero de 2007). Más aún si se tiene en cuenta que, posteriormente, cabrá oposición a la aprobación judicial del convenio por inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio (art. 384 TRLC).

Ahora bien, los términos en los que se proyecta la razonable garantía de viabilidad que ha de procurar un plan de reestructuración son distintos[30]. En sede de planes de reestructuración preconcursales, la exposición de las condiciones necesarias para el éxito del plan de reestructuración y de las razones por las que ofrece una perspectiva razonable de garantizar la viabilidad de la empresa, en el corto y medio plazo, y evitar el concurso del deudor, se recoge entre las menciones que, como mínimo, han de contener los planes de reestructuración preconcursales (art. 633.10.ª TRLC). La perspectiva razonable de asegurar la viabilidad, en el corto y medio plazo, y de evitar el concurso, es también la expresión acogida en su inclusión como requisito a reunir para la homologación judicial del plan (art. 638.1.º TRLC) y su no concurrencia motivo para la impugnación del auto de homologación por los titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor de un plan consensual (art. 654.4.º TRLC), por los acreedores que no hayan votado a favor de un plan no consensual (art. 655.1 TRLC), por los socios que no hayan aprobado el plan de reestructuración (art. 656.4.º TRLC) y por los acreedores no afectados por el plan de reestructuración (art. 670.2 TRLC), además de permitir, por excepción, confirmar la homologación de un plan de reestructuración no consensual aunque no se cumpla la regla de la prioridad absoluta, cuando sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa y los créditos de los acreedores afectados no se vean perjudicados injustificadamente (art. 655.3 TRLC)[31]. El requisito de ofrecer una perspectiva razonable de garantizar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo se incluye junto a evitar el concurso del deudor, sin incorporar ningún elemento adicional que precise su alcance. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15.ª, de 9 de julio de 2024, señala que la exigencia de que el plan ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa, implica un juicio de probabilidad sobre la superación de las dificultades financieras de la empresa económicamente rentable mediante la aplicación de las medidas previstas en el plan de reestructuración, juicio que considera no exento de dificultades dado el conjunto de variables e imponderables que pueden incidir en la evolución futura de la empresa. En todo caso, entiende que la empresa será viable económicamente si es capaz de obtener resultados positivos a corto y medio plazo que le permitan atender las obligaciones generadas durante el periodo al que se refiere el plan y devolver la deuda reestructurada a su vencimiento. A lo que añade que, como se ha puesto de manifiesto en los distintos informes, un indicador de viabilidad de la

[30] Martín Torres, A. «La viabilidad como condición de la reestructuración», *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 61, 2024, pp. 287-303.

[31] Sobre la previsión, excepcional, de que el plan de reestructuración se aparte de la regla de prioridad absoluta, vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, de 10 de abril de 2023 y Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián de 23 de noviembre de 2023.

empresa es el EBITDA (ganancias antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización), que determina la capacidad de generar fondos en la actividad ordinaria de la empresa, y otro el denominado *cash-flow* o flujos de caja, que comprende también la capacidad de la empresa para devolver la deuda. Mientras que la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona, de 4 de septiembre de 2023, considera que lo que no ofrece duda es lo que no significa, incidiendo en que *la exposición de «condiciones» y «razones» para asegurar, en el primer caso el éxito del plan, y garantizar la viabilidad de la empresa y evitar el concurso en el segundo, no exigen una detallada enumeración de los innumerables datos, variantes y análisis que tradicionalmente contiene un «plan de negocio».* Por ello, señala que de lo que se trata *es de perfilar a grandes rasgos el conjunto de presupuestos imprescindibles para que el plan se pueda llevar a efecto, para que tenga «éxito» y de exponer los argumentos que sustentan esa apuesta por la viabilidad enderezada a evitar la situación de concurso,* añadiendo que por corto y medio plazo se entienden siempre periodos inferiores a los cinco años[32]. Esta consideración debe ser entendida en el contexto legal, en el que la viabilidad es esencial en la reestructuración. En esa medida, ha de entenderse que el plan, aún a grandes rasgos, ha de incluir los presupuestos, datos y argumentos que garantizan razonablemente la viabilidad de la empresa, en el corto y medio plazo, evitando el concurso del deudor.

De forma que los planes de reestructuración requieren la concurrencia de los presupuestos establecidos y también toda una serie de requisitos y condiciones, entre los que se encuentra garantizar —razonablemente— la viabilidad de la empresa. Un plan solo debería ser aprobado —presumiendo que el control lo realicen los acreedores— y homologado —tras el control judicial— si proporciona esa viabilidad. El modelo legal parte de que la perspectiva razonable de un plan de reestructuración para garantizar la viabilidad, en el corto y medio plazo, y evitar el concurso del deudor queda respaldada si una mayoría de los acreedores afectados está dispuesta a asumirlo. No obstante, ello no debería ser óbice para que, en caso de homologación, el control judicial

---

[32] En este sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Almería, de 30 de julio de 2024, que en el supuesto que resuelve no encuentra esos presupuestos imprescindibles y argumentos, lo que le lleva a considerar que *no dispone de criterios para afirmar que la empresa no es viable pues realmente lo que se echa en falta es una razonable justificación de las estimaciones que se han incluido en el plan de viabilidad y esta deficiencia probatoria unida a la acreditada falta de previsión en el plan de viabilidad […], deben repercutir negativamente en la solicitante.* Por otro lado, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián, de 23 de noviembre de 2023, que a partir de las consideraciones de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona, de 4 de septiembre de 2023, señala que es desde la consideración del plan de viabilidad, no como un plan de negocio, sino como una exposición a grandes rasgos de las condiciones que se deben de dar para que se garantice la viabilidad de la empresa, como deben de enjuiciarse las objeciones a un plan de reestructuración.

contraste la existencia de viabilidad o, al menos, si manifiestamente no se cumple[33]. La relevancia de la viabilidad, como condición del plan de reestructuración, interpretada en términos amplios, se destaca en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28.ª, de 23 de abril de 2024, respecto a un plan de reestructuración que se plantea para superar un estado de insolvencia, pero que también se formula para superar una situación de desequilibrio patrimonial. A este respecto, se indica que el equilibrio patrimonial no se menciona como presupuesto objetivo en la legislación concursal (art. 584), pero si que se exige que el plan de reestructuración ofrezca una perspectiva razonable de asegurar la viabilidad (art. 633.10.ª). E, incide la referida resolución judicial, en que aunque el equilibrio patrimonial y la viabilidad empresarial no son conceptos equivalentes, es obvio que ese equilibrio es una condición necesaria para asegurar la viabilidad de una empresa, pues en otro caso procedería la disolución, lo que le conduce a considerar que las medidas previstas en el plan de reestructuración para eludir la situación de desbalance patrimonial resultan pertinentes para la finalidad pretendida[34].

---

[33] El Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid, de 20 de noviembre de 2023, valora que el plan de restructuración cuya homologación se pretende, si bien contiene medidas que se acomodan al contenido del art. 614 del texto refundido de la Ley Concursal (esperas) y se han alcanzado las mayorías legales para su homologación (2/3), sin embargo, no cumple de manera «manifiesta» lo previsto en los arts. 633.10 y 638.2 al tratarse de una empresa que carece de actividad y tampoco se prevé que la vaya a reiniciar como consecuencia de la reestructuración. El plan se considera que está simplemente concebido como un mecanismo para gestionar los futuros cobros y pagos pendientes a fin de facilitar una extinción ordenada de la compañía, lo que se entiende excede del objeto y finalidad de la reestructuración preconcursal. Por ello, la resolución judicial deniega la homologación del plan de reestructuración al entender que no cumple los requisitos legalmente exigidos del art. 633 y 638 del texto refundido de la Ley Concursal de manera manifiesta. Las dificultades para valorar este extremo, fuera de los supuestos en los que resulte manifiesta la falta de viabilidad, se señalan en el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 16 de Madrid, de 30 de julio de 2024, al resaltar que el juez no podrá en ningún caso entrar a valorar si el plan realmente ofrece una perspectiva razonable de garantizar la viabilidad de la empresa, en el corto y medio plazo, y evitar el concurso del deudor, si así queda puesto de manifiesto en el plan.

[34] La Sentencia de la Audiencia Provincial 131/2024, sección 28.ª, de 23 de abril de 2024, resuelve la impugnación formulada a la homologación judicial de un plan de reestructuración formado por una sola clase, sin designación de experto. La resolución considera que el plan de reestructuración propuesto no supone un fraude de ley, tal y como viene definido en el art. 6.4 del Código Civil, porque cumple exactamente la finalidad que tiene legalmente asignada como institución preconcursal. A lo que añade que el plan de reestructuración no es un instrumento que deba afectar universalmente a todos los acreedores, puntualizando que la definición del perímetro del plan de reestructuración es una facultad discrecional de los proponentes del plan. La selección de los acreedores afectados por el plan, con la consiguiente exclusión del resto, es un mecanismo expresamente contemplado en el texto refundido de la Ley Concursal. Y no considera aceptable trasladar el requisito de pluralidad de acreedores —consustancial a la situación de insolvencia— al número de acreedores afectados por el plan de reestructuración, cuando realmente no es un requisito legal. E, igualmente, entiende que el texto refundido de la Ley Concursal contempla la posibilidad de que existan varias clases, pero no prohíbe la existencia de una sola clase; lo relevante es que exista interés común entre los agrupados. En este marco, si las

3. El impacto de la sostenibilidad en la reestructuración

Es conocido el gradual proceso de transparencia al que se viene sometiendo a las sociedades y entidades mercantiles. Este proceso se ha centrado, en algunas ocasiones, en el fomento de mecanismos individuales y voluntarios de compromiso informativo y procedimental y, en otras, en determinaciones que han trascendido del esquema voluntario y se han acabado imponiendo, por razones diversas, en la regulación legal de los entes societarios. De alguna forma puede indicarse que la libertad de forma que era esencial al ámbito societario ha dejado paso a un funcionamiento reglado de carácter autoimpuesto. Este es el caso del estado de información no financiera que forma parte de la regulación obligacional vigente y del proyectado informe de sostenibilidad.

Las consideraciones realizadas ponen de manifiesto el marco de ampliación legal del compromiso de las empresas en el cumplimiento de objetivos que se consideran dignos de protección por la sociedad en un momento, como el presente, en el que la lucha contra el cambio climático forma parte de todas las agendas políticas de los diferentes poderes públicos y de la estrategia de las empresas privadas. Así, es evidente que de forma progresiva esta política, y otras relacionadas que se consideran esenciales o relevantes para la sociedad, se han traducido en el reconocimiento de diversos instrumentos informativos o de gestión que permiten mostrar el compromiso de la respectiva entidad en el cumplimiento de los objetivos analizados.

Lo deseable es que el mayor número de empresas, con independencia de la forma jurídica que adopten, asuman un compromiso —razonable y realista— con las cuestiones de sostenibilidad, en atención al sector que actúen y a su entidad. Una gestión adecuada y eficiente de los compromisos y de los riesgos no solo está alineada con los objetivos de los inversores a largo plazo, sino que la atención empresarial a los indicadores medioambientales, sostenibles y de gobernanza redunda en un mejor posicionamiento. En este contexto, las iniciativas legislativas, informes y documentos que acompañan a la sostenibilidad empresarial son numerosos y es más que probable que continúen en aumento en los próximos años[35].

---

circunstancias del caso aconsejan la existencia de una sola clase, no debe existir inconveniente en que así se proponga. Es más, incide en que si solo se identifica un interés común susceptible de quedar afectado por el plan de reestructuración, lo coherente es que el plan contemple una sola clase. En suma, la Sentencia de la Audiencia Provincial de 23 de abril de 2024 no observa fraude por el hecho de que el acreedor mayoritario imponga su mayoría: la extensión de efectos del plan de reestructuración a los acreedores minoritarios es un efecto expresamente previsto en la Ley, por lo que esta circunstancia, per se, no puede constituir fraude.

[35] En este ámbito, ha tenido repercusión la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto

Pues bien, la evolución y creciente relevancia de las cuestiones de sostenibilidad empresarial impactan en el ámbito de la legislación de insolvencia. El significativo avance en sede de sostenibilidad incide en los procedimientos concursales dirigidos a mantener o continuar las actividades empresariales. En efecto, la sostenibilidad empresarial no solo aporta valor financiero, sino también viabilidad y una menor exposición a los riesgos económicos y reputacionales derivados de no atender a las cuestiones de sostenibilidad, lo que posee trascendencia en la venta de unidades productivas, en el convenio concursal y, en particular, en las reestructuraciones preconcursales[36].

Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017. Además de las concretas modificaciones legislativas que introduce, es reseñable que en su Preámbulo incide en que «la implicación efectiva y sostenible de los accionistas es una de las piedras angulares del modelo de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas, que depende del sistema de control y equilibrio entre los distintos órganos y las distintas personas interesadas. Una mayor implicación de los accionistas en el gobierno corporativo constituye uno de los instrumentos que pueden contribuir a mejorar el rendimiento financiero y no financiero de esas sociedades, también por lo que se refiere a factores medioambientales, sociales y de gestión, en particular como los que se mencionan en los Principios de Inversión Responsable que las Naciones Unidas sostienen. Además, una mayor implicación por parte de todos los interesados, en particular los trabajadores, en el gobierno corporativo constituye un factor importante a la hora de garantizar un enfoque más a largo plazo por parte de las sociedades cotizadas, que debe ser fomentado y tenido en cuenta». A partir de ahí, se destaca que la misma conclusión la comparten también diversas instancias internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el Grupo de los 20 (G20) a través de los Principios de Gobierno Corporativo de 2015, que reconocen el fomento de las inversiones a largo plazo como uno de los objetivos del gobierno corporativo, o la Organización de Naciones Unidas a través de los citados Principios para la Inversión Responsable, que afirman que un sistema económicamente eficiente y financieramente sostenible a escala global, recompensará a largo plazo la inversión responsable y beneficiará al medio ambiente y a la sociedad en su conjunto. Asimismo, un informe de la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA) ha destacado la relación que existe entre las inversiones a largo plazo y la sostenibilidad social y medioambiental de las empresas. Según este «Informe sobre las presiones cortoplacistas indebidas sobre las empresas» (*Undue short-term pressure on corporations*), de 18 de diciembre de 2019, la inversión a largo plazo suele tener más en cuenta elementos y objetivos relacionados con la sostenibilidad. En efecto, según ESMA, los objetivos de sostenibilidad social y medioambiental están muy relacionados con las inversiones a largo plazo. En consecuencia, la gestión adecuada de los riesgos sociales y medioambientales está alineada con los objetivos de los inversores a largo plazo. Por esta razón, ESMA opina que la política de implicación a largo plazo de las sociedades gestoras y las empresas de servicios de inversión debería también contemplar indicadores medioambientales, sostenibles y de gobernanza. Perales Viscasillas, M.ª P. «La integración de la sostenibilidad y el largo plazo en la Ley 5/2021», en *Implicación a largo plazo de los accionistas en sociedades cotizadas. Comentarios a la Ley 5/2021,* (Izaguirre Gómez, Perales Viscasillas), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

[36] Los efectos de la normativa de sostenibilidad en los planes de reestructuración se abordan en Mínguez Prieto, R. «Hacia un derecho preconcursal sostenible», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones,* núm. 9, 2023.

En este sentido, la configuración del derecho preconcursal presenta algunas características que ponen de manifiesto la conexión existente entre viable, sostenible y reestructurable y, en consecuencia, entre inviable, insostenible y no reestructurable. La viabilidad es condición de la reestructuración y el término se ve abocado a acoger indicadores financieros, técnicos, comerciales y no financieros o de sostenibilidad. A lo que ha de añadirse el impacto que la sostenibilidad tiene para la valoración de las empresas y la disminución de los riesgos a los que podrían enfrentarse, aspectos que no solo son cruciales para el deudor, sino también para los intereses de los acreedores afectados por una reestructuración y para atraer inversiones. En fin, puede ser conveniente y útil, además de favorecer su éxito, que las medidas que incorpore el plan de reestructuración refieran objetivos de sostenibilidad, incrementando la perspectiva razonable de garantizar la viabilidad de la empresa.

III. BIBLIOGRAFÍA

Ahedo Peña, O. «Marcos de reestructuración preventiva: regulación», *Unión Europea Aranzadi,* núm. 8-9, 2019.

Aparicio González, M.ª L. «La información no financiera de las sociedades mercantiles», *La Ley Mercantil*, núm. 32, 2017.

Campuzano, A. B. «Consideración crítica sobre la posición del deudor persona jurídica en los planes de reestructuración preconcursales», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 328, abril – junio 2023, pp. 47-80.

— «Los estados de insolvencia», *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 58 monográfico, 2022, pp. 15-46.

Cohen Benchetrit, A. «La posición del socio ante la reestructuración en el Anteproyecto de reforma concursal», *La Ley Mercantil,* núm. 86, 2021.

Enciso Alonso-Muñumer, M. «La posición de los socios en la aprobación y homologación del plan de reestructuración», *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 62, 2024.

— «Transparencia y sostenibilidad», *Revista del Derecho del Mercado de Valores*, núm. 27, 2020, pp. 242-281.

Etxarandio Herrera, E. «Marcos de reestructuración preventiva: vectores ideológicos», *Unión Europea Aranzadi,* núm. 8-9, 2019.

Fachal, N. «¿Qué debemos entender por probabilidad de insolvencia a los efectos de realizar la comunicación de apertura de negociaciones o solicitar la homologación de un plan de reestructuración?», *La Ley Insolvencia,* núm. 9, 2022.

Fernández-Rañada, J. «El estado de información no financiera», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 88, 2019, pp. 157-166.

García-Villarrubia, M. «El papel del socio en la reestructuración», en *Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España* (Cohen Benchetrit), Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 1207-1250.

Garcimartín, F. «El Derecho preconcursal: una visión general», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 57, 2022, pp. 9-49.

— «La reforma del Derecho preconcursal: algunas reflexiones sobre sus fundamentos», en *La reestructuración como solución de las empresas viables* (Díaz Moreno, León Sanz, Brenes Cortés, Rodríguez Sánchez), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 33-61.

Garnacho Cabanillas, L. «La reestructuración preconcursal de deudas desde una perspectiva interna y comunitaria», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 53, 2021, pp. 47-88.

González Vázquez, J. C. «El experto en la reestructuración: una primera aproximación crítica», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones,* núm. 11, 2023, pp. 83-140.

Guillamon, M.; Serrano, A. y Picazo, J. C. «Reestructuración de deuda y preconcurso, prepack y otras salidas a la insolvencia en la transposición de la Directiva sobre reestructuraciones e insolvencia», (Fortea Gorbe, Blanco García Lomas), *Retos empresariales en la post pandemia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022.

Herbosa Martínez, I. y Arenas Alegría, C. C. «La Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: su repercusión sobre las pequeñas y medianas empresas (PYMES)», *Unión Europea Aranzadi,* núm. 8-9, 2019.

Lado Castro-Rial, C., «Líneas esenciales de la Directiva», *Unión Europea Aranzadi,* núm. 8-9, 2019.

Martín Torres, A., «La viabilidad como condición de la reestructuración», *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 61, 2024, pp. 287-303.

— «El experto en la reestructuración», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones,* núm. extra 3, 2021, pp. 199-210.

Martin Zamora, M. P. y Hernández Linares, R., «Anticiparse a la insolvencia empresarial. Los mecanismos de alerta temprana», en *La reestructuración como solución de las empresas viables* (Díaz Moreno, León Sanz, Brenes Cortés y Rodríguez Sánchez), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 113-139.

Martínez Muñoz, M., «La reestructuración forzosa», *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 58 extraordinario, 2023, pp. 385-412.

Mínguez Prieto, R., «Hacia un derecho preconcursal sostenible», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones,* núm. 9, 2023.

Molina Hernández, C. «El experto en los planes de reestructuración: nombramiento y estatuto», *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 61, 2024, pp. 197-220.

Moral Escudero, J. «Alertas tempranas y estadística concursal en el Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones,* núm. 3 extraordinario, 2021, pp. 23-46.

Nieto Delgado, C. «¿Planes no consensuales u hostiles? Estrategias *capture the flag* en la aplicación del libro segundo del texto refundido de la Ley Concursal», en *Estudios de la insolvencia del País Vasco: novedades introducidas por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal (Jornadas Vitoria-Gasteiz, 25-26 mayo 2023),* Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 87-115.

— «El experto de la reestructuración», en *Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España,* (Cohen Benchetrit), Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 289-356.

Niño Estébanez, R. «Una reflexión breve sobre el nuevo derecho de insolvencia español: los planes de reestructuración y el experto en reestructuración», en *El concurso y la conservación de la empresa. Hacia un nuevo orden concursal. La conservación de las empresas a la luz del texto refundido de la Ley Concursal (IX Jornadas concursales Vitoria-Gasteiz)*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 97-114.

Perales Viscasillas, M.ª P. «La integración de la sostenibilidad y el largo plazo en la Ley 5/2021», en *Implicación a largo plazo de los accionistas en sociedades cotizadas. Comentarios a la Ley 5/2021,* (Izaguirre Gómez, Perales Viscasillas), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

Pulgar, J. «Los nuevos planes de reestructuración: un año de aplicación práctica», *Diario La Ley,* núm. 10374, 2023.

— «Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores», *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 323, enero-marzo 2022.

Rojo, A. «La conversión de créditos en acciones o participaciones en los planes de reestructuración», *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 58 monográfico, 2022, pp. 205-252.

— «La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva», *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 42, 2017, pp. 99-111.

Thomas Puig, P. M. «La homologación judicial de los planes de reestructuración», *La Ley Mercantil,* núm. 92, 2022.

Viñuelas Sanz, M. «Los sistemas europeos consolidados de alerta temprana», *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 56, pp. 149-202.

INSOLVENCIA Y SOSTENIBILIDAD[1]

INSOLVENCY AND SUSTAINABILITY

«A crisis is a terrible thing to waste»
Paul Romer, Premio Nobel de Economía

Marta Flores Segura
Profesora titular de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid
Of Counsel (Baker McKenzie)

RESUMEN: Este trabajo analiza el papel que juega la sostenibilidad en las operaciones de reestructuración empresarial realizadas en el marco de procedimientos de insolvencia, tanto concursales como preconcursales. A estos efectos, se revisita el debate sobre los fines de los procedimientos de insolvencia y sobre quiénes son los *stakeholders* en los mismos. En relación con esta cuestión, se analizan con detalle las últimas tendencias internacionales en el Derecho de la insolvencia y, sobre la base de lo anterior, se ensaya una aproximación teórica relativa a la admisibilidad y a la conveniencia de la consideración de intereses basados en la sostenibilidad en los procedimientos de insolvencia y al impacto que ello puede tener sobre los intereses de los acreedores.

Palabras clave: acreedores, insolvencia, partes interesadas, reestructuración, sostenibilidad.

---

[1] Este trabajo se ha realizado en el marco de los proyectos de investigación «La adaptación al Derecho europeo de la empresa: los nuevos retos del derecho de sociedades y de los mercados de capitales (II)» (referencia PID2023-146728NB-I00), cuyos investigadores principales son los profesores Aurora Martínez Flórez y Enrique Gandía Pérez y, por otra parte, «Gobierno corporativo y creación de valor compartido» (referencia PID2020-112624GA-I00), cuyo investigador principal es el profesor Javier Megías López.

ABSTRACT: This paper analyses the role that sustainability plays in corporate restructuring operations carried out in the context of insolvency proceedings. To this end, the debate on the purposes of insolvency proceedings and their stakeholders is revisited. In relation to this issue, the latest international trends in insolvency law are analysed in detail and a theoretical approach to the admissibility and appropriateness of the consideration of sustainability-based interests in insolvency proceedings and the impact this may have on the interests of creditors is discussed.

Keywords: creditors, insolvency, stakeholders, restructuring, sustainability.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS *STAKEHOLDERS* EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA. 1. Consideraciones generales. 2. El modelo del gobierno corporativo: accionarialismo (*shareholderism*) vs. stakeholderismo (*stakeholderism*). 3. La postura tradicional en la insolvencia. El «acreedorismo» (*claimholderism*). 4. La irrupción de los *stakeholders* en los procedimientos de insolvencia. 5. Conclusiones preliminares; III. EL ROL DE LA SOSTENIBILIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA. 1. Consideraciones generales. 2. La sostenibilidad en los procedimientos de insolvencia bajo las posturas tradicionales. 3. Ensayo de un nuevo enfoque basado en la viabilidad. IV. LA PREFERENCIA LEGAL EXPRESA POR PROPUESTAS SOSTENIBLES: ANÁLISIS CRÍTICO DE SU CONVENIENCIA. 1. El caso de la Ley Concursal española. 2. Análisis crítico. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La investigación en materia de sostenibilidad es una fértil disciplina que ha dado lugar (sobre todo en los últimos años) a un elevado número de trabajos académicos, especialmente en el campo del gobierno corporativo. En franco contraste con lo anterior, la sostenibilidad ha recibido escasa atención entre quienes nos dedicamos al Derecho de la insolvencia. En efecto, los trabajos sobre insolvencia y sostenibilidad publicados a nivel mundial pueden contarse con los dedos de una mano[2].

El debate en torno a la sostenibilidad suele articularse en términos de su eventual impacto positivo en la creación de valor y el desarrollo empresarial a largo plazo, y no en el posible papel que pueda jugar en un contexto de insolvencia[3]. Mas no por ello debe descartarse la

[2] Algunas de las contadas excepciones son los trabajos de Linna, T., «Insolvency proceedings from a sustainability perspective», *International Insolvency Review,* vol. 28, núm. 2, 2019, pp. 210-232 (que realiza un experimento de trasplante jurídico al examinar si los procedimientos de insolvencia pueden tener por objetivo un enfoque basado en la sostenibilidad) y de Boon, G. J., «Harmonising European Insolvency Law: The Emerging Role of Stakeholders», *International Insolvency Review*, vol. 27, 2018, pp. 150-177. El presente trabajo se nutre abundantemente de las aportaciones de ambos autores.

[3] Así lo reconocen Bauer, K. y Krasodomska, J., «The premises for corporate social responsibility in insolvency proceedings», *Research Papers of Wroclaw University of Economics*,

existencia de conexiones intrínsecas entre ambas cuestiones. Al fin y al cabo, las crisis constituyen situaciones idóneas para plantear cambios que, por su dimensión o naturaleza, probablemente no serían bienvenidos —o siquiera factibles— en otro contexto[4]. Una situación de insolvencia puede ser, por tanto, una oportunidad para «reconstruir» una compañía mejorándola en términos de desarrollo sostenible, ya sea mediante la reducción de emisiones o cambiando sus estructuras operativas para promover una mejor gobernanza, una mayor diversidad, una protección laboral más intensa o unas prácticas antidiscriminatorias más sólidas, así como otras contribuciones a diversos objetivos de justicia social (*build back better*, en la expresión anglosajona)[5].

Ello justifica el estudio que aquí se propone y que consiste en analizar el papel que juega la sostenibilidad (si es que juega alguno) en las operaciones de reestructuración empresarial realizadas en el marco de procedimientos de insolvencia[6]. El análisis parte de un concepto amplio de reestructuración, que incluye no solamente las operaciones que se realizan con carácter preventivo (a través de planes de reestructuración en el sentido de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia), sino también aquellas que se producen en el seno de un concurso de acreedores (por ejemplo, a través de un *pre-pack* o de la venta de unidades productivas en la liquidación).

El análisis del papel de la sostenibilidad en los procedimientos de reestructuración concursales y preconcursales exige revisitar el eterno debate relativo a los fines de los procedimientos de insolvencia y a quiénes son los *stakeholders* en los mismos. En relación con esta cuestión, se analizan con detalle las últimas tendencias internacionales en el Derecho de la insolvencia y, sobre la base de lo anterior, se ensaya una aproximación teórica relativa a la admisibilidad y a la conveniencia de la consideración de intereses basados en la sostenibilidad en los

---

núm. 387, 2015, p. 21: «*The problem of CSR in relation to the companies at risk of bankruptcy is not common in literature where the concept is mostly discussed in terms of its positive impact on the value creation and company's long-term development*».

[4] En palabras de Sahut, J. M., Boulerne, S. y Mili, M., «What relation exists between CSR and longevity of firms?», *International Journal of Business,* núm. 17, 2012, p. 152: *«Crises can provide an opportunity for making easier radical changes compared with stable periods».* En el Derecho español, las crisis se han visto como «oportunidades» para mejorar la regulación y conseguir cambios en la cultura concursal. En este sentido, Beltrán, E., «Los problemas del Derecho concursal español», *El Notario del S. xxi*, núm. 41, 2012, versión electrónica.

[5] *Vid.,* Atkins, S. y Luck, K., «Restructuring – a key pillar of the global commitment to "build back better"», *Insolvency & Restructuring International*, vol. 15, núm. 2, 2021, pp. 24-25.

[6] Este modesto trabajo se enmarca dentro de una tendencia internacional que aboga por reexaminar los postulados del Derecho de la insolvencia en el actual contexto social y económico. Ejemplo de esta tendencia es, por ejemplo, el trabajo de Vaccari, E. y van Ho, T., «Insolvency Law Through the Lens of Human Rights Theories», en Ghio, Gant y Wood (eds.), *Rethinking Insolvency Law Theories in a Changing World: Perspectives for the 21st Century*, Edward Elgar, 2023, pp. 190-215.

procedimientos de insolvencia y al impacto que ello puede tener sobre los intereses de los acreedores[7].

II. LOS *STAKEHOLDERS* EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

1. Consideraciones generales

No puede analizarse el papel de la sostenibilidad en los procedimientos de insolvencia sin abordar el imperecedero debate relativo a los fines de los procedimientos de insolvencia y a los intereses que los mismos deben atender. En efecto, si entendemos que el objetivo primordial de las reestructuraciones es maximizar la satisfacción de los acreedores, entonces la sostenibilidad no debería ser preferida ni valorada intrínsecamente[8]. Por el contrario, si incluimos dentro de los *stakeholders* de los procedimientos de insolvencia a personas que no sean acreedoras, entonces la sostenibilidad sí podría jugar un papel en contextos de crisis.

Para centrar el debate, utilizaremos un planteamiento paralelo al que se emplea en el marco societario. Como es bien sabido, en el campo del gobierno corporativo se ha investigado a fondo quiénes son los *stakeholders*, cuál es su tipología y cómo deben priorizarse los correspondientes intereses[9]. Trataremos de trasladar ese modelo al campo de la insolvencia y, a partir de ahí, analizaremos las últimas tendencias normativas.

2. El modelo del gobierno corporativo: accionarialismo (*shareholderism*) vs. stakeholderismo (*stakeholderism*)

El enfoque adoptado en el marco del gobierno corporativo se construye en torno a la conocida división entre dos posturas: por un lado, aquella que defiende la primacía del socio (*shareholder primacy*)[10], y,

---

[7] Las conclusiones preliminares de este trabajo han sido expuestas en dos congresos internacionales. En primer lugar, en el II German-Austrian-Spanish Symposium, «Future Challenges in Company and Capital Markets Law: ESG (Sustainability) - Digitalization - Resilience (Restructuring)», celebrado en el Centro Cultural La Corrala de Madrid los días 11 y 12 de mayo de 2023. En segundo lugar, en el I Congreso Internacional de Derecho de la Empresa, celebrado a través de la plataforma Zoom entre el 18 y el 23 de septiembre 2023, organizado por la Asociación Civil «Derecho y Sociedad» de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

[8] Lo plantea en estos términos Linna, T., «Insolvency proceedings from a sustainability perspective», cit., p. 218.

[9] La misma metodología es aplicada por Boon, G. J., «Harmonising European Insolvency Law…», cit., p. 152.

[10] Esta división ha sido calificada como «el gran debate» (*The Great Debate*); *vid.,* Vasudev, P. M. y Watson, S. (eds.), *Corporate Governance after the Financial Crisis*, Edward

por otro, la que aboga por introducir la perspectiva de los *stakeholders* (las demás personas que también ostentan un interés en la empresa, esto es, las partes interesadas). Estas teorías han dominado (y polarizado) durante décadas el debate sobre los fines corporativos, y ambas han sido objeto de numerosas críticas (en gran parte justificadas). Así, a la teoría de la primacía del accionista se le reprocha, principalmente, su carácter injusto, y la teoría de los *stakeholders* es considerada, entre otras cosas, imprecisa e inviable[11]. Frente a ellas, han surgido varias alternativas, como el *Entity Maximisation and Sustainability Model (EMS)* —que se centra en la empresa como entidad y propone que el objetivo de una empresa es fomentar la riqueza de la misma (lo que implicará que los directivos se esfuercen por aumentar el valor de mercado a largo plazo de la compañía)[12]— o la *Enlightened Shareholder Theory (ESV)* —que se basa en la primacía del accionista pero aboga por la rentabilidad a largo plazo e incorpora los intereses de otras partes[13]—.

Así las cosas, y dejando al margen estas alternativas, las posturas básicas son, fundamentalmente, dos: el «accionarialismo» (*shareholderism*), si la atención se centra en los intereses de los accionistas, y el

---

Elgar, 2012, p. 6. Nos remitimos también a los trabajos de Jensen, M. y Meckling, W., «Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure», *Journal of Financial Economics*, vol. 3, núm. 4, 1976, p. 305; y Millon, D., «Radical Shareholder Primacy», *University of St. Thomas Law Journal,* vol. 12, núm. 4, 2013, p. 1013, que describe dos tipos de primacía del accionista: (i) la primacía *radical* del accionista, en la que los administradores se centran totalmente en servir a los intereses de los accionistas, y (ii) la primacía *tradicional* del accionista, en la que los administradores deben tener en cuenta los intereses de los accionistas y (en su caso, solamente cuando proceda) los intereses de los no accionistas.

[11] Por ejemplo, Hart, O., «An Economist's View of Fiduciary Duty», *University of Toronto Law Journal,* vol. 43, núm. 3, 1993, pp. 299-303, señaló la imposibilidad de aplicar en la práctica la teoría de los *stakeholders* porque la idea de exigir a un administrador que tenga en cuenta los intereses de todos los grupos es «esencialmente vacua», ya que los administradores podrían justificar cualquier decisión alegando que eventualmente beneficia a alguna persona o grupo de interés.

[12] Esencialmente, el modelo implica el fomento de la riqueza de una entidad, lo que determina que los administradores deban esforzarse por aumentar el valor de mercado global a largo plazo de la compañía. Esto supondrá aumentar el valor de la empresa en su conjunto, teniendo en cuenta la inversión realizada por diversas personas y grupos. El enfoque de maximización de la entidad implica que los administradores tomen decisiones que maximicen la riqueza general de la empresa. En otras palabras, los administradores deben hacer aquello que maximice el valor de la corporación, de modo que aumente el valor actual neto para la empresa en su conjunto. La maximización de la riqueza de la corporación no siempre se mide por los beneficios obtenidos en un periodo determinado. Al mismo tiempo que maximizan la riqueza, los administradores tienen que garantizar la supervivencia de la entidad. Así pues, el modelo tiene dos elementos: maximizar la riqueza de la entidad y, al mismo tiempo, garantizar su sostenibilidad financiera. *Vid.,* Keay, A., «The Ultimate Objective of the Company and the Enforcement of the Entity Maximisation and Sustainability Model», *Journal of Corporate Law Studies*, núm. 10, 2010, pp. 38 y ss.

[13] Véanse los trabajos de Harper Ho, V. E., «Enlightened Shareholder Value: Corporate Governance Beyond the Shareholder-Stakeholder Divide», *Journal of Corporation Law*, vol. 36, núm. 1, 2010, pp. 59 y ss.; y de Baumfield, V., «Stakeholder Theory from a Management Perspective: Bridging the Shareholder/Stakeholder Divide», *Australian Journal of Corporate Law*, vol. 31, núm. 1, 2016, pp. 187 y ss.

«stakeholderismo» (*stakeholderism*), si los intereses de los consumidores, de los trabajadores o la protección del medio ambiente también se incluyen entre los fines de la compañía[14].

3. La postura tradicional en la insolvencia. El «acreedorismo» (*claimholderism*)

En el Derecho de la insolvencia también existe un animado (y longevo) debate sobre los objetivos que persiguen estos procedimientos[15]. Se trata de una cuestión sobre la cual existen, fundamentalmente, dos escuelas de pensamiento: el enfoque de la negociación *ex ante* con los acreedores (*creditors' bargain approach)* y el enfoque del beneficio social (*social benefit approach)*[16].

---

[14] No entraremos aquí en un análisis pormenorizado de lo que debe entenderse por *stakeholders*. Sin embargo, resulta útil el resumen que propone Boon, G. J., «Harmonising European Insolvency Law…», cit., pp. 154 y ss., que trae a colación las modificaciones adoptadas por el Parlamento Europeo el 8 de julio de 2015 en relación con la Propuesta de Directiva que modifica la Directiva 2007/36/EC sobre el fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas y la Directiva 2013/34/EU en lo que respecta a determinados elementos de la declaración sobre gobierno corporativo (COM[2014]0213-C7-0147/2014-2014/0121[COD]). El Parlamento Europeo propuso la siguiente definición de *stakeholders*: «todo individuo, grupo, organización o comunidad local que se vea afectado por el funcionamiento y los resultados de una empresa o que tenga un interés en ellos». Sin embargo, esta definición no se incluyó en el texto final de la Directiva (UE) 2017/828. Otras muchas definiciones de *stakeholders* pueden encontrarse en la literatura académica. Por ejemplo, la de Freeman, E., *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Cambridge University Press, 1984, p. 25: «Una parte interesada en una organización es (por definición) todos aquellos grupos e individuos que pueden afectar, o se ven afectados por, el cumplimiento del propósito organizativo» [*A stakeholder in a organization is (by definition) all of those groups and individuals that can affect, or are affected by, the accomplishment of organizational purpose*]. Otra perspectiva más invasiva es la que proponen Savage, G., Nix, T. W., Whitehead, C. J. y Blair, J. D., «Strategies for assessing and managing organizational stakeholders», *Academy of Management Executive*, vol. 75, núm. 2, 1991, p. 61: «Las partes interesadas incluyen a aquellos individuos, grupos y otras organizaciones que tienen un interés en las acciones de una organización y que tienen la capacidad de influir en ella» (*Stakeholders include those individuals, groups, and other organizations who have an interest in the actions of an organization and who have the ability to influence it*). Estos autores distinguen, además, entre (i) partes interesadas primarias (*primary stakeholders*), como las que tienen un impacto económico directo y necesario en la organización, y (ii) partes interesadas secundarias (*secondary stakeholders*), como las que solamente forman parte indirectamente de la actividad de la empresa, pero que pueden influir en ella. Para examinar las diferentes partes interesadas, se proponen dos dimensiones: (i) la amenaza potencial que representan y (ii) el potencial de cooperación con estas partes interesadas.

[15] Hace referencia al mismo Veach, J., «On considering the public interest in bankruptcy: Looking to the railroads for answers», *Indiana Law Journal,* vol. 72, núm. 4, 1997, pp. 1211 y 1212. Un excelente resumen puede encontrarse en Tirado, I., «Reflexiones sobre el concepto de interés concursal: ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, núm. 3, 2009, pp. 1078 y ss.

[16] También conocido como el *loss allocation model*, en la medida en que busca la manera de repartir las pérdidas del modo más justo, tomando en consideración distintas variables e intereses. *Vid.,* Tirado, I., «Reflexiones sobre el concepto de interés concursal…», cit., p. 1079.

La primera postura se refiere al problema de reparto de un limitado e insuficiente fondo común (*common pool*) y considera que el Derecho de la insolvencia debería reflejar el acuerdo que previsiblemente los acreedores alcanzarían entre ellos si pudieran negociarlo desde una posición *ex ante*. Bajo esta perspectiva, el Derecho de la insolvencia está destinado a ser un enorme (y eficiente) dispositivo de cobro de deudas. Se trata, a grandes rasgos, de la escuela del *Law & Economics,* cuyo máximo representante en el ámbito concursal es el profesor Jackson[17], y conforme a cuyos postulados las cuestiones sociales no están relacionadas con el Derecho de la insolvencia. La pregunta fundamental en materia de insolvencia para Jackson y su escuela es: ¿Qué obtienen los acreedores? Esta visión se centra en la satisfacción de las preferencias individuales y en la «realización de la eficiencia asignativa, mediante la cual los recursos se asignan de acuerdo con su valor expresado por la disposición a pagar de los individuos». Así las cosas, en el contexto del Derecho de insolvencia, la atención se dirige a maximizar el valor únicamente para los acreedores.

Frente a esta postura, la teoría rival incorpora elementos redistributivos y de política pública al Derecho de la insolvencia, ampliando su alcance más allá de los acreedores y tomando en consideración a otros *stakeholders* cuyos intereses no son estrictamente crediticios (por ejemplo, personas trabajadoras, consumidores, el Estado, etc.). Bajo esta concepción, el Derecho de la insolvencia no aspira únicamente a pagar a los acreedores, sino que existen consideraciones más amplias que deben tenerse en cuenta. Quienes abogan por esta postura consideran simplista decir que el Derecho de la insolvencia solamente se ocupa de garantizar que los acreedores obtengan el mayor retorno posible, e insisten en que, si bien la insolvencia de un deudor se manifiesta en términos económicos, la misma tiene importantes implicaciones sociales[18].

---

[17] Jackson, T., «Avoiding Powers in Bankruptcy», *Stanford Law Review*, vol. 36, núm. 3, 1984, pp. 725-787; *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, 1986; «The Fresh Start Policy in Bankruptcy Law», *Harvard Law Review*, vol. 98, núm. 7, 1985, pp. 1393-1448. Jackson considera el Derecho de la insolvencia como una forma de «mejorar un problema común creado por un sistema de remedios individuales de los acreedores» (*The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, cit., pp. 16-17). *Vid.,* también Baird, D. G. y Jackson, T., «Corporate Reorganisations and the Treatment of Diverse Ownership Interests: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy», *University of Chicago Law Review*, vol. 51, núm. 1, 1984, pp. 97-130 y Scott, R. E. y Jackson, T., «On the Nature of Bankruptcy: An Essay on Bankruptcy Sharing and the Creditors' Bargain», *Virginia Law Review,* vol. 72, núm. 3, 1989, pp. 155-204.

[18] Nos referimos a los trabajos de Keay, A., «Insolvency law: a matter of public interest?», *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 51, núm. 4, 2000, p. 527; Gross, K., *Failure and Forgiveness: Rebalancing the Bankruptcy System*, Yale University Press, 1997; y, de la misma autora, «Taking Community Interests into Account in Bankruptcy: An Essay», *Washington University Law Review*, núm. 72 (1994), pp. 1031-1048; Morrison, D. y Anderson, C., «The Australian corporate rescue provisions: how do they compare?», en Omar (ed.), *International Insolvency Law: Reforms and Challenges*, Ashgate, 2013, pp. 179 y ss.; Warren, E., «Bankruptcy Policy», *University of Chicago Law Review,* vol. 54, núm. 3, 1987, pp. 775-814 y, de la misma autora,

Trasladando la distinción tomada del gobierno corporativo al ámbito de la insolvencia, denominaremos «acreedorismo» (*claimholderism*) a la postura conforme a la cual los únicos intereses que deben tenerse en cuenta en la legislación sobre insolvencia son los intereses de los acreedores y, por tanto, en el contexto de la insolvencia, el objetivo es maximizar el valor exclusivamente para estos (es decir, la postura del enfoque de la negociación *ex ante* con los acreedores o *creditors' bargain approach)*[19]. Y consideraremos, en este sentido, a la postura contraria (la del beneficio social o *social benefit approach)* como una perspectiva paralela al *stakeholderismo* del gobierno corporativo, en la medida en que abre la puerta a la consideración de intereses de personas distintas a los acreedores.

Tradicionalmente, la postura dominante ha sido sin duda el «acreedorismo»: durante mucho tiempo, los intereses de los acreedores ha sido los que más han importado (*rectius*, los únicos que han importado) en los procedimientos de insolvencia, que han estado principalmente dirigidos a garantizar un trato igualitario a los acreedores (la famosa *par condicio creditorum*) y a maximizar el valor del patrimonio del deudor insolvente. Hoy en día, en Europa, maximizar la satisfacción de los acreedores sigue siendo el interés primordial (véanse, por ejemplo, los casos de España y Alemania)[20].

4. La irrupción de los *stakeholders* en los procedimientos de insolvencia

Existen varias tendencias que han fortalecido el rol de los *stakeholders* en el ámbito de la insolvencia. Entre las mismas destacan, fundamentalmente, tres: la expansión de los objetivos incluidos en el ámbito de los regímenes de insolvencia, el cambio de enfoque a nivel de armonización en la Unión Europea y el interés en rescatar empresas viables que atraviesan dificultades financieras[21].

«Bankruptcy Policymaking in an Imperfect World», *Michigan Law Review,* vol. 92, núm. 2, 1993, pp. 346-387; Korobkin, D. R., «Rehabilitating Values: A Jurisprudence of Bankruptcy», *Columbia Law Review,* vol. 91, núm. 4, 1991, pp. 717-789; y, del mismo autor, «Contractarianism and the Normative Foundations of Bankruptcy Law», *Texas Law Review,* vol. 71, núm. 3, 1993, pp. 541-631; Carlson, D. G., «Bankruptcy Theory and the Creditors' Bargain», *University of Cincinnati Law Review,* vol. 61, núm. 2, 1992, pp. 457-510; Finch, V., «The measures of insolvency law», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 17, núm. 2, 1997, pp. 227-251; Daly, N., «Amicus Curiae and the Public Interest: A Search for a Standard», *Law & Society*, vol. 12, núm. 4, 1990, p. 401.

[19] Tomamos prestado el término de Linna, T., «Insolvency proceedings from a sustainability perspective», cit., pp. 210-232.

[20] Al respecto, nos remitimos al esencial trabajo de Tirado, I., «Reflexiones sobre el concepto de interés concursal…», cit., pp. 1055-1108.

[21] Seguimos aquí a Boon, G. J., «Harmonising European Insolvency Law…», cit., p. 160 y ss.

El primero de estos factores es la *expansión de los objetivos incluidos en el ámbito de los regímenes de insolvencia*. Si bien, hoy en día, la satisfacción de los acreedores continúa siendo el interés principal de la mayoría de los regímenes de insolvencia en Europa, lo cierto es que su alcance se está ampliando para incluir, a menudo con una importancia secundaria, los intereses del deudor, de los empleados o de la sociedad civil. De esta forma, en el plano teórico, aunque la perspectiva del *creditors' bargain* sigue siendo la predominante, parece que el enfoque social está adquiriendo cada vez más influencia, como demuestra la evolución reciente de las tendencias normativas internacionales. Veamos algunos ejemplos:

— El Reglamento Europeo de Insolvencia, en su redacción original del año 2000, no hacía referencia alguna a intereses que no fueran los de los acreedores. Sin embargo, esto cambió con la refundición de 2015, al hilo de la cual se incluyeron referencias a los trabajadores y a la protección de los puestos de trabajo (véanse los Considerandos 63 y 72, el art. 13, etcétera.).

— Otro ejemplo es la Recomendación de la Comisión Europea sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial de 2014[22], cuyo Considerando 1 hacía hincapié en un amplio grupo de intereses: «El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia y, por tanto, maximizar su valor total *para los acreedores, los empleados y los propietarios, así como para el conjunto de la economía*».

— Un hito particular fue la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza (1997)[23], cuyo Preámbulo afirma: «*La finalidad de la presente Ley* es la de establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza con miras a promover el logro de los objetivos siguientes: (a) La cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de este Estado y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza; (b) Una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones; (c) Una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todos los acreedores *y de las demás partes interesadas, incluido el deudor*; (d) La protección de los bienes del deudor, y la optimización de su valor; así como (e) Facilitar la reorganización de empresas

[22] *Commission Recommendation of 12 March 2014 on a new approach to business failure and insolvency* (Text with EEA relevance) (2014/135/EU).

[23] *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation,* (1997).

en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y *de preservar el empleo*». Del mismo modo, el art. 69 de la Guía para su incorporación al Derecho interno e interpretación establece que: «la Ley Modelo tiene por objeto servir de instrumento para llegar a una solución coordinada y global *para todas las partes interesadas* en el procedimiento de insolvencia» (obsérvese que no se alude aquí exclusivamente a los acreedores). Por su parte, el art. 161 se refiere a: «la finalidad más amplia de la Ley Modelo, a saber, la de promover la cooperación internacional como medio de optimizar los resultados para todos los interesados (o *stakeholders*)».

— Otro ejemplo no europeo de fomento de la participación de los *stakeholders* puede extraerse de Estados Unidos: el American Bankruptcy Institute (ABI) presentó en 2014 un informe tras un amplio estudio sobre una posible reforma del capítulo 11 del *Bankruptcy Code* de Estados Unidos relativo a los procedimientos de reorganización[24]. El objetivo del grupo de trabajo para el informe del American Bankruptcy Institute era: «proponer reformas al cap. 11 y a las disposiciones legales relacionadas que equilibren mejor los objetivos de efectuar la reorganización efectiva de los deudores empresariales —con la consiguiente preservación y expansión de puestos de trabajo— y la maximización y realización del valor de los activos para todos los acreedores y partes interesadas (o *stakeholders*)».

— Y finalmente llegamos a la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva de 2019, que utiliza el término «parte interesada» (o *stakeholder*) en varias ocasiones[25]. El Considerando 3 utiliza la expresión «acreedores, trabajadores y otras partes interesadas, así como la economía en su conjunto». El Considerando 10 establece que: «Toda operación de reestructuración, en particular cuando es de gran envergadura y conlleva repercusiones importantes, debe basarse en un diálogo con *los interesados*». El Considerando 16 afirma que «La eliminación de los obstáculos a la reestructuración preventiva efectiva de deudores viables en dificultades financieras contribuye a minimizar la pérdida de puestos de trabajo y las pérdidas de valor para los acreedores en la cadena de suministro, permite preservar los conocimientos técnicos y las capacidades y, por tanto, beneficia a *la economía en general*». Según el apartado 6 del art. 4, los Estados miembros pueden establecer disposiciones que limiten la intervención de una autoridad judicial o administrativa, garantizando al mismo tiempo la salvaguardia de los derechos de «las partes afectadas y de

---

[24] *American Bankruptcy Institute Commission to Study the Reform of Chapter 11 (2012-2014),* Final Report and Recommendations (2014), disponible en: *www.commission.abi.org*

[25] Insiste en esta cuestión Boon, G. J., «Harmonising European Insolvency Law…», cit., para quien la Comisión Europea está adoptando un «enfoque *stakeholder* integrado» (*integrated stakeholder approach*) en materia de insolvencia.

los interesados pertinentes». El art. 19 (que se refiere a los deberes de los administradores) establece que, cuando exista probabilidad de insolvencia, los administradores deberán tener en cuenta, como mínimo, «los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y *otras partes interesadas*». La Directiva no especifica quiénes son esos «otros interesados» y, como se ha puesto acertadamente de manifiesto[26], no es fácil determinar dónde se sitúa el énfasis de la Directiva. En efecto, la Directiva únicamente define a las «partes afectadas» como «los acreedores o clases de acreedores y, cuando sea aplicable según la legislación nacional, a los trabajadores y a los accionistas cuyos intereses se vean directamente afectados por un plan de reestructuración» (*vid.,* el art. 2, apartado 1, apartado 2, de la Directiva). Sin embargo, no parece que los conceptos de partes interesadas y de partes afectadas sean coincidentes, ya que el concepto de partes afectadas no engloba a *todas* las partes interesadas en la reestructuración, sino únicamente a las que se enumeran en la definición del art. 2, apartado 1, apartado 2, de la Directiva.

En todo caso, que la Directiva no se centra en los intereses de los acreedores queda patente a través de la introducción de los mecanismos de exoneración de deudas (o *fresh start*)[27]. Difícilmente puede entenderse que estos mecanismos se prevén en interés de los acreedores (puesto que, precisamente en virtud de los mismos, verán sus créditos insatisfechos). Al contrario, la exoneración se prevé en interés de los deudores e, incluso, de la sociedad en general (en la medida en que existe un interés común genuino en que los miembros honrados de una determinada comunidad vuelvan a una posición en la que puedan contribuir de nuevo al desarrollo de la economía sin verse lastrados por deudas previas que son incapaces de satisfacer).

El segundo factor que ha influido en el fortalecimiento del rol de los *stakeholders* en la insolvencia es el *cambio de enfoque a nivel de armonización* en la Unión Europea[28]. Ciertamente, se ha pasado de la armonización *ad hoc* a la armonización procesal, y de esta a la armonización sustantiva. Hasta el año 2000, en la legislación de la Unión Europea, las cuestiones relativas a la insolvencia eran objeto

---

[26] *Vid.,*, en este sentido, Linna, T., «Insolvency proceedings from a sustainability perspective», cit., p. 230.

[27] Como señala Keay, A., «Balancing Interests in Bankruptcy Law», *Common Law World Review*, vol. 30, núm. 2, 2001, p. 217, la exoneración del pasivo insatisfecho, que claramente redunda en interés del propio deudor, también satisface dos aspectos de los intereses de la sociedad. En primer lugar, existe la preocupación humanitaria de una sociedad desarrollada y solidaria de que las personas puedan liberarse de las cargas de la deuda y recuperar cierta medida de autoestima. En segundo lugar, existe un interés común en que un miembro de la comunidad recupere una posición que le permita contribuir de nuevo al desarrollo de la economía nacional. Weistart, J. C., «The Costs of Bankruptcy», *Law & Contemporary Problems,* vol. 41, núm. 4, 1977, pp. 107-122.

[28] Así lo señala Boon, G. J., «Harmonising European Insolvency Law…», cit., p. 160 y ss.

de una armonización *ad hoc*[29]. La adopción del Reglamento Europeo sobre Insolvencia del año 2000 marcó el inicio de una segunda etapa, en la cual se procuró la armonización procesal de los procedimientos de insolvencia transfronterizos. A partir de 2011 se inició una tercera fase marcada por una armonización más intensa del Derecho de insolvencia en la Unión Europea, que llevó no solamente a revisar el Reglamento Europeo sobre insolvencia en el año 2015, sino también a la armonización de ciertos elementos de las leyes sustantivas de insolvencia. Ejemplos de esta última etapa, caracterizada por un creciente carácter invasivo de la legislación europea, son la Recomendación de la Comisión Europea sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial de 2014[30], la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva de 2019 y la Propuesta de Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia que se hizo pública en diciembre de 2022[31].

Finalmente, el tercer factor que suele identificarse como promotor del auge de la consideración de los intereses de los *stakeholders* en los procedimientos de insolvencia es el foco en *rescatar empresas viables* que atraviesan dificultades financieras. En las últimas dos décadas (a causa quizá de las sucesivas crisis económicas y de la pandemia originada por la COVID-19), se ha producido un cierto cambio de paradigma en las reformas legislativas, que parecen haberse alejado del sacrosanto «paga lo que debes» (*pay what you owe*) a la promoción equilibrada de la continuidad de las empresas en dificultades[32]. Ejemplo de lo anterior son, nuevamente, la Recomendación de la Comisión Europea sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial de 2014 y la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva de 2019. Este enfoque (que algunos han calificado como «holístico»)[33], orientado hacia el rescate de empresas en dificultades (pero económicamente viables) en lugar de hacia la liquidación, no es algo puramente europeo, sino

---

[29] Por ejemplo, se armonizan ciertos aspectos de la insolvencia en la Directiva sobre transferencia de empresas (Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 *on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses*), en la Directiva europea sobre viajes (Council Directive 90/314/EEC, repealed by Directive (EU) 2015/2302 *of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements*) y en la Directiva sobre insolvencia de los empresarios (Directive 2008/94/EC *of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 on the protection of employees in the event of the insolvency of their employer)*.

[30] *Commission Recommendation of 12 March 2014 on a new approach to business failure and insolvency (Text with EEA relevance)* (2014/135/EU).

[31] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia, COM(2022) 702 final, 2022/0408 (COD).

[32] Lo pone de manifiesto Wessels, B., «On the Future of European Insolvency Law», en Parry (ed.), *European Insolvency Law: Prospects for Reform,* INSOL, 2014, pp. 131-158.

[33] Así, Boon, G. J., «Harmonising European Insolvency Law…», cit., p. 160 y ss.

que se deja entrever también en el informe que el American Bankruptcy Institute (ABI) presentó en 2014 sobre una posible reforma del capítulo 11 del *Bankruptcy Code* de los Estados Unidos[34].

5. Conclusiones preliminares

Lo descrito en las páginas que anteceden permite afirmar que los objetivos de los procedimientos de insolvencia se están ampliando, de forma que los intereses de los acreedores ya no son los únicos que se toman en consideración[35]. Así pues, de forma más tardía pero ciertamente paralela a lo acontecido en el ámbito del gobierno corporativo[36], la noción de «partes interesadas» (o *stakeholders*) ha irrumpido en el

---

[34] *Vid.,* el American Bankruptcy Institute Commission to Study the Reform of Chapter 11 (2012-2014), *Final Report and Recommendations* (2014), nota previa núm. 39: «El Capítulo 11 trabaja para rehabilitar empresas, preservar empleos y proporcionar valor a los acreedores solo si las empresas en dificultades y sus partes interesadas en realidad utilizan el proceso del capítulo 11 para facilitar una resolución judicial o extrajudicial de las dificultades financieras de la empresa».

[35] Lo señala Boon, G. J., «Harmonising European Insolvency Law…», cit., p. 160.

[36] En 2014, la Comisión Europea publicó una propuesta para revisar dos directivas sobre el fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas y el gobierno corporativo y promover la participación tanto de los accionistas como de otras partes interesadas en una empresa (Comisión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas y la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a determinados elementos de la declaración sobre el gobierno corporativo, 9 de abril de 2014, 2014/0121 (COD). Tanto las propias directivas como esta propuesta apenas se manifiestan sobre la posición de los *stakeholders* distintos de los accionistas. El Parlamento Europeo, en respuesta, dio un paso más y sugirió incluir la posición de todos los *stakeholders* de la empresa (Parlamento Europeo, Enmiendas adoptadas por el Parlamento Europeo el 8 de julio de 2015 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas y la Directiva 2013/34/UE en lo que atañe a determinados elementos de la declaración sobre el gobierno corporativo [COM(2014)0213-C7-0147/2014-2014/0121(COD]). (Procedimiento legislativo ordinario: primera lectura), P8_TA[2015]0257): *Greater involvement of shareholders in companies' corporate governance is one of the levels that can help improve the financial and non-financial performance of those companies. Nevertheless, since shareholder rights are not the only long-term factor which needs to be taken into consideration in corporate governance, they should be accompanied by additional measures to ensure a greater involvement of all stakeholders, in particular employees, local authorities and civil society*. Con esta propuesta, el Parlamento Europeo rechazó, de forma más explícita que la Comisión, la perspectiva de la primacía de los accionistas. Sin embargo, en las fases posteriores del proceso legislativo, estas enmiendas no se incluyeron. En el texto final, tal como se adoptó en la Directiva, se reiteró, no obstante, no solo que una mayor participación de los accionistas puede desempeñar un papel en la mejora de los resultados (no) financieros de una empresa, sino también que es importante implicar a otras partes interesadas en el gobierno corporativo. *Vid.,* la Directiva (UE) 2017/828, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas, considerandos 2, 14 y 16. Con un papel todavía central para el accionista, esta Directiva parece aplicar el mencionado enfoque de la *Enlightened Shareholder Theory (ESV).*

ámbito de los regímenes de insolvencia[37]. Esto —a mi juicio— resulta indiscutible.

Precisamente por eso hay quienes sostienen (seguramente con razón) que el Derecho de la insolvencia ha dejado de ser un mecanismo destinado únicamente al cobro de deudas y que, en consecuencia, ha devenido necesario atender no solamente a los intereses de los acreedores[38]. Una empresa insolvente no está aislada de su entorno (a diferencia de una deuda entre un acreedor y un deudor, la cual —por definición— normalmente sí resulta independiente del resto del mundo). Las corporaciones modernas forman parte de una gigantesca red de dependencia y, por ello, el rescate eficaz de empresas viables requiere adoptar un enfoque integrador que abarque a un grupo más amplio de partes interesadas, en particular, en una fase temprana de las dificultades financieras. Ciertamente, en circunstancias normales, la confianza y el apoyo de los *stakeholders* de una empresa es un requisito previo para que la reestructuración tenga éxito[39]. Y viceversa: con el rescate de una empresa viable en dificultades, los intereses de los distintos *stakeholders* se aseguran, en mayor o menor medida, con la protección de los empleos, el capital humano, la continuación de los acuerdos comerciales, el pago de impuestos, etcétera[40].

Ahora bien, antes de avanzar, debemos realizar una serie de precisiones en relación con la irrupción de los *stakeholders* en los procedimientos de insolvencia. En primer lugar, el hecho de afirmar que los intereses de los *stakeholders* deben tenerse en cuenta en los procedimientos de insolvencia no implica olvidar (ni mucho menos relegar) los demás intereses que la insolvencia trata de proteger, como

---

[37] Lo reconocen Wessels, B. y Madaus, S., *Instrument of the European Law Institute - Rescue of Business in Insolvency Law*, European Law Institute, 2017, p. 73, quienes, además, proporcionan una definición de *stakeholder* propia de la insolvencia, en los siguientes términos: «Un *stakeholder* puede definirse como cualquier persona cuyos derechos o intereses se vean afectados directa o indirectamente por un procedimiento de insolvencia o reestructuración, razón por la cual puede tener que verse involucrada con arreglo a la legislación sobre insolvencia y reestructuración». Por su parte, Boon, G. J., «Harmonising European Insolvency Law…», cit., p. 151 señala que la importancia de la participación de los *stakeholders* en el ámbito de la insolvencia fue defendida, por ejemplo, por la comisaria de Justicia, Consumidores e Igualdad de Género de la Unión Europea, Věra Jourová, en su discurso del 16 de junio de 2016 celebrado con motivo del V Congreso Europeo sobre Insolvencia y Reestructuración, donde habló sobre el proceso de armonización del Derecho europeo de insolvencia. Hizo hincapié en la importante tarea de los profesionales y jueces de dar vida a la legislación y hacer llegar sus beneficios a todo el mercado interior.

[38] En este sentido, Keay, A., «Insolvency law: a matter of public interest?», cit., p. 533 y Veach, J., «On considering the public interest in bankruptcy…», cit., p. 1224 consideran que tratar una reestructuración como si solamente afectara a unas pocas partes es ver la cuestión de forma bastante simplista.

[39] *Vid.,* Boon, G. J., «Harmonising European Insolvency Law…», cit., p. 163.

[40] Insisten en esta cuestión Boon, G. J., «Harmonising European Insolvency Law…», cit., p. 163, que recalca que la actitud hacia la insolvencia ha cambiado a lo largo del tiempo, y también, en el mismo sentido, Keay, A., «Balancing Interests in Bankruptcy Law», cit., p. 226.

los de los acreedores. De hecho, los conflictos entre cuestiones de sostenibilidad y cuestiones de insolvencia suelen enquistarse debido a la polarización de la doctrina (que, o bien apoya férrea y absolutamente una de las posturas, o bien plantea una crítica acerada de la otra)[41]. Sin embargo, reconocer la importancia de los intereses de los *stakeholders* no significa que los intereses de estos últimos prevalezcan sobre cualesquiera otros intereses. Prácticamente nadie defiende que el interés de los *stakeholders* deba prevalecer en los procesos de reestructuración. Simplemente se postula que los intereses de los *stakeholders* deberían incluirse entre los factores a considerar[42]. Por tanto, que los intereses de los acreedores sean los principales en los procedimientos de insolvencia no debería necesariamente implicar que se ignoren completamente los intereses de otros *stakeholders*[43]. En segundo lugar, la consideración de los intereses de los *stakeholders* no es forzosamente una decisión antieconómica y tampoco es, *per se*, económicamente ineficiente, como veremos en la sección siguiente. Por último, tener en cuenta a los *stakeholders* no significa que deban salvarse también a las empresas cuya existencia ha quedado aparentemente obsoleta y cuya prolongación mediante una reorganización sea una pérdida de tiempo y dinero[44]. Evidentemente, si la empresa vale más liquidada que reorganizada, entonces la reestructuración carecerá de sentido[45].

---

[41] Reprochan este enquistamiento Keay, A. y de Prez, P., «Insolvency and Environmental Principles: A Case Study in a Conflict of Public Interests», *Environmental Law Review*, vol. 3, núm. 2, 2001, p. 109.

[42] En este sentido, Veach, J., «On considering the public interest in bankruptcy…», cit., p. 1211 y Keay, A., «Insolvency law: a matter of public interest?», cit., p. 533.

[43] *Vid.,* Linna, T., «Insolvency proceedings from a sustainability perspective», cit., p. 225.

[44] Tomamos estas útiles advertencias de una clara defensora del *stakeholder approach*, Gross, K., «Taking Community Interests into Account in Bankruptcy: An Essay», *Washington University Law Review*, núm. 72, 1994, pp. 1033 y ss. Esta autora considera que el enfoque del *Law & Economics* es gravemente erróneo. Señala que hay dos premisas que subyacen a la conclusión de que los intereses de los *stakeholders* en general no son una parte necesaria del debate sobre la insolvencia: la primera es que los intereses de los *stakeholders* son extremadamente difíciles de cuantificar, y esta dificultad explica su ausencia en un modelo económico relativo a la insolvencia. La segunda premisa es que el bienestar de la comunidad no es una preocupación apropiada para la insolvencia (pues la misma pretende únicamente reembolsar a los acreedores de manera eficiente). Para abordar la inadecuación de las premisas del *Law & Economics*, Gross recurre a dos movimientos jurídicos recientes: la teoría jurídica feminista (en particular, la teoría económica feminista) y el comunitarismo, y lo plantea en los términos siguientes «Creo que el modelo económico tradicional es útil, aunque de alcance limitado, porque revela un dato importante que debe tenerse en cuenta al formular la política de insolvencia: el dinero. El dinero no carece de importancia para la insolvencia a muchos niveles. De hecho, los acreedores necesitan que se les pague. Sin embargo, propongo algo más. Sugiero que pensemos en un modelo económico más amplio, un modelo que mida otras cosas utilizando fórmulas diferentes» (p. 1039).

[45] Por ejemplo, en caso de un plan de reestructuración, sus efectos no podrían imponerse a los acreedores disidentes —así se desprende de la aplicación de la prueba del interés superior de los acreedores, *vid*., los arts. 2(1)(6) y 10(2)(d) de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia—.

III. EL ROL DE LA SOSTENIBILIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

1. Consideraciones generales

La sostenibilidad suele asociarse al «desarrollo sostenible», que, a su vez, es un marco conceptual normativo que integra el desarrollo económico, el bienestar social y la protección del medio ambiente en la toma de decisiones[46]. El concepto tiene su origen en el Informe de la Comisión Brundtland (1987)[47], donde se define la sostenibilidad como «una estrategia de desarrollo social que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades» (*A strategy for social development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own need*). Las cuatro dimensiones del desarrollo sostenible definidas por la United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) son los apartados: medioambiental, económico, social y político. De esta forma, la sostenibilidad es un concepto amplio y la dimensión medioambiental no es la única[48].

Por su parte, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas afirma la necesidad de «proteger el planeta de la degradación, entre otras cosas mediante el consumo y la producción sostenibles, la gestión sostenible de sus recursos naturales y la adopción de medidas urgentes frente al cambio climático, para que pueda satisfacer las necesidades de las generaciones presentes y futuras» y de «velar por que todos los seres humanos puedan disfrutar de una vida próspera y satisfactoria y por que el progreso económico, social y tecnológico se produzca en armonía con la naturaleza»[49].

Prescindiremos aquí de ciertas sistematizaciones que, si bien han sido traídas a colación por la doctrina a la hora de analizar el rol de la sostenibilidad en los procedimientos de insolvencia, no resultan particularmente útiles para el análisis que pretendemos llevar a cabo (por

---

[46] Dernbach, J. C., «Sustainable Development in Law Practice: A Lens for Addressing All Legal Problems», *Denver University Law Review*, vol. 95, núm. 1, 2017, p. 125.

[47] Report of the World Commission on Environment and Development (WCED), *Our Common Future*, 1987. El informe fue elaborado por distintas naciones en 1987 para la ONU, por una comisión encabezada por la doctora Gro Harlem Brundtland, entonces primera ministra de Noruega. Originalmente, se llamó Nuestro Futuro Común (*Our Common Future*, en inglés).

[48] Aunque el aspecto medioambiental es una parte importante de la sostenibilidad, limitar el concepto de sostenibilidad únicamente a las cuestiones medioambientales habría sido un grave error (*vid.,* el «Prólogo» del *Report of the World Commission on Environment and Development* (WCED), *Our Common Future*, 1987.

[49] «Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development», United Nations, p. 3 (points «Planet» and «Prosperity»).

ejemplo, la distinción entre procedimientos sostenibles desde un punto de vista *funcional* y desde un punto de vista *fáctico*, o la distinción entre procedimientos sostenibles a nivel *interno* o a nivel *externo*)[50].

2. La sostenibilidad en los procedimientos de insolvencia bajo las posturas tradicionales

Según el planteamiento del enfoque de la negociación *ex ante* de los acreedores (*creditors' bargain approach)*[51], dar prioridad a fines sostenibles resulta inadmisible si ello implica una recuperación menor para los acreedores. Para esta postura, las normas sobre insolvencia aspiran a maximizar el valor únicamente para los acreedores. En cambio, según el enfoque del beneficio social (*social benefit approach*)[52], que proclama que las leyes deben servir a diversos intereses de la sociedad, entonces sería factible incluir objetivos de desarrollo sostenible en una reestructuración, incluso aunque prevean una recuperación menor para los acreedores.

Como hemos visto, si bien la segunda postura está ganando protagonismo en el ámbito del Derecho de la insolvencia (con la irrupción del protagonismo de los *stakeholders* en los procedimientos de reestructuración de empresas viables), no puede afirmarse que la adopción de políticas sostenibles en un procedimiento de reestructuración justifique por sí misma que los acreedores obtengan un menor retorno, y ello porque, como explicábamos en las páginas que anteceden, la satisfacción de los acreedores continúa siendo el objetivo primordial de los procedimientos de insolvencia, al cual todos los demás deben estar subordinados.

---

[50] Es Linna, T., «Insolvency proceedings from a sustainability perspective», cit., pp. 215 y ss., quien acuña estas distinciones en el ámbito de la insolvencia. En primer lugar, esta autora divide los procedimientos de insolvencia en función de si la función principal del procedimiento es preservar los recursos. Si es la función *principal*, los procedimientos se denominan en este art. procedimientos *sostenibles desde el punto de vista funcional*. El otro grupo está formado por distintos tipos de procedimientos que preservan los recursos como «subproductos», sin que la sostenibilidad sea su función principal. A estos procedimientos los denomina procedimientos *sostenibles desde el punto de vista factual*. En segundo lugar, establece una separación entre los puntos de vista de sostenibilidad interna y externa de los procedimientos. La sostenibilidad *interna* está relacionada con el resultado de los procedimientos, es decir, si los procedimientos producen sostenibilidad, por ejemplo, protección de los recursos naturales o humanos. Por el contrario, la sostenibilidad *externa* se refiere a los propios procedimientos y dependerá de si los mismos se gestionan de forma sostenible. Ambos aspectos pueden existir en paralelo. Por ejemplo, un procedimiento simplificado y eficaz de reestructuración de la deuda que conserve una fábrica en funcionamiento con motores y patentes, así como los puestos de trabajo, es el procedimiento sostenible en un doble sentido: el resultado del procedimiento es sostenible y el propio procedimiento funciona de forma sostenible.

[51] Nos remitimos a las referencias citadas en la nota al pie núm. 17, *supra*.

[52] Nos remitimos a las referencias citadas en la nota al pie núm. 18, *supra*.

3. Ensayo de un nuevo enfoque basado en la viabilidad

No obstante, es posible (al menos, teóricamente) hallar una forma de fomentar la preocupación por la sostenibilidad en las operaciones de reestructuración que comulgue con las dos posiciones anteriores, esto es, que permita dar entrada a objetivos de desarrollo sostenible como parte de las medidas incluidas en una reestructuración de forma alineada con los intereses de los acreedores.

Ahora bien, para ello resulta necesario vincular (de manera demostrable) las políticas de sostenibilidad a la viabilidad de la empresa. En efecto, cuando la adopción de medidas sostenibles sea una condición *sine qua non* para la viabilidad futura de la empresa, y puesto que la viabilidad es a su vez una condición previa para la reestructuración, entonces podría alcanzarse un equilibrio entre los intereses de los acreedores y los intereses de las demás partes interesadas. De esta forma, a los acreedores se les plantearía un determinado retorno que vendría condicionado (y sería, por ello, dependiente) de la adopción de políticas sostenibles, en la medida en que la viabilidad futura de la empresa dependería, a su vez, de estas últimas. Normalmente, este esquema procedería cuando la adopción de políticas sostenibles resulte imprescindible para que la empresa en dificultades recupere un nivel de competitividad aceptable en un determinado mercado (por ejemplo, cuando la viabilidad esté vinculada a una mejora de la cuota de mercado y dicha mejora dependa de la percepción, por parte de los consumidores, de que la empresa ha adoptado políticas sostenibles) o para atraer financiación nueva o interina (piénsese que, cada vez más, las entidades financieras favorecen la financiación de empresas sostenibles)[53]. En ambos casos (tanto para mejorar la competitividad a través de la reputación como para atraer *fresh money* por la vía del *green finance*), las políticas de sostenibilidad vendrían indisolublemente ligadas a la viabilidad futura de la empresa. Naturalmente, este análisis tendría que realizarse caso por caso. En definitiva, en escenarios inciertos, cuando se trata de realizar previsiones sobre el futuro desempeño de una empresa viable, podría ser posible incluir consideraciones de sostenibilidad sin perjudicar los intereses primordiales de los acreedores, *siempre y cuando estas consideraciones de sostenibilidad estén relacionadas con la viabilidad de la empresa*.

En el plano estrictamente teórico, hacer depender la adopción de políticas sostenibles de su vinculación con la viabilidad de la empresa

[53] Llama la atención sobre este particular Linna, T., «Insolvency proceedings from a sustainability perspective», cit., pp. 227 y 228. Ciertamente, el cumplimiento de una política corporativa de sostenibilidad puede atraer financiación gracias a la mejora de la reputación de la empresa entre inversores y bancos.

tiene sentido por tres motivos fundamentales[54]. En primer lugar, porque *la viabilidad constituye, en todo caso, un requisito para la reestructuración*: únicamente pueden reestructurarse deudores viables (véanse, por ejemplo, los Considerandos 3, 24 y 26, y el art. 4 de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

En segundo lugar, porque *la conservación de empresas viables es en sí misma sostenible*, dado que conlleva una conservación útil de los recursos[55]. Tanto desde la óptica de la sostenibilidad como desde la óptica de la insolvencia, existe una importante diferencia entre la liquidación fragmentada de una empresa (esto es, vender los activos del deudor) y la enajenación unitaria de la misma (es decir, vender la empresa en su conjunto), dado que, en este último caso, puede mantenerse el valor añadido que representa el negocio (en comparación con la disgregación de valor que se produce en las ventas fragmentadas). Confluyen aquí el Derecho de la insolvencia y el desarrollo sostenible, en el bien entendido de que: (i) la continuidad ininterrumpida del negocio del deudor constituye un procedimiento sostenible funcionalmente que permite rescatar o salvar las partes viables de una empresa (evitándose así la pérdida o la destrucción de cualquier tipo de recursos)[56]; y (ii) también es la opción preferible desde una perspectiva estrictamente concursal, en la medida en que, previsiblemente, reportará un mayor valor a los acreedores[57]. Tangencialmente, téngase en cuenta que, tanto desde la óptica del desarrollo sostenible como desde la perspectiva de la insolvencia, resulta indiferente que al frente de la actividad continúe el deudor (en caso, por ejemplo, de un plan de reestructuración) o un tercer adquirente (en caso de *pre-pack* o de enajenación de una unidad productiva en el seno del concurso de acreedores)[58].

---

[54] Es cierto que los horizontes temporales de la viabilidad y de la sostenibilidad son diferentes, pues mientras la sostenibilidad está más orientada al largo plazo, la viabilidad se evalúa normalmente a medio plazo. Sin embargo, no consideramos que lo anterior constituya un obstáculo insalvable para el enfoque que proponemos, dado que, en ambos casos, lo que debe evitarse es el cortoplacismo. *Vid.,* Linna, T., «Insolvency proceedings from a sustainability perspective», cit., p. 227.

[55] En efecto, Bauer, K. y Krasodomska, J., «The premises for corporate social responsibility in insolvency proceedings», cit., p. 27, señalan que la reestructuración de empresas en dificultades puede considerarse alineada con la sostenibilidad, en la medida en que la finalidad de este tipo de operaciones no solamente es pagar las deudas a los acreedores, sino también proteger los puestos de trabajo, mantener relaciones positivas con los contratistas y cooperar con el entorno económico.

[56] En palabras de Linna, T., «Insolvency proceedings from a sustainability perspective», cit., p. 223: «Desde una perspectiva de pura sostenibilidad, debe evitarse la pérdida de cualquier tipo de recursos».

[57] Citamos nuevamente a Linna (*ibid.,* p. 217), quien señala que, desde el punto de vista de la sostenibilidad, hay una diferencia importante entre vender los activos de un deudor y vender su empresa. En este último caso, el valor añadido acumulado en el negocio (en comparación con los meros activos desagregados) puede mantenerse. Desde el punto de vista de la sostenibilidad, la continuación ininterrumpida del negocio es un procedimiento funcional de sostenibilidad para salvar su parte viable.

[58] *Ibid*., p. 219.

Ciertamente, la idea básica en la cual se basa el desarrollo sostenible es bastante simple: el propósito es preservar y proteger no solamente los recursos naturales existentes, sino también los manufacturados. En consecuencia, la *continuidad* es un aspecto importante de la sostenibilidad[59]. El mismo elemento aparece tanto en los Considerandos de la Directiva (en particular, cuando se señala que la reestructuración debe permitir a los deudores en dificultades financieras *continuar* con sus negocios, en su totalidad o en parte) como en el art. 2(1)(1), donde se define «reestructuración» como el «cambio de la composición, condiciones o estructura de los activos y pasivos de un deudor o cualquier otra parte de la estructura de capital del deudor, como las ventas de activos o partes de la empresa y, cuando así lo establezca la legislación nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario, o una combinación de esos elementos». En consecuencia, la idea principal de la Directiva (esto es, la reestructuración preventiva) está en consonancia con la sostenibilidad, dado que el propósito de la reestructuración preventiva es precisamente retener los recursos existentes tratando de asegurar la continuación de un negocio viable[60].

En tercer lugar (corolario de la anterior), *la conservación de empresas inviables resulta intrínsecamente contraria a la sostenibilidad*, pues implica un despilfarro de recursos que podrían aprovecharse mejor de modo diferente. Dicho de otra forma, la continuación solamente será sostenible si la empresa es viable (de lo contrario, constituirá un desperdicio de recursos). Continuar de forma persistente con los negocios no rentables de un deudor y utilizar en vano los recursos naturales y de otro tipo supone un doble fracaso, tanto desde el punto de vista de la insolvencia como desde la perspectiva del desarrollo sostenible[61].

La conclusión es que una reestructuración «verde» solamente resultaría admisible en la medida en que la adopción de políticas sostenibles tenga un impacto (esperado) positivo en el precio de venta o en la viabilidad de la compañía. En otras palabras, es necesario que la adopción de un enfoque sostenible permita anticipar un mayor retorno a los acreedores. Habida cuenta de que la rentabilidad tradicional resulta decisiva en la definición de lo que debe entenderse por «interés del concurso», la sostenibilidad (entendida en los términos más am-

---

[59] En este sentido, Becker, C., *Sustainability Ethics and Sustainability Research*, Springer, 2012, p. 10; Linna, T., «Insolvency proceedings from a sustainability perspective», cit., p. 214.

[60] Sin embargo, como señala Linna (*ibid*., p. 229), desde el punto de vista de la sostenibilidad, la Directiva no es clara ni exhaustiva, y no es profundamente consciente de la sostenibilidad (en comparación con la estrategia Europa 2020). Se podría decir que el legislador de la Unión no tenía en mente ninguna reestructuración «verde». Hasta cierto punto, se ha considerado el capital humano, en forma de protección de los trabajadores. En cambio, por ejemplo, se han pasado por alto los aspectos ecológicos.

[61] *Ibid*., p. 230.

plios posibles, como conservación de *know-how*, recursos naturales o empleo) solamente entrará en juego cuando constituya una condición para alcanzar esa rentabilidad tradicional[62]. A falta de lo anterior, no parece existir apoyo legal para optar por alternativas sostenibles en la reestructuración de una compañía. Cuestión distinta, evidentemente, es que medie consentimiento de los acreedores para percibir un menor retorno a cambio de que la reestructuración de su deudor se realice bajo una óptica sostenible (por ejemplo, cuando abstenerse de obtener un dividendo máximo en los procedimientos de insolvencia en favor de la sostenibilidad esté en consonancia con sus propias estrategias empresariales y políticas a largo plazo)[63].

De esta forma, aunque la finalidad principal de una reestructuración no sea alcanzar objetivos de desarrollo sostenible, nada obsta a que tales objetivos se alcancen de forma colateral. Las reestructuraciones giran en torno a la continuación del negocio de un deudor y la preservación (en la medida de lo posible) del valor añadido que alberga la empresa. Así pues, el objetivo no es la preservación de los recursos como tales, sino el mantenimiento del negocio que tenga potencial de rentabilidad. La empresa deudora puede tener que renunciar, por ejemplo, a algunas inversiones costosas para aplicar el plan de reestructuración, aunque ello suponga una pérdida de recursos: en la reestructuración no hay razón para mantener una parte no rentable del negocio, aunque se pierdan y desperdicien los recursos invertidos. De este modo, los objetivos de desarrollo sostenible solamente podrán ser resultados subordinados, mientras que el restablecimiento de la rentabilidad de la empresa del deudor será el principal objetivo de la reestructuración[64].

Para terminar, téngase en cuenta que, bajo esta perspectiva, también es posible la situación contraria, esto es, que la viabilidad requiera abandonar políticas sostenibles. En efecto, si las razones de las dificultades financieras se derivan de un acento demasiado fuerte en la sostenibilidad (que provoque costes adicionales en comparación con los competidores y con las exigencias del mercado), resulta necesario suavizar los esfuerzos en materia de sostenibilidad. Y, en tales casos, la reestructuración no será verde, sino todo lo contrario.

---

[62] Así lo recuerda Linna (*ibid*., p. 215): «*Much depends on the law: when traditional profitability is decisive, saving know-how, natural resources or employment plays no role in estimating viability. However, these resources must also be considered if they are, in reality, conditions for reaching traditional profitability. For example, an essential question may concern whether the current workforce of the company is competent and motivated or whether operations can continue without materialisation of responsibility for environmental damages*».

[63] *Vid.*, *ibid*., p. 218.

[64] *Ibid*., p. 223.

IV. LA PREFERENCIA LEGAL EXPRESA POR PROPUESTAS SOSTENIBLES: ANÁLISIS CRÍTICO DE SU CONVENIENCIA

1. El caso de la Ley Concursal española

La última cuestión que abordaremos en este trabajo es la conveniencia de incluir expresamente en la ley una preferencia por las propuestas orientadas a un desarrollo sostenible, aunque las mismas impliquen una menor tasa de recuperación para los acreedores. Si bien la mera sugerencia de lo anterior seguramente haría estremecerse a buena parte de la más autorizada doctrina concursalista, lo cierto es que la Ley Concursal española ya prevé algo semejante para las operaciones ordinarias de liquidación en el concurso de acreedores, pues es posible que se adjudique la venta de la empresa en funcionamiento a una oferta inferior económicamente, siempre que «se garantice en mayor medida la continuidad de la empresa en su conjunto o, en su caso, de la unidad productiva y de los puestos de trabajo» (art. 219.1 LC) o bien que la oferta provenga «de personas trabajadoras interesadas en la sucesión de la empresa mediante la constitución de sociedad cooperativa o laboral» (art. 219.2 LC). Sin embargo, la propia Ley Concursal establece un límite cuantitativo, ya que la oferta ganadora no puede diferir en más de un quince por ciento de la mejor en términos económicos.

En otras palabras, en las ventas de empresas en funcionamiento que se producen en el seno del concurso de acreedores, en España está aceptado minorar la tasa de recuperación de los acreedores si ello favorece la continuidad empresarial y los puestos de trabajo, pero solamente hasta cierto punto, ya que se limita cuantitativamente el perjuicio que resulta admisible para los acreedores. La fijación de este límite en un quince por ciento es absolutamente discrecional y constituye una opción de política legislativa que consideramos perfectamente válida.

No podemos dejar de mencionar, sin embargo, que se trata de una norma de delicada interpretación, pues menciona (como si fueran objetivos siempre alineados) «la continuidad de la empresa en su conjunto o, en su caso, de la unidad productiva y de los puestos de trabajo» y «la mejor y más rápida satisfacción de los créditos de los acreedores». El elemento perturbador es el uso de la conjunción copulativa «y», en el bien entendido de que es posible que la oferta que garantice la continuidad de los puestos de trabajo no sea aquella que procure la «mejor» satisfacción de los créditos de los acreedores.

En todo caso, dejando a un lado estas dudas interpretativas, se podría decir que este tipo de enfoque representa un equilibrio entre

los intereses de los acreedores (y la recuperación de los créditos) y los intereses de otras partes interesadas, en línea con las tendencias regulatorias que analizábamos en la primera parte de este trabajo.

2. Análisis crítico

Al hilo del caso español expuesto anteriormente, consideramos pertinente analizar si resulta conveniente, al menos desde un plano estrictamente teórico, que se incluya una preferencia expresa por las propuestas sostenibles en las reestructuraciones empresariales, aunque estas propuestas (más sostenibles) supongan una menor recuperación económica para los acreedores. La clave está en determinar si el Derecho de la insolvencia es la herramienta adecuada para abordar las preocupaciones en materia de sostenibilidad. No se trata de una cuestión baladí, pues existe una posición bien fundada entre los expertos en Derecho societario muy crítica con la inclusión de la sostenibilidad entre los fines de las corporaciones, argumentando que el Derecho societario (al ser Derecho privado) no es el instrumento correcto para tratar estas cuestiones[65]. Esta postura se basa, por un lado, en que la experiencia muestra que los resultados de estas estrategias empresariales son muy reducidos[66] y, por otro lado, en que el uso del Derecho de sociedades para alcanzar objetivos de sostenibilidad implica una suerte de «funcionalización» del Derecho privado, cuyos fines no son ni la corrección de injusticias ni la búsqueda de un medio ambiente más limpio. Según esta postura, como la sostenibilidad es un asunto de interés público, es el Derecho público el que debe ocuparse de las preocupaciones medioambientales, culturales o de diversidad. Confiar la tutela del interés de la colectividad a los directivos de las grandes

[65] Reproducimos aquí, por su claridad, las palabras de Recalde, A., «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», en Martínez y Bermejo (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ricardo Alonso Soto*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2022, p. 472: «la implicación de las sociedades en la tutela del medioambiente, el cambio climático, la infancia o los derechos de los trabajadores son, sin duda, objetivos encomiables. Más cuestionable es que los deba perseguir el Derecho de sociedades. Esto conlleva una funcionalización del Derecho privado, cuando sus fines no son corregir desigualdades u otras injusticias, ni conseguir un mundo más limpio y saludable. Aunque la conveniencia de atender estos fines debe darse por descontado, es discutible que deban internalizarse en la gestión de la sociedad y no que se satisfagan a través de la regulación. La experiencia muestra que los resultados de esas estrategias empresariales son muy reducidos. Además, confiar la persecución de objetivos públicos a las empresas puede ser contraproducente, si con ello se frena la adopción de medidas con instrumentos de Derecho público, que son los propios para esos fines».

[66] Insisten en ello Bebchuk, L.A. y Tallarita, R., «The illusory promise of Stakeholder Governance», *Cornell Law Review*, vol. 106, 2020, pp. 91-178; y, de los mismos autores, «The Perils and Questionable Promise of ESG-Based Compensation», *Journal of Corporation Law*, vol. 48, 2022, pp. 37-75.

corporaciones, se afirma, puede retrasar aquellas reformas que aporten una tutela real a los intereses que quieren protegerse[67].

Me interesa examinar si la crítica proveniente del Derecho societario puede extenderse al Derecho de la insolvencia, es decir, si el Derecho de la insolvencia debe considerarse una rama del Derecho intrínsecamente privada (y, por tanto, utilizarla para alcanzar objetivos de interés público resulta inadecuado) o si, por el contrario, puede argumentarse que el Derecho de la insolvencia no es totalmente privado y que, por tanto, sí podrían abordarse a través del mismo consideraciones de interés público.

La respuesta a la dimensión privada o pública del Derecho de la insolvencia se encuentra, nuevamente, polarizada en torno a las dos posturas tradicionales (y antagonistas) que hemos analizado anteriormente. Conforme a la teoría del *creditors' bargain*, el Derecho de insolvencia es un ámbito del Derecho claramente categorizado como privado y relativo, *inter alia*, al problema de los acreedores que no cobran lo que legalmente se les debe. El foco del Derecho de la insolvencia se sitúa así en los derechos de los acreedores frente a los deudores y aquello que los primeros recibirán de los segundos en concepto de pago de la deuda (si es que llegan a percibir algo)[68].

La postura contraria, alineada con la teoría *stakeholder* y con el enfoque del beneficio social, considera que el ámbito de la legislación sobre insolvencia va más allá del incumplimiento, por parte del deudor, de sus compromisos financieros. Se insiste, al respecto, en que el Derecho de la insolvencia ha evolucionado en el sentido de no solo establecer medidas para la satisfacción de los acreedores, sino también para el rescate de empresas viables que atraviesan dificultades (de modo que puedan seguir operando en el mercado), en el bien entendido de que la reestructuración del deudor no beneficia únicamente a los acreedores (que cobran más de lo que cobrarían si el deudor fuese liquidado en el seno de un concurso), sino también al propio deudor (que evita la liquidación), y para otras partes interesadas (como los empleados del deudor, que conservan sus puestos de trabajo). Todo ello explica la existencia de numerosas voces a nivel internacional[69] que se alzan en

---

[67] Por todos, *vid.,* Recalde, A., «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», cit., p. 446, con citas de Roe, M. J., *Corporate Purpose and Corporate Competition* (Law Working Paper 601/2021), European Corporate Governance Institute; Ferrarini, G., *Corporate Purpose and Sustainability* (Law Working Paper 559/2020), European Corporate Governance Institute; Fleischer, H., «Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law», *European Company and Financial Law Review*, vol. 18, núm. 2, 2021, pp. 161-189, entre otros.

[68] En este sentido, Keay, A., «Insolvency law: a matter of public interest?», cit., p. 509.

[69] Por citar algunos, véanse los trabajos de *ibid.*, pp. 509-534; Keay, A. y de Prez, P., «Insolvency and Environmental Principles: A Case Study in a Conflict of Public Interests», cit., pp. 90-112; Keay, A., «The Ultimate Objective of the…», cit., pp. 35-72; Gross, K., «Taking

defensa de la consideración del Derecho de la insolvencia como un asunto de interés público[70].

Sin entrar en la definición concreta del interés público que se ventila en los procedimientos de insolvencia (pues se trata de una expresión de contenido nebuloso y de difícil concreción)[71], basta con decir, a los efectos del régimen de la insolvencia, que el interés público implica tener en cuenta intereses más amplios que los de las partes directamente implicadas en una situación de insolvencia determinada, es decir, el deudor y los acreedores. En otras palabras, el interés público no está conformado por los intereses de los acreedores y del deudor en un caso concreto, ya que es muy distinto de tales intereses: el interés público no puede entenderse como una mera acumulación o amalgama de intereses privados. De ahí que, tradicionalmente, el interés público se haya contrapuesto a los intereses de los acreedores y a los del deudor, al trascender los intereses individuales de ambas partes[72]. Como muestra de la presencia de intereses públicos en los procedimientos de insolvencia, suelen traerse a colación tanto la existencia de entidades *too big to fail* como, en relación con las personas físicas, los mecanismos de segunda oportunidad[73]. De todas formas, el peso que debe tener el interés público en los procedimientos de insolvencia constituye, en todo caso, una

---

Community Interests into Account in Bankruptcy: An Essay», cit., p. 1031; Veach, J., «On considering the public interest in bankruptcy…», cit., p. 1214; Fletcher, G. P., «Juggling with the Norms: the Conflict Between Collective and Individual Rights under Insolvency Law», en Cranston (ed.), *Making Commercial Law*, Oxford University Press, 1997, p. 395.

[70] Una encendida defensa de los intereses públicos subyacentes al Derecho de la insolvencia puede encontrarse en Keay, A., «Insolvency law: a matter of public interest?», cit., pp. 571 y ss. Este autor menciona, entre otros, el Informe de la Comisión de Revisión del Derecho de la Insolvencia inglés (*Report of the Review Committee on Insolvency Law and Practice*, 1982, comúnmente conocido como el «*Cork Report*»), una investigación y un conjunto de recomendaciones sobre la modernización y reforma de la legislación británica sobre insolvencia, que constituye un precedente de la Insolvency Act de 1986 y donde se reconoció abiertamente que la insolvencia en Inglaterra jamás había sido tratada como un asunto puramente privado entre el deudor y sus acreedores. El párrafo 204 afirma, en este sentido, lo siguiente: «Creemos que la preocupación por la subsistencia y el bienestar de las personas que dependen de una empresa, que puede ser el sustento de toda una ciudad o incluso de una región, es un factor legítimo que debe tener en cuenta una ley de insolvencia moderna. La reacción en cadena derivada de una insolvencia puede ser tan desastrosa para los acreedores, los trabajadores y la comunidad que no debe pasarse por alto». El párrafo 1734 afirma, por otra parte, que la insolvencia «nunca ha sido tratada en el Derecho inglés como un asunto exclusivamente privado entre el deudor y sus acreedores; siempre se ha reconocido que la propia comunidad tiene un importante interés en ellos». En idéntico sentido, Fletcher, «Juggling with the Norms…», cit., p. 395: «[P]uede decirse que la legislación inglesa sobre insolvencia ha desarrollado durante los últimos cien años aproximadamente una serie de principios entrelazados que destacan por su aceptación de la primacía del interés público en maximizar la detección y el castigo del fraude y otras formas de mala conducta del deudor».

[71] *Vid.,* Keay, A., «Insolvency law: a matter of public interest?», cit., p. 519.

[72] En este sentido, *ibid*., p. 525.

[73] *Vid.,* Bauer, K. y Krasodomska, J., «The premises for corporate social responsibility in insolvency proceedings», cit., pp. 26 y 27.

cuestión de política legislativa[74]. Solamente al legislador corresponde determinar hasta qué punto los intereses de los acreedores tienen que hacerse a un lado, pues de ello depende que exista suficiente seguridad jurídica y los acreedores puedan adaptar su funcionamiento al marco normativo[75].

En definitiva, dependiendo del punto de vista que adoptemos sobre la naturaleza de la legislación concursal, la inclusión expresa de objetivos de desarrollo sostenible en las normas de insolvencia que regulan los procesos de reestructuración empresarial se considerará adecuada o inadecuada.

V. CONCLUSIONES

Primera. El papel que puede jugar la sostenibilidad en los procedimientos de insolvencia depende, en última instancia, de la postura que se tenga en relación con los objetivos que estos últimos deben perseguir. Para el enfoque de la negociación *ex ante* con los acreedores (*creditors' bargain approach)* en el contexto del Derecho de insolvencia, la atención se centra en maximizar el valor únicamente para los acreedores. Por el contrario, la teoría del beneficio social (*social benefit approach)* incorpora elementos redistributivos y de política pública al Derecho de la insolvencia, ampliando su alcance más allá de los acreedores y tomando en consideración a otros *stakeholders* cuyos intereses no son estrictamente crediticios (por ejemplo, personas trabajadoras, consumidores, el Estado, etcétera.).

Segunda. Trasladando la distinción tomada del gobierno corporativo al ámbito de la insolvencia, hemos denominado «acreedorismo» (*claimholderism*) a la postura conforme a la cual los únicos intereses que deben tenerse en cuenta en la legislación sobre insolvencia son los intereses de los acreedores y, por tanto, en el contexto de la insolvencia, el objetivo es maximizar el valor exclusivamente para estos (es decir, la postura del enfoque de la negociación *ex ante* con los acreedores o *creditors' bargain approach)*. Y hemos considerado a la postura contraria (la del beneficio social o *social benefit approach)* como una perspectiva paralela al *stakeholderismo* del gobierno corporativo, en la medida en que abre la puerta a la consideración de intereses de personas distintas a los acreedores.

Tercera. Tradicionalmente, la postura dominante ha sido sin duda el «acreedorismo»: durante mucho tiempo, los intereses de los

---

[74] Lo recuerda vehementemente Keay, A., «Insolvency law: a matter of public interest?», cit., p. 526.

[75] Insiste en esta cuestión Linna, T., «Insolvency proceedings from a sustainability perspective», cit., p. 225.

acreedores ha sido los que más han importado (*rectius*, los únicos que han importado) en los procedimientos de insolvencia. Hoy en día, en Europa, maximizar la satisfacción de los acreedores sigue siendo el interés primordial. Sin embargo, pueden identificarse varias tendencias recientes que han fortalecido el rol de los *stakeholders* en el ámbito de la insolvencia. Entre las mismas destacan, fundamentalmente, tres: la expansión de los objetivos incluidos en el ámbito de los regímenes de insolvencia, el cambio de enfoque a nivel de armonización en la Unión Europea y el interés en rescatar empresas viables que atraviesan dificultades financieras.

Cuarta. Puede afirmarse, por tanto, que los objetivos de los procedimientos de insolvencia se están ampliando, de forma que los intereses de los acreedores ya no son los únicos que se toman en consideración. Así pues, de forma más tardía pero ciertamente paralela a lo acontecido en el ámbito del gobierno corporativo, la noción de «partes interesadas» (o *stakeholders*) ha irrumpido en el ámbito de los regímenes de insolvencia. Ello no implica olvidar (ni mucho menos relegar) los demás intereses que la insolvencia trata de proteger, como los de los acreedores. Ciertamente, reconocer la importancia de los intereses de los *stakeholders* no significa necesariamente que los intereses de estos últimos deban prevalecer sobre cualesquiera otros intereses. Simplemente se postula que los intereses de los *stakeholders* deberían incluirse entre los factores a considerar.

Quinta. Bajo las posturas tradicionales, el rol que pueda tener la sostenibilidad en los procedimientos de insolvencia es una cuestión polarizada: según el planteamiento del enfoque de la negociación *ex ante* de los acreedores (*creditors' bargain approach)*, dar prioridad a fines sostenibles resulta inadmisible si ello implica una recuperación menor para los acreedores. Para esta postura, las normas sobre insolvencia aspiran a maximizar el valor únicamente para los acreedores. En cambio, según el enfoque del beneficio social (*social benefit approach*), que proclama que las leyes deben servir a diversos intereses de la sociedad, entonces sería factible incluir objetivos de desarrollo sostenible en una reestructuración, incluso aunque prevean una recuperación menor para los acreedores.

Sexta. En el presente trabajo se ensaya una forma de fomentar la preocupación por la sostenibilidad en las operaciones de reestructuración que comulgue con las dos posiciones anteriores, esto es, que permita dar entrada a objetivos de desarrollo sostenible como parte de las medidas incluidas en una reestructuración de forma alineada con los intereses de los acreedores. Para ello resulta necesario vincular (de manera demostrable) las políticas de sostenibilidad a la viabilidad de la empresa. En efecto, cuando la adopción de medidas sostenibles sea una condición *sine qua non* para la viabilidad futura de la empresa,

y puesto que la viabilidad es a su vez una condición previa para la reestructuración, entonces podría alcanzarse un equilibrio entre los intereses de los acreedores y los intereses de las demás partes interesadas. Normalmente, este esquema procedería cuando la adopción de políticas sostenibles resulte imprescindible para que la empresa en dificultades recupere un nivel de competitividad aceptable en un determinado mercado (por ejemplo, cuando la viabilidad esté vinculada a una mejora de la cuota de mercado y dicha mejora dependa de la percepción, por parte de los consumidores, de que la empresa ha adoptado políticas sostenibles) o para atraer financiación nueva o interina (por la vía del *green finance*).

Séptima. En el plano estrictamente teórico, hacer depender la adopción de políticas sostenibles de su vinculación con la viabilidad de la empresa tiene sentido por tres motivos fundamentales. En primer lugar, porque *la viabilidad constituye, en todo caso, un requisito para la reestructuración*, dado que únicamente pueden reestructurarse deudores viables. En segundo lugar, porque *la conservación de empresas viables es en sí misma sostenible*, dado que conlleva una conservación útil de los recursos. Y, en tercer lugar (corolario de la anterior), *la conservación de empresas inviables resulta intrínsecamente contraria a la sostenibilidad*, pues implica un despilfarro de recursos que podrían aprovecharse mejor de otro modo.

Octava. Finalmente, en cuanto a si resulta conveniente, al menos desde un plano estrictamente teórico, que se incluya una preferencia expresa por las propuestas sostenibles en las reestructuraciones empresariales aunque estas propuestas (más sostenibles) supongan una menor recuperación económica para los acreedores. La clave está en determinar si el Derecho de la insolvencia es el instrumento o la herramienta adecuada para abordar las preocupaciones en materia de sostenibilidad, pues dependiendo del punto de vista que adoptemos sobre la naturaleza de la legislación concursal, la inclusión expresa de objetivos de desarrollo sostenible en las normas de insolvencia que regulan los procesos de reestructuración empresarial se considerará adecuada o inadecuada. Conforme a la teoría del *creditors' bargain*, el Derecho de insolvencia es un ámbito del Derecho claramente categorizado como privado y, por tanto, utilizarlo para alcanzar objetivos de interés público resulta inadecuado. La postura contraria, alineada con la teoría *stakeholder* y con el enfoque del beneficio social, se alzan en defensa de la consideración del Derecho de la insolvencia como un asunto de interés público. Conforme a esta última perspectiva, en los procedimientos de insolvencia pueden perseguirse objetivos de interés público, aunque ello constituye, en todo caso, una cuestión de política legislativa.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ATKINS, S. y LUCK, K., «Restructuring – a key pillar of the global commitment to "build back better"», *Insolvency & Restructuring International*, vol. 15, núm. 2, 2021, pp. 24-25.

BAIRD, D. G. y JACKSON, T., «Corporate Reorganisations and the Treatment of Diverse Ownership Interests: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy», *University of Chicago Law Review*, vol. 51, núm. 1, 1984, pp. 97-130.

BAUER, K. y KRASODOMSKA, J., «The premises for corporate social responsibility in insolvency proceedings», *Research Papers of Wroclaw University of Economics*, núm. 387, 2015, pp. 20-29.

BAUMFIELD, V., «Stakeholder Theory from a Management Perspective: Bridging the Shareholder/Stakeholder Divide», *Australian Journal of Corporate Law*, vol. 31, núm. 1, 2016, pp. 187-207.

BEBCHUK, L. A. y TALLARITA, R., «The illusory promise of Stakeholder Governance», *Cornell Law Review*, vol. 106, 2020, pp. 91-178.

— «The Perils and Questionable Promise of ESG-Based Compensation», *Journal of Corporation Law*, vol. 48, 2022, pp. 37-75.

BECKER, C., *Sustainability Ethics and Sustainability Research*, Springer, 2012.

BELTRÁN, E., «Los problemas del Derecho concursal español», *El Notario del S. xxi*, núm. 41, 2012, versión electrónica.

BOON, G. J., «Harmonising European Insolvency Law: The Emerging Role of Stakeholders», *International Insolvency Review*, vol. 27, 2018, pp. 150-177.

CARLSON, D. G., «Bankruptcy Theory and the Creditors' Bargain», *University of Cincinnati Law Review,* vol. 61, núm. 2, 1992, pp. 457-510.

DALY, N., «Amicus Curiae and the Public Interest: A Search for a Standard», *Law & Society*, vol. 12, núm. 4, 1990, pp. 389-420.

DERNBACH, J. C., «Sustainable Development in Law Practice: A Lens for Addressing All Legal Problems», *Denver University Law Review*, vol. 95, núm. 1, 2017, pp. 123-192.

FINCH, V., «The measures of insolvency law», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 17, núm. 2, 1997, pp. 227-251.

FLEISCHER, H., «Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law», *European Company and Financial Law Review (ECFR)*, vol. 18, núm. 2, 2021, pp. 161-189.

FLETCHER, G. P., «Juggling with the Norms: the Conflict Between Collective and Individual Rights under Insolvency Law», en CRANSTON (ed.), *Making Commercial Law*, Oxford University Press, 1997, pp. 391-417.

FREEMAN, E., *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Cambridge University Press, 1984.

GROSS, K., «Taking Community Interests into Account in Bankruptcy: An Essay», *Washington University Law Review*, vol. 72, núm. 3, 1994, pp. 1031-1048.

— *Failure and Forgiveness: Rebalancing the Bankruptcy System*, Yale University Press, 1997.

HARPER HO, V. E., «Enlightened Shareholder Value: Corporate Governance Beyond the Shareholder-Stakeholder Divide», *Journal of Corporation Law*, vol. 36, núm. 1, 2010, pp. 59-113.

Hart, O., «An Economist's View of Fiduciary Duty», *University of Toronto Law Journal,* vol. 43, núm. 3, 1993, pp. 299-313.
Jackson, T., «Avoiding Powers in Bankruptcy», *Stanford Law Review*, vol. 36, núm. 3, 1984, pp. 725-787.
— «The Fresh Start Policy in Bankruptcy Law», *Harvard Law Review*, vol. 98, núm. 7, 1985, pp. 1393-1448.
— *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, 1986.
Jensen, M. y Meckling, W., «Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure», *Journal of Financial Economics*, vol. 3, núm. 4, 1976, pp. 305-360.
Keay, A., «Insolvency law: a matter of public interest?», *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 51, núm. 4, 2000, pp. 509-534.
— «Balancing Interests in Bankruptcy Law», *Common Law World Review*, vol. 30, núm. 2, 2001, pp. 206-236.
— «The Ultimate Objective of the Company and the Enforcement of the Entity Maximisation and Sustainability Model», *Journal of Corporate Law Studies*, núm. 10, 2010, pp. 35-72.
Keay, A. y de Prez, P., «Insolvency and Environmental Principles: A Case Study in a Conflict of Public Interests», *Environmental Law Review*, vol. 3, núm. 2, 2001, pp. 90-112.
Korobkin, D. R., «Rehabilitating Values: A Jurisprudence of Bankruptcy», *Columbia Law Review,* vol. 91, núm. 4, 1991, pp. 717-789.
— «Contractarianism and the Normative Foundations of Bankruptcy Law», *Texas Law Review,* vol. 71, núm. 3, 1993, pp. 541-631.
Linna, T., «Insolvency proceedings from a sustainability perspective», *International Insolvency Review,* vol. 28, núm. 2, 2019, pp. 210-232.
Morrison, D. y Anderson, C., «The Australian corporate rescue provisions: how do they compare?», en Omar (ed.), *International Insolvency Law: Reforms and Challenges*, Ashgate, 2013, pp. 171-207.
Millon, D., «Radical Shareholder Primacy», *University of St. Thomas Law Journal,* vol. 12, núm. 4, 2013, pp. 1013-1047.
Recalde, A., «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», en Martínez y Bermejo (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ricardo Alonso Soto*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 439-473.
Sahut, J. M., Boulerne, S. y Mili, M., «What relation exists between CSR and longevity of firms?», *International Journal of Business,* núm. 17, 2012, pp. 152-168.
Savage, G., Nix, T. W., Whitehead, C. J. y Blair, J. D., «Strategies for assessing and managing organizational stakeholders», *Academy of Management Executive*, vol. 5, núm. 2, 1991, pp. 61-75.
Scott, R. E. y Jackson, T., «On the Nature of Bankruptcy: An Essay on Bankruptcy Sharing and the Creditors' Bargain», *Virginia Law Review,* vol. 75, núm. 2, 1989, pp. 155-204.
Tirado, I., «Reflexiones sobre el concepto de interés concursal: ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores», *Anuario de derecho civil*, vol. 62, núm. 3, 2009, pp. 1055-1108.
Vaccari, E. y van Ho, T., «Insolvency Law Through the Lens of Human Rights Theories», en Ghio, Wood y Gant (eds.), *Rethinking Insolvency*

Law Theories in a Changing World: Perspectives for the 21st Century, Edward Elgar, 2023, pp. 190-215.

Vasudev, P. M. y Watson, S. (eds.), *Corporate Governance after the Financial Crisis*, Edward Elgar, 2012.

Veach, J., «On Considering the Public Interest in Bankruptcy: Looking to the Railroads for Answers», *Indiana Law Journal,* vol. 72, núm. 4, 1997, pp. 1211-1230.

Warren, E., «Bankruptcy Policy», *University of Chicago Law Review,* vol. 54, núm. 3, 1987, pp. 775-814.

— «Bankruptcy Policymaking in an Imperfect World», *Michigan Law Review,* vol. 92, núm. 2, 1993, pp. 346-387.

Weistart, J. C., «The Costs of Bankruptcy», *Law & Contemporary Problems,* vol. 41, núm. 4, 1977, pp. 107-122.

Wessels, B., «On the Future of European Insolvency Law», en Parry (ed.), *European Insolvency Law: Prospects for Reform,* Insol, 2014, pp. 131-158.

Wessels, B. y Madaus, S., *Instrument of the European Law Institute – Rescue of Business in Insolvency Law*, European Law Institute, 2017.

AVANCES EN LA SOSTENIBILIDAD DE EMPRESAS: DEL PACTO VERDE EUROPEO A LAS DIRECTIVAS CSRD Y DE DILIGENCIA DEBIDA[1]

Marina San Martín Calvo
Profesora Contratada Doctora
Universidad de Burgos

RESUMEN: La sostenibilidad se ha convertido en una de las prioridades de la Unión Europea, debido a la creciente conciencia de los desafíos medioambientales y sociales. Comprometida con un desarrollo que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades, la UE está adoptando un enfoque integral para promover prácticas comerciales sostenibles, con regulaciones, incentivos y políticas que alienten a las empresas a considerar su impacto en el medio ambiente. El presente trabajo estudia el conjunto de medidas implementadas por la Unión Europea en favor de la transparencia informativa sobre cuestiones de sostenibilidad, paralelamente a la creciente importancia de la Responsabilidad Social Corporativa. Ante el fracaso de la voluntariedad en el seguimiento de las normas sobre sostenibilidad, la Comisión Europea ha optado por implementar un marco normativo armonizador, que redundará en las propias organizaciones y en los grupos de interés afectados.

---

[1] El presente trabajo deriva de la comunicación presentada por la autora en el Congreso Sostenibilidad y Derecho del Sistema Financiero (Valencia 15 a 17 noviembre 2023), bajo el título «El Pacto Verde Europeo y los objetivos de la Directiva (UE) 2022/2464, de 16 de diciembre, sobre formación corporativa en materia de sostenibilidad (CSRD)». La autora es miembro del GIR, Cooperación Judicial Civil y Penal en el Ámbito de la Unión Europea (CAJI), así como de la Unidad de Investigación Consolidada UIC 329 - Cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea, de la Universidad de Burgos.

Palabras clave: Sostenibilidad; Pacto Verde Europeo; NEIS; Directiva CSRD; Doble materialidad; Diligencia debida.

ABSTRACT: Sustainability has become an important priority of the European Union, due to growing awareness of environmental and social challenges. Committed to development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs, the EU is taking a comprehensive approach to promoting sustainable business practices, with regulations, incentives and policies that encourage companies to consider its impact on the environment. This paper studies the set of measures implemented by the European Union in favor of information transparency on sustainability issues, in parallel with the growing importance of Corporate Social Responsibility. Given the failure of voluntariness in following sustainability standards, the European Commission has chosen to implement a harmonizing regulatory framework, which will benefit the organizations themselves, as well as the affected stakeholders.

Keywords: Sustainability; European Green Deal (EGD); European Sustainability Reporting Standards (ESRS); Double materiality; Due diligence; Directive RCSR

SUMARIO: I.- PRIMEROS PASOS EN LA APORTACIÓN DE INFORMACIÓN SOBRE SOSTENIBILIDAD. II.- DE LA INTEGRACIÓN VOLUNTARIA A LA OBLIGATORIEDAD DEL INFORME DE SOSTENIBILIDAD. 1.- El Acuerdo de París y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). 2.- El Plan de Acción para financiar el crecimiento sostenible. 3.- La estrategia de la UE para la sostenibilidad: El Pacto Verde Europeo. 4.- Taxonomía europea y actividades económicas sostenibles. II.- LA DIRECTIVA CSRD Y LA INFORMACIÓN EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD. 1.- De la Información no Financiera a la Información Corporativa en materia de Sostenibilidad. 2.- Los objetivos de la Directiva (UE) 2022/2464 sobre formación corporativa en materia de sostenibilidad. 3.- El ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva CSRD. 4.-. Las novedades en los informes de sostenibilidad corporativa. 5.- La presentación del informe de sostenibilidad y el principio de «doble materialidad». 6.- Las Normas de Divulgación de Información sobre Sostenibilidad (NEIS). IV.- LA ULTIMA INICIATIVA DE DESARROLLO DEL PACTO VERDE EUROPEO: PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA.

I. PRIMEROS PASOS EN LA APORTACIÓN DE INFORMACIÓN SOBRE SOSTENIBILIDAD[2]

Con el objetivo estratégico establecido la cumbre de Lisboa (marzo de 2000), de convertir a la Unión Europea para 2010 en la economía

[2] Las páginas web citadas en este trabajo han sido revisadas por última vez en fecha 3 de junio de 2024.

más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social[3], se escenifica por primera vez en el ámbito de la Unión el objetivo de un crecimiento económico sostenible, en aras de la constitución de un estado activo de bienestar social. Este objetivo marcó el paso de las acciones posteriores de la UE respecto al papel de la responsabilidad social de las empresas (en adelante, RSE) en la estrategia europea de desarrollo sostenible, a través de Comunicaciones, Directrices y Recomendaciones, aprobadas por la Comisión en los siguientes años.

En esta primera etapa, los documentos aprobados en el ámbito europeo sancionaban la naturaleza voluntaria de las medidas de sostenibilidad en el ámbito societario[4]. Destaca entre los textos que apelan al carácter voluntario de la RSE el Libro Verde *Fomentar un Marco Europeo para la responsabilidad social de las empresas* (2001)[5] que, partiendo de la base de que un comportamiento socialmente responsable beneficia los intereses económicos de las empresas a medio y largo plazo, apuesta por buscar un mayor equilibrio entre el valor de las empresas para sus accionistas *(shareholders)* y los intereses de los empresarios y demás partes interesadas *(stakeholders)* [6]. El documento aporta una noción de RSE en el marco del desarrollo sostenible, al que define como «la integración *voluntaria*, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores»[7].

En el mismo sentido, la Comunicación, *La responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible* (2002)[8], que describe la estrategia europea destinada a promover

---

[3] Consejo Europeo de Lisboa (23 y 24 marzo 2000), Conclusiones de la Presidencia, en *https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_es.htm*

[4] Alonso Ureba, A., «Derecho de Sociedades y función económico social de la gran empresa ("Interés social" vs. "Interés de la empresa": una cuestión abierta)», en Chamorro Domínguez, M. C. y Viera González, A. (dirs.), *Derecho de sociedades y sostenibilidad*, La Ley, 2023, pp. 74 ss.

[5] COM(2001) 366 final. Bruselas, 18.7.2001.

[6] En palabras de J. Bataller Grau, desde el punto de vista de la RS, por «grupos de interés» o *stakeholders* entendemos aquellos grupos hacia los que la empresa tiene alguna obligación moral. Concretamente, puede considerarse como integrantes de estos grupos a accionistas, empleados, clientes y proveedores, considerados grupos de interés internos de la propia organización; pero también podemos calificar como *stakeholders*, en este caso externos, a los competidores, la administración, los activistas sociales, los ecologistas, las asociaciones defensoras de los derechos de los consumidores o los medios de comunicación. Bataller Grau, J., «Noción, objetivo y fuentes de la responsabilidad social y la sostenibilidad», en *Responsabilidad social y sostenibilidad. El marco de actuación de la empresa*, Bataller Grau, J. y Boquera Matarredonda, J. (dirs.), Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 22 ss.

[7] Dictamen del Comité Económico y Social titulado «El Libro Verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas». [(COM (2001) 366 final)], DOCE C 125/44, 27.5.2002.

[8] COM(2002) 347 final.

la RSE, sanciona su integración voluntaria por parte de las empresas, apostando por la voluntariedad en el seguimiento de las medidas de sostenibilidad, a través de la vía del autogobierno y las recomendaciones[9].

El fracaso del seguimiento voluntario de estas medidas, y ante el riesgo que podría suponer para la estabilidad de la Unión una dispar actividad normativa de los Estados miembros, impulsó la introducción de un marco normativo armonizador en el ámbito de la Unión Europea que, de alguna forma, obligara a las empresas a implementar procesos que protegieran intereses distintos a los de la propia organización. La vía regulatoria elegida no fue la aprobación de normas que intervinieran la gestión de las sociedades, que podría haber derivado en conflictos competenciales con los Estados miembros, sino el establecimiento de la obligación de las empresas de aportar información no financiera en materia de sostenibilidad. A esta finalidad respondía la Directiva 2014/95/UE[10] y los textos aprobados con posterioridad.

II. DE LA INTEGRACIÓN VOLUNTARIA A LA OBLIGATORIEDAD DEL INFORME DE SOSTENIBILIDAD

1. El Acuerdo de París y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)

El 25 de septiembre de 2015, en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (70ª Asamblea General de las Naciones Unidas), se aprobaba el Acuerdo de París, que adoptaba un nuevo marco global de sostenibilidad: La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (en lo sucesivo, «Agenda 2030»)[11]. Concebida como «un plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad», la Agenda 2030 centra los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) e integra de forma equilibrada las tres dimensiones del desarrollo sostenible (la económica, la social y la medioambiental), reflejando por

---

[9] Así, en el apartado 5 de su Comunicación, de 2 de julio de 2002, «Promover la convergencia y la transparencia de las prácticas y los instrumentos de RSE», la Comisión aboga por la adopción de medidas de naturaleza voluntaria de la responsabilidad social, tales como la adhesión a códigos de conducta, la participación voluntaria de las empresas en programas de gestión y auditoría medioambiental, la elaboración voluntaria de informes sociales o el uso voluntario de etiquetas que aporten información a consumidores y usuarios sobre las condiciones sociales y medioambientales de producción.

[10] Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. *DOUE* L 330/1 de 15.11.2014

[11] Resolución de la Naciones Unidas A/RES/70/1. Septuagésimo período de sesiones, pp. 40.

primera vez un consenso internacional en el que la sostenibilidad debe ser perseguida como una apuesta global, con la participación de todas las partes interesadas.

La Unión Europea había jugado un papel decisivo en la redacción de la Agenda 2030. En realidad, el compromiso de la Unión Europea con el desarrollo sostenible ha sido desde hace décadas un eje central del proyecto europeo y, de hecho, ya en 2001 se puso en marcha una estrategia de desarrollo sostenible de la UE[12], que fue revisada en 2006[13] y de nuevo en 2009[14]. Desde 2010, el desarrollo sostenible está integrado en la Estrategia Europa 2020[15], basada en la educación y la innovación («crecimiento inteligente»), las emisiones hipocarbónicas, la resiliencia ante el cambio climático y el impacto medioambiental («crecimiento sostenible») y la creación de empleo y reducción de la pobreza («crecimiento integrador»).

En consonancia con esta implicación, la Comisión Europea presentó su propio plan estratégico sobre desarrollo sostenible a través de su Comunicación, *Próximas etapas para un futuro europeo sostenible. Acción europea para la sostenibilidad* (2016)[16]. El objetivo principal de esta Agenda propia de la UE es el alineamiento de las políticas y medidas de la Unión con los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), contando con la implicación del sector privado. Así, en relación al tema objeto de nuestro trabajo, la Agenda Europea aboga por la implantación de un sistema financiero sostenible (ODS 8, 9, 13, 14 y 15), en apoyo de las inversiones y el crecimiento sostenibles, con vistas a la integración de los mercados nacionales de capitales en un mercado único a escala europea.

Precisamente un año antes, en 2015, la Comisión había lanzado la Unión de los Mercados de Capitales (CMU, por sus siglas en inglés), con el objetivo de conseguir una mayor fluidez del capital privado en el ámbito de la UE, con la perspectiva de que este incremento del flujo de capitales pudiera beneficiar a los consumidores, los inversores y las empresas radicados en la Unión, independientemente del Estado miembro en el que se encuentren[17].

---

[12] COM/2001/0264 final.

[13] Doc 10917/06 del Consejo Europeo.

[14] COM(2009) 400 final.

[15] COM(2010) 2020 final

[16] Comunicación de la Comisión de 22 de noviembre de 2016 [COM(2016) 739 final].

[17] En su Comunicación *Plan de acción para la creación de un mercado de capitales*, la Comisión destaca, entre los fines concretos perseguidos por la CMU los siguientes: reforzar la competitividad y autonomía global de la UE; proporcionar a las empresas, en especial a las PYME, una mayor variedad de opciones de financiación a costes más bajos; apoyar la recuperación económica y crear empleos; ofrecer nuevas oportunidades para ahorradores e inversores, creando una economía más inclusiva y resiliente y apoyar a la Unión Europea en el cumplimiento de los objetivos del EGD y la agenda digital. Con unos resultados que podríamos

Queremos destacar aquí que, en materia de responsabilidad social de las empresas y conducta empresarial responsable, y en relación al ODS8, «Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos», la Comisión anima al sector privado a contribuir al logro de objetivos sociales y medioambientales, fomentando un crecimiento equitativo y sostenible y la protección de los derechos sociales. En este sentido, la Comisión apuesta por intensificar sus esfuerzos en materia de conducta empresarial responsable, centrándose en medidas concretas que permitan hacer frente a los retos sociales, medioambientales y de gobernanza presentes y futuros, basándose en los principios fundamentales y el planteamiento político establecidos en la estrategia de la UE sobre la responsabilidad social de las empresas de 2011 de la Comisión[18].

2. El Plan de Acción para financiar el crecimiento sostenible

Siendo comúnmente admitido que la divulgación adecuada de información no financiera es un elemento esencial para posibilitar la sostenibilidad de la actividad financiera, el 28 de octubre de 2016 la Comisión Europea decidió crear un Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Finanzas Sostenibles, reforzando así el objetivo de la Comisión de desarrollar una estrategia general e integral de la UE sobre finanzas sostenibles como parte de la «Unión de los Mercados de Capitales» (CMU, por sus siglas en inglés), iniciativa que persigue la creación de un verdadero mercado único de capitales de ámbito europeo[19].

---

calificar de discretos, la Comisión ha venido implementando en los últimos años nuevos Planes de Acción, que inciden en tres objetivos principales: (i) apoyar una recuperación económica verde, inclusiva y resiliente; (ii) hacer de la UE un lugar aún más seguro para ahorrar e invertir a largo plazo y (iii) integrar los mercados de capitales nacionales en un auténtico mercado único. Al respecto, *vid.* Comunicación de la Comisión «Plan de acción para la creación de un mercado de capitales», de 30 de septiembre de 2015 [COM(2015) 468 final] y documentos relacionados, en *https://finance.ec.europa.eu/index_en?prefLang=es*

[18] Comunicación de la Comisión *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*, Bruselas, 25.10.2011, COM(2011) 681 final

[19] Entre los fines perseguidos por la CMU destacan los siguientes: reforzar la competitividad y autonomía global de la UE; proporcionar a las empresas una mayor variedad de opciones de financiación a costes más bajos, en especial a las PYME; apoyar la recuperación económica post-Covid-19 y crear empleos; ofrecer nuevas oportunidades para ahorradores e inversores, creando una economía más inclusiva y resiliente y, en relación con el objeto de nuestro trabajo, ayudar a Europa a cumplir los objetivos del EGD y la agenda digital. Con unos resultados que podríamos calificar de discretos, la Comisión ha venido implementando en los últimos años, nuevos Planes de Acción, que inciden en tres objetivos principales: (i) apoyar una recuperación económica verde, inclusiva y resiliente; (ii) hacer de la UE un lugar aún más seguro para ahorrar e invertir a largo plazo y (iii) integrar los mercados de capitales nacionales en un auténtico mercado único. Al respecto, *vid.* Comunicación de la Comisión *Plan de acción para la creación de un mercado de capitales,* Bruselas, 30.9.2015[COM(2015) 468 final] y documentos relacionados. *https://finance.ec.europa.eu/index_en?prefLang=es* (consultada 05/06/2024).

Concebido como un hito fundamental en el camino hacia la CMU, el 8 de marzo de 2018 se aprobó el *Plan de Acción para financiar el crecimiento sostenible* (en adelante, Plan de Acción) con el objetivo explícito de reorientar el capital privado hacia una mayor inversión en actividades sostenibles, en el marco de un crecimiento sostenible e integrador. El documento pretende asimismo gestionar los riesgos financieros derivados del cambio climático, el agotamiento de los recursos, la degradación medioambiental y las cuestiones sociales, así como fomentar la transparencia y el largoplacismo en la actividad financiera y económica[20].

El Plan de Acción hace referencia al principal anclaje jurídico del desarrollo sostenible en el ámbito de la Unión Europea, el art. 3.3 del TUE, que consagra el objetivo de desarrollo sostenible de la Unión sobre la base de un crecimiento económico equilibrado. En relación con la sostenibilidad empresarial, el documento planteaba la necesidad de revisar la legislación sobre contabilidad de la UE, en principio inadecuada para la toma de decisiones de inversión sostenible[21], así como examinar formas de obligar legalmente a los directivos de empresas a tener en cuenta los aspectos de sostenibilidad como parte de su estrategia empresarial.

Como paso previo a una futura taxonomía de sostenibilidad la UE, el Plan preveía como Primera Acción la elaboración de un sistema de clasificación de la UE para las actividades vinculadas a la sostenibilidad, a través de un sistema de normas y etiquetas aplicables a los productos financieros sostenibles, con la doble finalidad de proteger la integridad de estos mercados financieros y, al mismo tiempo, aumentar su confianza en ellos, facilitando a los inversores el acceso a este tipo de productos[22]. La implantación de este sistema de clasificación evidenció la necesidad de establecer una taxonomía a nivel europeo, que unificara los conceptos relacionados con la sostenibilidad en Europa, evitando así la multiplicidad de definiciones diferentes. En este punto, es necesario subrayar la enorme utilidad que una buena taxonomía y un correcto etiquetado pueden suponer para los inversores minoristas que, como indican los estudios y encuestas, se muestran favorables a tener en cuenta en sus decisiones inversoras otros aspectos, más allá del beneficio económico, concretamente consideraciones climáticas, ambientales y sociales[23].

---

[20] Comunicación de la Comisión, *Plan de Acción: Financiar el crecimiento sostenible*, Bruselas, 8.3.2018 [COM (2018) 97 final].

[21] *Vid. idem* punto 4.1 «Divulgación de información y contabilidad», pp. 11 ss.

[22] *Plan de Acción: Financiar el crecimiento sostenible, op. cit*., p. 5

[23] No cabe duda de que el factor que más ha influido en la decidida apuesta de la Unión Europea por la sostenibilidad es la extrema sensibilización de los consumidores y usuarios, que muestran un interés creciente en apoyar empresas sostenibles y éticas, lo que a su vez redunda en una fuerte presión a éstas para que adopten prácticas más sostenibles. Los estudios

En relación con la divulgación de información sobre sostenibilidad (Acción 9), el Plan de Acción proponía reforzar las obligaciones existentes en materia de divulgación de información no financiera, ya introducidas por la Directiva 2014/95/UE, de 22 de octubre, en especial respecto a las directrices no vinculantes[24]. En particular, el documento aborda la revisión de las directrices relativas a la información no financiera, proporcionando más orientaciones a las empresas sobre la forma de divulgar sus reportes y especificando detalles de procedimiento, con el fin último de mejorar la información sobre sostenibilidad de las empresas. Se pretende así promover el compromiso de los accionistas que, como principales destinatarios de la información financiera, tienen amplias posibilidades de influir en la dirección de la empresa respecto a la implementación de cuestiones de sostenibilidad en sus decisiones empresariales[25].

A los fines propuestos, la Comisión, a través de su Comunicación «Directrices sobre la presentación de informes no financieros (Metodología para la presentación de información no financiera)» (2017)[26], establece unas directrices *no vinculantes* para la divulgación de información no financiera, dirigidas en principio a las sociedades comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/95/UE. El objetivo es establecer criterios orientativos para las empresas sobre presentación de sus reportes no financieros, en especial sobre aspectos relacionados con factores ambientales, sociales y de gobernanza, *«de*

---

realizados ponen de manifiesto que los consumidores son más proclives a comprar un producto si es sostenible. En efecto, cuando se les pregunta si optan por adquirir productos sostenibles desde el punto de vista ambiental y ético, una abrumadora mayoría responde afirmativamente. Prueba de ello es que, en una encuesta realizada en 2020 por la consultora McKinsey sobre la confianza de los consumidores, más del 60 por ciento de los encuestados se mostraron dispuestos a pagar más por un producto sostenible. A mayor abundamiento, y según un estudio reciente de la consultora NielsenIQ, el 78 por ciento de los consumidores afirman que un estilo de vida sostenible es importante para ellos.

[24] Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, DOUE L 330/1 de 15.11.2014. Como es sabido, esta Directiva venía a modificar la Directiva 2013/34/UE sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas. Concretamente, el art. 2 de la Directiva trata de la «orientación en materia de presentación de información» y, en este sentido, establece que «la Comisión preparará unas directrices no vinculantes sobre la metodología aplicable a la presentación de información no financiera, que incluyan unos indicadores clave de resultados no financieros, de carácter general y sectorial, con el fin de facilitar la divulgación pertinente, útil y comparable de información no financiera por parte de las empresas. […]». Por su parte, el Considerando 17 de la Directiva establece que, a la hora de preparar las directrices no vinculantes, «la Comisión debe tener en cuenta las mejores prácticas existentes, la evolución internacional y los resultados de iniciativas conexas en la Unión».

[25] Möslein, F., Mittwoch, «Plan de Acción europeo para financiar el desarrollo sostenible», *LA LEY mercantil* núm 61, septiembre 2019, en *https://aranzadilaley.es*

[26] Comunicación de la Comisión «Directrices sobre la presentación de informes no financieros (Metodología para la presentación de información no financiera»), de 5 de julio de 2017,[COM (2017) C 215/01], *DOUE* C215/1, p.2.

alta calidad, pertinente, útil, coherente y más comparable», que ayude a las sociedades a divulgar de manera *«coherente y sistemática»* información de importancia significativa, que contribuya a la transparencia, al crecimiento y a la creación de empleo sostenible[27].

3. La estrategia de la UE para la sostenibilidad: El Pacto Verde Europeo

Concebida como la nueva estrategia de crecimiento de la UE, destinada a transformar la Unión en una sociedad equitativa y próspera, en base a una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, el 11 de diciembre de 2019 se publicaba oficialmente el Pacto Verde Europeo o *European Green Deal* (EGD) [28]. El documento aborda el reto de convertir el cambio climático en una oportunidad única para hacer de Europa un continente más eficiente y competitivo, con vistas a conseguir un verdadero desarrollo sostenible, donde el crecimiento económico se desvincule definitivamente del uso de recursos vírgenes no renovables y de la generación de emisiones contaminantes.

Por no ser este el objeto de nuestro trabajo, no nos extenderemos aquí en las políticas europeas contra el cambio climático, pero sí creemos importante señalar que la Unión Europea viene asumiendo un rol de «punta de lanza» en la lucha global contra la crisis climática desde la última década del siglo XX, reduciendo gradualmente sus emisiones de carbono[29]. En el camino hacia la transición ecológica, la Comisión Europea actualizó su visión estratégica a través de la Comunicación *Un planeta limpio para todos* (2018)[30], que establece con claridad las condiciones de una transición irreversible, que proporcione previsibilidad a los inversores y cuyo objetivo principal es la consecución de una economía climáticamente neutra para 2050. La aprobación de la Ley del Clima Europea[31], en julio de 2021, consagra normativamente este objetivo.

El Pacto Verde aspira también a proteger, mantener y mejorar el capital natural de la Unión, así como a cuidar la salud y el bienestar de sus ciudadanos frente a los riesgos y repercusiones relacionados con el

---

[27] *Idem*, p. 4

[28] Comunicación de la Comisión «El Pacto Verde Europeo», Bruselas, 11.12.2019 [COM (2019) 640 final]

[29] De hecho, entre 1990 y 2018, redujo sus emisiones de gases de efecto invernadero en un 23 por 100, al tiempo que la economía de la Zona Euro crecía un 61 por 100. Fernández de Gatta Sánchez, D., «El ambicioso Pacto Verde Europeo», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm 101, 2020, pp. 78-109.

[30] COM (2018) 773 final, 28.11.2018

[31] Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»), *DOUE* L 243/1, 9.7.2021.

medio ambiente. Pretende asimismo garantizar que todas las regiones y ciudadanos de la Unión participen en una transición socialmente justa hacia un sistema económico sostenible, de manera que ninguna persona ni territorio se queden atrás, contribuyendo al objetivo de crear una economía al servicio de los ciudadanos, reforzar la economía social de mercado de la Unión y garantizar que esté preparada para el futuro y genere estabilidad, empleo, crecimiento e inversión sostenible[32].

En este contexto, la Comisión adoptó, en marzo de 2020, la Comunicación sobre «Un nuevo modelo de industria para Europa»[33], que establecía como principales elementos del nuevo modelo industrial europeo la consolidación de una industria competitiva y líder a nivel mundial, que allanara el camino hacia la neutralidad climática, y configurara el futuro digital de Europa.

4. Taxonomía europea y actividades económicas sostenibles

En plena evolución de la voluntariedad a la obligatoriedad de la presentación de informes de sostenibilidad de las empresas, se aprueba el Reglamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, (en adelante, ReFiSo 2019)[34], que regula la forma en que los participantes en los mercados financieros deben divulgar información sobre sostenibilidad a los inversores finales y a los propietarios de activos, estableciendo normas armonizadas de transparencia sobre la integración de factores ambientales, sociales y de buena gobernanza en sus decisiones de inversión y asesoramiento financiero. El fin último de las medidas propuestas es evitar el posible blanqueo ecológico de productos financieros comercializados como sostenibles o respetuosos con el clima que, en la práctica, no satisfagan esos estándares de sostenibilidad[35].

---

[32] El Pacto Verde Europeo se estructura en ocho elementos clave. Además de la neutralidad climática para 2050, a la que hemos hecho referencia, promueve el suministro de energía limpia, asequible y segura; una industria sostenible y circular; eficiencia en el uso energético y de los recursos en la construcción y renovación de edificios; implantación del programa «de la granja a la mesa», con alimentos sanos de circuitos cortos; la preservación y restablecimiento de los ecosistemas y la biodiversidad y la eliminación total de sustancias tóxicas. El EDG también tiene como objetivo fomentar la movilidad sostenible, incluyendo la promoción de vehículos eléctricos y la mejora de la infraestructura de transporte público. El compromiso del Pacto Verde Europeo se basa en estructurar y establecer las políticas necesarias para garantizar desarrollar esos 8 elementos en los plazos deseados.

[33] COM (2020) 102 final, de 10.3.2020.

[34] Reglamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros, *DOUE* L 317/1, de 9.12.2019.

[35] Al respecto, *vid.* documento «Divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros», *Summaries of EU Legislation*, en *https://eur-lex.europa.eu/*

Uno de los objetivos del Acuerdo de París de 2015, es el de fomentar las inversiones necesarias para financiar el desarrollo sostenible, una necesidad de financiación que se ve incrementada como consecuencia de los nuevos retos climáticos europeos y que, a todas luces, es insuficiente. Precisamente, uno de los motivos esgrimidos para justificar esa deficiente financiación ha sido la falta de una taxonomía «sostenible, adecuada y transparente», entendida como la «ausencia de definiciones comúnmente aceptadas» sobre los activos y proyectos financieros que pueden ser considerados sostenibles[36]. A estos efectos y como elemento innovador, el ReFiSo 2019 crea un lenguaje común para facilitar a los inversores futuras tomas de decisión, acuñando un concepto de lo que puede ser considerado «sostenible», en relación con los productos financieros que se ofertan y la integración de los posibles riesgos para la sostenibilidad en sus procesos (art.1)[37].

El ReFiSo 2019 fue modificado poco después por el Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo[38] (en adelante Reglamento de Taxonomía), cuya finalidad es establecer los criterios para determinar si una actividad económica concreta puede considerarse medioambientalmente sostenible, lo que, sin duda, aporta claridad al mercado y permite etiquetar de manera más eficiente productos de inversión sostenibles. A estos fines, el nuevo Reglamento venía a ampliar sustancialmente el elenco de definiciones introducidas

---

[36] Romo González, L.A., «Una taxonomía de actividades sostenibles para Europa», *Banco de España, Documentos Ocasionales*, núm 2021, en *https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeriadas/DocumentosOcasionales/20/Files/do2101e.pdf*

[37] A estos fines, el ReFiSo 2019 introduce tres nuevos conceptos en el ámbito de las finanzas sostenibles: 1) Las «INVERSIONES SOSTENIBLES», definidas como «inversiones en una actividad económica que contribuyan a un objetivo medioambiental, medido, por ejemplo a través de indicadores clave de eficiencia de recursos relativos al uso de la energía, de la energía renovable, consumo de materias primas, agua y suelo, producción de residuos y emisiones de gases de efecto invernadero e impacto sobre la biodiversidad y la economía circular o las inversiones en una actividad económica que contribuyan a un objetivo social y, en particular, toda inversión que contribuya a luchar contra la desigualdad, toda inversión que refuerce la cohesión social, la integración social y las relaciones laborales, o toda inversión en capital humano o en comunidades económica o socialmente desfavorecidas; siempre y cuando las inversiones no perjudiquen significativamente a ninguno de dichos objetivos y las empresas beneficiarias sigan prácticas de buena gobernanza, en particular en lo que respecta a que sus estructuras de gestión, relaciones con los asalariados y remuneración del personal pertinente sean sanas y cumplan las obligaciones tributaria» (art.2.17); 2) El «RIESGO DE SOSTENIBILIDAD», como «todo acontecimiento o estado medioambiental, social o de gobernanza que, de ocurrir, pudiera surtir un efecto material negativo real o posible sobre el valor de la inversión» (art.2.22); y, por último 3) Los «FACTORES DE SOSTENIBILIDAD», referidos a «toda información relacionada con cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, y con el respeto de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción y el soborno» (art.2.24). Al respecto, *vid.* Tapia Sanchez, M.R., «La Taxonomía UE: una regla de oro de las finanzas sostenibles», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm 27, 2020, pp. 158-192.

[38] Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088.

por el ReFiSo 2019 [art. 2 Reg. (UE) 2020/852], y crea un sistema de clasificación de las actividades económicas medioambientalmente sostenibles, con el objetivo de intensificar las inversiones verdaderamente respetuosas con el medio ambiente, reduciendo así el riesgo de *greenwashing* o blanqueo ecológico[39] de los productos financieros que se presentan indebidamente como sostenibles.

Partiendo de la base de que la taxonomía se refiere a actividades económicas, no a empresas, por lo que una empresa que realiza varias actividades económicas puede tener algunas actividades sostenibles y otras que no lo son[40], el Reglamento de Taxonomía considera que una actividad es sostenible cuando [art. 3 Reg. (UE) 2020/852]: (i) contribuya sustancialmente a uno o varios de los objetivos medioambientales[41]; (ii) no cause ningún perjuicio significativo al resto de los objetivos, evitando así que una empresa pueda alegar preocupaciones medioambientales por su contribución a un objetivo concreto, mientras desarrolla una actividad económica perjudicial para el medioambiente[42];

---

[39] La lista de prácticas que pueden ser consideradas como *greenwashing* es realmente amplia. Entre ellas podemos incluir conductas tales como afirmar que un producto es verde basándonos en una propiedad insignificante comparada con los impactos ambientales que causa su producción; confundir al consumidor utilizando expresiones vacías de significado; inventarse certificaciones propias sin verificación independiente; generar credibilidad y confianza con cuestiones irrelevantes en relación a la actividad de la empresa y el impacto de sus productos o servicios; la presentación como compromisos mediambientales voluntarios el mero cumplimiento de obligaciones legales, como publicitar un producto en spray diciendo que está libre de CFCs, cuando en realidad su uso está prohibido en la Unión Europea desde el 1 de enero de 2015; mentir sobre la situación ambiental de la empresa o de los productos que comercializa… A este respecto, *vid.* Vizcaíno López, A., «Greenwashing. Mentiras verdes para vender más». *El Ecologista*, 112, 2022 en *https://www.ecologistasenaccion.org/204696/greenwashing-mentiras-verdes-para-vender-mas/*

[40] Romo González, L. A., «Una taxonomía de actividades sostenibles para Europa», cit., nota al pie 8.

[41] En relación a este punto, el Reglamento de Taxonomía recoge seis objetivos: i) la mitigación del cambio climático; ii) la adaptación al cambio climático; iii) el uso sostenible y protección de los recursos hídricos y marinos; iv) la transición hacia una economía circular; v) la prevención y el control de la contaminación, y vi) la protección y recuperación de la biodiversidad y los ecosistemas (art. 9 en relación con arts. 10 a 16)

[42] En relación a este aspecto, es necesario hacer referencia a nuevas prácticas de blanqueo ecológico, especialmente dañinas, que han surgido con fuerza en los últimos años, basadas en un uso fraudulento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), en torno a los que se articula la Agenda 2030. Nos referimos a las prácticas de *ODS-washing*, que consisten básicamente en obtener ganancias a expensas de un ODS mientras se perjudica otro u otros. De forma similar al *greenwashing*, el listado de conductas engañosas que pueden ser consideradas es muy amplia pero, una de las más extendidas y, sin duda, de las más peligrosa, es la conocida como *«ODD singularizado»*, que consiste en centrar toda la atención en un solo ODS, impidiendo una visión global de las actividades de la empresa. El *modus operandi* de las empresas infractoras consiste en proclamar su contribución a uno o varios ODS, sin proporcionar información clara sobre su impacto en el resto de los Objetivos. Sería el caso de una multinacional que, por ejemplo, puede reclamar el ODS 1.3 (reducción de la pobreza infantil) por su contribución económica a UNICEF, mientras mantiene a sus trabajadores en situaciones penosas en algunos de sus centros de producción, lo que supondría una vulneración del ODS 8. Al respecto, *vid.* San Martín Cal-

(iii) se lleve a cabo cumpliendo con las garantías sociales mínimas[43] y, por último, (iv) cumpla con los criterios técnicos de selección que, al objeto, haya determinado la Comisión.

Podemos afirmar, por tanto que el Reglamento de Taxonomía tiene por objeto incorporar al Estado de Información No Financiera (EINF) una justificación para saber si las actividades o servicios de una organización son medioambientalmente sostenibles a través de indicadores obligatorios a incluir en el EINF. En consecuencia, las empresas que informen en el marco de la Directiva CSRD estarán obligadas a informar sobre su alineación con la taxonomía de la UE, asegurando una mayor coherencia y comparabilidad de los informes.

III. LA DIRECTIVA CSRD Y LA INFORMACIÓN EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD

1. De la Información no Financiera a la Información Corporativa en materia de Sostenibilidad

La divulgación de información sobre sostenibilidad está cobrando una gran importancia debido a un cambio de mentalidad de las empresas en su relación con la sociedad. Las organizaciones económicas han asumido la necesidad de comprometerse con la gestión responsable del medio ambiente y el cumplimiento de ciertos estándares sociales, más allá de la búsqueda de beneficios a corto plazo, debido fundamentalmente a la alineación de consumidores y usuarios con políticas sostenibles. Por otro lado, la divulgación de información sostenible permite a las organizaciones legitimarse y generar confianza entre los distintos grupos de interés.

A la labor divulgativa realizada por las empresas hay que añadir la realizada por las distintas administraciones públicas, tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Desde finales del siglo XX, los organismos reguladores de los mercados financieros han venido publicando recomendaciones y guías, destinados a recoger y analizar datos relativos a la información no financiera de las organizaciones, a fin de fomentar la divulgación de información fiable en materia de sostenibilidad. Así, comenzaron a hacerse comunes conceptos tales como la «responsabilidad social corporativa» (RSC), el «gobierno social corporativo» (GSC) o los Criterios ESG (*environmental, social and*

---

vo, M., «Consumo sostenible y transición ecológica. La acción normativa de la Unión Europea contra el *greenwashing», Revista de Estudios Europeos*, núm 84, 2024, *https://revistas.uva.es/*

[43] Entendiendo por tales las directrices establecidas por la OCDE para empresas multinacionales y los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, así como los principios y derechos establecidos en los convenios internacionales aprobados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Carta Internacional de Derechos Humanos.

governance), cuyo objetivo era mejorar la calidad de la información divulgada por las empresas en sus informes de gestión. A esta evolución no ha sido ajena la labor desempeñada por diversas organizaciones privadas y organismos supranacionales, a través de iniciativas dirigidas a mejorar la transparencia corporativa[44].

La obligatoriedad de presentar información relativa a cuestiones no financieras por parte de ciertas empresas se había abordado ya en la Directiva 2014/95/UE, del Parlamento y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, conocida como Directiva de Informes No Financieros (NFRD)[45], objeto de transposición al ordenamiento interno español mediante la Ley 11/2018 del 28 de diciembre de 2018[46]. La Directiva NFRD exigía a las grandes empresas afectadas (aquellas entidades de interés público que mantuvieran un mínimo de 500 empleados durante el ejercicio económico), que presentaran información, como mínimo, sobre cuestiones medioambientales y sociales, relativas a personal, al

---

[44] Destacan, en términos de gestión de riesgos y control interno, el Marco Integrador de Control Interno (COSO I) y el Marco Integrado de Gestión de Riesgos (COSO II), elaborados por el *Committee of Sponsoring Organizations of the Tradeway Commission* (Comité de Organizaciones Patrocinadoras de la Comisión Treadway, COSO), que son constantemente actualizados para incluir la divulgación de información sobre riesgos financieros y no financieros. Es importante citar también los estándares de reporte e información introducidos por *Global Reporting Initiative (GRI)*, el Pacto Mundial y la guía SDG Compass para informar sobre la implantación y cumplimiento de los ODS. En relación con la gobernanza corporativa, mencionamos instrumentos como el *Informe Cadbury* (1992), el *Código Combinado*, el *Informe Winter* (2002) o el *Informe Turnbull* (1999), que han sentado las bases para la redacción de las normas jurídicas relacionadas con el ámbito de la gobernanza corporativa. Capeans Vales, J., «Hacia un nuevo enfoque en la comunicación corporativa», *Revista Técnica contable y financiera*, núm 67, 2023; Para un estudio en profundidad de los estándares de información sobre sostenibilidad, *vid.* Rodas Paredes, P. «La *Global Reporting Initiative* como elemento de responsabilidad social de la empresa», en *Responsabilidad social y sostenibilidad. El marco de actuación de la empresa*, en Bataller Grau, J. y Boquera Matarredonda, J. (dirs.), Tirant lo Blanch, 2023, pp. 103-124.

[45] Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. *DOUE* L 300/1, DE 15.11.2014.

[46] En el ámbito interno español, la Directiva fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través del Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre, y la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad. También la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética impone, en su art. 32.1, a determinadas empresas la obligación de elaborar «un informe de carácter anual en el que se haga una evaluación del impacto financiero sobre la sociedad de los riesgos asociados al cambio climático generados por la exposición a este de su actividad incluyendo los riesgos de transición hacia una economía sostenible y las medidas que se adopten para hacer frente a dichos riesgos». Sobre la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/95/UE, *vid.* Latorre Chiner, N., «La responsabilidad social de la empresa en la normativa europea y española», *Responsabilidad social y sostenibilidad. El marco de actuación de la empresa*, Bataller Grau, J. y Boquera Matarredonda, J. (dirs.), Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 78-83.

respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno, comprendiendo obligatoriamente aspectos tales como el modelo de negocio, las políticas empresariales con relación a dichas cuestiones, los resultados de dichas políticas, riesgos y gestión de riesgos y los indicadores clave de resultados pertinentes para la actividad empresarial. No obstante, esta obligación quedaba mitigada por el principio de «cumple o explica», que permitía a la empresa afectada la no aplicación de política alguna en relación con una o varias de aquellas cuestiones, siempre que el estado no financiero ofrezca una explicación «clara y motivada» al respecto[47]. A esto hay que añadir que el art. 19 bis.6 de la Directiva 2014/95/UE no impone a los Estados miembros la obligación de exigir, en su ordenamiento interno, la comprobación de la información no financiera por parte de un prestador independiente de servicios de verificación.

El 16 de diciembre de 2022 se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (*DOUE*) la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, o Directiva CSRD[48], que modifica anteriores instrumentos normativos en materia de sostenibilidad y viene a sustituir a la Directiva 2014/95/UE, de información no financiera (Directiva NFRD). El nuevo texto pretende, en esencia, establecer la obligatoriedad para determinadas empresas de facilitar información sobre sostenibilidad corporativa, entendida como la incidencia e impacto de sus negocios en materia económica, social y medioambiental, en línea con la legislación europea sobre cambio climático y sostenibilidad publicada en los últimos años. En el mismo sentido, se revisan los requisitos de divulgación de información no financiera establecidos en la Directiva NFRD, a fin de que sean coherentes con el nuevo marco jurídico introducido por el Reglamento 2019/2088/UE de divulgación de información sobre finanzas sostenibles y el Reglamento 2020/852/UE sobre Taxonomía de la UE. En este sentido, como hemos dicho arriba, las empresas que informen en el marco de la CSRD estarán obligadas a informar sobre su alineación con la taxonomía de la UE, asegurando una mayor coherencia y comparabilidad de los informes.

---

[47] Art. 19 bis.1), Directiva 2014/95/UE. Al respecto, *vid*. Serra Rodriguez, A., «La transparencia informativa y la diligencia debida sobre sostenibilidad de las empresas y su impacto en el sector financiero», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm 63, enero-abril 2024, pp. 25-60.

[48] Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) núm 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas. *DOUE* L 322, de 16.12.2022, pp. 15-41.

2. Los objetivos de la Directiva (UE) 2022/2464 sobre formación corporativa en materia de sostenibilidad

La Directiva CSRD responde a las directrices del Pacto Verde Europeo (2019), que incluye entre sus objetivos la transformación de la UE en una economía moderna, eficiente y competitiva, que garantice a todas las regiones y ciudadanos una «transición socialmente justa» hacia un sistema económico sostenible[49]. En consecuencia, el principal propósito de la Directiva es mejorar la información en materia de sostenibilidad con el menor coste posible, a fin de sacar el máximo provecho del potencial del mercado único europeo para contribuir a la transición hacia un sistema económico y financiero plenamente sostenible e integrador, de conformidad con el EGD y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas.

En concreto, los objetivos perseguidos por la Directiva CSRD son (i) Precisar y armonizar las obligaciones de información en materia de sostenibilidad de las grandes empresas y sociedades cotizadas; (ii) Mejorar la rendición de cuentas de las empresas ante el público, obligándoles a informar regularmente sobre el efecto de su actividad en los seres humanos y el medio ambiente; (iii) Lograr que la información sobre sostenibilidad tenga un grado de comparación y fiabilidad equiparable a la información financiera de las empresas, partiendo de la base de que la consecución de este objetivo redundaría en beneficio de los ciudadanos, los trabajadores y los inversores, cada vez más concienciados sobre la sostenibilidad y la protección del medio ambiente; (iv) Dar respuesta al incremento de la demanda de información sobre esta materia que se ha producido en los últimos años, especialmente por parte de la comunidad inversora, permitiendo el acceso a datos fiables y comparables, y, por último, (v) avanzar en el establecimiento de estándares sobre sostenibilidad a nivel global.

3. El ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva CSRD

La Directiva CSRD amplia sustancialmente el ámbito subjetivo de presentación de informes de sostenibilidad, respecto a la Directiva de 2014, así como el contenido de la información que debe suministrarse. A estos efectos, establece que las nuevas normas se aplicarán a todas las grandes empresas, coticen o no en el mercado de valores. Concretamente, se aplicarán a todas las empresas cotizadas en el mercado regulado de la UE, incluidas las PYMES cotizadas, con excepción de las microempresas, y a las grandes empresas que cumplan a la fecha de

[49] Considerando Primero, Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022.

cierre del balance, durante dos ejercicios consecutivos, dos de los tres criterios siguientes: (i) mantener un número medio de 250 trabajadores empleados; (ii) presentar un balance mínimo de veinte millones de euros y, (iii) alcanzar una facturación neta no inferior a cuarenta millones de euros Asimismo, son de aplicación a las empresas de seguros y entidades de crédito, sin importar su forma jurídica.

Las empresas tienen también la responsabilidad de evaluar la información relativa a sus filiales. De hecho, una filial no estaría obligada a presentar informe de sostenibilidad si la empresa matriz incluyera a la filial en su informe, conforme a las disposiciones de la Directiva CSRD, lo que constituye el principal supuesto de exención a la aplicación de la norma[50].

La nueva regulación afectará a casi 50 000 empresas de la UE, frente a las cerca de 11 700 empresas cubiertas por las normas anteriores, concretamente por la Directiva 2013/34/UE de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, modificada por la Directiva 2014/95/UE, de 22 de octubre de 2014, en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. Las reglas sobre la presentación de informes de sostenibilidad por parte de las empresas obligadas, se irán aplicando gradualmente entre 2024 y 2028, con arreglo al siguiente esquema: (i) El 1 de enero de 2024 para grandes empresas (más de 500 empleados), que ya venían obligadas a presentar EINF conforme a la Directiva sobre información no financiera (Directiva NSRD). Estas empresas deberán entregar sus informes en 2025; (ii) El 1 de enero de 2025, para las grandes compañías que no estaban obligadas por la Directiva NSRD (más de 250 empleados y/o una facturación de cuarenta millones de euros y/o veinte millones en activos totales), que deberán entregar sus informes en 2026 y, por último, (iii) el 1 de enero de 2026 para las PYMES cotizadas y otras empresas, que deberán entregar sus informes en 2027.

Como se ha mencionado, la Directiva (UE)2022/2464 extiende la obligación de presentar información sobre sostenibilidad a las PYMES cotizadas, es decir, a aquellas cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado regulado, que obligatoriamente deberán incluir esta información en una sección específica, claramente diferenciable del informe de gestión. Si bien el esfuerzo para estas pequeñas y medianas empresas es notable, el legislador europeo entiende que las normas que

---

[50] En relación con las exenciones a la aplicación de la Directiva CSRD, *vid.* Tapia Sanchez, M. R., «La inclusión del informe de sostenibilidad corporativa en el informe de gestión. Implicaciones de la Directiva (UE) 2022/2464 de presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (CSRD)», en Chamorro Domínguez, M. C. y Viera González, A. J. (dir.), *Derecho de Sociedades y Sostenibilidad*, La Ley, 2023, pp. 234-263.

les son exigidas sobre presentación de reportes sobre sostenibilidad guardan proporción con sus capacidades y recursos, permitiendo además que puedan acogerse a la posibilidad de no presentar su «información sobre sostenibilidad», durante un periodo transitorio de dos años, siempre que indiquen en su informe de gestión los motivos por los que no se ha facilitado esta información sobre sostenibilidad. Por otro lado, y a los efectos de facilitar la implementación de las disposiciones sobre presentación de información sobre sostenibilidad de las empresas por lo que respecta a las PYMES cotizadas, la propia Directiva establece que solo deberán aplicarse en los ejercicios que comiencen a partir del 1 de enero de 2026.

En relación con las empresas extracomunitarias, la obligación de presentar un informe de sostenibilidad se aplica a todas las empresas cuyo volumen de negocios neto en la UE supere los 150 millones de euros y que tengan al menos una filial o sucursal en el territorio de la Unión que supere determinados umbrales. Esas empresas deben informar sobre sus efectos ambientales, sociales y de gobernanza (ASG), definidos en la Directiva.

4. Novedades en los informes de sostenibilidad corporativa

Las novedades más destacadas de la Directiva CSRD en relación con la normativa anterior son:

(I). Desaparece el estado de información no financiera que, hasta la entrada en vigor de la Directiva (UE) 2022/2464, el 5 de enero de 2023, se debía recoger en el informe de gestión o en un informe separado, mencionándolo en el informe de gestión. En su lugar, las empresas obligadas deberán incluir en el informe de gestión relativo a los estados financieros de las organizaciones, la información necesaria para comprender el impacto de la empresa en cuestiones de sostenibilidad, así como la información necesaria para comprender cómo afectan estas cuestiones a la evolución, los resultados y la situación de la empresa. En este sentido, es necesario tener en cuenta que la Directiva CSRD recomienda nombrar a esta memoria como «Información sobre sostenibilidad» en vez de «estado de información no financiera» (EINF), como se identificaba a este reporte conforme a la anterior normativa.

(II). La nueva Directiva precisa, asimismo, la información en materia de sostenibilidad cuya publicación será obligatoria, y que deberá presentarse de forma individual y consolidada. Entre esta información destacan las medidas adoptadas por la empresa para garantizar que su modelo de negocio sea compatible con los actuales objetivos de lucha contra el cambio climático, en especial, con los ODS establecidos por

el Acuerdo de París de 2015 y los elementos clave del Pacto Verde Europeo[51].

Resulta particularmente interesante la obligación, contenida en los nuevos artículos 19 *bis* y 29 *bis* de la Directiva, de incluir toda la información relevante sobre sostenibilidad no solo respecto a las actividades de la propia empresa y sus filiales, sino que deberá extenderse a toda la cadena de valor de la organización, incluidos los productos y servicios, las relaciones comerciales y la cadena de suministro. En consecuencia, la empresa deberá informar sobre los principales efectos negativos, reales o potenciales, relacionados también con su cadena de suministro, así como de las medidas adoptadas para detectar y vigilar esos efectos negativos.

(III). Además, en caso de que la sociedad matriz de una sociedad filial o de una sucursal se encuentre en un tercer estado, la filial o la sucursal deberá publicar y hacer accesible un informe de sostenibilidad, siempre que se cumplan ciertos requisitos y se alcancen determinados umbrales previstos en el nuevo art. 40 *bis* de la Directiva 2013/34/UE. La nueva Directiva recoge igualmente ciertas normas sobre la obligación de estas sociedades filiales o sucursales de recabar la información necesaria para la emisión de este informe de sostenibilidad y de las consecuencias derivadas de la imposibilidad de obtener esta información. Finalmente, se prevé la posibilidad de que los Estados miembros informen anualmente a la Comisión acerca de las filiales y sucursales que han cumplido (o incumplido) con esta obligación.

(IV). Consciente de los riesgos que entraña para las políticas de sostenibilidad de la UE una deficiente información, sesgada o manipulada, la Directiva regula exhaustivamente en su art. 3 las normas sobre auditoría legal de las empresas, exigiendo a los Estados miembros que establezcan un sistema de control de calidad de los auditores legales y las sociedades de auditoría. Para asegurarse de que las empresas ofrecen información fiable, establece que estarán sujetas a auditorías independientes y procesos de certificación. En consecuencia, la información deberá estar certificada por un auditor independiente debidamente acreditado por el Estado y externo a la organización empresarial, que velará porque la información sobre la sostenibilidad sea conforme con las normas de certificación adoptadas por la UE. La información presentada por las empresas no europeas también debe estar certificada por un auditor europeo o establecido en un tercer país[52].

---

[51] Respecto al contenido mínimo y estructura del EINF en el ámbito español, *vid.* Boquera Matarredona, J., «Es estado de información no financiera en las sociedades de capital», en *Responsabilidad social y sostenibilidad. El marco de actuación de la empresa*, cit., pp. 596 ss.

[52] Para un estudio más amplio de la verificación de información en materia de sostenibilidad y la labor de los auditores, vid., Tapia Sanchez, M. R., «La inclusión del informe de sostenibilidad corporativa en el informe de gestión….», cit., pp. 257 ss.

5. La presentación del informe de sostenibilidad y el principio de «doble materialidad»

La Directiva CSRD ha supuesto un cambio radical en la presentación de los informes corporativos, al garantizar que las empresas ofrezcan información pública, adecuada y suficiente sobre los riesgos y oportunidades de sostenibilidad a los que se enfrentan, así como sobre los posibles impactos sobre las personas y el medio ambiente, conforme al principio de «doble materialidad», pero ¿Qué es la «materialidad»? Podríamos definirla como un proceso para identificar y priorizar los aspectos de sostenibilidad con mayor relevancia e impacto tanto para una empresa, como para sus grupos de interés. Sin embargo, en los últimos años el concepto de materialidad se ha ampliado, de forma que ahora ya podemos hablar de una doble, incluso una triple materialidad. Por ahora, nos vamos a limitar al análisis del concepto de «doble materialidad», en sus dos vertientes, financiera y no financiera. Así, se puede entender como:

(I) Materialidad financiera. Haría referencia a aquellos aspectos que afectan al desarrollo, rendimiento y posición de la empresa, y que están relacionados con el modo en el que las causas externas pueden afectar a su valor. Por ejemplo, cómo el calentamiento global o la contaminación pueden influir en los resultados de una empresa. En estos supuestos, los *stakeholders* más afectados serían los grupos de interés internos.

(II) Materialidad no financiera. Está relacionada con los aspectos que tienen que ver con el impacto de las actividades de la empresa en su entorno, sobre todo en las personas y el medioambiente. Los grupos de interés más significativos o *stakeholders* más interesados en estos asuntos son los ciudadanos, los consumidores, y en general, las organizaciones de la sociedad civil. Pero también los socios e inversores, cada vez más preocupados por la sostenibilidad de sus carteras de inversión.

En cualquier caso, es necesario seguir un proceso en la realización de informes, en los que el primero paso consistiría en la identificación y actualización de los asuntos materiales, en relación con los acontecimientos del exterior que pueden afectar a los resultados y a la situación financiera de la empresa, incluidos los intereses y expectativas de los *stakeholders*. Nos estaríamos refiriendo al principio de «materialidad financiera» en sentido estricto.

El segundo paso, en el que ya podemos hablar de «materialidad no financiera», consistiría en la evaluación del impacto de la actividad de la empresa en el medio ambiente y en el valor de la compañía, evaluación que se realiza mediante evidencias y que conlleva una priorización

de las actividades que van a tener impacto en los diferentes aspectos no financieros incluidos en el concepto de sostenibilidad, esto es, en cuestiones ambientales, sociales y de gobernanza. Como resultado de esta evaluación, la empresa debe establecer un compromiso con los *stakeholders* que, necesariamente, debe incluir su percepción sobre los asuntos identificados y evaluados, teniendo en cuenta las expectativas e intereses de estos grupos de interés y el impacto estimado de las actividades empresariales sobre el entorno social y medio ambiental. El último paso incluiría la supervisión y validación del proceso de materialidad, a tenor de lo establecido en la Directiva CSRD, que pide a las empresas que no se limiten a informar, sino que adopten una actitud proactiva en la consecución de sus objetivos sostenibles[53].

Evidentemente, la implementación de estas exigencias de la Directiva no es tarea fácil, y ya se han alzado algunas voces críticas que se oponen a esta sobrecarga de trabajo para las empresas y abogan por una simplificación de las normas[54]. Pero también han surgido opiniones disidentes en el plano opuesto, que sostienen que los informes de sostenibilidad no sirven realmente a los intereses de los *stakeholders*, que se utilizan como instrumentos para blanquear la imagen de la empresa y que, en muchas ocasiones, están construidos en base a medias verdades o claras mentiras. En este sentido, una reciente investigación de la Comisión Europea ha alertado sobre estas prácticas de *greenwashing* en relación a los informes de sostenibilidad, concluyendo que en el 42 por 100 de los casos analizados, la información que se daba respecto a prácticas de *sostenibilidad* eran «afirmaciones exageradas, falsas o engañosas y podrían considerarse prácticas comerciales desleales en virtud de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales (UCPD)»[55].

---

[53] Tapia Sanchez, M. R., «La inclusión del informe de sostenibilidad corporativa en el informe de gestión….», cit., pp. 253 ss.

[54] *Vid.* Serra Rodríguez, A., «La transparencia informativa y la diligencia debida sobre sostenibilidad de las empresas y su impacto en el sector financiero», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm 63, enero-abril 2024, pp. 39 ss.

[55] Concretamente, y tras analizar 344 declaraciones empresariales de sostenibilidad de empresas radicadas en la UE, el informe concluía que, en más de la mitad de los casos, no se proporciona información suficiente para que los consumidores puedan valorar si sus afirmaciones sobre la sostenibilidad de sus actividades y productos son exactas; en el 37 por 100 de los casos, las afirmaciones incluían términos vagos y generales como *«consciente», «ecológico» o «sostenible»* y que, en el 59 por 100 de los casos, no se aportan pruebas de fácil verificación para respaldar sus afirmaciones. Informe de European Securities and Markets Authority (ESMA), «Progress Report on Greenwashing. Response to the European Commission's request for input on greenwashing risks and the supervision of sustainable finance policies», ESMA30-1668416927-2498. 31.05.2023, en *https://www.esma.europa.eu/*

IV. LAS NORMAS DE PRESENTACIÓN DE INFORMACIÓN SOBRE SOSTENIBILIDAD

Como ya se ha puesto de manifiesto, la información sobre sostenibilidad debe incluirse en los informes de gestión de los estados financieros, y la empresa debe indicar cómo ha identificado la información que comunica. Esta información, que conforme a la normativa anterior podía acogerse a diferentes marcos de reporte (GRI, EMAS, etc,…), a elección de la empresa obligada, debe comunicarse ahora obligatoriamente de conformidad a las nuevas normas de reporte comunes a nivel europeo, los *European Sustainability Reporting Standards (ESRS)*, o Normas Europeas de Información sobre Sostenibilidad (NEIS), cuyo contenido deberá ser especificado mediante actos delegados adoptados por la Comisión que, en su caso, deberá concretar también la estructura que debe utilizarse para presentar dicha información[56].

En cumplimiento del mandato de la Directiva CSRD (art. 29 ter), la Comisión Europea debía adoptar antes del 30 de junio de 2023, un primer conjunto de normas en el que se especificara la información sobre sostenibilidad que deben comunicar las empresas, sobre factores medioambientales, factores sociales y de derechos humanos y factores de gobernanza (art. 19 bis 1 y 2 y 29 bis 1 y 2). El 31 de julio de 2023, con un mes de retraso sobre el calendario previsto en la Directiva, se adoptó el primer Reglamento Delegado de la Comisión, aplicable a partir del 1 de enero de 2024 para los ejercicios que comiencen a partir del 1 de enero de 2024[57].

---

[56] En relación con estos actos delegados, el art. 29 ter de la Directiva CSRD exige a la Comisión que especifique la información que las empresas deban presentar de conformidad con el art. 19 bis, apartados 1 y 2, y, en su caso, el art. 29 bis, apartados 1 y 2, y que deberá incluir, al menos, la información que necesiten los participantes en los mercados financieros sujetos a las obligaciones de divulgación de información del Reglamento (UE) 2019/2088 para cumplir dichas obligaciones. En concreto, esta información debe contener: i) una breve descripción del modelo de negocio y la estrategia de la empresa; ii) una descripción de los objetivos con horizonte temporal relativos a las cuestiones de sostenibilidad que haya fijado la empresa; iii) una descripción de la función de los órganos de administración, dirección y supervisión en lo que respecta a las cuestiones de sostenibilidad, y de sus conocimientos especializados y capacidades pertinentes o del acceso a ellos; iv) una descripción de las políticas de la empresa en relación con las cuestiones de sostenibilidad; v) información sobre la existencia de sistemas de incentivos ligados a cuestiones de sostenibilidad; vi) una descripción del procedimiento de diligencia debida aplicado por la empresa en relación con las cuestiones de sostenibilidad; vii) las principales incidencias negativas reales o potenciales relacionadas con las propias actividades de la empresa y con su cadena de valor; viii) las actuaciones realizadas por la empresa en relación con las incidencias negativas reales o potenciales, y el resultado de dichas actuaciones; ix) una descripción de los principales riesgos para la empresa relacionados con cuestiones de sostenibilidad; x) los indicadores pertinentes para la información requerida. En su caso, contendrá datos sobre las propias actividades de la empresa y sobre su cadena de valor, incluidos sus productos y servicios, sus relaciones de negocio y su cadena de suministro.

[57] 31.7.2023 C(2023) 5303 final.

El Reglamento Delegado establece el primer conjunto de Normas Europeas de Información sobre Sostenibilidad (NEIS) que las empresas utilizarán para llevar a cabo su presentación de información sobre sostenibilidad, estableciendo con detalle en su Anexo I tanto los estándares transversales (Requisitos generales (NEIS1) e información general (NEIS2)) como los estándares más específicos sobre cuestiones medioambientales (NEIS E1a NEIS E5), sociales (NEIS S1a NEIS S4) y de gobernanza (NEIS G1), entre los que se incluyen cuestiones como el cambio climático, la contaminación, el agua y recursos marinos, biodiversidad y ecosistemas, uso de recursos y economía circular; consumidores y usuarios finales, comunidades afectadas o mano de obra propia. Este esquema se complementa con las normas sectoriales, aplicables a todas las empresas del sector[58].

V. LA ULTIMA INICIATIVA DE DESARROLLO DEL PACTO VERDE EUROPEO: PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA

La Propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, de 23 de febrero de 2022 (CSDDD, por sus siglas en inglés) [59], fue aprobada el 24 de abril de 2024 por el Parlamento Europeo[60]. Pendiente de su aprobación final por el Consejo Europeo y su posterior publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (*DOUE)*, el texto se presenta como un nuevo paso en el camino hacia una economía climáticamente neutra y sostenible, avanzando en la consecución de los objetivos trazados por el Pacto Verde Europeo y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (ODS), en especial los objetivos relacionados con los derechos humanos y con el medio ambiente, en consonancia con otras políticas de la Unión ya existentes y previstas en estos ámbitos, como parte del Pacto Verde[61].

---

[58] Bastida Vialcanet, R. y Subirats Alcoverro, X., «Bases para la preparación de la información de sostenibilidad según las NEIS: Doble importancia relativa, información de la cadena de valor, etc.», *Revista Técnica contable y financiera*, núm 69, 2003, *https://www.laley.es/*

[59] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 COM(2022) 71 final 2022/0051 (COD).

[60] Posición del Parlamento Europeo, aprobada en primera lectura el 24 de abril de 2024 con vistas a la adopción de la Directiva (UE) 2024/... del Parlamento Europeo y del Consejo 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 (EP-PE_TC1-COD(2022)0051), documento consolidado EP-PE_TC1-COD(2022)0051, de 24.4.2024, disponible en *https://www.europarl.europa.eu/*

[61] La exposición de motivos de la Directiva cita entre estas medidas el Plan de acción para la economía circular, la Estrategia sobre Biodiversidad, la Estrategia «de la granja a la mesa», la Estrategia de sostenibilidad para las sustancias químicas, la Actualización del nuevo modelo de industria de 2020: Creación de un mercado único más sólido para la recuperación de Europa y la Estrategia para financiar la transición a una economía sostenible.

El fin último de la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida es obligar a las empresas a operar con un enfoque responsable con los derechos humanos y el medioambiente, a través de una serie de obligaciones y requisitos que afectarán a miles de empresas en la Unión Europea y más allá de sus fronteras.

Como ya hemos mencionado, en virtud de los arts. 19 bis y 29 bis de la Directiva CSRD, las empresas deben reportar en sus informes de sostenibilidad sobre su cadena de valor, incluida su cadena de suministro. Sin embargo, dada la complejidad de las cadenas de valor, las empresas de la UE pueden tener dificultades para identificar y poner remedio a los riesgos en sus cadenas de valor relacionados con el respeto de los derechos humanos o las repercusiones medioambientales. Estas dificultades pueden deberse, además de a la complejidad de las cadenas de valor, a otros aspectos, como la falta de claridad jurídica en relación con las obligaciones de diligencia debida de las empresas, la presión del mercado, la insuficiencia de información y los costes añadidos. La identificación de estos efectos adversos será más sencilla si se incrementa el número de empresas que ejercen la diligencia debida y, en consecuencia, se dispone de más datos sobre los efectos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente.

La mayoría de las grandes empresas han estado desplegando cada vez más procesos de diligencia debida, ya que pueden proporcionarles una ventaja competitiva. Ya hemos hecho referencia en este artículo a la sensibilización de los consumidores europeos y la sociedad civil respecto al cambio climático, y su interés creciente en apoyar empresas sostenibles y éticas, lo que a su vez redunda en una fuerte presión a las empresas para que adopten prácticas más sostenibles[62]. Sin embargo, estos procesos se basan en normas voluntarias, que no generan seguridad jurídica ni para las empresas ni para las víctimas en caso de que se produzcan daños.

Como ya sucedió con las fases previas a la aprobación de la Directiva CSRD, la actuación voluntaria está fracasando y, de hecho, se observan efectos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente, tanto en las empresas de la UE como en sus cadenas de valor, en especial respecto a cuestiones de derechos humanos de especial gravedad, como el trabajo forzoso, el trabajo infantil, la inadecuación de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo o la explotación de los trabajadores, así como indeseadas repercusiones medioambientales, como las emisiones de gases de efecto invernadero, la contaminación, la pérdida de biodiversidad y la degradación de los ecosistemas.

---

[62] Respecto al impacto de la presión de los consumidores en la decidida apuesta de la UE por la sostenibilidad, *vid*. San Martín Calvo, M., «Consumo sostenible y transición ecológica. La acción normativa de la Unión Europea contra el *greenwashing», Revista de Estudios Europeos*, núm 84, 2024, *https://revistas.uva.es/*

A fin de contrarrestar estos efectos, la Propuesta de Directiva establece un nuevo marco normativo que obligará a las empresas a recopilar información que permita identificar y abordar los riesgos para la propia empresa y su cadena de valor, incluyendo las filiales y proveedores situados fuera de la Unión Europea. De forma similar a lo establecido en la Directiva CSRD, este proceso será vigilado por auditores independientes.

La diligencia debida sobre derechos humanos y medioambiente se debe establecer en todas las operaciones de la cadena de actividades de las empresas. En este sentido, la Propuesta de Directiva diferencia las actividades en dos ámbitos:

Las actividades en sentido ascendente *(upstream)*, referidas al proceso previo a la producción o prestación del servicio: el diseño, aprovisionamiento, suministro, fabricación, transporte, almacenamiento de materias primas.

Las actividades en sentido descendente *(dowstream)*, referidas unicamente a la distribución, transporte y almacenamiento del producto. Quedan por tanto fuera de la definición, el uso y venta de productos, la eliminación, el desmontaje y el reciclado de productos, así como el compostaje y el vertido.

Especialmente interesante es el régimen imperativo de responsabilidad civil de las empresas introducido por la Propuesta de Directiva respecto de los daños a los derechos humanos y al medio ambiente, derivados del incumplimiento de sus obligaciones, (art. 22) que se extiende a los socios directos con los que mantenga una relación comercial a los que, conforme establece el art. 7.2 de la Propuesta, deberá exigir garantías contractuales que avalen el cumplimiento del código de conducta de la empresa, en la medida en que las actividades de estos formen parte de la cadena de valor de la empresa. El sistema se completa con el establecimiento de un deber de diligencia de los administradores, que deberán tener en cuenta tengan en cuenta las consecuencias de sus decisiones en materia de sostenibilidad (art. 25). En ese sentido, la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de que las normas que regulen la responsabilidad de los administradores en el ámbito societario, se apliquen también a sus decisiones en el ámbito de la sostenibilidad, incluidas las consecuencias para los derechos humanos, el cambio climático y el medio ambiente.

Según primeras estimaciones, esta nueva normativa afectará a más de 5 000 empresas. Concretamente, se aplicará de forma gradual, a partir de 2007, a empresas de la Unión Europea (UE) con más de 1 000 personas trabajadoras y más de 450 millones de facturación anual, con arreglo al siguiente esquema: (i) empresas con 5 000 personas trabajadoras y 1 500 millones de euros (2007); (ii) empresas con 3 000 personas trabajadoras y 900 millones de euros (2008); empresas con 1 000 personas trabajadoras y 450 millones de euros (2009).

Las nuevas normas serán también de aplicación a empresas de países extracomunitarios que lleven a cabo actividades comerciales en países europeos que alcancen esos umbrales de facturación. Respecto a las PYMES, en principio no se verán afectadas, a no ser que formen parte de la cadena de suministro de las empresas directamente obligadas.

El sistema se completa con la inclusión de un régimen de sanciones «efectivas, proporcionadas y disuasorias» (art. 20) que, en el caso de ser pecuniarias, deberán basarse en el volumen de negocios de la empresa. En este sentido, y a fin de reforzar el carácter disuasorio de las sanciones, se faculta a las autoridades administrativas de los Estados miembros para imponer multas que pueden alcanzar el 5 por 100 de la facturación mundial neta.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Alonso Ureba, A., «Derecho de Sociedades y función económico social de la gran empresa ("Interés social" vs. "Interés de la empresa": una cuestión abierta)», en Chamorro Domínguez, M. C. y Viera González, A. (dirs.), *Derecho de sociedades y sostenibilidad*, La Ley, 2023.

Bastida Vialcanet, R. y Subirats Alcoverro, X., «Bases para la preparación de la información de sostenibilidad según las NEIS: Doble importancia relativa, información de la cadena de valor, etc.», *Revista Técnica contable y financiera*, núm. 69, 2003, *https://www.laley.es/*

Capeans Vales, J., «Hacia un nuevo enfoque en la comunicación corporativa», *Técnica contable y financiera*, núm 67, 2023.

Coutinho de Abreu. J., «Deber de Diligencia y Derechos Fundamentales en los Grupos de Sociedades (sobre la Propuesta de Directiva de 23/2/2022)», *Revista de Estudios Europeos*, núm. Extraordinario monográfico 2(2023), pp. 144-155.

Fernández de Gatta Sánchez, D., «El ambicioso Pacto Verde Europeo», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 101, 2020, pp. 78-109.

Latorre Chiner, N., «La responsabilidad social de la empresa en la normativa europea y española», *Responsabilidad social y sostenibilidad. El marco de actuación de la empresa*, Bataller Grau, J. y Boquera Matarredona, J. (dirs.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 78-83.

Molina Hernández, C., «La sostenibilidad y la digitalización, las dos grandes palancas de cambio del tejido empresarial actual de España», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm 70, enero-abril 2024, pp. 91-122.

Moral de La Rosa, JUAN (2024). «Compliance corporativo y el informe de sostenibilidad», *La Ley Mercantil*, núm. 110.

Möslein, F., Mittwoch, «Plan de Acción europeo para financiar el desarrollo sostenible», *LA LEY mercantil,* núm. 61, septiembre 2019, en *https://aranzadilaley.es*

Rodas Paredes, P. «La Global Reporting Initiative como elemento de responsabilidad social de la empresa», en *Responsabilidad social y sostenibilidad. El marco de actuación de la empresa*, en Bataller Grau, J. y Boquera Matarredonda, J. (dirs.), Tirant lo Blanch, 2023, pp. 103-124.

Romo González, L. A., «Una taxonomía de actividades sostenibles para Europa», *Banco de España, Documentos Ocasionales*, núm. 2021, en *https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeriadas/DocumentosOcasionales/20/Files/do2101e.pdf*

San Martín Calvo, M., «Consumo sostenible y transición ecológica. La acción normativa de la Unión Europea contra el *greenwashing*», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 84, 2024, *https://revistas.uva.es/*

Serra Rodriguez, A., «La transparencia informativa y la diligencia debida sobre sostenibilidad de las empresas y su impacto en el sector financiero», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 63, enero-abril 2024, pp. 25-96.

Tapia Sanchez, M. R., «La Taxonomía UE: una regla de oro de las finanzas sostenibles», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 27, 2020, pp. 158-192.

Vizcaíno López, A. «*Greenwashing*. Mentiras verdes para vender más», *El Ecologista*, núm. 112, 2022, en *https://www.ecologistasenaccion.org*

LA SOSTENIBILIDAD Y SU INTEGRACIÓN EN LA EMPRESA

SUSTAINABILITY AND ITS INTEGRATION IN THE COMPANY

Soledad M.ª Suárez Rubio
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Mercantil
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN: La sostenibilidad se ha convertido en un aspecto importante para las empresas en la actualidad debido a la preocupación por el impacto medioambiental, social y económico de la actividad empresarial. En la UE se adoptó por la Comisión Europea una Propuesta de Directiva sobre Diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, buscando garantizar que las empresas cumplan con estándares en materia de sostenibilidad en sus operaciones y cadenas de suministro a nivel mundial. En este contexto, la integración de criterios de sostenibilidad en la gestión empresarial (criterios ESG), va a ser necesaria en grandes empresas, no ya para las pymes. En este artículo, exploraremos los mecanismos legales disponibles en España para incorporar dichos criterios en la estructura de las empresas, centrándonos especialmente en la modificación estatutaria y los pactos parasociales.

Palabras clave: Sostenibilidad; diligencia debida; criterios ESG; modificación estatutaria y pactos parasociales.

ABSTRACT: Sustainability has become an important issue for companies today due to concerns about the environmental, social and economic impact of business activity. In the EU, a Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence was adopted by the European Commission, seeking to ensure that companies comply with sustainability standards in their global operations and supply chains. In this context, the integration

of sustainability criteria into business management (ESG criteria) will be necessary for large companies, not for SMEs. In this article, we will explore the legal mechanisms available in Spain to incorporate these criteria into the structure of companies, focusing especially on the statutory modification and shareholders' agreements.

Keyword: Sustainability; due diligence; ESG criteria; statutory modification and shareholders' agreements.

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. 1.- La Propuesta de Directiva sobre Diligencia debida en materia de sostenibilidad. II.- SOSTENIBILIDAD EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL. 1.- Marco teórico de la sostenibilidad empresarial. 2.- Criterios de sostenibilidad ESG y su relación con el interés social. III. INCORPORACIÓN DE LOS CRITERIOS ESG EN LA EMPRESA. IV.- ENFOQUE PARA LA INTEGRACIÓN DE LOS ESG VÍA MODIFICACIÓN ESTATUTARIA CAMBIANDO EL OBJETO SOCIAL. 1.- Definición y alcance. 2.- Procedimiento de modificación estatutaria y tutela de los socios. 3.- Ventajas y desventajas. V.- ENFOQUE PARA LA INTEGRACIÓN DE LOS ESG VÍA MODIFICACIÓN ESTATUTARIA INSERTANDO NUEVOS ARTÍCULOS EN LOS ESTATUTOS SOCIALES. VI.- ENFOQUE PARA LA INTEGRACIÓN DE LOS ESG VÍA PACTOS PARASOCIALES. 1.- Definición y alcance. 2.- Flexibilidad y limitaciones. 3.- Pactos omnilaterales para integrar los criterios ESG. VII.- CONCLUSIONES. VIII.- BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

1. La Propuesta de Directiva sobre Diligencia debida en materia de sostenibilidad

El 23 de febrero de 2022 se adoptó por la Comisión Europea una Propuesta de Directiva sobre Diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad[1]. Esta Propuesta de Directiva surge para promover que las empresas mercantiles sean más responsables y sostenibles en sus cadenas de suministros y cadenas de valor a nivel mundial. Pretendiendo evitar los efectos negativos que se pueden generar, así como produciendo transformaciones a nivel ambiental, social, de derechos humanos y también de gobierno corporativo.

Así se involucrarán las grandes empresas[2] como vigilantes y responsables del cumplimiento de derechos humanos, sociales y

---

[1] *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0071* (consultada el 2 de abril de 2024). *Vid.,* también Alonso Ledesma, C., «La propuesta de directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad», en Peñas Moyano, M. J. (coord.), *Estudios de Derecho de sociedades y de Derecho concursal: libro en homenaje al profesor Jesús Quijano González*, 2023, p. 59-72.

[2] Tapia Hermida, A. J., «Decálogo europeo de la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad», *Diario La Ley*, núm. 10248, 2023, p. 3. Y Chamorro Domínguez,

de compromisos medioambientales, de la mano de la llamada *due diligence*[3].

Algunos Estados miembros de la Unión Europea tienen normas reguladoras en materia de diligencia debida y sostenibilidad[4]. También, por voluntad propia, algunas empresas han usado medidas de *soft law* para mejorar, prevenir o mitigar los efectos adversos de sus actividades en relación con el medio ambiente y los derechos humanos, en pro de su reputación corporativa hacia la comunidad en general[5].

M. C., «Hacia la integración de criterios ESG en las pymes», en García-Cruces González, J. A. (coord.), *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, Tirant lo Blanch, 2023, p. 1830 y ss, determina que «el alto porcentaje de pymes en nuestro país y en Europa, hace conveniente que se estudie y valore el desempeño que dichas empresas pueden asumir en la transición hacia una economía sostenible […] parece que no puede obviarse a este grupo de empresas, toda vez que en cualquier caso, las modificaciones legislativas en vigor o proyectadas destinadas a las grandes sociedades, traerán implicaciones considerables de modo indirecto para las pymes. A través de sus relaciones comerciales con las grandes sociedades».

[3] En este sentido, Sanguineti Raymond, W. y Vivero Serrano, J. B., «La invención de la diligencia debida en materia de sostenibilidad», *Revista Trabajo y Derecho*, núm. 16, 2022. Dichos autores destacan que hay autores que «conciben esta operación de *hard law* como una nueva manifestación de gatopardismo, una renovada envoltura destinada de antemano a la ineficacia social y a la utilización empresarial como parte de su estrategia de marketing y de prevención del daño reputacional […] Solo el paso del tiempo permitirá calibrar en su momento la revolución jurídica liderada por la Unión Europea en el inicio de la tercera década del siglo xxi».

[4] Suárez Rubio, S. M., «Deberes de los administradores y su "posible cambio" tras la propuesta de directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad», en García-Cruces González, J. A. (coord.), *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, Tirant lo Blanch, 2023, p. 2700 y 2701. Haciendo referencia a determinadas leyes como la ley francesa *LOI núm. 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des enterprises donneuses d´ordre,* insertando en el código de comercio el art. L. 225-102-4, donde se regula un plan de vigilancia que deben llevar las sociedades con un elevado número de trabajadores en sus filiales directas o indirectas en Francia o en el extranjero. Ese plan incluye medidas de vigilancia para identificar riesgos y prevenir violaciones graves a los derechos humanos y las libertades fundamentales, a la salud y seguridad de las personas y al medio ambiente, así como a las actividades de los subcontratistas o proveedores con los que se mantenga una relación comercial establecida. Así mismo, la ley alemana *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz - LkSG),* de 16 de julio de 2021, en la que declara que las empresas están obligadas a observar adecuadamente los requisitos de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente, en sus cadenas de suministro con el fin de prevenir o minimizar los riesgos, en materia de derechos humanos o medio ambiente, o detener la violación de derechos humanos o las obligaciones ambientales. Estableciendo que la diligencia debida incluye: el establecimiento de un sistema de gestión de riesgos, determinación de una responsabilidad interna, análisis de riesgo, medidas preventivas en la propia área de negocio y hacia los proveedores directos, así como implementar requisitos de diligencia debida con respecto a los riesgos para proveedores indirectos, medidas correctivas, procedimiento de quejas, documentación e informes. Y además, en los Países Bajos se ha legislado también sobre el trabajo infantil en este sentido (*Wet zorgplicht kinderarbeidm,* 2019).

[5] A este respecto, Navarro Lérida, S. y Sales Pallarés, L., «A true CSR through codes of conduct? The need for a source-based approach to find criteria for accountability for the activity of multinationals», *International Community Law Review* 24, 2022, p. 136.

Pero desde la Unión Europea se ve la necesidad imponer de modo legal el cumplimiento de unos criterios de sostenibilidad ESG (*environmental, social and governance aspects*), o su versión española ASG (factores ambientales, sociales y de gobierno corporativo). Intentando conseguir una legislación armonizada dentro de la Unión Europea, para que las empresas tengan en materia de sostenibilidad la máxima homogeneidad, y evitando así las diversas situaciones que puedan darse, con la aplicación de diferentes legislaciones nacionales en materia de diligencia debida empresarial.

Y, si en la primera versión de esta Propuesta de Directiva, se propiciaba que los administradores de las grandes empresas tuvieran la obligación de supervisar y controlar el cumplimiento de esa *due diligence* empresarial, e implementarla en la estrategia empresarial (arts. 25 y 26 de la Propuesta aprobada el 23 de febrero de 2022). Posteriormente, se eliminan estos artículos referidos al deber de diligencia de los administradores en cuanto a la sostenibilidad, y la imposición a los Estados de la obligación de asegurar que los administradores «adaptarán la estrategia empresarial para tener en cuenta y adoptar medidas ante efectos adversos reales y potenciales detectados», en virtud de los arts. 6 a 9 de la Propuesta de Directiva.

Desde el Consejo de Competitividad se intentó una posición negociadora con los Estados miembros y los operadores jurídicos, y justificó la eliminación de estos arts. 25 y 26 de la Propuesta de Directiva por «la profunda inquietud manifestada por los Estados miembros que consideraban que el art. 25 constituía una interferencia inadecuada con las disposiciones nacionales relativas a las obligaciones de los administradores, que podría socavar la obligación de los administradores de actuar en el mejor interés de la empresa».

Pero ante esta eliminación de los artículos relacionados con la obligación de los administradores de aplicar los criterios de sostenibilidad, como punto de referencia de la *due diligence*[6], varios autores ven que a nivel práctico son los administradores los gestores de la empresa. Y como deber general deben cumplir la legislación, por lo

---

[6] Recalde Castells, A. J., «La obligación de las sociedades de identificar, reducir y reparar los efectos adversos sobre el medioambiente y los derechos humanos (notas a la propuesta de directiva sobre "diligencia debida" —*due diligence*— en materia de sostenibilidad)», en Peñas Moyano, M. J. (coord.), *Estudios de Derecho de sociedades y de Derecho concursal: libro en homenaje al profesor Jesús Quijano González*, 2023, p. 698 y ss, destaca que: «La Directiva obliga a realizar aquello que en la expresión inglesa se califica como *due diligence* […] La *due diligence* es un proceso de investigación, auditoría o examen, a través del cual se recopila y analiza información de una empresa para descubrir contingencias que pudieran afectar a su valor o que pudieran implicar otra consecuencia dañosa […] El deber de diligencia obliga a desarrollar una actuación en la que la sociedad cumpla con aquello a lo que la ley le obliga, entre lo que se incluye la realización del proceso de *due diligence* que aquí se prevé. Por tanto, la *due diligence* concreta el deber de diligencia de los administradores».

que las determinaciones de dicha Directiva deberán ser cumplidas por los administradores, aplicando la diligencia debida en la empresa en materia de sostenibilidad. Así, dentro de la responsabilidad de los consejeros estará el integrar estos criterios de sostenibilidad en la estrategia empresarial[7].

Y, consecuentemente con lo descrito, en caso de incumplimiento del deber de diligencia se pueden aplicar las sanciones del art. 20 y la responsabilidad civil del art. 22 de la Propuesta de Directiva[8].

II. SOSTENIBILIDAD EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

1. Marco teórico de la sostenibilidad empresarial

El concepto «sostenibilidad» se ha vinculado tradicionalmente con la idea de preservar la naturaleza. Sostenible es aquello que se mantiene por sí mismo. También se ha venido a llamar «desarrollo sostenible», como aquel uso equilibrado de recursos humanos y materiales que deben ser protegidos, para que puedan ser utilizados por futuras generaciones. De este modo, el desarrollo sostenible reúne ámbitos ambientales, sociales y económicos. Es una necesidad de que el desarrollo social y económico mantenga los mismos recursos que hoy disfrutamos y explotamos, y que se puedan mantener en el futuro.

Muchos autores consideran que esta sostenibilidad tiene tres pilares: la economía, la sociedad y el medioambiente[9].

---

[7] Comparto este punto de vista con Jimenez Enriquez de Salamanca, J. I., «Consejos de Administración y sus responsabilidades en la debida diligencia en Derechos Humanos», *https://es.linkedin.com/pulse/consejos-de-administraci%C3%B3n-y-sus-responsabilidades-enjos%C3%A9-ignacio?trk=public_post_feed-article-content*, (Consultado el 3 de abril de 2024). Y con Viera González, J., «Fines (sostenibilidad) y medios (deber de diligencia) en la propuesta de Directiva sobre diligencia debida», *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 991, 2022, donde declara que «A mi juicio las propias empresas cotizadas ya han asumido el núcleo central de los criterios o principios de desarrollo sostenible».

[8] Coutinho de Abreu, J. M., «Deber de diligencia y derechos fundamentales en los grupos de sociedades (sobre la Propuesta de Directiva de 23/2/2022)», *Revista de Estudios Europeos*, núm. Extraordinario 2, 2023, p. 148, determinando que «Esta responsabilidad presupone un incumplimiento ilícito y culpable del deber de prevenir/mitigar los efectos adversos potenciales o de cesar/minimizar los efectos adversos reales; un daño o perjuicio (patrimonial o no patrimonial) sufrido por las personas protegidas; y la relación de causalidad entre aquel incumplimiento y el daño».

[9] Mateo Collantes, M. A., «La sostenibilidad en las empresas multinacionales», *Revista Observatorio Medioambiental*, núm. 23, 2020, p. 150 y 151. También Estrella Egas, M. R., «Sostenibilidad económica, ¿realidad o utopía?», *Revista Economía y Negocios*, núm. 4, *https://doi.org/10.29019/eyn.v0i4.188* y Artaraz Miñon, M., «Teoría de las tres dimensiones de desarrollo sostenible», *Ecosistemas: Revista científica y técnica de ecología y medio ambiente*, núm. 2, 2002.

La sostenibilidad empresarial se refiere a la capacidad de las organizaciones para operar de manera económicamente viable, socialmente responsable y ambientalmente sostenible a largo plazo. Implica la consideración de los impactos económicos, sociales y ambientales de las actividades empresariales, así como la búsqueda del equilibrio entre el beneficio económico y el bienestar de la sociedad y el medio ambiente[10]. Esta sostenibilidad empresarial ha sido una cuestión ampliamente tratada en los últimos años, pues las empresas han ido adoptando prácticas empresariales sostenibles e implementando la Responsabilidad Social Corporativa.

2. Criterios de sostenibilidad ESG y su relación con el interés social

En el ámbito empresarial, los Consejos de Administración de las grandes empresas ejercen un gran poder. Estos órganos colegiados, compuestos por miembros designados para supervisar y dirigir la gestión de la empresa, tienen un impacto significativo en su funcionamiento y éxito. Su poder y responsabilidad requieren un control riguroso para garantizar la transparencia, la eficacia y la creación de valor para todos los interesados.

Los administradores han de gestionar la empresa y adoptar decisiones estratégicas, que antes iban orientadas fundamentalmente a criterios financieros y cortoplacistas (pro accionistas), y ahora van enfocadas también a criterios no financieros. Así, las empresas integran como parte de su cultura empresarial reglas de Responsabilidad Social Corporativa, implementando estrategias y haciendo que la empresa no sea la única beneficiaria de sus actos mercantiles, sino que otros grupos de interés (*stakeholders)* y la comunidad en general se beneficien[11].

Respecto de la incidencia de estas medidas de diligencia debida y sostenibilidad en las compañías, debemos tener en cuenta cuestiones como el interés social, para llevarlas a cabo voluntariamente o por imposición legal.

---

[10] El art. 2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible define la economía sostenible como: «A los efectos de la presente Ley, se entiende por economía sostenible un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades».

[11] Rodríguez Cortés, M., «La implementación de los ODS como herramienta de sostenibilidad en las empresas del IBEX 35», *RA&DEM: Revista de Administración y Dirección de empresas*, núm. 5, 2021, p. 246.

Pero, si realmente la tendencia es un gobierno corporativo sostenible en las grandes empresas, donde los administradores cambien su régimen de deberes y responsabilidades para seguir criterios ESG o ASG (su versión española), ¿cómo se implantan o pueden implantarse esos criterios de sostenibilidad en las sociedades? En este trabajo veremos algunas opciones.

Los criterios ESG fundamentales para evaluar cómo una empresa equilibra sus objetivos financieros con los no financieros o de compromiso ambiental, social y de buen gobierno, van enfocados a tres áreas:

— Medioambiente (*Environmental*), para considerar aspectos positivos y negativos de la compañía que afectan al medio ambiente. Con acciones para reducir contaminación, emisiones de gases efecto invernadero, gestión de residuos y cambio climático. Valorando la transición hacia energías más limpias y protección de la diversidad, etcétera.
— Social, para tener en cuenta condiciones laborales, derechos humanos y la comunidad en la que opera la sociedad, inclusión social y conciliación familiar, etcétera.
— Gobierno (*Governance*), centrado en la gestión del gobierno social, temas de transparencia, toma de decisiones, información y rendición de cuentas.

Estos criterios son cuestiones que afectan también a la inversión y a la reputación social de la empresa.

Hemos visto que la aplicación de esos criterios no financieros era solo por recomendaciones o *soft l*aw, y por la propia autonomía de la voluntad empresarial; sin embargo, se reconoce la necesidad de su cumplimiento de modo imperativo por normas devenidas de la Unión Europea (Propuesta de Directiva sobre Diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad). Por lo cual, los consejos de administración vendrán obligados a cumplir criterios no financieros, no ya de modo voluntario sino legal[12].

Aunque gran parte de la doctrina mercantilista considera que es cuestionable que se busque tutelar el medio ambiente, desigualdades o violación de derechos humanos, etc. desde el derecho de sociedades y no desde el derecho público[13].

---

[12] Suárez Rubio, S. M., «Deberes de los administradores…», cit., p. 2701 y ss. Interesante al respecto Chamorro Dominguez, M. C. y Viera Gonzalez, A. J. *et al*., «Derecho de sociedades y sostenibilidad», 2023.

[13] Alonso Ledesma, C., «La propuesta de directiva…», cit., p. 71, opina que «[…] cargar sobre las empresas la tutela de intereses generales o públicos implica una publificación o una desprivatización del derecho de sociedades o, si se quiere, una privatización del Derecho público que lleva a la desnaturalización del primero. Las medidas de diligencia debida deben implementarse a través de la regulación pública y no mediante el derecho de sociedades».

En los años noventa las teorías económicas, pugnaban por la creación de valor en beneficio exclusivo para los accionistas y a corto plazo, se entendió que ese era el interés social. De este modo, una buena gestión social era en primer lugar la satisfacción de ese interés de los accionistas. Tras la crisis financiera, se comprobó los efectos negativos sobre la propia sociedad y sobre la reputación de éstas con relación a los intereses cortoplacistas. Así, la Unión Europea [Directiva (UE) 2017/828, de 17 de mayo de 2017], procuró la implicación de los inversores a largo plazo en las sociedades, con tendencias más sostenibles.

Admitir esos criterios de sostenibilidad por las sociedades, tras las reformas en el Código de Comercio, en la Ley de Sociedades de Capital (LSC) o en la Ley de auditorías, y las últimas Directivas en este sentido, nos hace pensar en el concepto de ese interés social como el considerado por la teoría institucionalista. En este sentido, los administradores sociales van a tender a satisfacer el interés común de los socios y del resto de intereses colectivos (*stakeholder*s), con el cumplimiento de estos criterios de sostenibilidad para crear un valor sostenible[14].

III. INCORPORACIÓN DE LOS CRITERIOS ESG EN LA EMPRESA

Entrando ya en el tema central de este estudio, podemos plantearnos como incorporar esos criterios de sostenibilidad en la empresa.

Esta cuestión podría desarrollarse de diversas maneras que, a continuación, se desarrollarán:

— en primer lugar, si esos criterios de sostenibilidad deben ser recogidos dentro de la función u objeto social de la empresa, modificando los estatutos sociales, y teniendo en cuenta, como implicación de dicho cambio, el derecho de separación de los socios que no estén a favor, art. 346.1 *a)* y 347 LSC.

— En segundo lugar, si los criterios de sostenibilidad se deben insertar en los estatutos sociales para que su cumplimiento sí sea obligatorio para la sociedad, aunque no venga con la modificación del objeto social de los estatutos, sino añadiendo algún artículo en los estatutos con relación a la sostenibilidad.

---

[14] En este sentido, es interesante la reflexión de Viera González, J., «Fines (sostenibilidad) y medios (deber de diligencia) en…», cit., p. 3, donde expone: «No se puede negar que los principios de desarrollo sostenible están ya condicionando la actuación de los consejos de administración de grandes sociedades cotizadas españolas y europeas. No faltan pues, argumentos que permitan sostener que el crecimiento sostenible se ha convertido en un estándar de conducta objetivo. Sin embargo, habría que preguntarse si el Derecho de sociedades es el marco adecuado para implementar estas políticas».

— O en tercer lugar, si basta con los pactos parasociales y, en este caso los omnilaterales, para cumplir con la obligación impuesta por la Propuesta de Directiva sobre Diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. En este caso, sin tener que tocar los estatutos sociales de las empresas.

IV. ENFOQUE PARA LA INTEGRACIÓN DE LOS ESG VÍA MODIFICACIÓN ESTATUTARIA CAMBIANDO EL OBJETO SOCIAL

1. Definición y alcance

Los estatutos sociales disponen las normas que los socios acuerdan para llevar a cabo su vida social, por lo que han de regir el funcionamiento de las sociedades en virtud del art. 23 LSC. Este artículo recoge las menciones necesarias que deben contener los estatutos sociales, pero pueden incorporarse otras reglas y pactos que se acuerden por los socios[15], siempre en virtud de la autonomía de la voluntad y con respeto a la ley vigente y a los principios del tipo social elegido, según el art. 28 LSC.

Algunos autores afirman que los estatutos sociales son contratos de organización[16], por contener cláusulas fruto del consenso de los socios fundadores para regular aspectos esenciales de la organización corporativa social y la posición de los socios. Que tras la inscripción registral vinculará a todos los socios con carácter normativo, siendo públicos y oponibles a terceros (*ex* art. 21.1 Código de comercio).

El objeto social es una de las menciones importantes que deben recoger los estatutos sociales. Con la necesidad de que en los estatutos se determinen todas las actividades que integran ese objeto social. Así, el objeto social debe ser posible, lícito y determinado.

El caso de la determinación del objeto social es importante en nuestro estudio, debido a que, por ejemplo, permite advertir la circunstancia de la posible responsabilidad que se puede exigir a los administradores. Por lo que debe darse una determinación suficiente del objeto social para fijar sus actividades y proteger a terceros.

---

[15] En este sentido García-Cruces destaca que «Nuestra Ley de Sociedades de Capital se caracteriza por un elevado respeto a la autonomía de la voluntad, de manera que los socios podrán acoger en los estatutos sociales cuantos pactos tengan por convenientes. En muchas ocasiones, la práctica seguida ignora el valor del texto estatutario, de manera que los particulares se acogen a formularios y textos preestablecidos, desaprovechando la oportunidad que brinda el texto legal de diseñar un régimen particular a través del contenido estatutario», en García-Cruces González, J. A., *Derecho de sociedades mercantiles*, Tirant lo blanch, 2019, p. 423.

[16] Noval Pato, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales,* Civitas, 2012, p. 26 y ss.

2. Procedimiento de modificación estatutaria y tutela de los socios

Los estatutos sociales se integran en la escritura de constitución de la sociedad, art. 22.1*d)* LSC, pero su reforma o modificación no requiere que se tenga que reformar dicha escritura[17].

La modificación de los estatutos sociales tiene un procedimiento fijado en la ley, siendo la Junta General el órgano encargado de adoptar esa modificación estatutaria, por los arts. 160 *c)* y 285.1 LSC. Y es el Título VIII de esta ley donde se regula el procedimiento de la modificación de los estatutos sociales de las sociedades de capital. Procedimiento con exigencias de convocatoria y quorum, requisitos de forma y publicidad.

Una vez adoptado el acuerdo de modificación estatutaria, deberá formalizarse en escritura pública notarial e inscribirse en el Registro Mercantil.

En este procedimiento de modificación estatutaria la LSC recoge normas de tutela de los socios para determinadas cuestiones. Una de ellas es el derecho de separación de los socios disidentes de determinadas modificaciones de los estatutos sociales, cuando no quieran continuar en la sociedad por la alteración sustancial del contrato social. Pudiendo de este modo abandonar la sociedad recuperando el valor de sus participaciones o acciones. Caso de la sustitución o modificación sustancial del objeto social, por el art. 346.1 *a)* LSC[18].

3. Ventajas y desventajas

En el supuesto que planteamos de si esos criterios de sostenibilidad deben ser recogidos dentro de la función u objeto social de la empresa, modificando los estatutos sociales, lo vemos como una posible opción para integrar los criterios ESG en la empresa. Como actividades tendentes a conseguir la sostenibilidad dentro del objeto social de la empresa, y al que deben tender tanto los administradores como los accionistas.

Y para introducir esos criterios de sostenibilidad en las empresas, como estrategia de los accionistas y de otras partes interesadas, po-

---

[17] Broseta Pons, M. y Martínez Sanz, F., *Manual de derecho mercantil*, Tecnos, 2023, p. 383.

[18] Al respecto, Fuentes Naharro, M., «Modificación ¿substancial? Del objeto social, publicidad del acuerdo y derecho de separación», *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 42, 2023. Y García-Villarrubia, M., «El derecho de separación del socio por cambio del objeto social», en Uría Menéndez *https://www.uria.com/es/publicaciones/6727-el-derecho-de-separacion-del-socio-por-cambio-del-objeto-social*. (Consultado el 13 de abril de 2024). También Pérez Benítez, J. J. (coord), «El derecho de separación del socio por cambio del objeto social», en *https://elderecho.com/el-derecho-de-separacion-del-socio-por-cambio-del-objeto-social* (Consultado el 13 de abril de 2024).

demos pensar en introducirlos de una manera clara y concisa en los estatutos sociales por vía de modificación del objeto social.

En este sentido, la Resolución de la DGRN de fecha 29 de enero de 2014, determina que: «es doctrina reiterada que la trascendencia que el objeto social tiene, tanto para los socios y administradores como para los terceros que entren en relación con la sociedad, justifica la exigencia legal de una precisa determinación del ámbito de actividad en el que debe desenvolverse la actuación del nuevo ente».

El problema, que la doctrina viene acuñando a los accionistas, es la estrategia de la inversión cortoplacista, especulativa e impaciente, que fomenta que no se tengan en cuenta estos criterios de sostenibilidad y sea perjudicial al desarrollo sostenible. Por ello, se pretende que la estrategia de los accionistas sea a largo plazo, ya que sostenibilidad y el largo plazo van de la mano.

Y, derivado de esta modificación del objeto social para incluir los criterios ESG, vemos otra desventaja posible a esta opción en relación con el derecho de separación de los socios que no estén a favor de dicha modificación del objeto social, para incluir en este los criterios de sostenibilidad, en virtud del art. 346.1 *a)* y 347 LSC.

Puesto que, como afirma la jurisprudencia del TS, en la STS de 10 de marzo de 2011 (RJ 2011, 2765): «la modificación del objeto social en nuestro sistema autoriza a los disidentes a romper el vínculo con quiebra de la regla de irreversibilidad de la inversión y del principio de integridad del patrimonio de la sociedad».

Con lo que si, por ejemplo, la SA debe reembolsar a los socios separados sus acciones, previa amortización de las acciones reembolsadas y reducción de capital, con todos los efectos legales y económicos inherentes, puede resultar problemático.

V. ENFOQUE PARA LA INTEGRACIÓN DE LOS ESG VÍA MODIFICACIÓN ESTATUTARIA INSERTANDO NUEVOS ARTÍCULOS EN LOS ESTATUTOS SOCIALES

Otro enfoque que se plantea es si los criterios de sostenibilidad se deben insertar en los estatutos sociales para que su cumplimiento sí sea obligatorio para la sociedad, aunque no sea con la modificación del objeto social de los estatutos, sino añadiendo algún artículo en los estatutos.

Entendiendo que introducir criterios de sostenibilidad puede hacerse a nivel estatutario, como pactos que se acuerden por los socios, siempre en virtud de la autonomía de la voluntad y, con respeto a la ley

vigente y a los principios del tipo social elegido, según el art. 28 LSC, sin alterar o modifican el objeto social.

Sería en este caso añadir contenido estatutario al ya existente, para adaptarlo a intereses de accionistas y de otros colectivos o *stakeholder*s, así como a la Propuesta de Directiva sobre Diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Y contribuir en su consecución con una nueva visión y estrategia empresarial.

El procedimiento para introducir estos criterios ESG vendría al modificar los estatutos para crear o modificar un preámbulo o crear un nuevo artículo dentro de los estatutos sociales. Por ejemplo, en el caso de crear o modificar un artículo de dividendo social, en el que se recoja que el desarrollo de las actividades incluidas en el objeto social debe orientarse a la creación de valor sostenible[19].

VI. ENFOQUE PARA LA INTEGRACIÓN DE LOS ESG VÍA PACTOS PARASOCIALES

1. Definición y alcance

Los pactos parasociales son contratos entre algunos o todos los socios de una sociedad, que se realizan al margen de los estatutos sociales[20], es decir, sin integrarse en el marco normativo de la persona jurídica, sino que solo afectan a quienes lo suscriben.

Aunque no hay una definición aceptada comúnmente, la STS de 6 de marzo de 2009 (RJ 2009, 2793) los define como: «Los pactos parasociales mediante los cuales los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio, aspectos de la relación jurídica societaria sin

---

[19] Caso de Iberdrola. *https://www.iberdrola.com/gobierno-corporativo/sistema-gobernanza-sostenibilidad/estatutos-sociales* (consultada el 10 de abril de 2024). También en su Preámbulo dispone: «De conformidad con todo ello, la Sociedad se delinea estatutariamente como una empresa integral, que trasciende su naturaleza de pura y mera sociedad mercantil, que se abre e involucra a todos sus Grupos de interés, que está plenamente comprometida con la contribución a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) aprobados por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y con los requerimientos más exigentes en materia medioambiental, de compromiso social y de gobierno corporativo (*Environmental, Social and Governance* o "ESG" por sus siglas en inglés); y, en definitiva, se afirma como una empresa y realidad institucional, actora del entorno económico y social en el que desarrolla su actividad».

[20] Pastor I Vicent, M., «Los pactos parasociales. Eficacia *inter* partes y frente a la sociedad», *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana,* núm. 27, 2013, p. 68, expone: «[…] como convenios celebrados al margen de la escritura de constitución y de los estatutos sociales, no se integran en el ordenamiento jurídico de la persona jurídica a que se refieren, sino que permanecen en el recinto de las relaciones obligatorias de quienes los suscriben, participando, por ello, de la naturaleza de las obligaciones y los contratos». Y Serra Callejo, J., «Validez y eficacia de los pactos parasociales: Un enfoque sistemático», *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 249, 2021.

utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos, son válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad».

La falta de una norma regulatoria de estos pactos ha dado lugar a que se cuestionen sus límites, su validez y eficacia entre las partes firmantes y frente a la sociedad[21].

Se diferencian de los pactos sociales en cuanto estos se recogen en los estatutos sociales y se publican en el Registro Mercantil, y afectan a la sociedad como persona jurídica. Mientras que los parasociales no se recogen en los estatutos sociales, pueden estar acordados por una parte de los socios, o por todos los socios (pactos omnilaterales), pero no acceden al Registro Mercantil, de ahí el problema de su publicidad[22] y que se consideren «reservados», solo conocidos por los firmantes de dicho pacto[23].

2. Flexibilidad y limitaciones

El pacto parasocial tiene naturaleza contractual y está sujeto a las reglas generales de interpretación y ejecución de los contratos. Para que sea válido y eficaz, debe cumplir con los requisitos de los contratos en general, como el consentimiento, la capacidad, el objeto y la causa.

Y sus límites son la autonomía de la voluntad, por lo que según el art. 1255 del Código civil «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público».

Una de principales ventajas del pacto parasocial en relación con la modificación estatutaria es su flexibilidad y su confidencialidad. Pero,

---

[21] Relacionado con Paz-Ares, J.C., «La cuestión de la validez de los pactos parasociales», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 1 Extra, 2011. Martínez Echevarría Ozamiz, P., «Los pactos parasociales en el derecho español», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 3, 2020. Y Moreno Vazquez, P., *Los pactos parasociales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

[22] «Dejando de lado lo dispuesto en el art. 29 LSC, en los últimos años nuestra legislación societaria ha prestado una atención creciente al fenómeno de los pactos parasociales […] algunas normas reconocen que los negocios parasociales pueden tener trascendencia o efectos sobre la sociedad, si bien supeditan estos a que se les dé adecuada publicidad. En definitiva, se estarían reconociendo ciertos efectos societarios a los pactos de los socios. En este sentido, cabe destacar, entre otros, los arts. 530 a 535 LSC (en materia de sociedades cotizadas), los arts. 3.1 y 5.1 del Real Decreto 1066/2007 (en materia de OPAs), o el Real Decreto 171/2007 (en materia de protocolos familiares)», en Pastor I Vicent, M., «Los pactos parasociales. Eficacia…», cit., p. 40.

[23] Tratado por Morales Barcelo, J., «Pactos parasociales vs estatutos sociales: eficacia jurídica e impugnación de acuerdos sociales por su infracción», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 42, 2014.

el art. 29 LSC declara: «Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad».

Por virtud de este artículo, los pactos parasociales no son oponibles frente a la sociedad, por lo que los socios pueden pactar libremente e internamente lo que deseen sin sujetarse a las limitaciones y requisitos formales del derecho societario. Son reservados o confidenciales, de modo que no son eficaces frente a terceros ni frente a la persona jurídica, pues son ajenos al pacto parasocial.

3. Pactos omnilaterales para integrar los criterios ESG

Son aquellos pactos parasociales que cumplen dos requisitos[24]: en primer lugar, las partes contractuales o su elemento subjetivo son todos los socios de esa sociedad, y en segundo lugar, su contenido objetivo es ordenar la relación jurídico-societaria que les une como socios.

En nuestra tercera hipótesis para integrar los criterios de sostenibilidad en las sociedades, nos preguntamos si basta con los pactos parasociales para cumplir con la obligación impuesta por la Directiva sobre Diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad.

Si tendría eficacia obligacional recoger estos criterios de sostenibilidad en pactos parasociales, es decir, en acuerdos suscritos entre

[24] Alonso Espinosa, F. J., «El pacto parasocial omnilateral como pacto social», *La Ley Mercantil*, núm. 102, 2023 explica estos pactos parasociales omnilaterales y los considera norma estatutaria en sentido sustantivo, (en contra de la doctrina más reciente del TS): «El pacto parasocial omnilateral, al estar pactado por la unanimidad de todos los socios de la sociedad, no responde a los criterios generales de caracterización doctrinal de los pactos parasociales por lo que no parece correcto el tratamiento del mismo de acuerdo con tales criterios generales. Por ello, puede ser apropiada la distinción entre pactos parasociales típicos (los relativos a la organización de la relación societaria y a los derechos y obligaciones de los socios como tales) y los atípicos. Si los primeros —típicos— son suscritos por todos los socios por unanimidad, el pacto parasocial es un pacto social real y efectivo siempre que no traspase los límites del art. 1255 CC, incluso si modifican o excluyen normas imperativas no fundamentales (o de orden público) del régimen específico de la forma social a la que son relativos. Bajo tales condiciones, el pacto omnilateral puede ser calificable como norma estatutaria en sentido sustantivo en el seno de las sociedades corporativas que, como tal, tendría validez y eficacia entre la sociedad y todos sus socios al amparo del contenido esencial del derecho fundamental de asociación *ex* art. 22 CE, mientras el pacto omnilateral siga siendo tal. Bajo tal amparo constitucional, el pacto omnilateral cumple la función de permitir la creación y organización de sociedades de capital atípicas en el ámbito interno o relativo a las relaciones entre la sociedad y sus socios, permitiendo la máxima personalización de la sociedad de capital. Al ser norma estatutaria en sentido sustantivo, el pacto omnilateral queda al margen de la regla de la inoponibilidad *ex* art. 29 LSC y debería permitir fundar la estimación o desestimación de acciones de impugnación de acuerdos sociales sobre la base de la causa relativa a la infracción de los estatutos sociales *ex* art. 204.1 LSC». También opina en este sentido, Pérez Moriones, A., «La necesaria revisión de la eficacia de los pactos parasociales omnilaterales o de todos los socios», *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, núm. 61, 2013.

parte o todos los socios de la sociedad, en nuestro caso, para establecer criterios de sostenibilidad. Y, en este punto, sería recomendable que fuera un pacto omnilateral o acordado por todos los socios, pues así se vincularía a todos los socios por su naturaleza obligacional y su conexión con el contrato de sociedad.

Para el TS, los pactos parasociales son válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad, y que estos pactos no están constreñidos por los límites que a los acuerdos sociales y a los estatutos impone las normas societarias, de ahí su utilidad. Recordemos que, acudiendo al art. 1255 del Código civil, su único límite es la ley, la moral y el orden público.

Para una parte de la doctrina, siguiendo al art. 29 de la LSC, los pactos parasociales no tienen eficacia frente a la sociedad ni frente a terceros, por lo que un pacto cuyo objeto sea modificar el régimen de la vida corporativa, el interés social o de terceros, sería válido como pacto parasocial, pero no tendría eficacia fuera del ámbito interno de los socios que lo han acordado.

Así, por ejemplo, en el caso de socios que no suscriban el pacto, y los adquirentes *intervivos* de acciones o participaciones serían considerados terceros en relación al pacto[25]. Por lo cual, pienso que tampoco tendría eficacia jurídica recoger así los criterios de sostenibilidad con vistas al futuro social.

Y, en resumen, la firma de un pacto parasocial (aunque sea omnilateral) por la sociedad no altera su naturaleza de pacto, y no lo convierte en cláusula estatutaria, por lo que debe seguir considerándose fuera del régimen normativo y regulador de la sociedad.

VII. CONCLUSIONES

La Propuesta de Directiva de la Comisión Europea del 23 de febrero de 2022 busca un marco legal para que las empresas mercantiles operen de manera sostenible y responsable en sus cadenas de suministro y valor a nivel global. Para prevenir y mitigar los impactos negativos en el medio ambiente, los derechos humanos, y los aspectos sociales y de gobierno corporativo. La iniciativa pretende armonizar la legislación de la Unión Europea en materia de sostenibilidad, utilizando los criterios ESG, para lograr una mayor coherencia y evitar la disparidad en la aplicación de diferentes normativas nacionales.

---

[25] Suárez Rubio, S. M., «Deberes de los administradores…», cit., p. 2701 y ss. Noval Pato, J., *Los pactos omnilaterales…*, cit., p. 112: «Este régimen no es trasladable a las transmisiones *mortis causa*…cuando el pacto mantenga su vigencia, el heredero del socio fallecido, no solo pasa a ser titular de las acciones o participaciones transmitidas, sino también queda ligado por los pactos que el causante hubiese celebrado (art. 1277 Código civil)».

La propuesta inicial requería que los administradores de grandes empresas supervisaran y aseguraran el cumplimiento de la diligencia debida en sostenibilidad, integrándola en la estrategia empresarial. Sin embargo, tras las negociaciones, se eliminaron los artículos que imponían esta obligación directamente a los administradores, debido a preocupaciones sobre la interferencia con las normativas nacionales y las obligaciones de actuar en el mejor interés de la empresa.

A pesar de la eliminación de estos artículos, se argumenta que los administradores, como gestores generales, deben cumplir con la legislación y, por tanto, aplicar la diligencia debida en sostenibilidad.

En el marco de la sostenibilidad se deben promover prácticas que aseguren el bienestar a largo plazo de la sociedad y el medio ambiente, al tiempo que se mantienen los intereses económicos de las empresas.

La incorporación de criterios ESG (ambientales, sociales y de gobernanza) en la empresa puede realizarse de varias maneras, y aquí se presentan tres enfoques:

— Una opción es modificar los estatutos sociales para incluir estos criterios como parte del objeto social de la empresa, lo que podría implicar el derecho de separación de los socios que no estén de acuerdo con dichos cambios.

— Otra posibilidad es insertar los criterios de sostenibilidad en los estatutos sin cambiar el objeto social, añadiendo artículos específicos que obliguen a la sociedad a cumplir con la sostenibilidad.

— Finalmente, se podría optar por pactos parasociales omnilaterales que cumplan con la diligencia debida en sostenibilidad sin necesidad de modificar los estatutos. Pero hay que tener en cuenta el que estos pactos son eficaces entre las partes firmantes, y aunque sean todos los socios los firmantes, se consideran reservados e inoponibles a la sociedad y a terceros, por lo que con vistas a futuro podría no ser la mejor opción para implementar los criterios ESG.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Alonso Espinosa, F. J., «El pacto parasocial omnilateral como pacto social», *La Ley Mercantil*, núm. 102, 2023.

Alonso Ledesma, C., «La propuesta de directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad», en Peñas Moyano, M. J. (coord.), *Estudios de Derecho de sociedades y de Derecho concursal: libro en homenaje al profesor Jesús Quijano González*, 2023, p. 59-72.

Artaraz Miñon, M., «Teoría de las tres dimensiones de desarrollo sostenible», *Ecosistemas: Revista científica y técnica de ecología y medio ambiente*, núm. 2, 2002.

Broseta Pons, M. y Martínez Sanz, F., *Manual de derecho mercantil*, Tecnos, 2023.

Chamorro Domínguez, M. C., «Hacia la integración de criterios ESG en las pymes», en García-Cruces González, J. A. (coord.), *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, Tirant lo Blanch, 2023.

Chamorro Domínguez, M. C. y Viera González, A. J. *et al*., «Derecho de sociedades y sostenibilidad», La Ley, 2023.

Coutinho de Abreu, J. M., «Deber de diligencia y derechos fundamentales en los grupos de sociedades (sobre la Propuesta de Directiva de 23/2/2022)», *Revista de Estudios Europeos*, núm. Extraordinario 2, 2023.

Estrella Egas, M. R., «Sostenibilidad económica, ¿realidad o utopía?», *Revista Economía y Negocios*, núm. 4.

Fuentes Naharro, M., «Modificación ¿substancial? Del objeto social, publicidad del acuerdo y derecho de separación», *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 42, 2023.

García-Cruces González, J. A., *Derecho de sociedades mercantiles*, Tirant lo blanch, 2019.

García-Villarrubia, M., «El derecho de separación del socio por cambio del objeto social», en *Uría Menéndez*. *https://www.uria.com/es/publicaciones/6727-el-derecho-de-separacion-del-socio-por-cambio-del-objeto-social*. (Consultado el 13 de abril de 2024).

Jimenez Enriquez de Salamanca, J. I., «Consejos de Administración y sus responsabilidades en la debida diligencia en Derechos Humanos», *https://es.linkedin.com/pulse/consejos-de-administraci%C3%B3n-y-sus-responsabilidades-en-jos%C3%A9-ignacio?trk=public_post_feed-article-content*, (Consultado el 3 de abril de 2024).

Martínez Echevarría Ozamiz, P., «Los pactos parasociales en el derecho español», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 3, 2020.

Mateo Collantes, M. A., «La sostenibilidad en las empresas multinacionales», *Revista Observatorio Medioambiental*, núm. 23, 2020.

Morales Barcelo, J., «Pactos parasociales vs estatutos sociales: eficacia jurídica e impugnación de acuerdos sociales por su infracción», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 42, 2014.

Moreno Vázquez, P. y Aranzadi, Departamento de Contenidos, *Los pactos parasociales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

Navarro Lérida, S. y Sales Pallarés, L., «A true CSR through codes of conduct? The need for a source-based approach to find criteria for accountability for the activity of multinationals», *International Community Law Review* 24, 2022.

Noval Pato, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales,* Civitas, 2012.

Pastor I Vicent, M., «Los pactos parasociales. Eficacia *inter partes* y frente a la sociedad», *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana,* núm. 27, 2013.

Paz-Ares, J. C., «La cuestión de la validez de los pactos parasociales», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 1 Extra, 2011.

Pérez Benítez, J. J. (coord), «El derecho de separación del socio por cambio del objeto social». En *https://elderecho.com/el-derecho-de-separacion-del-socio-por-cambio-del-objeto-social* (Consultado el 13 de abril de 2024).

Pérez Moriones, A., «La necesaria revisión de la eficacia de los pactos parasociales omnilaterales o de todos los socios», *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, núm. 61, 2013.

Recalde Castells, A. J., «La obligación de las sociedades de identificar, reducir y reparar los efectos adversos sobre el medioambiente y los derechos humanos (notas a la propuesta de directiva sobre "diligencia debida" —*due diligence*— en materia de sostenibilidad)», en Peñas Moyano, M. J. (coord.), *Estudios de Derecho de sociedades y de Derecho concursal: libro en homenaje al profesor Jesús Quijano González*, 2023.

Rodríguez Cortés, M., «La implementación de los ODS como herramienta de sostenibilidad en las empresas del IBEX-35», *RA&DEM: Revista de Administración y Dirección de empresas*, núm. 5, 2021.

Sanguineti Raymond, W. y Vivero Serrano, J. B., «La invención de la diligencia debida en materia de sostenibilidad», *Revista Trabajo y Derecho*, núm. 16, 2022.

Serra Callejo, J., «Validez y eficacia de los pactos parasociales: Un enfoque sistemático», *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 249, 2021.

Suárez Rubio, S. M., «Deberes de los administradores y su "posible cambio" tras la propuesta de directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad», en García-Cruces González, J. A. (coord.), *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, Tirant lo Blanch, 2023.

Tapia Hermida, A. J., «Decálogo europeo de la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad», *Diario* La Ley, núm. 10248, 2023.

Viera González, J., «Fines (sostenibilidad) y medios (deber de diligencia) en la propuesta de Directiva sobre diligencia debida», *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 991, 2022.

SOSTENIBILIDAD: LAS CONDICIONES DE POSIBILIDAD PARA LA VIDA

SUSTAINABILITY: CONDITIONS FOR THE POSSIBILITY OF LIFE

Ana Caparrós Gadea
Contratada predoctoral FPI
Universidad Nacional de Educación a Distancia

RESUMEN: Este trabajo propone analizar la operatividad del concepto de «desarrollo sostenible» o «sostenibilidad», con el fin de manifestar su agotamiento como criterio corrector de los procesos económicos. Un análisis histórico y jurídico revela la insaciable avidez humana por sostener un crecimiento económico exponencial que tuvo su origen en la industrialización de la organización estatal en el siglo diecinueve. El juego de poder se subordina hacia la apropiación y el monopolio de unos recursos escasos, adoptando estrategias avariciosas y temerarias a costa de la salubridad del aire que respiramos, del agua que bebemos y de la tierra que nos alimenta a todos los seres vivos. Desde entonces no hemos superado esta doctrina económica arcaica. La idea de sostenibilidad se pervierte en una distracción de los objetivos necesarios, mientras se incumple sistemáticamente la precaria legislación internacional ambiental. Está en juego la habitabilidad de la Tierra para el ser humano. En vista de la indiferencia política y social ante la emergencia climática, es fundamental una reeducación que nos permita completar nuestra identidad en su dimensión planetaria.

Palabras clave: Sostenibilidad; ecología; derecho a la vida; medio ambiente; educación; ecosistema.

ABSTRACT: This article analyses the applicability of the concept of «sustainable development» also known as «sustainability», with the aim of

making manifest its exhaustion as a corrective criterion in economic processes. A historical and legal analysis reveals the insatiable human eagerness to sustain an exponential economic growth, originated in the industrialisation of nineteenth century nation-states, which shifted the balance of power toward the appropriation and monopolisation of scarce resources, bringing about avaricious and reckless policies at the expense of the salubrity of the air we breathe, the water we drink and the ground that feeds all living beings. We have since then been unable to overcome this archaic economic doctrine. The very idea of sustainability has been perverted into a distraction from the systematic violation of the scant and faltered international environmental legislation. The habitability of the Earth is at stake for humankind. In light of the political and social indifference with respect to the climate emergency, a profound reeducation is in order, one that should enable us to update our identity into a planetary one.

Keywords: Sustainability; ecology; right to life; environment; education; ecosystem.

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- LA (IN)SOSTENIBILIDAD DEL DESARROLLO. III.- LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA EN EL MEDIO AMBIENTE. IV.- POR UNA EDUCACIÓN ECOLÓGICA GLOBAL. V.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

Aparentemente la década de los setenta marca el inicio de la toma de conciencia ecológica. Es entonces cuando se dan las circunstancias políticas, sociales y económicas favorables[1] para que la humanidad desentierre y empiece a vislumbrar el conocimiento de una nueva ciencia que, sin embargo, ya se había gestado un siglo antes.

El desarrollo científico y técnico alcanzado en el siglo XIX altera el enfoque que tradicionalmente había regido el desenvolvimiento de la sociedad. Desde ese momento, la problemática humana no se explica a través de la especulación metafísica, sino partiendo de los fenómenos materiales[2]. La búsqueda del potencial económico que representa la aplicación práctica de los saberes empíricos se convierte en la principal estrategia de desarrollo que provoca el rápido ascenso económico de los Estados industriales. La nueva clase burguesa dominante, que ha logrado emanciparse de la servidumbre y acceder al poder político, se prevale de la organización estatal para sistematizar sus pretensiones

[1] Agotamiento de la Guerra Fría; movimientos pacifistas secundados por científicos como el matemático A. Grothendieck o el astrónomo C. Sagan; crisis del petróleo de 1973, despegue de las telecomunicaciones (ordenadores personales y correos electrónicos).

[2] KINDER, H. y HILGEMANN, W., *Atlas histórico mundial (II): de la Revolución Francesa a nuestros días,* Akal/Istmo, 2006, p. 69.

económicas a las que el Estado da mayor proyección. Su poder de decisión ahora alcanza los recursos de toda la nación (humanos, financieros, materiales, tecnológicos). El Estado es su empresa, estos recursos su nuevo capital. El modo de asegurar su pervivencia está anclado en la idea de soberanía nacional, cristalizada por una minoría «representativa» constituyente o pacto burgués, que aprovecha un sentimiento inicial de gratitud popular por el reconocimiento a los ciudadanos de su derecho de participación política. En el proceso de construcción del Estado, esta idea de participación democrática derivará en un culto limitado a los valores de la nación, excluyendo valores universales que trasciendan sus fronteras. Como resultado, se refuerza la lealtad ideológica al Estado por medio de los fundamentos de la idea nacional[3] (soberanía nacional, autonomía como expresión de libertad, concepción romántica y diferenciadora del pueblo). Los sentimientos de superioridad colectiva, alimentados por la capacidad científica y tecnológica, conducirán al choque con otros pueblos considerados «inferiores». Esa voluntad de subyugación germina y se militariza: se empieza a destinar gran parte de los recursos humanos del Estado al servicio de la apropiación y el monopolio de unos recursos escasos con el fin de incrementar la riqueza nacional.

Precisamente, la necesidad de sostener la economía de la nación, basada en la producción industrial masiva, activa la política de conquista y de expansión económica y colonial, orientada a la obtención de materias primas, nuevos mercados y capital de inversión. Estos recursos a su vez financian nuevos procesos de producción en los Estados, grandes edificaciones y nuevas instalaciones de redes de tráfico y aprovisionamiento que permitan seguir sustentando el crecimiento económico. La lucha imperialista por la supremacía industrial y comercial, exacerbada por la rivalidad nacionalista, conducirá inevitablemente al enfrentamiento armado recurrente[4].

La rápida industrialización genera además problemas sociales en la clase trabajadora que queda reducida a fuerza de trabajo y confinada en la miseria. Su lucha y la progresiva conciencia de sus derechos como colectivo, junto a las reivindicaciones del movimiento sufragista femenino, acelerarán la consolidación de la legislación social[5]. Sus exigencias de regeneración de las condiciones vitales en un mundo en permanente evolución fundamentan el establecimiento de reglas en las relaciones de los individuos dentro de su medio social.

---

[3] Kinder, H. y Hilgemann, W., *Atlas histórico mundial (II)…,* cit., p. 43: «Históricamente, el intento de construir un moderno Estado nación es paralelo a la ascensión de la burguesía al poder».

[4] *Ibid*., p. 111: «Los problemas económicos se convierten en problemas políticos».

[5] Derechos de asociación y desarrollo de legislación de protección de los trabajadores: regulación de las condiciones de trabajo en fábricas, prohibiciones a menores y mujeres del trabajo en las minas, prohibición del trabajo a menores, derecho al descanso, límites a la jornada laboral, protección salarial, leyes de seguridad social.

En este contexto, un hecho histórico de gran trascendencia pasa desapercibido en 1869: el nacimiento y autonomización de la ecología como disciplina científica, junto al despertar de la conciencia ecológica gracias al biólogo alemán Ernst Haeckel[6]. Por primera vez, el estudio de los seres vivos se inserta en un marco relacional que pone de manifiesto sus interacciones y sus relaciones con el entorno: la solidaridad y complementariedad entre los seres vivos, los condicionantes de integridad del medio en el que habitan, la dependencia de esos factores de hábitat para su supervivencia. «La observación de los seres en su entorno ha permitido descubrir su naturaleza propia y dar inteligibilidad a su vida»[7].

La posterior aportación del botánico inglés Arthur Tansley en 1935 con la introducción de la noción central de *ecosistema*[8] determinará que el ser humano comience a resituarse en el sistema ecológico del que depende y forma parte. La sistematización de las relaciones entre seres vivos con su medio esclarece el hecho de que los componentes físicos, químicos y biológicos y los propios seres vivos, interactúan para generar y regenerar un sistema organizador constituido por estas mismas interacciones. Un ecosistema es capaz de reorganizarse cuando aparece una especie nueva o desaparece una especie que tenía su puesto en la cadena de complementariedades[9]. Sin embargo, la introducción de nuevos elementos puede tener un efecto disruptivo. El colapso o la lenta recuperación dependerá de la toxicidad, biodegradabilidad, concentración y proliferación del elemento introducido y de su potencial de interferencia con el proceso de recuperación del ecosistema.

II. LA (IN)SOSTENIBILIDAD DEL DESARROLLO

La rápida difusión de *Primavera Silenciosa*[10] publicado en 1962 por la bióloga marina norteamericana Rachel Carson es el detonante de la era ecológica planetaria[11], la primera llamada de atención científico-divulgativa sobre el impacto ambiental nocivo de las actividades humanas, en particular el uso masivo de pesticidas como el dicloro difenil

---

[6] Haeckel, E., *Generelle Morphologie der Oganismen,* Reimer, 1866, pp. 237 y 238: *Oecologie und Geographie des Organismus oder Physiologie der Beziehungen des Organismus zur Aussenwelt*, en español: «Ecología y geografía del organismo o fisiología de las relaciones del organismo con el mundo exterior».

[7] Morin, E., *El año I de la era ecológica. La Tierra que depende del hombre que depende de la Tierra,* Paidós, 2008, p. 42.

[8] Tansley, A. G.,: «The Use and Abuse of Vegetational Concepts and Terms»*, Ecology,* núm. 3, vol. 16, 1935, p. 299: *The more fundamental conception is […] the whole system […], including […] the whole complex of physical factors […] "the environment of the biome" […]. Though the organisms may claim our primary interest […] we cannot separate them from their special environment, with which they form one physical system*.

[9] Morin, E., *El año I de la era ecológica*…, cit., p. 13.

[10] Carson, R., *Primavera silenciosa,* Crítica, 2010.

[11] Morin, E., *El año I de la era ecológica…, cit.,* p. 87.

tricloroetano (DDT). Sus investigaciones propiciaron que la Agencia Estadounidense de Protección del Medio Ambiente prohibiera una década más tarde esta sustancia nociva para el ser humano.

En 1972, el informe Meadows[12], encargado por el Club de Roma al Massachusetts Institute of Technology (MIT), sitúa el problema en términos muy claros: el modelo mundial de crecimiento exponencial de la población, la industrialización, la contaminación ambiental, la producción de alimentos y el agotamiento de los recursos está llegando a su límite. Sostener artificialmente el crecimiento, por una «tradición cultural» de pulsión económica desenfrenada en un sistema finito, condena a este a la ruina y a la destrucción de quienes dependen de él.

Este mismo año, las Naciones Unidas organizan la primera conferencia internacional monográfica sobre los problemas medioambientales más acuciantes, a saber: la nocividad de las actividades humanas y su influencia directa en la degradación de la calidad del medio ambiente[13], concretamente la contaminación de la atmósfera, del agua y de la tierra. Se establece la capacidad de propagación de los contaminantes atmosféricos y su relación con la destrucción de ecosistemas alejados de los focos de emisión (caso de la acidificación de los lagos suecos, consecuencia de las emisiones de dióxido de azufre procedentes de las industrias centroeuropeas)[14]. La confusión derivada de la calificación del medio ambiente, llamado aquí «medio humano» (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano), no conseguirá producir un nuevo pensamiento superador del arcaico antropocentrismo de la cultura occidental: «[…] De cuanto existe en el mundo, los seres humanos son lo más valioso. Ellos son quienes promueven el progreso social, crean riqueza social, desarrollan la ciencia y la tecnología y, con su duro trabajo, transforman continuamente el medio humano[15]».

Después de la crisis del petróleo de 1973, la prioridad del «nuevo» fundamentalismo de mercado[16] es volver a poner en funcionamiento el engranaje económico, lo que podría contribuir a explicar el retraso de una década en la entrada en vigor del Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia (1983). Fue un acuerdo exitoso en la continuación de emisiones «reducidas» de dióxido de

---

[12] Meadows, D. *et al*., *The Limits to Growth,* Universe Books, 1972.

[13] Resolución 2398 del XXIII periodo de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas (1968). Resolución (A/RES/2398/XXIII), p. 2. *https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/247/12/pdf/nr024712.pdf?token=FjwvMaUFZgihQTAViS&fe=true*.

[14] Almer, B. y Dickson, W.,: «The discovery and early study of acidification of lakes in Sweden», *Ambio,* 50, 2021, p. 266–268.

[15] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Humano* (A/CONF.48/14/Rev. 1), 1972, p. 3. *https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n73/039/07/pdf/n7303907.pdf?token=Y3lRX44O7VYKwyxiIT&fe=true*

[16] Soros, G.,: «The Capitalist Threat», *The Atlantic Monthly,* 1997. *https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4390338.pdf*

azufre o de óxidos de nitrógeno, pero un fracaso en la prohibición de los causantes de esa contaminación: los combustibles fósiles.

Desde la invención del sistema polifásico a comienzos de la década de 1880[17] ya existe la posibilidad de prescindir del combustible para la producción industrial, generándose la electricidad con turbinas eólicas, centrales hidroeléctricas y paneles fotovoltaicos (desde 1888, primera célula fotoeléctrica del físico ruso Aleksandr Stoletov[18]) que alimenten a gran distancia el alumbrado de las fábricas y los motores de corriente alterna de sus máquinas. Desde abril y mayo de 1881 se dispone también de alternativas no contaminantes para el transporte por carretera y ferroviario (demostración por el ingeniero Gustave Trouvé del primer vehículo eléctrico personal en Francia y primera línea de tranvía eléctrico Groß–Lichterfelde en Alemania, respectivamente). La desafortunada fiebre del petróleo en Estados Unidos, ininterrumpida durante más de un siglo (desde 1859 en Pensilvania, continuada por la *gusher age* o «edad del chorro» en Texas que alcanza su pico de producción en 1972), abre la puerta a la explotación masiva de una materia prima que no requiere la sofisticación intelectual del electromagnetismo: embotellar y vender un líquido obtenible por perforación del suelo es una manera mucho más rápida e indiscriminada de enriquecerse. Las guerras mundiales abortaron la propagación de la electrificación desde Europa, acelerando el uso de combustibles de rápido servicio para la contienda. La industria petrolera consolidará su poder económico e influencia política[19] gracias a otras industrias afines (transporte, producción). El dominio económico estadounidense desde el fin de la Segunda Guerra Mundial arrastra ideológicamente al resto de Estados y el petróleo se convierte en el sustrato rey de la economía mundial[20].

En 1982, se aprueba la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en vigor desde finales de 1994, que fija la extensión

---

[17] Ferrari, G.,: «Rotazioni elettrodinamiche prodotte per mezzo di correnti alternate», *Nuovo Cimento,* 23, 1888, pp. 246–263 Patente núm. 416194 registrada en Estados Unidos por Nikola Tesla y núm. 422746 registrada en Estados Unidos por Mikhail Dolivo-Dobrovolsky (1890), entre otros.

[18] Stoletow, A.,: «Sur une sorte de courants électriques provoqués par les rayons ultraviolets», *Comptes Rendus,* cvi: 1149, 1888.

[19] En la década de los noventa, los fabricantes de automóviles sucumben a las presiones del *lobby* de la industria petrolera estadounidense, destruyendo los vehículos eléctricos que ellos mismos acababan de desarrollar y comercializar conforme a la resolución 90–58 de la California Air Resources Board. Collantes, G. y Sperling, D., «The origin of California's zero emission vehicle mandate», *Transportation Research Part A: Policy and Practice*, 42, 10, 2008, pp. 1302-1313.

[20] En 2023 Estados Unidos produjo más petróleo que cualquier nación en cualquier momento de la historia, durante seis años consecutivos (12,9 millones de barriles diarios de promedio en 2023), según datos de la Administración de Información de Energía de Estados Unidos. *https://www.eia.gov/todayinenergy/detail.php?id=61545*

máxima de las aguas territoriales, la zona de explotación económica exclusiva, el derecho de explotación de la plataforma continental por los Estados costeros y administración del fondo marino por las autoridades internacionales.

En el año 1985, la humanidad recibe un nuevo aviso. La detección de un «agujero» en la capa de ozono en la zona de la Antártida por el físico inglés Jonathan Shanklin[21] confirma su agotamiento (con una concentración cifrada en 124 unidades Dobson en 1985, la mitad de la concentración natural)[22] provocado por la emisión continuada desde la década de los setenta de sustancias destructoras del ozono como los clorofluorocarburos (CFC) utilizados desde los años treinta en frigoríficos y aerosoles. En la estratosfera superior (más allá de la protección de la capa de ozono), la luz ultravioleta provoca su fotodisociación, liberando átomos de cloro, elemento catalizador de la destrucción del ozono[23]. Este descubrimiento precipita la adopción ese mismo año del Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono.

En 1987, el informe Brundtland para las Naciones Unidas modula el discurso, introduciendo la calificación «ecológica» o «medio ambiental» del desarrollo como contrapunto al crecimiento económico, de ahí el término «desarrollo sostenible» o «duradero», definido como aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer las de las futuras generaciones[24]. Este concepto se cristaliza y vertebra las posteriores conferencias internacionales auspiciadas por las Naciones Unidas, donde el medio ambiente irá perdiendo su entidad propia hasta diluirse en una de las dimensiones del desarrollo sostenible[25].

Con objeto de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992), se aprueba el primer tratado internacional vinculante en materia de cambio climático, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático con el objetivo de estabilizar las concentraciones de gases de efecto invernadero a un nivel que «impida interferencias antropógenas peligrosas en el

---

[21] Farman, J. Gardiner, B. y Shanklin, J.,: «Large losses of total ozone in Antarctica reveal seasonal ClOx/NOx interaction», *Nature,* 315, 1985, pp. 207-210.

[22] Datos del Observatorio de la Tierra (NASA). Nunca antes se habían medido concentraciones de ozono atmosférico inferiores a 220 unidades Dobson. *https://earthobservatory.nasa.gov/world-of-change/Ozone*

[23] Molina, M. y Rowland, F.,: «Stratospheric sink for chlorofluoromethanes: chlorine atom-catalysed destruction of ozone», *Nature,* 249, 1974, pp. 810–812.

[24] ONU., «Nuestro futuro común», Nueva York, 1987, p. 13 y 23: «Lo que se necesita ahora es una nueva era de crecimiento económico, un crecimiento que sea poderoso a la par que sostenible social y medioambientalmente […] Por tanto la tecnología como la organización social pueden ser ordenadas y mejoradas de manera que abran el camino a una nueva era de crecimiento económico».

[25] Como puede apreciarse a partir de los años 2000: Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (Johannesburgo, 2002); Conferencia sobre el Desarrollo Sostenible (Río de Janeiro, 2012) y Cumbre sobre el Desarrollo Sostenible (Nueva York, 2015).

sistema climático en un plazo suficiente para permitir la adaptación de los ecosistemas, asegurar la producción de alimentos y permitir un desarrollo económico sostenible[26]». Los Estados parte se comprometen a la adopción de políticas y medidas de mitigación, la limitación de las emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero, la mejora de sus sumideros y depósitos de gases de efecto invernadero, debiendo además informar periódicamente de sus progresos en la Conferencia de las Partes[27]. La Convención se refiere en varias instancias al Protocolo de Montreal del Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, en vigor desde 1989, en todos aquellos gases de efecto invernadero no controlados por él, acordado este con el objetivo de la reducción gradual hasta la completa eliminación de la producción y consumo de unas cien sustancias químicas que agotan la capa de ozono. En 2009 se convertirán en los primeros tratados en lograr la ratificación universal[28].

En 1993 entra en vigor el Convenio para la conservación de la diversidad biológica, utilización sostenible de sus componentes y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos y el año siguiente entrará en vigor la Convención de Naciones Unidas de lucha contra la desertificación.

En 1997, el Protocolo de Kyoto, en vigor desde 2005, concreta el objetivo de la Convención Marco sobre cambio climático y cuantifica la reducción del total de las emisiones de gases de efecto invernadero[29] con el fin de reducir las emisiones en más de un 5 por 100 con respecto a los niveles de emisión de 1990, en el período de compromiso entre 2008 y 2012.

Establece tres mecanismos principales: aplicación conjunta (posibilidad de transferir a cualquier parte o adquirir de ella unidades de reducción de emisiones resultantes de proyectos diseñados para reducirlas por las fuentes o incrementar su absorción por sumideros)[30]; mecanismo de desarrollo limpio (un país con compromiso de reducción o limitación de emisiones puede poner en marcha un proyecto de reducción de emisiones en países en desarrollo)[31] y el comercio de emisiones

---

[26] Art. 2 de la Convención Marco.

[27] Art. 4.2 de la Convención Marco.

[28] No obstante, a partir de 2010, se detectan nuevas emisiones de sustancias agotadoras de la capa de ozono que pueden retrasar su completa cicatrización. Montzka, S. A. Dutton, G. S. Yu, P. *et al*.,: «An unexpected and persistent increase in global emissions of ozone-depleting CFC-11», *Nature*, 557, 2018, pp. 413-417. y Solomon, S., Alcamo, J. y Ravishankara, A. R., «Unfinished business after five decades of ozone-layer science and policy», *Nature Communications*, 4272, 2020.

[29] Dióxido de carbono, metano, óxido nitroso, hidrofluorocarbonos, perfluorocarbonos, hexafluoruro de azufre (Anexo I del Protocolo).

[30] Art. 6 del Protocolo.

[31] Art. 12 del Protocolo.

(países con unidades de sobra —permitidas pero no utilizadas— «pueden vender su stock» a otros países que superen sus objetivos)[32].

La eficacia del Protocolo es cuestionable a la luz de la ausencia de Estados Unidos (que no lo llegó a ratificar), Canadá (que se retiró en 2012), China e India (partes no incluidas en el Anexo B, sin compromisos vinculantes por haberse considerado como países aún en vías de desarrollo). La enmienda de Doha acordada para un segundo período de compromiso (de 2013 a 2020) no obtuvo el número de ratificaciones necesarias para su entrada en vigor hasta el 31 de diciembre de 2020, fecha coincidente con la expiración de su plazo.

En 2004 entra en vigor el Convenio de Estocolmo sobre los contaminantes orgánicos persistentes con el objetivo de proteger la salud así como el medio ambiente conforme al principio de precaución[33]. Por ejemplo, prevé la «restricción» de la producción y uso del DDT por su presunta eficacia en el control de vectores de enfermedades, siguiendo la recomendación de la Organización Mundial de la Salud. Sin embargo la eliminación de vectores de enfermedades a través de técnicas como la fumigación con pesticidas, además de exponer a los seres humanos a sustancias catalogadas como «posibles» carcinógenos, provoca la resistencia y, en última instancia, la inmunidad de los vectores de enfermedades a la sustancia.

El Acuerdo de París sobre cambio climático, en vigor desde noviembre de 2016, fija el objetivo jurídicamente vinculante de «mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2ºC con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitarlo a 1,5ºC[34]. Las partes se proponen «para cumplir el objetivo a largo plazo que se establece en el art. 2», lograr que las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero alcancen su punto máximo lo antes posible y a partir de ese momento reducirlas rápidamente, logrando un equilibrio entre las emisiones antropógenas y la absorción por los sumideros en la segunda mitad de este siglo (neutralidad climática)[35].

Sus contribuciones determinadas a nivel nacional (quinquenales) incorporan las medidas de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y las medidas adaptativas a los efectos del aumento de temperaturas, no siendo obligatoria la comunicación de cada estrategia nacional a largo plazo.

Los países desarrollados deberán proporcionar recursos financieros a las Partes que son países en desarrollo para asistirles en la mitigación

---

[32] Art. 17 del Protocolo.
[33] Art. 1 del Convenio de Estocolmo.
[34] Art. 2.1 *a)* del Acuerdo de París.
[35] Art. 4.1 del Acuerdo de París.

y adaptación[36], estableciendo también un mecanismo específico para la transferencia de tecnología y la innovación. Es interesante subrayar la obligatoriedad de cooperación para mejorar la educación, la formación, la sensibilización y la participación del público y el acceso a la información sobre cambio climático[37].

Las contribuciones determinadas a nivel nacional se comunicarán con la necesaria claridad, transparencia y comprensión con el fin de facilitar el control de los progresos en este ámbito, en particular proporcionando un informe sobre el inventario nacional de las emisiones por las fuentes y absorción por los sumideros. Un comité de expertos facilitador, no contencioso y no punitivo, es el mecanismo previsto para «motivar» la aplicación y «promover» el cumplimiento del Acuerdo que deberá prestar especial atención a las respectivas circunstancias y capacidades nacionales[38].

La Conferencia de las Partes hará balance de su aplicación periódicamente, de manera global y facilitadora (para disolver responsabilidades). El primer balance mundial[39] tuvo lugar en 2023 en la COP28 celebrada en Dubái. Siguiendo las conclusiones del Sexto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático y el informe de síntesis sobre las contribuciones determinadas a nivel nacional[40]: las trayectorias de las emisiones mundiales «no están en correspondencia con el objetivo de temperatura»[41] (nunca se han reducido, y menos entre el 25 y el 40 por 100 necesario, con respecto a los niveles de 1990 para 2020 tal como lo requeriría el objetivo de temperatura[42]) y además las políticas aplicadas hasta finales de 2020 «deberían dar lugar a emisiones superiores»[43] a las implícitas en las contribuciones determinadas a nivel nacional. Evidencia una clara discrepancia entre las ambiciones manifestadas y su aplicación.

Es más, para que el calentamiento se limitara a 1,5ºC se requiere una reducción acusada, rápida y sostenida de las emisiones mundiales del 43 por 100 de aquí a 2030 y del 60 por 100 de aquí a 2035 con respecto a los niveles de 2019, así como alcanzar el cero neto de aquí

---

[36] Art. 9 del Acuerdo de París.

[37] En la línea del Convenio sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Aarhus, 1998).

[38] Art. 15 del Acuerdo de París.

[39] Primer Balance Mundial (FCCC/PA/CMA/2023/L.17, de 13 diciembre de 2023). *https://unfccc.int/documents/636608*.

[40] 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» [Core Writing Team, H. Lee and J. Romero (eds.)], IPCC, 2023. *https://unfccc.int/documents/632334*

[41] Punto 24 del balance mundial.

[42] Punto 17 del balance mundial.

[43] Punto 23 del balance mundial.

a 2050[44]. Ante estas circunstancias, se pide a los Estados implantar sistemas energéticos con cero neto en emisiones; triplicar la capacidad mundial en energías renovables; dejar atrás los combustibles fósiles (con el prerrequisito de dejar de subvencionarlos cuanto antes); reducir las emisiones de gases de efecto invernadero distintos del dióxido de carbono (principalmente el metano) de aquí a 2030 y prever medidas de adaptación urgentes, graduales y transformadoras[45] que logren la «resiliencia climática» en el suministro de agua, la producción alimentaria y agrícola y en el suministro de alimentos, en la salud, en las infraestructuras y en definitiva, la mejora y restauración de los ecosistemas y biodiversidad[46].

La imprecisión y malversación del concepto de sostenibilidad del desarrollo ha favorecido su inaplicación en los mejores casos y, en los peores, la esperanza de poder sostener un crecimiento económico versátil, que ahora sería «en verde».

El desarrollo avaricioso, temerario y sucio de unos pocos ha sacrificado la vida y la dignidad de muchos hasta convertir en prácticamente inhabitable el único lugar en el que es posible la vida del ser humano.

Los propósitos son grandes y los compromisos pequeños, extinguidos por un consumo al que el ser humano no renuncia porque lo ha confundido con su bienestar. Afortunadamente subsiste una oportunidad: la crisis climática, realidad ineludible y planetaria, nos forzará a todos los habitantes de la Tierra a realizar los ajustes civilizatorios que nos permitan seguir viviendo en ella.

III. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA EN EL MEDIO AMBIENTE

La compleja organización de integración natural del conjunto de seres vivos (biocenosis) en un entorno físico o nicho (biotopo) constituye un sistema biológico autorreorganizador (ecosistema) en cuyo seno tienen lugar una combinación de relaciones entre especies diferentes[47].

El ecosistema Tierra y su biosfera han evolucionado sin perecer desde hace cuatro mil millones de años[48]. El último eslabón de la vida, que el sistema biológico incorporó hace poco más de dos millones de años, ha constituido su principal elemento perturbador: el ser humano.

---

[44] Punto 27 del balance mundial.

[45] Punto 28 y 51 del balance mundial.

[46] Punto 63 del balance mundial.

[47] Morin, E., *El año I de la era ecológica*…, cit., p. 12.

[48] Betts, H. C., Puttick, M. N., Clark J. W. *et al.,* «Integrated genomic and fossil evidence illuminates life»s early evolution and eukaryote origin», *Nature Ecology & Evolution,* 2, 2018, pp. 1556–1562.

Las matanzas cada vez más eficientes por parte de las sociedades nómadas cazadoras y recolectoras adquieren por primera vez el potencial disruptivo de las cadenas tróficas, conllevando la desaparición y reorganización de las especies. La expansión del homo sapiens (desde hace unos trescientos mil años) reemplazará al resto de humanos y consolidará su primacía desde hace treinta mil años[49].

Este humano, agricultor desde hace diez mil años, introducirá estructuraciones hasta entonces inéditas en el aprovechamiento del suelo y del agua para la producción de alimentos, así como en la domesticación de plantas y animales, creando las condiciones propicias para una mayor densidad y complejidad social (primeras civilizaciones, hace ocho mil quinientos años).

El ser humano urbano del siglo XIX, con su incontrolada industrialización, producirá las primeras contaminaciones sistémicas masivas no degradables y, desde 1945, la capacidad tecnológica del ser humano sintético, generará, por primera vez, desechos radioactivos con un potencial contaminante de millones de años para los más indelebles. Ahora, la humanidad deberá soportar las consecuencias irreversibles de no haber sabido ponerse límites; si puede.

El ser humano sobrenatural ha querido olvidar un hecho incontrovertible: «[…] como cualquier ser vivo es un sistema abierto[50]». El ecosistema Tierra le nutre y protege, por lo que toda vida depende de ello. Degradar nuestro ecosistema es aniquilar la habitabilidad de la Tierra para el ser humano.

El desarrollo económico ha subdesarrollado al ser humano[51] y la economía ha acabado financiando el suicidio de la humanidad mientras «los componentes del organismo planetario común continúan queriendo destruirse entre sí[52]» no considerando aún los conflictos armados como agresión al medio ambiente.

La incipiente especialización del Derecho internacional «ambiental» aporta tímidos compromisos vinculantes, principios, declaraciones de intenciones, la proclamación de nuevos derechos[53] y su protección indirecta mediante la vinculación a otros derechos fundamentales: una legislación y jurisdicción muy débiles dada la envergadura del problema.

---

[49] Morin, E., *El año I de la era ecológica*…, cit., p. 13.

[50] *Ibid*., p. 14.

[51] *Ibid.*, p. 98.

[52] *Ibid*., p. 53.

[53] Resolución 300 del 76 periodo de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas (2022). Resolución (A/RES/300/76), p. 4: «Reconoce el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano». *https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n22/442/81/pdf/n2244281.pdf?token=6yVAcXLKOrdo3tUmc4&fe=true*.

Aún así, la Carta de la Naturaleza (1982) aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, constituye una positiva e interesante aportación: «la especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales que son fuente de energía y de materias nutritivas[54]». Afirma el respeto a los demás seres vivos por su valor intrínseco. La explotación excesiva o la destrucción de los hábitats por parte del hombre dimana del consumo excesivo y la competencia por acaparar recursos escasos, lo que socava las políticas de civilización (justicia y paz). El hombre debe aún adquirir los conocimientos necesarios de la naturaleza a fin de mantener y desarrollar su aptitud de utilizar los recursos naturales para preservar las especies y ecosistemas en beneficio de las generaciones presentes y futuras y gestionarlos de tal manera que permitan su regeneración. La Carta ofrece además pautas de control basadas en el principio de precaución (examen previo y control participativo de las consecuencias de una determinada actividad), debiendo evitar las que sean susceptibles de causar un daño irreversible (descarga de sustancias contaminantes o actividades militares perjudiciales para la naturaleza). Los conocimientos relativos a la naturaleza se difundirán por todos los medios, en especial por la «enseñanza ecológica»[55], como parte integrante de la educación que nos permitirá universalizar y materializar esta sensibilización común para la conservación de la naturaleza.

La regeneración del ecosistema exige una regeneración de la humanidad. Los habitantes de la Tierra debemos integrarnos en una sociedad planetaria que refuerce nuestro interés universal común en la lucha por una vida mejor para todos los seres vivos[56]. Es necesario ampliar el contenido del derecho más primordial con el fin de acentuar nuestro sentido de pertenencia universal y nuestra obligación: el derecho de la humanidad a la vida en la Tierra. La sostenibilidad de la humanidad en la Tierra requiere una reestructuración de la sociedad humana si pretende sobrevivir. El Derecho debe garantizar que la humanidad la consiga, subordinando todo lo demás a las condiciones que hacen viable nuestra existencia.

---

[54] Resolución 7 del 37 periodo de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas (1982). Resolución (A/RES/7/37), p. 20. *https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/432/47/pdf/nr043247.pdf?token=h4HxEKHWjEmSzXr4ts&fe=true*.

[55] *Ibid*., p. 21.

[56] Ferrajoli, L., *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada,* Trotta, 2022, p. 18: «Se trata de una refundación del pacto de convivencia pacífica entre todos los pueblos de la Tierra, ya estipulado en la Carta de la ONU de 1945 y las diversas cartas y convenciones sobre los derechos humanos, que hasta ahora resulta ser llamativamente inefectivo a causa de la falta de funciones e instituciones idóneas de garantía de carácter supranacional».

IV. POR UNA EDUCACIÓN ECOLÓGICA GLOBAL

«En la vida no hay soluciones sino fuerzas. Creemos esas fuerzas y seguirán las soluciones[57]».

Las fuerzas surgirán de una educación fundada en una comprensión profunda de la condición humana que recupere su identidad como parte del ecosistema del que depende. Es urgente desarrollar una educación ecológica obligatoria en todos los sistemas educativos desde una edad temprana que transforme y amplíe las conciencias para adquirir una visión global del mundo.

Aprender de la sabiduría del ecosistema y cultivar la sensibilidad por la naturaleza constituyen los elementos vertebradores de una nueva filosofía emanada de la ecología: un nuevo humanismo que consagre prácticas de vida distintas[58], con el objetivo de promover la necesaria solidaridad entre todos los habitantes de la Tierra. La humanidad lleva mucho retraso; el tiempo apremia.

La solución a los problemas de nuestro presente, de la que depende nuestro futuro, necesita personas pluricompetentes, con una visión global de largo alcance y a largo plazo, que sepan discernir lo esencial de lo superfluo. La revolución de la educación debe elevar el pensamiento de la humanidad a la altura del tamaño y complejidad del mundo.

«Las generaciones futuras difícilmente perdonarán nuestra falta de preocupación prudente por la integridad del mundo natural que sostiene la vida[59]».

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Almer, B. y Dickson, W.,: «The discovery and early study of acidification of lakes in Sweden», *Ambio* 50, 2021, p. 266–268.

Betts, H. C., Puttick M. N., Clark J. W. *et al.,* «Integrated genomic and fossil evidence illuminates life»s early evolution and eukaryote origin», *Nature Ecology & Evolution,* 2, 2018, pp. 1556–1562.

Carson, R., *Primavera silenciosa,* Crítica, Barcelona, 2010.

de Saint-Exupéry, A., *Vuelo nocturno*, Anaya, 2003, cap. xix.

Farman, J., Gardiner, B. y Shanklin, J., «Large losses of total ozone in Antarctica reveal seasonal ClOx/NOx interaction», *Nature,* 315, 1985, pp. 207-210.

---

[57] de Saint-Exupéry, A., *Vuelo nocturno*, Anaya, 2003, cap. xix.

[58] Novo, M., «La educación ambiental, una genuina educación para el desarrollo sostenible», *Revista de Educación,* núm. extraordinario 1, 2009, pp. 195-217: «[…] reorientar nuestras formas de vida hacia la austeridad, la moderación y la sencillez para romper con el círculo vicioso de la acumulación económica de unos pocos a costa de la pobreza del resto de la humanidad y de la destrucción del medio ambiente».

[59] Carson, R., *Primavera silenciosa…*, cit., p. 13.

Ferrajoli, L., *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada,* Trotta, 2022.
Ferrari, G., «Rotazioni elettrodinamiche prodotte per mezzo di correnti alternate», *Nuovo Cimento*,23, 1888, p. 246-263.
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», [Core Writing Team, H. Lee and J. Romero (eds.)], IPCC, 2023.
Kinder, H. y Hilgemann, W., *Atlas histórico mundial (II): de la Revolución Francesa a nuestros días,* Akal/Istmo, 2006.
Haeckel, E., *Generelle Morphologie der Oganismen,* Reimer, Berlin, 1866.
Molina, M. y Rowland, F., «Stratospheric sink for chlorofluoromethanes: chlorine atom-catalysed destruction of ozone», *Nature,* 249, 1974, pp. 810-812.
Meadows, D. *et al*., *The Limits to Growth,* Universe Books, 1972.
Montzka, S. A., Dutton, G. S., Yu, P. *et al*., «An unexpected and persistent increase in global emissions of ozone-depleting CFC-11», *Nature*, 557, 2018.
Morin, E., *El año I de la era ecológica. La Tierra que depende del hombre que depende de la Tierra,* Paidós, 2008.
Novo, M., «La educación ambiental, una genuina educación para el desarrollo sostenible», *Revista de Educación,* núm. extraordinario 1, 2009, p. 195-217.
ONU., «Nuestro futuro común», Nueva York, 1987.
Solomon, S., Alcamo, J. y Ravishankara, A. R., «Unfinished business after five decades of ozone-layer science and policy», *Nature Communications*, 4272, 2020.
Soros, G., «The Capitalist Threat», *The Atlantic Monthly,* 1997. Consultado el 13 de octubre de 2023. *https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4390338.pdf*
Stoletow, A., «Sur une sorte de courants électriques provoqués par les rayons ultraviolets», *Comptes Rendus,* CVI: 1149, 1888.
Tansley, A. G., «The Use and Abuse of Vegetational Concepts and Terms», *Wiley on behalf of the Ecological Society of America,* núm. 16 (3), 1935, pp. 284-307.

LOS SECRETOS EMPRESARIALES Y LA INNOVACIÓN: EL OLVIDO DE LOS ODS EN LA LEY 1/2019

TRADE SECRETS AND INNOVATION: THE OVERSIGHT OF THE SDG IN THE LAW 1/2019

Pablo Muruaga Herrero
Investigador predoctoral FPU
Universitat de València

RESUMEN: La aprobación de los ODS impulsó a los Estados a promover políticas que contribuyeran a su cumplimiento. De entre los diversos ODS, podemos destacar el número 9, sobre innovación, que requiere para alcanzarlo la colaboración público-privada. La Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales se promulgó, entre otras razones, para fomentar la innovación, pero en su texto normativo no se incluyó en ningún momento referencia alguna a los ODS, aunque, al mismo tiempo, se contienen referencias constantes a los valores que sustentan el mencionado ODS 9. ¿Se trata de un olvido por parte del legislador? ¿O, en cambio, a pesar de que se mencionen tantos valores coincidentes, hay un convencimiento de que los secretos empresariales son incapaces de contribuir al fomento de la innovación sostenible?

Palabras clave: Secretos empresariales; Propiedad intelectual; Innovación; ODS; Sostenibilidad; Derecho de la competencia.

ABSTRACT: The adoption of the SDGs prompted states to promote policies that contribute to their fulfilment. Among the various SDGs, we can highlight number 9, on innovation, which requires public-private collaboration to achieve it. Law 1/2019 of 20 February 2019 on Trade Secrets was enacted, among other reasons, to promote innovation, but at no point in its regulatory text was there any reference to the SDGs, although, at the same time, there

are constant references to the values that underpin the SDG 9. Is this an oversight on the part of the legislator, or, on the other hand, even though so many overlapping values are mentioned, is there a conviction that business secrets are incapable of contributing to the promotion of sustainable innovation?

Keywords: Trade secrets; Intellectual property; Innovation; SDG; Sustainability; Competition law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO AL CONCEPTO DE SECRETO EMPRESARIAL. III. ¿POR QUÉ PROTEGEMOS LOS SECRETOS EMPRESARIALES? 1. Parecidos y diferencias con la propiedad intelectual: una reflexión sobre su naturaleza jurídica. 2. Las razones o sinrazones para su protección. 3. Un proyecto sin terminar. IV. LA COMPLICADA RELACIÓN ENTRE LOS SECRETOS EMPRESARIALES Y LA AGENDA 2030: UN OLVIDO V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN[1]

Que el inicio de un trabajo académico comience con una oda a la Coca-Cola o una reflexión en torno a ella quizá no sea lo científicamente correcto o adecuado —o lo que se espera de estas páginas—. Ahora bien, esto solo debiera serlo en apariencia, pues esta energizante bebida, que nos da la felicidad —o eso afirman—, es ante todo un claro ejemplo de cómo el Derecho, en su condición de ciencia y arte, se extiende hasta el más recóndito lugar. Es cierto que cuando hablamos de la Coca-Cola lo primero que se nos viene a la cabeza es su naturaleza de refresco. Pero despejada la sed, cualquier pensamiento en el que intervenga es una cavilación jurídica. Desde sus famosos eslóganes a su color como marca que no duda en rivalizar con la del *Cavallino Rampante* y que es marchamo de la libertad; a lo que habría que añadir que es el ejemplo paradigmático y tradicional del secreto empresarial o eso es lo que siempre se ha afirmado.

La gran mayoría de personas habrá escuchado en alguna ocasión esa leyenda, aunque toda leyenda nace de una verdad —ya saben, además, que *when the legend becomes fact, print the legend*—, de que su receta, la cual es secreta, se encuentra guardada en una cámara acorazada en el sótano de un edificio de Atlanta. Lo más probable es que cuando Pemberton desarrolló esta bebida[2] no supiese qué era un secreto em-

[1] Este capítulo parte de una investigación previa realizada en torno al papel de los secretos empresariales como elemento para fomentar la innovación y que ha sido publicado en Muruaga Herrero, P., «El fomento de la innovación a través de los secretos empresariales», *Revista de Derecho UNED*, núm. 32, 2023, pp. 297-332.

[2] Cuyo origen —hay que decirlo— parece ser que se encuentra en Ayelo de Malferit, provincia de Valencia, y que a través de una feria en Philadelphia fue conocida por el farmacéutico estadounidense.

presarial porque precisamente en esa época se empezaba a desarrollar en los tribunales americanos su construcción —aunque su origen pueda rastrearse en el tiempo y llegar, con dudas, hasta la Antigua Roma o eso se ha afirmado[3]—. Lo que conlleva que nos preguntemos, incluso, imitando ese dilema de causalidad, tantas veces repetido a lo largo de la historia de la humanidad: ¿qué fue antes la Coca-Cola o el secreto empresarial?[4]

Pero añadamos un poco de enjundia a estas ideas —casi— peregrinas. Como se sabe, en el año 2015, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible[5], un marco de acción en favor de la humanidad, el medio ambiente y la prosperidad y que reemplazaba a los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Esta iniciativa se ha estructurado en torno a 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible —en lo sucesivo, ODS o SDG por sus siglas en inglés— que se dividen a su vez en 169 metas concretas. La importancia de los ODS es paladina, tal y como se ha demostrado a través de las políticas que han llevado a cabo la gran mayoría de los Estados que forman parte de la ONU[6].

---

[3] En el año 1930, Schiller publicó una obra en la que aseguraba que los secretos empresariales eran protegidos en la Antigua Roma a través de la *actio servi corruptii.* Ahora bien, aunque se cite reiteradamente esta afirmación, no hay ninguna prueba que evidencie tal realidad, desconociéndose si había alguna norma con un alcance similar a las actuales, y, sobre todo, desconociéndose si hubo un solo caso en el que se acudiera a la mencionada acción para proteger los secretos empresariales: Schiller, A. A., «Trade Secrets and the Roman Law; The *Actio Servi Corrupti*», *Columbia Law Review,* vol. 30, núm. 6, 1930, pp. 837-845. En contra, de manera muy crítica, *vid.* Watson, A., «Trade Secrets and Roman law: The Myth Exploded», *Tulane European & Civil Law Forum,* vol. 11, 1996, pp. 19-29.

[4] Precisamente, la fecha en la que supuestamente se inventó la Coca-Cola fue el año 1886. Mientras que la primera sentencia en Estados Unidos de América que trató los secretos empresariales se ha señalado que fue *Vickery v. Welch*, 36 Mass. (19 Pick.) 523 (1837), aunque no fue hasta el famoso caso *Peabody v. Norfolk,* 98 Mass. 452 (1868) cuando se produjo realmente una eclosión del secreto empresarial.

[5] A/RES/70/1 — Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015, Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Disponible en: *https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n15/291/93/pdf/n1529193.pdf?token=c6bfqm1B2hdAeiSKj2&fe=true* [Última consulta: 25 de febrero de 2024].

[6] Es cierto que la Agenda 2030 y sus ODS, a lo sumo, puede considerarse como *soft law* en el Derecho internacional. No obstante, a pesar de ello, ha habido un gran consenso a nivel internacional sobre su implementación. Sobre la naturaleza jurídica de la Agenda 2030 y de los ODS, se pueden ver: Díaz Galán, E. C., «The 2030 Agenda for Sustainable Development's legal value: a new regulatory trend?», *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo,* vol. 11, núm. 2, 2022, pp. 30-52; o García Martín, L., «Agenda 2030 and sustainable development: some reflections on its legal nature and implementarion on international law for States and business», *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo,* vol. 11, núm. 2, 2022, pp. 126-142. Aunque, al mismo tiempo, se ha puesto en duda si continúan presentando importancia o si, en cambio, están en crisis sin que puedan llegar a ser cumplidos. *Vid., v.gr.* Gómez Gil, C., «Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en crisis: del Antropoceno a su recalibración», *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global,* núm. 156, 2022, pp. 107-121; o Turcea, V. C. y Ion, R. A., «How Important are the Sustainable Development Goals? A Bibliometric and Modern

De entre todos los ODS, hay uno que debe centrar nuestra atención por la temática que tratamos y por su relación con los secretos empresariales. En concreto, el ODS núm. 9[7] lleva por título «[c]onstruir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación», el cual se cimienta sobre un total de ocho metas —9.1, 9.2, 9.3, 9.4, 9.5, 9.*a*, 9.*b* y 9.*c*—, las cuales se encargan de desarrollar uno de los objetivos más importantes o de mayor importancia de cara a un futuro sostenible. De todas ellas, a su vez, es la meta 9.5 la que de manera clara influye —o, más bien, confluye— en la temática de los secretos empresariales. En esta concreta meta se dispone que con este objetivo se pretende «[a]umentar la investigación científica y mejorar la capacidad tecnológica de los sectores industriales de todos los países, en particular los países en desarrollo, entre otras cosas fomentando la innovación y aumentando considerablemente, de aquí a 2030, el número de personas que trabajan en investigación y desarrollo por millón de habitantes y los gastos de los sectores público y privado en investigación y desarrollo».

Es imperativo cuestionarnos si nuestro sistema de protección de la innovación está debidamente preparado para abordar las demandas de los ODS o si cuenta con la capacidad y aptitudes necesarias para llevarlos a buen término porque hay una realidad innegable: el impulso hacia la innovación o su promoción se verá considerablemente limitado si no se establecen medidas efectivas que salvaguarden la protección y seguridad del innovador o, dicho de otro modo, si no se protege la innovación no se invertirá en ella. En este sentido, los derechos de propiedad industrial han tenido un papel trascendental en la historia de la innovación, en la historia de la explotación económica de las invenciones, así como en el reconocimiento tanto presente como futuro de tales creaciones. En efecto. Los sistemas legales de la práctica totalidad de los diversos ordenamientos jurídicos han dedicado un ímprobo esfuerzo —y una notable inversión temporal— a la promoción de un desarrollo armónico de las actividades económicas, a través de la implementación de innovadores mecanismos destinados a salvaguardar tanto los intereses de los empresarios como los de los consumidores, entre los que claramente ha destacado, por su enorme importancia, el Derecho de propiedad industrial, que no solo ha respondido a las evidentes exigencias de la actual estructura socioeconómica de nuestra comunidad, sino que, además, ha ejercido un rol crucial en el avance y prosperidad de la sociedad en su conjunto.

Data Analysis», *Proceedings of the 3rd International Conference on Economics and Social Sciences*, 2020, pp. 624-635.

[7] Sobre este ODS, en mayor profundidad, *vid.* Küfeoğlu, S., *Emerging Technologies. Value Creation for Sustainable Development,* Springer, 2022, pp. 349-369; o Montes Soldado, R. *et al.*, «Dimensión económica: desarrollo económico y tecnológico. ODS 9: Industria, innovación e infraestructura», en AA.VV., *Inteligencia artificial y tecnologías digitales para los ODS,* Real Academia de Ingeniería, 2021, pp. 185-212.

Por tanto, es indudable, que ha sido la propiedad industrial, como recurso primordial y desplegando su influencia en innumerables esferas, la que ha ocupado el lugar principal en la protección de la innovación de manera tradicional. Ahora bien: ¿qué sucede cuando el sistema de protección de la propiedad industrial no logra, por decirlo así, proteger ciertas innovaciones? ¿O cuando, aun teniendo esta capacidad, se prefiere recurrir a otros medios? La instauración de monopolios legales, delimitados por diversas variables —material, territorial o temporalmente—, ha emergido de manera tradicional como el catalizador esencial para los inventores y empresarios, al ofrecer un sendero claro para salvaguardar sus creaciones y asegurar una justa y derechera retribución por su esfuerzo. Es decir, la propiedad intelectual ha desempeñado —y así se ha entendido de manera mayoritaria— una significativa función en el contexto de la innovación. Empero, como se decía, ¿qué ocurre cuando no hay espacio para ella? ¿Pueden jugar el mismo papel los secretos empresariales?

Esta pregunta no es baladí, sino que es una consecuencia o una reflexión que nace de la promulgación en España de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, por la que se transpuso la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016 —en adelante, Ley 1/2019 y Directiva 2016/943—. Lo curioso de esta norma, de la ley española, es que en su preámbulo se señala que «[l]a innovación es un importante estímulo para el desarrollo de nuevos conocimientos», comentario que, en principio, no debería plantear —ni plantea— ningún problema, sino que, todo lo contrario, es lo que, en puridad, buscaba el citado ODS 9. Es más, si seguimos analizando el preámbulo se afirma que «las entidades innovadoras están cada vez más expuestas a prácticas desleales que persiguen la apropiación indebida de secretos empresariales, por lo que la innovación y la creatividad se ven desincentivadas y disminuye la inversión», comentario que claramente se relaciona con el ODS mencionado, pues, como señalábamos anteriormente, se ha de procurar «aumentar la investigación científica y mejorar la capacidad tecnológica» y si no se protege la innovación no será posible fomentarla.

Mas, a pesar de todo lo dicho hasta aquí, a pesar de la clara relación de lo señalado con los ODS, la Ley 1/2019 no menciona los ODS ni en una sola ocasión y el mismo número de veces los nombra la Directiva citada. ¿Cómo es posible? ¿Acaso no pueden servir los secretos empresariales para la promoción de la innovación? ¿O directamente, a pesar de lo que se afirma en el preámbulo, no contribuyen ni aproximadamente al fomento de la innovación? Si se ha demostrado —mayoritariamente— que los mecanismos de propiedad industrial e intelectual pueden fomentar —y fomentan— la innovación, ¿no podrán igualmente fomentarla los secretos empresariales?

¿Son acaso los derechos de propiedad intelectual los únicos mecanismos fiables? La legislación en nuestro país sigue el compás marcado por el Derecho de la Unión Europea, por lo que ¿puede la regulación de los secretos empresariales erigirse como un mecanismo eficaz para proteger la innovación y como herramienta para cumplir los ODS?

El ODS núm. 9, entre otros aspectos, destaca la importancia de la innovación, la cual requiere una colaboración estrecha de los agentes públicos y privados, pues debe ser una innovación responsable, sostenible, que evite el cortoplacismo. No obstante, la innovación empresarial, de manera general, se vincula al rédito económico y los agentes privados para llevarla a cabo requieren de una serie de medidas que garanticen hasta cierto punto la viabilidad económica de la inversión. Y eso es una realidad. Así, la cuestión que planteamos es: ¿cómo un secreto empresarial que, de facto puede ser un monopolio *ad aeternum,* puede fomentar la innovación sostenible?

II. REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO AL CONCEPTO DE SECRETO EMPRESARIAL

En el apartado que ahora se comienza no se pretende realizar un análisis circunstanciado del concepto de secreto empresarial y de sus requisitos por, entre otras razones, no ser este nuestro tema principal de investigación y, sobre todo, por tratarse de una cuestión de no fácil solución que requiere de una atención mayor que la que podemos dedicarle en este capítulo. Aún con todo, a pesar del carácter casi epitomador de estas líneas, no pretendemos solamente ser descriptivos, sino, también, aunque sea brevemente, abordarlo desde una perspectiva crítica. En este sentido, resulta esencial partir del art. 1 Ley 1/2019, el cual dispone que «[a] efectos de esta ley, se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:

— Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;
— tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y
— haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto».

Lo primero que debe llamar nuestra atención es que la definición realizada por el legislador español no presenta cambios reseñables si se compara con las que con anterioridad a la entrada en vigor en Es-

paña de esta norma se venía utilizando, a pesar del silencio que sobre su concepto mantenía la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal[8]. El segundo hecho reseñable es que se trata de una definición heredera de los conceptos empleados en el contexto internacional de la protección de los secretos empresariales[9]. En tercer lugar, cabe destacar que la definición española añade que el secreto empresarial puede ser «cualquier información o conocimiento», a diferencia de la definición europea que se limitaba a «cualquier información».

---

[8] Sobre la falta de un concepto de secreto empresarial en la Ley de Competencia Desleal, *vid.* Suñol Lucea, A., *El secreto empresarial. Un estudio del art. 13 de la Ley de Competencia Desleal,* Civitas — Thomson Reuters, 2009, pp. 105 y ss. Téngase en cuenta, además, que el concepto que recoge la Ley 1/2019 es heredero directo, a su vez, de la definición que se contempla en la Directiva 2016/943, en cuyo art. 2 se dispone que «[a] los efectos de la presente Directiva se entenderá por: 1) "secreto comercial": la información que reúna todos los requisitos siguientes: *a)* ser secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas; *b)* tener un valor comercial por su carácter secreto; *c)* haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control». Ahora bien, aunque se pudiera pensar que es lógica la casi igualdad de ambas definiciones, si se analiza el texto europeo, en mi opinión, nos encontramos con el hecho de que el concepto de secreto empresarial no se encuentra expresamente dentro del contenido mínimo de la Directiva, pudiendo los estados miembros «disponer una protección más amplia que la exigida». Esta situación ha despertado las críticas de un amplio sector de la doctrina (*vid., v.gr.* Steinmann, S. «Die Geschäftsgeheimnis-Richtlinie: Vorwirkung und unmittelbare Anwendbarkeit», *WRP,* núm. 6, 2019, pp. 703-710). Ahora bien, no faltan tampoco autores [*vid., v.gr.* Massaguer Fuentes, J., «De nuevo sobre la protección jurídica de los secretos empresariales (a propósito de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales)», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez,* núm. 51, 2019, pp. 46-70] que han considerado que el concepto, aunque no se encuentre dentro del contenido mínimo, es un concepto de Derecho de la Unión, por lo que ningún estado podrá definirlo incoherentemente con lo establecido en la Directiva. Es cierto que el concepto no puede ser incoherente —en tal caso, carecería de sentido una norma uniformada como esta—, pero ello no implica que en ciertos estados puedan adoptarse definiciones distintas o en las que los requisitos se perfilen de un modo u otro. Así, en este sentido, solo hay que amaitinar la transposición realizada por países como Alemania, que añade circunstancias, Irlanda, que no define el secreto empresarial, o la República Checa, que define de un modo totalmente distinto los secretos empresariales sin optar por una suma tan clara de requisitos.

[9] *Vid.,* aunque centrado en la construcción europea del concepto, la obra de Desaunettes-Barbero, L., *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding,* Springer Nature, 2023. *Vid., v.gr.*, que el art. 39.2. del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio y los instrumentos internacionales a los que hace referencia los define como la información que «*a)* sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y *b)* tenga un valor comercial por ser secreta; y *c)* haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla»; o la sección 1 de la *Uniform Trade Secrets Act* los define como *information, including a formula, pattern, compilation, program, device, method, technique, or process, that: (i) derives independent economic value, actual or potential, from not being generally known to, and not being readily ascertainable by proper means by, other persons who can obtain economic value from its disclosure or use, and (ii) is the subject of efforts that are reasonable under the circumstances to maintain its secrecy*.

En cuarto lugar, que la definición que se utiliza no es en puridad una definición, sino la suma de una serie de requisitos que son insoslayables para que una información pueda recibir la protección establecida en la Ley 1/2019[10]. En este sentido, se ha criticado que, más allá de la complicación que reviste conocer cuál es el objeto de los secretos empresariales, dado su carácter etéreo, sea necesario que esté revestido de una serie de requisitos o condiciones que no son naturales a la propia información o conocimiento, sino externas, y que, además, son poco claras, por no decir que son ambiguas[11]. Así, la doctrina no ha dudado en intentar encontrar una definición que no se construya sobre la suma de requisitos, sino sobre definiciones positivas o negativas, desde propuestas totalmente escuetas, pero certeras, como la de RISCH, quien afirmó que el secreto empresarial es «un tipo de información que tiene valor porque no se conoce de forma general»[12], a más extensas, pero no menos certeras, como la de Suñol Lucea, quien intentó definirlos como «toda información relativa a la empresa a la que los terceros no pueden acceder fácilmente por medios lícitos sin emplear una cantidad significativa de recursos, y respecto de la cual su titular ha adoptado medidas razonables para mantenerla en secreto, tanto en relación con los sujetos a los que se la comunicó, como respecto de aquellos que la ignoran»[13].

Es cierto, no obstante, que las definiciones traídas a colación se alejan o territorial o temporalmente de lo que debiera derivar de nuestra legislación. Empero estas circunstancias fácticas no deben privarnos del deber de abrazarlas por su mayor aproximación a la esencia de los secretos empresariales de un modo positivo y alejándose de la suma de unos requisitos[14]. Ahora bien, no podemos negar la realidad jurídica

---

[10] Esto ha sido ampliamente criticado por: Suñol Lucea, A., *El secreto empresarial…, cit.,* p. 190 (en particular, *vid.,* sus notas a pie de página números 485, 486, 487).

[11] Castán Pérez-Gómez, A., «Secretos empresariales y Propiedad Industrial e Intelectual: Afinidades y divergencias», en Merino Baylos, P. (dir.), *Homenaje a Luis Alfonso Durán. Estudios sobre Propiedad Industrial e Intelectual,* Grupo Español de la AIPII — Aranzadi, 2019, p. 308. En cambio, A. Bercovitz Rodríguez-Cano los ha definido directamente partiendo de estos requisitos al señalar que un secreto empresarial será «una información o conocimiento, referido a cualquier modalidad de actividad […], que no sea conocida por las personas pertenecientes al círculo en que se maneja habitualmente ese tipo de conocimientos, […] con valor empresarial por el hecho de ser secreta [… y que se hayan] adoptado medidas serias para mantener[lo] secreto», Bercovitz Rodríguez-Cano, A., «Nociones introductorias sobre la Ley de Secretos Empresariales», en Merino Baylos, P. (dir.), *Homenaje a Luis Alfonso Durán. Estudios sobre Propiedad Industrial e Intelectual,* Grupo Español de la AIPII — Aranzadi, 2019, p. 201.

[12] Risch, M., «Why do we have trade secrets?», *Marquette Intellectual Property Law Review,* núm. 1, 2007, p. 7.

[13] Suñol Lucea, A., *El secreto empresarial…, cit.,* p. 191.

[14] En el mismo sentido, podemos destacar la definición desarrollada por la jurisprudencia española. Así, ante la ausencia de una norma que, con anterioridad, definiera los secretos empresariales, fueron los tribunales españoles los que en diversas ocasiones afrontaron este reto. A modo de ejemplo, por su carácter pragmático, es destacable la definición dada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2018 (RJ 2018\5855), en la que se define

en la que nos encontramos. Así, resulta interesante señalar unas breves notas acerca de estos requisitos o condiciones[15].

En primer lugar, aunque pueda parecer obvio, es necesario que la información[16] sea empresarial, entendiendo esto en un sentido amplio, pero nunca llegando a cubrir las informaciones de carácter o índole personal. Es decir, ha de ser una información o conocimiento relacionado con una actividad económica, empresarial, industrial, comercial… En segundo lugar, es necesario que la información o conocimiento que constituye el secreto empresarial sea secreta, es decir, como precisa el propio artículo de la Ley 1/2019, que no sea ni generalmente conocida, ni fácilmente accesible en los círculos en los que es usual la utilización de este tipo de informaciones. Si analizamos la legislación parece que dentro de este requisito *se esconden* otros tres requisitos o condiciones acumulativas, pues la información, como se acaba de señalar, i. ni debe ser, de manera general, conocida; ii. ni debe ser conocida por las personas de los círculos en los que habitualmente se utilice ese tipo de informaciones; y iii. ni debe ser fácilmente accesible. En tercer lugar, es necesario que la información o conocimiento tenga un valor, real o potencial, en todo caso, empresarial. Ahora bien, siempre derivado dicho valor de su carácter secreto[17], es decir, su valor deriva de que los restantes actores del mercado no pueden acceder a él[18] —solo piénsese, por ejemplo, en un listado de clientes, mantenido confidencial, pues si lo consideramos secreto empresarial, aunque ello no sea pacífico, su

---

el secreto empresarial, desde «una concepción funcional-práctica», como «los propios de la actividad empresarial, que de ser conocidos contra la voluntad de la empresa, pueden afectar a su capacidad competitiva».

[15] Sobre los requisitos establecidos en la Ley 1/2019, se pueden ver los comentarios realizados, con carácter descriptivo e informativo, por Campuzano Laguillo, A. B., Palomar Olmeda, A., Sanjuán y Muñoz, E. y Molina Hernández, C., *La protección de secretos empresariales,* Tirant lo Blanch, 2019, pp. 13 y ss.

[16] Se ha definido la información como un conjunto de datos con sentido que forman un mensaje que puede ser comprendido por las personas, sin necesidad de ser registrados en un medio físico: Guillén Monge, P., «Artículo 1», en Lissén Arbeloa, J. M. (coord.), *Comentarios a la Ley de Secretos Empresariales,* Wolters Kluwer, Madrid, 2020, p. 37.

[17] De manera tradicional en España se había señalado que el valor del secreto debía fundamentarse en todo caso en una razón legítima, cuantitativa o cualitativa, que justificase su tratamiento secreto y confidencial [*vid., v.gr.* Gómez Segade, J. A. *El secreto industrial (know-how): concepto y protección,* Tecnos, 1974, pp. 238-249; o SAP Madrid de 9 de junio de 2004 (JUR 2004\245126)]. Y lo cierto es que la Directiva 2016/943 en su preámbulo hacía referencia a la necesidad de que hubiera un interés legítimo para mantener confidencial la información, pero no fue recogida esta característica en la definición de secreto empresarial (aunque sí que lo ha recogido Alemania en la transposición de la norma con los problemas que ello puede plantear). Ahora bien, a la vista de la Ley 1/2019 no se puede mantener que sea necesario ese interés legítimo para estar ante un secreto empresarial —cuestión distinta será su concreta relación con el Derecho de la competencia si se abusa de este recurso—.

[18] Suñol Lucea, \$1., *El secreto empresarial…, cit.,* pp. 37 y ss. También en un mismo sentido, la SAP Vizcaya de 23 de abril de 2019 (AC 2019\1224) lo señala de manera clara al indicar que «el valor competitivo es la ventaja de la que goza la empresa que conoce y aplica la información secreta frente a las empresas que carecen de ella».

valor será mayor precisamente porque es desconocido para los restantes agentes del mercado, mientras que si el listado fuera público o conocido su valor sería infinitamente más bajo—. Además, se ha planteado, también, aunque la Ley 1/2019 no se pronuncia al respecto, de si el valor ha de estar en el conjunto de la información mantenida en secreta o puede residir solo en alguna de sus partes[19]. Finalmente, se requiere que el titular del secreto empresarial adopte medidas razonables que aseguren la protección del secreto, es decir, debe obrar diligentemente para evitar que sus informaciones de carácter secreto puedan ser descubiertas por terceros. Por tanto, no basta con ser titular de una información y que no se divulgue para que sea secreta, sino que se requiere que se envuelva con una serie de medidas indefinidas que impidan que pueda ser descubierta. Cuestión distinta es cómo debemos interpretar que las medidas sean «razonables», al tratarse de un concepto indeterminado, dependiendo, a la postre, de una apreciación judicial, creándose una inseguridad en torno a cuándo será razonable la protección establecida y cuándo no lo será. La importancia de ello es primordial, pues si las medidas no son razonables podrá perderse la protección que la Ley 1/2019 otorga a la información ya que no reunirá los requisitos necesarios para ser considerado secreto empresarial[20].

Así, por tanto, para estar ante un secreto empresarial, de acuerdo con la legislación española y con los reparos indicados, será necesario que la información reúna todos los requisitos señalados.

---

[19] A favor de que deba recaer sobre la totalidad de la información: STS de 4 de junio de 2020 (RJ 2020\1580).

[20] A grandes rasgos, se ha señalado que no se considerarán razonables si no se ha adoptado ninguna medida o prácticamente ninguna y siempre que las medidas adoptadas sean distintas de las utilizadas para el resto de las informaciones de la empresa. Además, se ha indicado que los acuerdos de confidencialidad —o *NDA* por sus siglas en inglés— desempeñan un papel especial en la razonabilidad de las medidas, pues, aunque su adopción no implica *per se* que las medidas sean razonables, pero, al mismo tiempo, en ciertas ocasiones se ha señalado que su no adopción implica que no se pueda cumplir este requisito de la razonabilidad de las medidas. Por otro lado, también se ha llamado la atención a la relación de esas medidas razonables con las relaciones laborales, dadas las posibles colisiones con los derechos de los trabajadores, en particular, de movilidad. En último lugar, no se puede obviar que se trata de una cuestión relativa, pues dependerá de las circunstancias concretas el terminar determinando si se tratan de medidas razonables o no. Con carácter general sobre las cuestiones planteadas, *vid.* Dostert, N. y Lautier, T., «La protection du secret des affaires: quelles conséquences sur la propriété intellectuelle?», *Revue Propriétés Intellectuelles*, núm. 71, 2019, pp. 6-18; Grimes, S. y Murphy, S., «Reasonable Measures for protecting trade secret: A primer», *Law 360*, 2019. Disponible en: *https://www.law360.com/articles/1130722* [27 de marzo de 2024]; Suñol Lucea, A., *El secreto empresarial…, cit.,* pp. 172 y ss.; Cundiff, V. A., «Reasonable measures to protect trade secrets in a digital environment», *IDEA-The Intellectual Property Law Review*, núm. 3, 2009, pp. 359-410.

III. ¿POR QUÉ PROTEGEMOS LOS SECRETOS EMPRESARIALES?

1. Parecidos y diferencias con la propiedad intelectual: una reflexión sobre su naturaleza jurídica

Sin entrar en el debate de si los secretos empresariales se encuadran o no en la categoría de los derechos de propiedad intelectual o en la defensa de la competencia[21], lo que no se puede negar es que entre los tradicionales derechos de la propiedad intelectual —o industrial por su denominación en el sistema jurídico español tradicional— y los secretos empresariales hay una estrecha relación —sea cual sea esta—. No obstante, al mismo tiempo, hay claras diferencias entre ellos que, a la postre, pueden determinar que la justificación que tradicionalmente se ha dado a los derechos de propiedad industrial no sirvan para justificar la existencia de los secretos empresariales.

Lo primero que cabe señalar es que los secretos empresariales no otorgan un derecho de exclusividad sobre la información o conocimiento, sino que solo extienden los efectos protectores o reactivos en caso de que un tercero los hubiera obtenido, utilizado o difundido de manera ilícita; dicho con otras palabras, nada se puede hacer —jurídicamente— frente al que realiza esas conductas de manera lícita. Esto implica un cambio de gran importancia respecto de los tradicionales derechos de propiedad industrial, pues permite que se pueda desarrollar un mismo secreto empresarial por dos personas de manera independiente sin que ninguno pueda excluir de la titularidad al otro, al tiempo que mediante ingeniería inversa se puede lícitamente averiguar el secreto empresarial ajeno[22].

En segundo lugar, el derecho que otorgan los secretos empresariales, por tanto, no es un monopolio como el de los tradicionales derechos de propiedad industrial. Estos monopolios legales se caracterizan porque

---

[21] No obstante, considero que su encuadre está en los derechos de propiedad intelectual, aunque este no sea el medio para discutir esta debatida cuestión.

[22] Schultz, M. F. y Lippoldt, D. C., «Approaches to Protection of Undisclosed Information (Trade Secrets): Background Paper», *OECD Trade Policy Papers,* núm. 162, 2014, pp. 13 y ss.; Pooley, J., *Trade Secrets*, *Law Journal Seminars-Press,* 1997, pp. 32-40. Al conceder impunidad a ciertas formas de obtención de los secretos empresariales, la Ley 1/2019 permite que el Derecho de la competencia limite el derecho que se otorga al innovador de manera indirecta, ya que para la promoción de resultados eficientes, lo que se permite es que los competidores —o no competidores— obtengan un secreto empresarial ajeno a través de una serie de medios que fomenta, en definitiva, no el espionaje industrial o empresarial —el cual está penado—, sino todo lo contrario: la innovación. En definitiva, la Ley 1/2019 parece promover la mejora del entramado empresarial e industrial, trasladando los beneficios de la competitividad a los consumidores. Cuestión distinta y que no suele tratarse con el detenimiento que merece es si realmente puede haber alguna apropiación de un secreto empresarial ajeno que, aunque esté legitimado por el ordenamiento jurídico, realmente no sea contrario a la buena fe o a las buenas prácticas de los comerciantes.

tienen una limitación en tres ámbitos: el material, el territorial y el temporal, como se ha señalado *ut supra.* Este monopolio en la propiedad industrial es la recompensa que se ha otorgado al innovador de manera tradicional. En cambio, el *monopolio* —si es que se le puede denominar de este modo— que encontramos en los secretos empresariales poco tiene que ver con aquellos, pues no es un monopolio como tal[23], ya que, en puridad, la titularidad de un secreto empresarial no impide, como regla general, que los restantes agentes del mercado puedan comercializar un producto que contenga el secreto empresarial durante un determinado periodo de tiempo o en un cierto ámbito territorial. Estaríamos, en todo caso, ante lo que podríamos denominar como monopolio *condicional,* es decir, estamos ante un monopolio *tradicional*, con todas sus prerrogativas, a condición de que ningún tercero acceda a él de manera legal y a condición de que su titular cumpla los requisitos que se desprenden de su propio concepto —el establecimiento de medidas razonables para evitar que sea conocido—. Por tanto, se trata de un *monopolio* que puede ser *ad aeternum,* siempre que su titular así lo quiera y siempre que ninguna persona acceda válidamente a él; se trata de un *monopolio* para el que no existen fronteras geográficas, pues carece de cualquier tipo de registro, sino que su referencia locativa dependerá de hasta dónde se mantenga el secreto empresarial —solo piénsese en la extensión de un secreto empresarial como es la receta de la Coca-Cola o el relativo al algoritmo de *Instagram,* pues parece que estos monopolios no se pueden parangonar con ninguno otro conocido—.

Por tanto, no se puede afirmar que el titular del secreto empresarial disponga de un monopolio legal sobre el propio secreto[24], pues no le atribuye «un específico *ius prohibendi* o derecho subjetivo, sino que se compone de distintas facultades reconocidas a través de disposiciones de distinta procedencia y naturaleza»[25]. Aunque, al mismo tiempo, el derecho que nace a favor del titular no está sujeto a ningún tipo de limitación —más allá de las propias de la competencia— y su duración dependerá de la actitud de su titular y de la posible adquisición lícita por parte de los terceros[26]. Se trata, sin duda alguna, de un *no-monopolio*, pero que, simultáneamente, actúa como el mayor monopolio legal.

---

[23] Es sumamente interesante la reflexión crítica que realiza el profesor Esplugues Boter sobre el papel de los monopolios en relación con la propiedad intelectual —en su sentido amplio— y, aunque no compartamos las conclusiones de este autor, sus aportaciones permiten replantearse y valorar el sistema de protección de la innovación: Esplugas Boter, A., «El monopolio de las ideas contra la Propiedad Intelectual», *Procesos de mercado: Revista Europea de Economía Política,* vol. iii, núm. 1, 2006, pp. 47-104.

[24] Portellano Díez, P., «Artículo 13», en Martínez Sanz, F. (dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal,* Tecnos, 2009, p. 219.

[25] Massaguer Fuentes, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal,* Civitas, 1999.

[26] Zueco Peña, A: «Artículo 2» en Lissén Arbeloa, J. M. (coord.), *Comentarios a la Ley de Secretos Empresariales,* Wolters Kluwer La Ley, 2020. Disponible en: *https://www.laleydigital.es* [Última consulta: 20 de marzo de 2024].

La exclusividad otorgada a los titulares de los derechos de propiedad industrial sobre la innovación que desarrollan ha generado la necesidad perenne de encontrar una justificación para sus efectos, dada su extraordinaria influencia en el comercio, en la economía o, en definitiva, en la vida cotidiana. La cuestión de la legitimidad y el papel de la propiedad industrial en los ordenamientos jurídicos es una constante a lo largo de la historia jurídica de la humanidad[27], pero ahora con la *aparición*[28] de los secretos empresariales parece que puede volver a surgir con más fuerza.

La cuestión vuelve a estar sobre la mesa y junto con ella emerge de nuevo la discusión acerca de la naturaleza de esta escurridiza institución que son los secretos empresariales. Por un lado, se ha señalado que los secretos empresariales tienen una naturaleza obligacional al nacer o bien de pactos expresos, o bien de pactos tácitos, pero que no tienen entidad propia, sino que están siempre vinculados a un acuerdo, contrato…[29] Por otro lado, se ha sostenido que pueden ser una faceta más del derecho de propiedad. No faltan autores que entienden que son

---

[27] *Vid.* Bentley, L. y Sherman, B., *Intellectual Property*, Oxford University, 2004, pp. 3-4, 34 y ss. Numerosos son los intentos de justificar esta clase de derechos, desde que son derechos naturales por lo que su titular gozará de ellos y de sus facultades por el simple hecho de recaer sobre invenciones emanadas de su esfuerzo intelectual, hasta que son una recompensa al esfuerzo invertido en la invención que se manifiesta a través de un rédito económico, personal, moral e intelectual. Es decir, sería una especie de gratitud legal para con el autor que nace como premio por el desempeño de una labora redundante en beneficio del interés general. De entre las diversas posiciones, compartimos aquella que entiende que son un incentivo para la innovación, al atribuir exclusividad sobre productos, procesos, métodos… protegidos, habida cuenta de la gran inversión que se ha realizado para su desarrollo. Esto, que es de suyo palmario, lleva a diversos autores a defender que la ausencia de estos derechos sería perjudicial para el interés general, pues la ausencia de medidas conducentes a frenar el aprovechamiento de invenciones originales por parte de terceros competidores redundaría en la merma de los beneficios obtenidos por el inventor, disminuyendo la actividad inventiva y frenando en último término el progreso tecnológico y cultural de la sociedad. El Derecho a lo largo de su historia reciente ha utilizado la innovación para fundamentar, en gran medida, la utilidad de los derechos de propiedad industrial e intelectual. Es más, podríamos afirmar abiertamente que uno de los motivos por los que los países de la Unión Europea o Estados Unidos son de los que más invierten en innovación es precisamente por la excelsa protección que se confiere a tales innovaciones, frente a posibles ataques de terceros. Sobre el papel de la innovación, *vid.* Motta, J. y Morero, H., «La teoría moderna de la innovación y sus antecedentes en el pensamiento económico», en Suárez, D., Erbes, A. y Barletta, F. (comp.), *Teoría de la innovación: evolución, tendencias y desafíos,* Ediciones Complutense, 2020, pp. 23-70.

[28] Aparición porque, aunque sea una institución con siglos de historia, parece que ha sido en los últimos años cuando ha dejado de estar totalmente aislada para centrar la atención de la doctrina científica.

[29] Ha sido la doctrina británica la que principalmente ha entendido que la naturaleza del secreto empresarial es obligacional, al entender que durante una relación surge —o puede surgir— una obligación de confidencialidad respecto de ciertas informaciones y, por tanto, esté pactado o no expresamente, si se hace un uso en beneficio propio o de terceros una información obtenida con el *adjetivo* de confidencial se entenderá que se ha incumplido el deber u obligación que hubiera dimanado de la relación. *Vid.,* Gurry, F., *Breach of Confidence: The protection of confidential information,* Oxford University Press, 2012, pp. 231-309.

una plasmación o materialización de los principios generales del derecho, como podría ser, en particular, la prohibición del enriquecimiento injusto[30]. Del mismo modo, un sector de la doctrina ha señalado que no es más que una arista del Derecho de la competencia, del mismo modo que existen otras limitaciones o prohibiciones[31].

Ahora bien, entre todas las posibles justificaciones, entendemos que en la actualidad su naturaleza jurídica es la propia de los derecho de propiedad intelectual o, al menos, de la de una modalidad de ellos[32]. Es cierto que hay diferencias con estos y, principalmente, se ha señalado para negar esta realidad que «[s]i el secreto empresarial es un derecho de propiedad, ¿por qué el propietario no tiene un derecho exclusivo sobre ella frente al público como los demás propietarios?»[33]. Al mismo tiempo, no podemos obviar que todos los derechos de propiedad existentes en nuestro derecho no tienen el mismo contenido o se componen de las mismas facultades[34]. Pero es incuestionable que con la entrada en vigor de la Ley 1/2019, parece ser que en nuestro ordenamiento jurídico ha prevalecido esta opción, porque si no fuera así ¿qué coherencia tendría que el capítulo III de la norma llevara por título «[e]l secreto empresarial como objeto del derecho de propiedad[35]»? Además, se declara como regla o principio general en el art. 4 de la Ley 1/2019 que «[e]l secreto empresarial es transmisible». Si no hay un derecho de propiedad sobre él, ¿qué transmitimos? ¿Qué otro derecho se transmitiría? Obviamente se pueden transmitir otros derechos que no sean el de propiedad, ¿pero cuál?

---

[30] Así se viene sosteniendo en España por la mayoría de la doctrina y por la jurisprudencia. *Vid. v.gr.,* STS de 5 de marzo de 1999 (RJ 1999\1403); o Lasarte Álvarez, C., *Principios de Derecho Civil,* t. III*,* Marcial Pons, 2018, p. 321.

[31] Sobre esta cuestión, más profundamente, *vid.* Claeys, E. R., *«*Private Law Theory and Corrective Justice in Trade Secrecy*», Journal of Tort Law,* vol. 4, núm. 2, 2011, *passim*; Bone, R. G., «A new look at Trade Secret Law: Doctrine in search of justification», *California Law Review,* vol. 86, núm. 2, 1998, *passim.*

[32] En Estados Unidos, aunque de un modo vacilante, su jurisprudencia en no pocas ocasiones ha considerado que el secreto empresarial otorga un derecho de propiedad. Una de las sentencias principales en este sentido fue: *Ruckelshaus vs. Monsanto Co.,* 467 US 986 (1984).

[33] Bone, R. G., *«*A new look at Trade Secret Law…», *cit*., p. 254. También, *vid.* Lobel, O., «Filing for a Patent Versus keeping your invention a trade secret*», Harvard Business Review,* 21.11.2013. Disponible en: *https://hbr.org/2013/11/filing-for-a-patent-versus-keeping-your-invention-a-trade-secret* [Última consulta: 15 de marzo de 2024].

[34] Piénsese, por ejemplos, en la propiedad de las aguas regulada en los arts. 407 y ss. CC en relación con las limitaciones establecidas en los arts. 412 a 416 CC. Así, por ejemplo, en el art. 412 CC se dispone que «[e]l dueño de un predio en que nace un manantial o arroyo, continuo o discontinuo, puede aprovechar sus aguas mientras discurran por él; pero las sobrantes entran en la condición de públicas, y su aprovechamiento se rige por la Ley especial de aguas» o en el art. 415 CC se establece que «[e]l dominio del dueño de un predio sobre las aguas que nacen en él no perjudica a los derechos que legítimamente hayan podido adquirir a su aprovechamiento los de los predios inferiores».

[35] Es cierto, no obstante, que de manera posterior no se establece ninguna referencia más a la propiedad.

Como señalaba, aunque asaz brevemente, entiendo que es un derecho de propiedad especial, con características propias, pero que, a la postre, mientras no sea descubierto se compone de una serie de facultades similares —prácticamente idénticas— que la de los restantes derechos de propiedad[36], estando limitado —por su configuración legal— por las normas reguladoras de la competencia o, en definitiva, por las buenas costumbres que protegen la lealtad en el comercio[37]. Así, aunque sea controvertido, considero que los secretos empresariales son auténticos derechos de propiedad —con particularidades—, habiéndose desgajado de su papel como medio reactivo frente a conductas desleales, para arribar a un papel más amplio.

2. Las razones o sinrazones para su protección

¿Por qué protegemos los secretos empresariales? O dicho de otro modo: ¿protegerlos o no protegerlos? A lo largo de su historia normativa, esta pregunta se ha repetido constantemente, buscando su respuesta en argumentos económicos o éticos, entre otros.

Por un lado, en primer lugar, se ha defendido que «[e]l mantenimiento de los estándares de ética comercial»[38] es uno de los fundamentos de las leyes de secretos empresariales. Esta argumentación se basa en el contenido ético o moral que subyace al ya mencionado principio general del derecho del enriquecimiento injusto o sin causa, pues el aprovechamiento por parte de una empresa de los conocimientos secretos de otra se considera que puede no ser ético[39]. Ahora bien,

---

[36] A pesar de su antigüedad, en *Peabody vs. Norfolk*, 98 Mass. 452 (1868) se señaló que quien «inventa o descubre y mantiene en secreto un proceso de fabricación, ya sea objeto de una patente o no, no tiene realmente un derecho exclusivo sobre el mismo frente al público, o frente a quienes de buena fe adquieren conocimiento de él. Pero sí que tiene una propiedad sobre el mismo, que un tribunal protegerá frente a quien aplique dicha información secreta para su propio uso o lo divulgue a terceras personas, habiéndolo obtenido de una manera no legítima».

[37] En este sentido: Chally, J., «The Law of Trade Secrets: Toward a More Efficient Approach», *Vanderbilt Law Review,* vol. 57, núm. 4, 2019, p. 1274. Así, Ohly, A., «Harmonising the Protection of Trade Secrets: Challenges and Perspectives», en Werra, J. de (ed.), *La protection des secrets d'affaires,* Chulthess, 2013, p. 35, señala que los secretos empresariales son «una forma imperfecta de propiedad intelectual en la medida en que solo asigna un bien intangible a una persona siempre que este bien tenga la cualidad de secreto, y solo concede protección contra comportamientos desleales».

[38] *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp,* 416 US 470 (1974).

[39] *Vid.* Ohly, A., «Harmonising the Protection of Trade Secrets…», *cit.,* p. 35. En relación con esta argumentación moral, cabe destacar que en los Estados Unidos de América se ha esgrimido que la protección de los secretos empresariales ha permitido que comunidades indígenas, desconocedoras de los restantes sistemas de protección de la innovación y reacias a su utilización, hayan podido obtener la protección de sus innovaciones dada la universalidad de los elementos subyacentes al secreto empresarial. *Vid.* Varadarajan, D., «A Trade Secret Approach to Protecting Traditional Knowledge», *The Yale Journal of International Law,* vol. 36, 2011, *passim.*

esta justificación plantea ciertos problemas, ya los límites de la ética comercial no son en absoluto claros ni uniformes, aunque, al mismo tiempo, no se puede obviar que esta flexibilidad o amplitud está en la base de todas las conductas de competencia desleal e, incluso, en la de los derechos de propiedad intelectual —en sentido amplio—, que parten de conceptos tan abstractos como la originalidad o la novedad[40]. El problema de esta argumentación, en cambio, es que no termina de justificar por qué razón sí que hay ciertas apropiaciones lícitas, es decir, ¿qué justifica que la ingeniería inversa sea lícita y no lo sea el espionaje industrial si en ambos casos se obtiene el secreto empresarial de otro?

En segundo lugar, se ha argumentado, basándose en el derecho natural, que la protección de los secretos empresariales es una consecuencia del valor del trabajo y, por tanto, de la propiedad, es decir, los frutos del esfuerzo pertenecen a quien haya trabajado para conseguirlos. Ahora bien, esta teoría *lockiana*, presenta un problema fundamental, pues en la regulación solo se protegen las informaciones o conocimientos que son secretos, no todas las informaciones en general. ¿Qué justificaría, por tanto, que se sostenga la propiedad y protección de las informaciones secretas, pero no las de las informaciones conocidas por todos[41]?

En tercer lugar, se ha esgrimido que la esencia de la protección legal de los secretos empresariales se encuentra en una reducción de los costes de la protección de la información. La configuración legal de ciertas informaciones como secretos empresariales y la protección legal que se deriva de ella reducen los costes de los titulares de los secretos empresariales para protegerlos, pues, en teoría, confiando en la protección que se brinda legalmente por el hecho de ser secreto empresarial, su información ya recibe una protección solvente para evitar que terceros de manera ilícita se puedan aprovechar de su esfuerzo. Es decir, si no existiera esta protección el titular de la información tendría que asumir elevados costes derivados de la firma de acuerdos de confidencialidad o de otra clases de medidas, mientras que la configuración legal permite que la información reciba esa protección sin necesidad de elevar los costes[42]. Así, el bajo coste de protección implica que se podrá hacer un uso más eficiente de los recursos económicos por parte del titular del secreto —por ejemplo, ya no serán necesarias compen-

---

[40] *Vid.* Trallero Ocaña, T., *The Notion of Secrecy,* Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 33 y 34. También se ha argumentado que la protección de los secretos empresariales es una herramienta para la imposición de una serie de normas morales existentes en la industria. No obstante, se antoja complicada la demostración de que existan realmente unas normas generalmente aceptadas por todo un sector en relación con la adquisición de secretos empresariales. *Vid.* Bone, R. G., «A new look at Trade Secret Law…», *cit*., pp. 234 y ss.

[41] *Vid.* las críticas de: Bone, R. G., «The (Still) Shaky Foundations of Trase Secret Law», *Texas Law Review,* vol. 92, 2014, pp. 1824 y 1825.

[42] Risch, M., «Why do we have trade secrets…», *cit.,* pp. 40 y ss.

saciones para los trabajadores para la no utilización de los secretos empresariales—.

Este argumento acrecienta su peso si se pone en relación con los costes económicos del desarrollo de los restantes instrumentos protectores de la innovación como podrían ser las patentes. Hay que tener en cuenta que el sistema protector de estas es territorial, por lo que para obtener una protección mundial de una invención mediante patentes se tiene que solicitar en cada uno de los países en los que se desee obtener, ateniéndose a las normas y requisitos legales de cada uno de los ordenamientos jurídicos[43].

En cuarto lugar, continuando con una perspectiva economicista, se ha argumentado que la construcción de la protección de los secretos empresariales responde al fomento de la innovación. Dadas las características de los secretos empresariales, que no dejan de ser informaciones o conocimientos etéreos, volátiles…, que obtenerlos puede ser verdaderamente costoso —y, consecuentemente con ello, es menor el coste de apropiarse de la información ajena que el de desarrollarla—, que en el momento en el que sufren una *herida* es complicado parar esa *hemorragia* informativa…, se erige en requisito fundamental que haya un incentivo para el innovador, que garantice hasta cierto punto y dentro de unas normas que podrá recuperar la inversión realizada en el desarrollo de la información secreta. Es en ese marco, teóricamente, donde encuentra su lugar la protección de los secretos empresariales; y en Estados Unidos es este argumento el que más apoyo ha recibido, incidiendo los legisladores en que solo a través de la creación de una ley que efectivamente los proteja se conseguirá incentivar la inversión en ellos[44]. Ahora bien, esta argumentación no está exenta de críticas, pues se ha señalado que realmente la protección otorgada no fomenta la innovación, sino que es solamente un mecanismo de recuperación de las informaciones mantenidas secretas, por lo que, en todo caso, lo

---

[43] Ya lo señalaron así: Friedman, D. D., Landes, W. M. y Posner, R., «Some Economics of Trade Secret Law», *Journal of Economic Perspectives,* núm. 5, 1991, pp. 65 y ss. En un sentido similar, *vid.* Landes, W. M. y Posner, R., *The Economic Structure of Tort Law,* Harvard University Press, 1987, pp. 149-153; o Schultz, M. F. y Lippoldt, D. C., «Approaches to Protection of Undisclosed Information (Trade Secrets): Background Paper», *OECD Trade Policy Papers,* núm. 162, 2014, p. 11, quienes señalaron que con la protección de los secretos empresariales se consigue que el propietario optimice la seguridad, en lugar de maximizarla, al tiempo que el competidor, por la férrea condena del espionaje industrial, gasta menos dinero en la apropiación —robo— de secretos empresariales. Además, no se puede obviar el hecho de que España haya decidido no integrarse en la patente unitaria europea.

[44] Chally, J., «The Law of Trade Secrets…», *cit*., p. 1270. Piénsese que en el caso citado, *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp,* 416 US 470 (1974), como ya se ha señalado, el Tribunal Supremo estadounidense mantuvo la importancia del fomento de la innovación como elemento fundamental y básico de la protección de los secretos empresariales. Y este posicionamiento es incluso anterior a la existencia de las primeras leyes protectoras. *Vid.* Swenarton, W. H., «Patents, trade secrets and trade names as factors in industrial development», *Yale Law Journal*, vol. 19, núm. 2, 1910, pp. 115-120.

que fomentan es el mantenimiento en secreto de las informaciones y conocimientos, pero no la innovación en sí mismo considerada, la cual existirá con independencia de esta normativa protectora[45].

Ahora bien, esta teoría, a pesar del gran apoyo mostrado por la doctrina, presenta ciertos problemas o puntos débiles. Por un lado, su papel como catalizador de la innovación se ve reducido por el hecho de que no impide el descubrimiento independiente por parte de los competidores, ya que el titular de un secreto empresarial no puede hacer nada frente al que de manera lícita desarrolla o descubre la misma información valiosa. Por otro lado, el papel de eficiencia protectora se podrá dar sobre todo cuando estemos ante informaciones difícilmente descubribles, pero, en cambio, cuando la información secreta se pueda conocer sin demasiados obstáculos a través de la ingeniería inversa, el papel ejercido se ve reducido a su mínima expresión. Y, finalmente, se ha señalado que ante la falta de un plazo concreto de protección, no se conoce durante cuánto tiempo se podrá mantener esa ventaja por lo que el papel del secreto empresarial en este sentido se ve reducido frente al de otros instrumentos protectores de la innovación como son las patentes[46], es decir, la certidumbre de un plazo determinado frente a la incertidumbre de un plazo que puede ser mayor o menor.

En quinto lugar, un sector de la doctrina ha señalado que los secretos empresariales contribuyen al desbordamiento del conocimiento, puesto que la existencia de estos no impide que terceros puedan utilizarlos en el desarrollo de nuevos productos o servicios siempre que se haya obtenido de manera lícita. En el ecosistema actual de la innovación se apuesta por la creación de redes de aprendizaje, de la acumulación de conocimientos… Así, cuando la protección de la innovación es tan férrea que impide esa acumulación de conocimientos se produce una cierta anquilosis del avance innovador[47], como si se tratara de un caballo piafante. Ahora bien, ¿hasta qué punto el secreto empresarial cumple esta función o contribuye al desbordamiento de los conocimientos? De esta suerte, un amplio sector de la doctrina se ha posicionado

---

[45] Bone, R. G., «A new look at Trade Secret Law…», *cit*., pp. 245 y ss.

[46] Sobre estas posiciones, en general, *vid.* Trallero Ocaña, T., *The Notion of Secrecy*…, *cit.,* pp. 30 y ss.; Bone, R. G., «A new look at Trade Secret Law…», *cit*., pp. 260 y ss.; Risch, M., «Why do we have trade secrets…», *cit.,* pp. 20 y ss. Frente a estas críticas se ha señalado que, quizá, el papel de la protección de los secretos empresariales no es tanto el fomento de la innovación, sino el fomento del desarrollo de actividades empresariales en sí mismo consideradas, pues el alcance de la protección no se centra solo en aspectos innovadores, sino, también, en informaciones de carácter comercial o empresarial, pues no se puede olvidar que un elemento fundamental de la consideración de la información como secreto empresarial es que efectivamente se traten de informaciones de carácter empresarial, sin circunscribirla a los elementos industriales o innovativos.

[47] Fleming, L. *et al.*, «Why the Valley went first: Aggregation and Emergence in Regional Inventor Networks», en Padgett, J. F. y Powell, W. W. (eds.), *The Emergence of Organizations and Markets,* Princeton University Press, 2012, pp. 535 y ss.

en contra de este papel de los secretos empresariales al señalar que uno de sus mayores inconvenientes es que su protección impide que la innovación protegida sea el germen de futuras innovaciones, mientras que la protección a través de patentes permite el desarrollo de nuevas tecnologías a través de las patentes anteriores, siempre que no implique una infracción de ella, al ser públicas. Es decir, si la información es secreta los innovadores posteriores no podrán utilizarla para desarrollar futuras innovaciones[48].

No obstante, en contra de lo que se acaba de apuntar, el régimen de los secretos empresariales no impide la apropiación legítima de la información o del conocimiento protegido. Ahí reside una de las grandes ventajas de esta protección. En concreto, en su relación con los trabajadores y el denominado *skill & knowledge,* el bagaje profesional de los empleados[49]. Los secretos empresariales no impiden que los trabajadores, involucrados con uno de ellos, puedan utilizar los conocimientos adquiridos en su futuro laboral y así se reconoce expresamente en el art. 1 de la Ley 1/2019, pues en su apartado tercero se recoge que la protección de los secretos empresariales «no podrá servir de base para justificar limitaciones del uso por parte de estos de experiencia y competencias adquiridas honestamente durante el normal transcurso de su carrera profesional o de información que no reúna todos los requisitos del secreto empresarial, ni para imponer en los contratos de trabajo restricciones no previstas legalmente»[50].

Ahondando en esta idea del desbordamiento de conocimientos, hay que tener en cuenta que una de las ventajas que plantean los secretos empresariales es que, precisamente, no se impide que un competidor pueda aproximarse a nuestro secreto siempre que lo haga de manera legítima, que intente descubrirlo y posteriormente utilizarlo. A modo de ejemplo, si una aplicación técnica es protegida como patente, un competidor no podrá utilizarla mientras esté vigente su protección. En cambio, si esa misma aplicación técnica es protegida como secreto empresarial nada impide que un competidor pueda intentar descubrirlo para comercializarlo con los efectos positivos que ello tendría

---

[48] Landes, W. y Posner, R., *The Economic Structure of Intellectual Property Law,* Harvard University Press, 2003, pp. 355 y ss.

[49] Sobre ello, *vid.* Suñol Lucea, A., *El secreto empresarial…, cit.,* pp. 247-283.

[50] Png, I. P. L., «Law and Innovation: Evidence from State Trade Secrets Laws», *The Review of Economics and Statistics,* vol. 99, núm. 1, pp. 167-179. Es más, en este estudio realizado en Estados Unidos se señala que una regulación adecuada de los secretos empresariales presenta ventajas para los trabajadores. Así, al no poder impedir que los trabajadores hagan uso de su bagaje profesional —a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con las innovaciones protegidas como patentes—, si el empresario desea que su trabajador no cambie de trabajo —con los conocimientos— deberá ofrecer ventajas económicos o de otra índole para que continúe en su puesto de trabajo. Es más, se sostiene en este estudio que hay una correlación entre la protección de la innovación a través de secretos empresariales y los derechos laborales de los empleados, pues a mayor utilización de este sistema, mayores derechos tienen reconocidos los empleados.

para el conjunto de la sociedad[51]. Además, esta posibilidad permite que dos competidores lleguen a un mismo conocimiento de manera independiente y, por tanto, ambos podrán utilizarlo, aumentándose de este modo la oferta de dicho bien o servicio, repercutiendo de manera positiva en el comercio y en el consumo[52], a diferencia de lo que ocurre en el sistema de patentes, donde la prioridad temporal excluye al que ha llegado en segundo lugar.

De lo dicho hasta este punto, parece que, a pesar de las posibles críticas que se pueden esgrimir, la razón de la protección de los secretos empresariales reside tanto en argumentos de índole moral o ética como en otros puramente económicos, pues, a través de ellos, se consigue que el innovador vea hasta cierto punto recompensado su esfuerzo y trabajo, al encontrar un punto de equilibrio entre todos los intervinientes del mercado, evitando posibles fallos del mercado, creándose incentivos para la innovación al tiempo que no se impide que los competidores puedan intentar avanzar y descubrir los secretos empresariales ajenos siempre que lo hagan de un modo lícito, encontrando en estas causas de licitud un contrapunto al, en principio, ilimitado derecho que podría otorgar esta protección. Todo ello redundando en un provecho de la sociedad que encuentra en las limitaciones de los secretos empresariales ciertos recovecos que le permiten potenciar los beneficios sociales de estos sistemas de protección, convirtiéndose en elementos proficuos para todos.

3. Un proyecto sin terminar

Afirmo que es un proyecto sin terminar porque el papel que desempeñan los secretos empresariales todavía podría ser mayor. Así, faltan algunos aspectos que permitirían clausular definitivamente la cuestión del papel de los secretos empresariales como herramienta para el fomento de la innovación.

Así, en la Ley 1/2019 no encontramos una regulación completa y clara que impida un uso abusivo de los secretos empresariales. ¿Qué hacemos cuando un secreto empresarial puede ser beneficioso para la sociedad, pero su titular no hace uso de él? La Ley de 16 de diciembre

---

[51] En Muruaga Herrero, P., «El fomento de la innovación…», *cit., in fine* utilizo otro ejemplo, quizá, más práctico y visual a través de la Coca-Cola, pues al estar protegida su receta como secreto empresarial nada impide que ninguna otra marca puedan intentar desarrollar refrescos de cola, con lo que, al final, «el consumidor es libre de elegir la opción que más le convenga».

[52] Schultz, M. F. y Lippoldt, D. C., «Approaches to Protection…», *cit*., p. 13. Al final, se consigue que un mayor número de personas pueda acceder a un producto o servicio, a diferencia de lo que ocurriría con los monopolios que otorgan los derechos de propiedad intelectual tradicionales.

de 1954 sobre expropiación forzosa podría ser aplicada, pues nada en ella establece lo contrario, aunque, al mismo tiempo, contrasta la omisión de la Ley 1/2019, cuando en la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes se regula específicamente la expropiación de estas. Ahora bien, ¿cómo determinaríamos que un secreto empresarial es beneficioso para la sociedad? La doctrina estadounidense ha apostado a que sería posible utilizar un secreto empresarial ajeno o descubrirlo, aun cuando se utilicen medios ilícitos, si se dan tres requisitos acumulativos. En primer lugar, que sea altamente beneficioso —en general, se relacionan con cuestiones de salud—. En segundo lugar, que el secreto empresarial sea difícilmente descubrible a través de medios lícitos. Y, finalmente, que el secreto se oculte a la sociedad que se tienen los conocimientos[53].

La segunda cuestión que tiene marco de mejora es el fomento de la cooperación a través de los secretos empresariales. La regulación ya protege los secretos empresariales en caso de que se compartan con otros con tal condición[54], es decir, la legislación protege ya al que decide cooperar a través de los secretos empresariales. Lo que debe cambiar, por tanto, es la concepción social del secreto, es decir, se debe fomentar la cooperación en torno a ellos, pues comunicarlos para un avance de la sociedad no implica que pierdan su protección, sino que su carácter secreto y su protección se mantendrán, a pesar de ello. Como tuve ocasión de afirmar: «[l]a competencia fomenta la innovación —ser el primero en obtener cierta innovación—, pero la cooperación puede ser la clave de la innovación sostenible del futuro que está por venir»[55]. Y, por tanto, ¿por qué no se contempla de un modo más claro en la legislación[56]?

---

[53] Piénsese, por ejemplo, que una empresa farmacéutica ha descubierto la cura para una enfermedad y decide mantenerla oculta porque comercializa un tratamiento paliativo que le reporta mayores beneficios económicos, aunque no cura la supuesta enfermedad. *Vid.* Simpson, M. P., «The future of Innovation: Trade secrets, Property Rights, and Protectionism – an Age-Old Tale», *Brooklyn Law Review,* vol. 70, núm. 3, 2005, pp. 1156 y ss.

[54] Art. 3.2 de la Ley 1/2019: «La utilización o revelación de un secreto empresarial se consideran ilícitas cuando, sin el consentimiento de su titular, las realice quien haya obtenido el secreto empresarial de forma ilícita, quien haya incumplido un acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelar el secreto empresarial, o quien haya incumplido una obligación contractual o de cualquier otra índole que limite la utilización del secreto empresarial».

[55] Muruaga Herrero, P., «El fomento de la innovación…», *cit.,* p. 326.

[56] En el preámbulo de la Ley 1/2019 sí que se recoge esta idea, al señalarse que los secretos empresariales contribuyen «a aumentar el valor de las innovaciones que las organizaciones tratan de proteger [… redundando] en efectos positivos en el funcionamiento del mercado, ya que las empresas, especialmente las pequeñas y medianas empresas, los centros públicos de investigación y los investigadores podrían hacer un mejor uso de sus ideas innovadoras, cooperando, lo que contribuiría a aumentar la inversión del sector privado en investigación». No obstante, después de ello parece que la norma se olvida por completo de esta idea básica del fomento de la innovación futura.

IV. LA COMPLICADA RELACIÓN ENTRE LOS SECRETOS EMPRESARIALES Y LA AGENDA 2030: UN OLVIDO

La Agenda 2030 tiene dos vertientes: una presente y otra futura. Por la primera, se busca que los ciudadanos actuales tengan cubiertas sus necesidades; por la segunda, se busca la protección del bienestar de los ciudadanos de las próximas generaciones, pues las acciones que hagamos en el día de hoy mostrarán sus resultados y consecuencias el día de mañana. Una de las claves de ese futuro —incierto— reside en conseguir que el desarrollo sostenible arribe hasta el más recóndito recoveco y para esa ardua tarea no tengo ninguna duda de que la innovación será un elemento esencial. No obstante, a pesar de esta importancia, parece que el ODS 9 no ha recibido la atención que realmente debiera recibir ni por parte de los agentes públicos, ni por parte de los agentes privados; o, al menos, esa es la apariencia, pues no hay duda de que todos han trabajado para alcanzarlo, aunque sin seguir caminos coincidentes.

El problema que intenta resolver el ODS 9 no solo atañe a los agentes públicos, sino que es compartido, también, por los privados, quienes han visto la importancia de la sostenibilidad empresarial y la han incardinado en un lugar de excelencia, vinculándola con la innovación —para muestra, el libro que tienen entre sus manos—. Ya se indicaba en el preámbulo de la Ley 1/2019, tal y como se recogió *ut supra,* que «la innovación es un importante estímulo para el desarrollo de nuevos conocimientos y propicia la emergencia de modelos empresariales basados en la utilización de conocimientos adquiridos colectivamente». Empero *¿cómo es posible que con esa declaración no se mencione* en la Ley 1/2019 ni una sola vez la posible relación de los secretos empresariales con los ODS? La respuesta no es sencilla, pero radica en una aparente disociación entre los objetivos de la innovación desde una perspectiva privada y desde una perspectiva pública, a pesar de que, en definitiva, unos y otros son compartidos por todos.

El derecho muestra su clara relación con la innovación a través de los derechos exclusivos —o no exclusivos— que otorga a quien innova para compensarle su inversión. Pero el ODS 9 no menciona en su configuración y redacción a ninguno de los mecanismos que el derecho ha creado para ello, a pesar de que han alcanzado una importancia más que considerable en el nuevo panorama global y sostenible[57]. Así, en el art. 2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible se define el concepto de economía sostenible como «un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una eco-

[57] Denoncourt, J., «Companies and UN 2030 Sustainable Development Goal 9 Industry, Innovation and Infrastructure», *Journal of Corporate Law Studies,* vol. 20, núm. 1, 2020, p. 208.

nomía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades». ¿Pueden los secretos empresariales contribuir a ello?

Y considero que la respuesta a esta pregunta, aunque en apariencia contradictoria, es que los secretos empresariales sí que pueden contribuir a ello. Si para llegar a cumplir el ODS 9, para el futuro sostenible, es necesaria la innovación considero que los secretos empresariales se erigen en un instrumento adecuado para llevar a cabo tal cometido. Está claro, como ya señalé desde el principio, que la Ley 1/2019 no menciona los ODS en ningún momento, pero, siguiendo el título de este capítulo, no dudaría en defender que se trató de un olvido, un descuido, dada la dificultad de relacionar y vincular conceptos aparentemente contradictorios como son la sostenibilidad o la empresa.

Es por todos conocidos que la finalidad principal de una empresa es la obtención de beneficios, pero ello no empece que tengan otros objetivos, aunque no sean los principales. La innovación es una de las claves fundamentales para el futuro sostenible y las ventajas que presentan los secretos empresariales pueden determinar que se conviertan en un bastón fundamental para el futuro que vendrá. No obstante, la regulación debiera hacer una mayor incidencia no solo en el fomento de la innovación, sino, también, en el fomento de la cooperación car si no el alegato del preámbulo terminará siendo olvidado, como ocurrió con la concreta mención de los ODS. El secreto empresarial fomenta la innovación al otorgar a su titular una protección particular y, al mismo tiempo, no impide que un competidor lo explote igualmente si se apropia de él de manera lícita, con el consecuente beneficio para la sociedad.

Ya señalé en varias ocasiones que el preámbulo de la Ley 1/2019, desde su primer párrafo, recoge algunas de estas claves. Se señala en él que los secretos empresariales garantizan la competitividad, mejoran las condiciones y el marco para la transferencias de conocimientos, aumentan la cooperación entre los agentes públicos y privados, contribuyen a aumentar la inversión en innovación… En el preámbulo encontramos irrefagablemente la esencia de la gran mayoría de los ODS y del número 9 en concreto, al repetir constantemente las ideas vertebradoras de aquellos, como son la sostenibilidad, la solidaridad y el progreso. El olvido del legislador no debiera impedirnos ver más allá de lo escrito; no debiéramos permitir que *un árbol nos impida ver el bosque*; pues, aunque no se mencionen, por olvido o descuido, los

secretos empresariales son herramientas idóneas para promover la innovación sostenible tan necesaria para nuestro presente y nuestro futuro.

V. BIBLIOGRAFÍA

Bentley, L. y Sherman, B., *Intellectual Property*, Oxford University, 2004.

Bercovitz Rodríguez-Cano, A., «Nociones introductorias sobre la Ley de Secretos Empresariales», en Merino Baylos, P. (dir.), *Homenaje a Luis Alfonso Durán. Estudios sobre Propiedad Industrial e Intelectual,* Grupo Español de la AIPII — Aranzadi, 2019, pp. 195-208.

Bone, R. G., «The (Still) Shaky Foundations of Trase Secret Law», *Texas Law Review,* vol. 92, 2014, pp. 1803-1838.

— «A new look at Trade Secret Law: Doctrine in search of justification», *California Law Review,* vol. 86, núm. 2, 1998, pp. 241-313.

Campuzano Laguillo, A. B., Palomar Olmeda, A., Sanjuán y Muñoz, E. y Molina Hernández, C., *La protección de secretos empresariales,* Tirant lo Blanch, 2019.

Castán Pérez-Gómez, A., «Secretos empresariales y Propiedad Industrial e Intelectual: Afinidades y divergencias», en Merino Baylos, P. (dir.), *Homenaje a Luis Alfonso Durán. Estudios sobre Propiedad Industrial e Intelectual,* Aranzadi, 2019, pp. 303-317.

Chally, J., «The Law of Trade Secrets: Toward a More Efficient Approach», *Vanderbilt Law Review,* vol. 57, núm. 4, 2019, pp. 1269-1311.

Claeys, E. R., «Private Law Theory and Corrective Justice in Trade Secrecy», *Journal of Tort Law,* vol. 4, núm. 2, 2011, pp. 1-63.

Cundiff, V. A., «Reasonable measures to protect trade secrets in a digital environment», *IDEA-The Intellectual Property Law Review*, núm. 3, 2009, pp. 359-410.

Denoncourt, J., «Companies and UN 2030 Sustainable Development Goal 9 Industry, Innovation and Infrastructure», *Journal of Corporate Law Studies,* vol. 20, núm. 1, 2020, pp. 199-235.

Desaunettes-Barbero, L., *Trade Secrets Legal Protection: From a Comparative Analysis of US and EU Law to a New Model of Understanding,* Springer Nature, 2023.

Díaz Galán, E. C., «The 2030 Agenda for Sustainable Development's legal value: a new regulatory trend?», *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo,* vol. 11, núm. 2, 2022, pp. 30-52.

Dostert, N. y Lautier, T., «La protection du secret des affaires: quelles conséquences sur la propriété intellectuelle?», *Revue Propriétés Intellectuelles*, núm. 71, 2019, pp. 6-18.

Esplugas Boter, A., «El monopolio de las ideas contra la Propiedad Intelectual», *Procesos de mercado: Revista Europea de Economía Política,* vol. iii, núm. 1, 2006, pp. 47-104.

Fleming, L. *et al.*, «Why the Valley went first: Aggregation and Emergence in Regional Inventor Networks», en Padgett, J. F. y Powell, W. W. (eds.), *The Emergence of Organizations and Markets,* Princeton University Press, 2012, pp. 520-544.

Friedman, D. D., Landes, W. M. y Posner, R., «Some Economics of Trade Secret Law», *Journal of Economic Perspectives,* núm. 5, 1991, pp. 61-72.

García Martín, L., «Agenda 2030 and sustainable development: some reflections on its legal nature and implementarion on international law for States and business», *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo,* vol. 11, núm. 2, 2022, pp. 126-142.

Gómez Gil, C., «Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en crisis: del Antropoceno a su recalibración», *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global,* núm. 156, 2022, pp. 107-121.

Grimes, S. y Murphy, S., «Reasonable Measures for protecting trade secret: A primer», *Law 360*, 2019. Disponible en: *https://www.law360.com/articles/1130722*.

Guillén Monge, P., «Artículo 1», en Lissén Arbeloa, J. M. (coord.), *Comentarios a la Ley de Secretos Empresariales,* Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 33-61.

Gurry, F., *Breach of Confidence: The protection of confidential information,* Oxford University Press, 2012.

Küfeoğlu, S., *Emerging Technologies. Value Creation for Sustainable Development,* Springer, 2022.

Landes, W. y Posner, R., *The Economic Structure of Intellectual Property Law,* Harvard University Press, 2003.

— *The Economic Structure of Tort Law,* Harvard University Press, 1987.

Lasarte Álvarez, C., *Principios de Derecho Civil,* t. iii, Marcial Pons, 2018.

Lobel, O., «Filing for a Patent Versus keeping your invention a trade secret», *Harvard Business Review,* 21.11.2013. Disponible en: *https://hbr.org/2013/11/filing-for-a-patent-versus-keeping-your-invention-a-trade-secret*.

Massaguer Fuentes, J., «De nuevo sobre la protección jurídica de los secretos empresariales (a propósito de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales)», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez,* núm. 51, 2019, pp. 46-70.

— *Comentario a la Ley de Competencia Desleal,* Civitas, 1999.

Montes Soldado, R. *et al.*, «Dimensión económica: desarrollo económico y tecnológico. ODS 9: Industria, innovación e infraestructura», en AA.VV., *Inteligencia artificial y tecnologías digitales para los ODS,* Real Academia de Ingeniería, 2021, pp. 185-212.

Motta, J. y Morero, H., «La teoría moderna de la innovación y sus antecedentes en el pensamiento económico», en Suárez, D., Erbes, A. y Barletta, F. (comp.), *Teoría de la innovación: evolución, tendencias y desafíos,* Ediciones Complutense, 2020, pp. 23-70.

Muruaga Herrero, P., «El fomento de la innovación a través de los secretos empresariales», *Revista de Derecho UNED*, núm. 32, 2023, pp. 297-332.

Ohly, A., «Harmonising the Protection of Trade Secrets: Challenges and Perspectives», en Werra, J. de (ed.), *La protection des secrets d'affaires,* Chulthess, 2013, pp. 25-46.

Png, I. P. L., «Law and Innovation: Evidence from State Trade Secrets Laws», *The Review of Economics and Statistics,* vol. 99, núm. 1, pp. 167-179.

Pooley, J., *Trade Secrets*, *Law Journal Seminars-Press,* 1997.

Portellano Díez, P., «Artículo 13», en Martínez Sanz, F. (dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal,* Tecnos, 2009, pp. 219-238.

Risch, M., «Why do we have trade secrets?», *Marquette Intellectual Property Law Review,* núm. 1, 2007, pp. 3-76.

Schiller, A. A., «Trade Secrets and the Roman Law; The *Actio Servi Corrupti*», *Columbia Law Review,* vol. 30, núm. 6, 1930, pp. 837-845.
Schultz, M. F. y Lippoldt, D. C., «Approaches to Protection of Undisclosed Information (Trade Secrets): Background Paper», *OECD Trade Policy Papers,* núm. 162, 2014.
Simpson, M. P., «The future of Innovation: Trade secrets, Property Rights, and Protectionism – an Age-Old Tale», *Brooklyn Law Review,* vol. 70, núm. 3, 2005, pp. 1121-1163.
STEINMANN S., «Die Geschäftsgeheimnis-Richtlinie: Vorwirkung und unmittelbare Anwendbarkeit», *WRP,* núm. 6, 2019, pp. 703-710.
Suñol Lucea, A., *El secreto empresarial. Un estudio del art. 13 de la Ley de Competencia Desleal,* Civitas — Thomson Reuters, 2009.
Swenarton, W. H., «Patents, trade secrets and trade names as factors in industrial development», *Yale Law Journal*, vol. 19, núm. 2, 1910, pp. 115-120.
Trallero Ocaña, T., *The Notion of Secrecy,* Nomos, Baden-Baden, 2021.
Turcea, V. C. y Ion, R. A., «How Important are the Sustainable Development Goals? A Bibliometric and Modern Data Analysis», *Proceedings of the 3rd International Conference on Economics and Social Sciences*, 2020, pp. 624-635.
Varadarajan, D., «A Trade Secret Approach to Protecting Traditional Knowledge», *The Yale Journal of International Law,* vol. 36, 2011, pp. 371-420.
Watson, A., «Trade Secrets and Roman law: The Myth Exploded», *Tulane European & Civil Law Forum,* vol. 11, 1996, pp. 19-29.
Zueco Peña, A., «Artículo 2» en Lissén Arbeloa, J. M. (coord.), *Comentarios a la Ley de Secretos Empresariales,* Wolters Kluwer La Ley, 2020.

SOSTENIBILIDAD Y CONSUMIDOR RESPONSABLE

Javier Badenas Boldó
Doctor en Derecho
Universitat Jaume I

RESUMEN: Tanto los consumidores como las empresas influyen en la demanda de productos. Los productores no solo responden a la demanda de los consumidores, sino que también la moldean a través de los productos ofrecidos y del modo de comercialización de los productos. Las elecciones de los consumidores dan forma a las decisiones tomadas por los actores aguas arriba, como los diseñadores de productos, y aguas abajo, como los recicladores, en las cadenas de suministro los mismos. Los factores económicos, como el precio de los productos, suelen ser los más importantes en la toma de decisiones del consumidor, mientras que la importancia de los demás factores es menos clara. Otros factores que entran en juego son: hasta qué punto los productos disponibles satisfacen las necesidades de los consumidores, la información disponible para los consumidores, los factores sociales, el cumplimiento de las normas sociales, los valores de la comunidad y ejemplos de modelos a seguir, y las preferencias y creencias individuales relacionadas con, por ejemplo, ejemplo, prestigio, lealtad a la marca o valores personales. Tradicionalmente, las políticas europeas han tenido como objetivo brindar información a los consumidores (como etiquetas ecológicas) y, en menor medida, hacer que las alternativas circulares sean económicamente más atractivas.

Palabras clave: Economía circular; consumidores; Iniciativa de Productos Sostenibles de la Comisión Europea; sostenibilidad.

ABSTRACT: Both consumers and companies influence the demand for products. Producers not only respond to consumer demand, but also shape it

through the products offered and how products are marketed. Consumer choices shape the decisions made by upstream actors, such as product designers, and downstream actors, such as recyclers, in product supply chains. Economic factors, such as product price, are often the most important in consumer decision-making, while the importance of other factors is less clear. Other factors that come into play are the extent to which available products meet consumers' needs, the information available to consumers, social factors, compliance with social norms, community values and role model examples, and individual preferences and beliefs related to, for example, example, prestige, brand loyalty or personal values. Traditionally, European policies have aimed to provide information to consumers (such as eco-labels) and, to a lesser extent, to make circular alternatives more economically attractive.

Key words: Circular economy, consumers; European Commission's Sustainable Products Initiative; sustainability.

SUMARIO: I.- EL CONSUMO COMO FENÓMENO SOCIAL. II.- LA RESPONSABILIDAD EN EL CONSUMO. 1.- El consumidor responsable. 2.- Características del consumo responsable 3.- Medidas para el consumo responsable. 4.- Consumo responsable y empresa. 5.- Formas de consumo responsable. 6.- La responsabilidad social del consumidor. III.- CIRCULARIDAD Y CONSUMO. 1.- La economía circular: planteamiento. 2.- Economía circular y consumidor. 3.-Políticas europeas de fomento de la economía circular. 4.- Iniciativa de productos sostenibles. 4.1- Los objetivos principales del Reglamento. 4.2- Coherencia con otras políticas de la Unión. 5.- Iniciativa sobre el empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica. IV.- CONCLUSIÓN.

I. EL CONSUMO COMO FENÓMENO SOCIAL

El acto de consumir, en su calidad de fenómeno que ocurre a nivel social, acarrea repercusiones tanto en el ámbito personal como en el colectivo, lo cual implica que constituye igualmente un medio para promover la equidad siempre y cuando los principios éticos influyan en dicho contexto[1].

La doctrina[2] ha puesto de manifiesto algunos rasgos del comportamiento del consumidor. En primer lugar, en la actualidad, especialmente entre los jóvenes, se observa un aumento significativo en la adicción a las compras debido a la combinación de factores como la impulsividad, la ansiedad, la insatisfacción personal, la falta de intereses no relacionados con el consumo, la creciente aceptación de valores

[1] Cortina Orts, A., *Por una ética del consumo*, Madrid, Taurus, 2002, p.32.

[2] Díaz Carmona, E., «Abanico de opciones para ciudadanos responsables», ¿Cambiar el Mundo desde el Consumo? *Economistas sin Fronteras. Dossiere*s Es. F, núm. 2, julio 2011.

materialistas, la vulnerabilidad psicológica y la falta de habilidades para controlar los gastos[3].

En segundo lugar, se observa la aparición del fenómeno del consumidor socializado, dado que el consumo masivo continúa siendo el principal impulsor de la demanda y de los valores y puntos de referencia asociados. Como se ha señalado, «nos encontramos con una mezcla realista de manipulación y libertad de compra, de impulso y reflexión, de comportamiento condicionado y uso social de los objetos y símbolos de la sociedad de consumo, una percepción generalizada de fragilidad»[4]. El consumo ha evolucionado más allá de satisfacer necesidades básicas y ahora desempeña roles simbólicos cruciales, incluyendo la autorrealización, la construcción de identidad y el control del estatus social, entre otros aspectos.

Se destaca como tercer factor la legitimación social del consumo, donde la sociedad contemporánea no solo consume lo necesario, sino también lo superfluo. Además, el consumo actúa como un mecanismo de legitimación tanto política como económica. La política se valida mediante el logro de crecimiento económico por parte de los políticos, mientras que la economía se justifica mediante la producción de productos más avanzados.

Por último, se situaría el papel del marketing como un instrumento social para asegurar que las decisiones sobre «qué producir» estén en consonancia con los usuarios. Un instrumento social que transmite valores a la sociedad[5]. Los *outputs* que son objetos de intercambio en un sistema de marketing son, simultáneamente*, inputs* de un sistema social más amplio[6]. La mercancía se consume principalmente como un signo, no por su materialidad. Los objetos adquieren significado no por sus cualidades objetivas, sino por las representaciones, sueños o fantasías asociadas artificialmente por la sociedad. En este contexto, el consumo se convierte en un acto simbólico más que en una simple adquisición de bienes tangibles.

---

[3] Salcedo Aznal, A. y Garcés Prieto, J., «Influencia de la ansiedad en la adicción al consumo y la falta de autocontrol en la compra y el gasto de los jóvenes», *Estudios sobre Consumo*, vol. 76, 2006, p. 56.

[4] Fenell, G., «Marketing, Ética y Calidad de Vida», en Samli, C.A. (dir.) *Marketing y la Calidad de vida,* Connecticut: Quorum Books, 1987, p. 10.

[5] Fennell, G., *op. cit*., p.12.

[6] Araque Padilla, R. y Montero Simó, M. J., «La responsabilidad Social de la Empresa en el ámbito del Marketing: algunas reflexiones y propuestas», *Papeles de Ética, Economía y Dirección*, núm. 8, 2003, p. 23.

II. LA RESPONSABILIDAD EN EL CONSUMO

Frente a estos fenómenos detectados en el consumo actual, ha surgido por contraposición el concepto de consumidor responsable, que, como paso previo, pero íntimamente unido al del papel del consumidor en la economía circular, debemos abordar.

1. El consumidor responsable

El consumo responsable, promovido por diversas entidades ecológicas, sociales y políticas, implica modificar los patrones de consumo humano para alinearlos con las necesidades reales, optando por bienes y servicios que fomenten la conservación del medio ambiente, la equidad social y el bienestar laboral. Esta práctica considera aspectos como la naturaleza, el precio, la calidad, así como las condiciones sociales y laborales de producción, y las repercusiones ambientales.

Sin embargo, el actual sistema de consumo y producción responsable enfrenta desafíos significativos y contradicciones en el contexto del desarrollo sostenible y *la economía verde*. Estas discrepancias resaltan la necesidad de abordar temas como la sobreexplotación de recursos, la desigualdad social y las emisiones de carbono para lograr un modelo más equitativo y sostenible[7].

2. Características del consumo responsable

El consumo responsable ya es una prioridad dada oficialmente por la ONU como el objetivo número 12 de Desarrollo Sostenible para el periodo 2016-2030[8]. El documento destaca la urgencia de reducir la huella ecológica para alcanzar el crecimiento económico y el desarrollo sostenible. Esto implica cambiar los métodos de producción y consumo de bienes y recursos. Además, resalta la importancia de una gestión eficiente de los recursos naturales y la adecuada eliminación de desechos tóxicos y contaminantes. Se insta a las industrias, negocios y consumidores a reciclar y reducir desechos, y se apoya a los países en desarrollo para adoptar patrones sostenibles de consumo para 2030. Se enfatiza en la necesidad de un enfoque sistémico y la cooperación entre todos los actores de la cadena de suministro, desde los productores hasta los consumidores finales, mediante la sensibilización en educación ambiental.

---

[7] González Vaqué, L., «¿Del consumo sostenible a una economía circular?», *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, núm. 17, 2016, p.179.

[8] *https://www.pactomundial.org/ods/12-produccion-y-consumo-responsables/*

3. Medidas para el consumo responsable

El consumo crítico, consciente y responsable en el mundo actual requiere considerar varias medidas prioritarias a nivel personal, profesional y empresarial:

— Evaluar el impacto ambiental del producto a comprar, considerando su ciclo de vida completo, desde la producción hasta la disposición final de los residuos.
— Calcular la huella ecológica asociada a nuestro estilo de vida y patrones de consumo, teniendo en cuenta cómo nuestras acciones afectan los recursos naturales y la capacidad de regeneración de la Tierra.
— Elegir empresas, productos y servicios que respeten el medio ambiente y los derechos humanos, dando preferencia a aquellos que cumplan con estos criterios.
— Apoyar el comercio que promueva prácticas sostenibles y éticas, contribuyendo a impulsar un mercado más responsable.
— Verificar la calidad de los productos adquiridos, asegurándose de que cumplen con los estándares esperados y tienen una vida útil adecuada.
— Conocer las implicaciones de una compra ilícita, como las falsificaciones, para evitar contribuir a actividades ilegales o perjudiciales.

Estas medidas ayudan a promover un consumo más consciente y responsable, beneficiando tanto al individuo como al medio ambiente y la sociedad en su conjunto.

Se encuentra un cierto consenso sobre la necesidad de practicar un consumo sostenible y responsable[9]. En ese sentido, la Comisión Europea se ha mostrado favorable a este tipo de consumo afirmando que «la política de los consumidores de la UE puede ofrecer herramientas del mercado que permitan a los ciudadanos como consumidores, tomar decisiones sostenibles desde el punto de vista medioambiental»[10]. Además, la Comisión se ha comprometido a apoyar también acciones destinadas a concienciar a los consumidores y ayudarles a tomar decisiones con mayor conocimiento de causa y «a tal fin, desarrollará por ejemplo, herramientas para informar y concienciar a los jóvenes, y módulos de educación en línea para adultos sobre un consumo sostenible».

---

[9] Enrosa, M. G., «¿Se han cumplido los objetivos propuestos en la Comunicación de la Comisión relativa al Plan de Acción sobre el Consumo y Producción sostenibles y una Política Industrial Sostenible?», *BoDiAlCo,* núm. 17, 2016, pp. 9-10.

[10] *Vid*. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Plan de Acción sobre Consumo y Producción Sostenibles y una Política Industrial Sostenible*. (documento COM/2008/0397 final).

4. Consumo responsable y empresa.

Sin embargo, aunque la elaboración de los Objetivos de Desarrollo Sostenible representa un avance, su abstracción y las complicaciones que se presentan dentro de un sistema donde el crecimiento económico se rige en base al consumo, entre otros factores, hacen que su viabilidad presente diversas dificultades.

En el futuro, se espera que las grandes empresas incorporen la modalidad de consumo responsable para la elaboración de sus productos[11]. Lo que se busca dentro de las empresas es que optimicen sus procesos y se utilicen buenas prácticas a lo largo de la cadena de producción, con el fin de que se obtengan productos más limpios, sostenibles y respetuosos con el medio ambiente.

Con la implementación de nuevas prácticas que mejoren los procesos productivos, es de esperarse que los indicadores económicos y de eficiencia se mejoren y, así mismo, los resultados a nivel nacional también sean buenos. Se espera que la implementación de la política genere un resultado *win-win,* en el cual las empresas generen aumentos en sus utilidades y que los resultados en pro del medio ambiente también sean óptimos[12].

Fomentar un consumo responsable es entender que los recursos naturales no son renovables y que las generaciones futuras deben tener las condiciones necesarias para poder vivir. El consumidor elige en el mercado la historia que se contará en el futuro.

5. Formas de consumo responsable.

Podríamos resumir brevemente tres aspectos fundamentales o formas de consumir que constituyen lo que se denomina consumo responsable:

---

[11] Como ejemplo actual podemos citar la utilización por parte de algunas empresas de envases de vidrio. El consumidor que elige estos envases está propiciando una menor generación de basura ya que los envases de vidrio son reutilizables.

[12] Según se señala en el ODS 12, se trata de encontrar nuevas soluciones que ofrezcan modalidades de consumo y producción sostenibles redunda en interés de las empresas. Es preciso comprender mejor los efectos ambientales y sociales de los productos y servicios, tanto de los ciclos de vida de los productos como de la forma en que estos se ven afectados por su utilización en los estilos de vida. La identificación en la cadena de valor de los «puntos críticos» donde las intervenciones tienen mayor potencial para mejorar los efectos ambientales y sociales del sistema en su conjunto es un primer paso fundamental. Las empresas pueden también utilizar su poder innovador para diseñar soluciones que puedan inspirar y motivar a las personas a llevar estilos de vida más sostenibles, reduciendo los efectos y aumentando el bienestar, disponible en *https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/wp-content/uploads/sites/3/2016/10/12_Spanish_Why_it_Matters.pdf*

— *El consumo ético*: requiere introducir aspectos valorativos a la hora de consumir o de optar por un producto. Se hace especial énfasis en la austeridad, es decir, se trata de diferenciar entre las necesidades reales y las creadas por la publicidad que incentiva el consumo como forma de alcanzar la felicidad y el bienestar (consumismo). Esta mirada crítica lleva a una reducción en la cantidad de productos consumidos y por tanto disminuye el volumen de basura y la contaminación que se produce en la producción y el consumo.

— *El consumo ecológico*: implica un circuito básico de producción a partir de la reducción, la reutilización y el reciclado de los distintos productos sociales. También se analizan los productos de origen orgánico poniendo el acento en la generación de una agricultura y ganadería ecológicas, la opción por la producción artesanal, y todas aquellas formas de producción que no deterioren las condiciones del medio ambiente.

— *El consumo social o solidario*: tiene en cuenta las relaciones sociales y condiciones laborales en las que se ha elaborado un producto o brindado un servicio. Se podría incluir al comercio justo, que propone acercar al productor y al consumidor final para eliminar los intermediarios que elevan los precios. Se trata de pagar lo justo por el trabajo realizado, tanto a los productores de las zonas periféricas como a los que están en nuestro ámbito local, y de potenciar alternativas sociales de producción e integración, promoviendo un desarrollo equitativo y sostenible. Una revisión de distintos estudios cuantitativos realizados en países de África y Latinoamérica, concluyó que el comercio justo puede producir efectos positivos en los productores al aumentar sus ingresos y oportunidades laborales, reducir su vulnerabilidad a fluctuaciones de precios, brindarles acceso a mercados internacionales de mayor tamaño y reducir en general su pobreza. Asimismo, la participación en cooperativas integrantes del comercio justo puede ayudarlos mediante la apertura de nuevos créditos y capacitaciones[13].

6. La responsabilidad social del consumidor

La última tendencia en la promoción de empresas socialmente responsables consiste en la identificación de obligaciones y deberes de los consumidores en algunos sectores específicos como el energético, financiero, ambiental y de contratación pública. En estos ámbitos, es posible inferir la existencia de una responsabilidad social del consumidor, una *consumer social responsibility*, que les obliga a adoptar elecciones social o éticamente responsables, determinando, por el lado de la demanda, una presión en el mercado que orienta a las empresas hacia los servicios y bienes *green, eco-friendly o sustainable.*

[13] *Vid. Dossier Economistas sin Fronteras (http://www.econsfron.org/publicaciones/).*

Últimamente se ha hablado de la existencia de esta *consumer social responsibilit*y que ya funciona como factor importante de las elecciones éticas de las empresas y, por tanto, como elemento regulador de la responsabilidad social corporativa, asignando un papel crucial para el Estado como «superconsumidor», con la tarea de promover buenas prácticas en el consumo de productos verdes o socialmente responsables: por ejemplo, la disciplina en el sector energético[14].

La actual crisis medioambiental, social y económica, sin precedentes, que sacude al planeta, supone un punto de inflexión en la manera en la que la sociedad satisface sus necesidades a través del consumo. De este modo asistimos al creciente auge de la conciencia ambiental del consumidor en el siglo XXI. Así, el ciudadano es capaz de comprender la problemática ambiental y social que ocasiona su consumo con altas dosis de insostenibilidad, además de experimentar un notable conocimiento en relación con las medidas que como consumidor puede ejercer en su contribución a mitigar tal problemática. Sin embargo dichas tendencias no se trasladan con la misma fuerza a la hora de realizar el propio acto de consumo detectándose una preocupante desproporción entre la conciencia y la acción.

El precio y la marca siguen siendo con gran diferencia los atributos clave considerados por el ciudadano a la hora de adquirir sus bienes o servicios y mientras el actual paradigma económico no sufra modificación alguna corremos el riesgo de dirigirnos hacia un panorama cuanto menos incierto.

El consumo aparece como el principal motor de funcionamiento de nuestro sistema monetario, basado en un esquema de actuación mediante el cual se ponen en contacto por un lado seres humanos y por otro las organizaciones cuyo objetivo es aumentar a lo largo del tiempo sus beneficios. Es decir, para que este sistema económico logre sobrevivir es necesario que consumamos. La empresa utiliza como factor los distintos recursos naturales y la mano de obra. Como contraprestación a ese trabajo proporciona un salario, y de esta forma el ciudadano dispone de capital para satisfacer su consumo. La empresa aumenta su beneficio y así se retroalimenta el ciclo, creciendo constantemente. Pero para que la maquinaria funcione correctamente deben cumplirse algunas condiciones básicas y necesarias. Por una parte, la existencia de recursos naturales necesarios para satisfacer las demandas de «materia» que exige el proceso. Para ello se lleva a cabo la explotación de los recursos naturales, pero, cabe preguntarse si son capaces los ritmos biológicos de generación de esos recursos capaces de seguir el ritmo de nuestro sistema monetario. La tendencia actual nos conduce a un horizonte con graves riesgos para

[14] VESSIA, F., «Las tendencias recientes italianas de promoción de la empresa responsable», en BOLDÓ RODA, C. (dir), *Responsabilidad Social Corporativa. Nuevos retos, nuevas soluciones*, Universitat Jaume I, Colección Estudios Jurídicos, núm. 26, 2020, p. 54.

el medioambiente. Por otra parte, el crecimiento exponencial de la población y el aumento de la clase media global agravará más el problema en forma de aumento de la demanda que acelerará la disminución de productos. Sin un consumo consciente y reflexivo resultará cada vez más difícil satisfacer las necesidades y metas de los nuevos ciudadanos[15].

Esa transformación en la conciencia del consumidor podría llegar a través de distintas vías. Una de ellas sería la aparición de una repentina crisis en el abastecimiento de recursos, como la que estamos viviendo en este momento, lo encarece el precio del producto o servicio a la vez que alerta al consumidor. La otra vía consiste en la transformación de la conciencia consumidora de una manera más asentada y progresiva, con la educación como fuente de información y las acciones de la administración como principales motores del cambio. En este contexto, el papel de la administración resulta de vital importancia por su elevado poder de influencia en la conducta ciudadana[16].

Con frecuencia los consumidores no se sienten lo suficientemente informados en materia de consumo responsable de tal manera que su poder de acción sufre una gran limitación. Por otro lado, nos encontramos con una creciente clase consumidora que manifiesta su predisposición a consumir de manera responsable pero que se ven limitados en la facilidad de acceso a esos productos, ya sea por la falta de establecimientos que llevan a cabo la distribución, por el elevado precio o por la falta de información.

De este modo, por medio de la educación podrá sentar las bases de los futuros consumidores, fomentando su personalidad crítica y reflexiva y es a través de su capacidad normativa como podrá incentivar o sancionar a ciudadanos y organizaciones en su forma de actuar cuando no responda a los parámetros exigibles legalmente.

De hecho, cada vez se aprecian más tendencias crecientes calificadas como responsables en la manera de actuar de ciertos consumidores basadas en la búsqueda de beneficios personales a través del ahorro económico como motivo para actuar o consumir de manera responsable. El crecimiento en las compras de electrodomésticos calificados como energéticamente eficientes, la importancia otorgada por el consumidor al gasto de combustible al adquirir un vehículo o el aumento de la compra de bombillas de bajo consumo son ejemplos de los actuales comportamientos relacionados con el Consumo Responsable cuyo objetivo final es el beneficio personal en términos de ahorro monetario. Si bien esas

---

[15] Ballesteros Sanchez, C., «Soberanía consumidora. Más allá del consumo responsable», en ¿Cambiar el Mundo desde el Consumo? *Economistas sin Fronteras. Dossieres Es F*. núm. 2, julio 2011, p. 10.

[16] Serón Galindo, D., «Economía circular: de alternativa a necesidad», en *La economía circular, una opción inteligente*, *Economistas sin Fronteras, Dossieres Es* F. núm. 37, 2020, p. 4.

tendencias individualistas contribuyen al desarrollo del Consumo Responsable, el verdadero motor para su implantación va ligado al desarrollo de la conciencia colectiva como base del comportamiento de consumo de tal manera que más allá del beneficio personal seamos capaces de identificar las repercusiones colectivas que conlleva nuestro consumo[17].

Para que el ciudadano sea capaz de incluir la visión colectiva en su forma de consumir resultará de vital importancia las acciones que la administración lleve a cabo a tal efecto en materia formativa y de concienciación. Las nuevas tecnologías de la información se presentan como otro de los motores fundamentales para el desarrollo de la conciencia responsable del consumidor gracias a su capacidad de cobertura, comunicación y difusión de información entre los ciudadanos que tendrán acceso a una amplia variedad de datos, opiniones y recomendaciones acerca de todos los aspectos que guarden relación con el consumo y sus repercusiones[18].

De este modo, al centrar la atención en los deberes de los consumidores, es posible hablar de una responsabilidad social del consumidor que tendrá el efecto a corto plazo (si no de inmediato) de funcionar como impulso desde abajo de elecciones éticas de las empresas, consolidando indirectamente las políticas de responsabilidad social corporativa. Ésta, en efecto, si bien mantiene, hasta cierto punto y con las salvedades indicadas, su carácter voluntario y extralegal en base a las elecciones éticas o socialmente responsables de las empresas, recibe un fuerte impulso debido a la imposición de obligaciones de inversión a los consumidores en general y en particular a los «superconsumidores», orientando las políticas de negocios de las empresas hacia la ética, la sostenibilidad y la responsabilidad medioambiental[19].

III. CIRCULARIDAD Y CONSUMO

Directamente vinculado con el concepto de consumidor socialmente responsable, está el papel del mismo en el ámbito de la economía circular.

1. Economía circular: planteamiento

Podemos empezar planteando en qué consiste la llamada economía circular. El modelo económico actual, de economía lineal, está basado en una producción y un consumo con recursos naturales ilimitados. Sin

---

[17] Ballesteros Sanchez, C., *op. cit*., p. 12.

[18] Valor Marínez, C., «Limitaciones del consumo responsable para conseguir cambios en el mercado» en *¿Cambiar el Mundo desde el Consumo? Economistas sin Fronteras*. Dossieres *EsF, núm.* 2, 2011, p. 7.

[19] Vessia, F., *op. cit.,* p. 55.

una visión a largo plazo, se ha demostrado fallido al no contemplar la dimensión ambiental en su valoración de riqueza y desarrollo. Dicho modelo de economía lineal, desarrollado durante el siglo xx, se basa en combustibles fósiles y no gestiona a largo plazo recursos como la tierra, el agua y los minerales, generando a su vez un gran número de impactos negativos para nuestra sociedad y nuestro planeta, tales como la crisis climática, la contaminación de ecosistemas marinos y terrestres, la pérdida de biodiversidad, el aumento de riesgos para la salud humana y la escasez de materias primas, que a su vez incrementan la desigualdad en el reparto de la riqueza entre las personas. Las empresas extraen materiales de la tierra, aplican energía y mano de obra para fabricar un producto y lo venden a un usuario final, que luego lo descarta cuando ya no cumple con su propósito[20].

Es en los años setenta, durante la crisis del petróleo (1973 y 1979), cuando las consecuencias ecopolíticas de dicha crisis llevaron a tomar medidas extraordinarias, tales como la mejora en el aislamiento térmico de los edificios para mejorar su eficiencia energética, el impulso a la investigación en energías renovables o el desarrollo del concepto de la economía circular. En la crisis climática actual, se requieren medidas más urgentes que las adoptadas durante la crisis del petróleo, puesto que los riesgos son mayores. En definitiva, un cambio de modelo económico. Según el Foro Económico Mundial, los riesgos a largo plazo más importantes a los que se enfrenta la economía mundial se relacionan con el cambio climático, tanto en términos de probabilidad de ocurrencia como de gravedad económica[21].

La economía circular, en contraposición al modelo de economía lineal, permite el aprovechamiento de los recursos naturales (materias primas y energía) y la reducción y recuperación de residuos, ofreciendo una oportunidad para reinventar nuestra economía, haciéndola más sostenible y competitiva[22].

El modelo de economía circular distingue entre ciclos técnicos y biológicos. En los ciclos biológicos, los alimentos y los materiales de base biológica (por ejemplo, algodón o madera) retroalimentan el sistema a través de procesos como el compostaje. Estos ciclos regeneran los sistemas vivos (por ejemplo, el suelo), que proporcionan recursos renovables para la economía. Los ciclos técnicos recuperan y restauran productos, componentes y materiales a través de estrategias que incluyen reutilización, reparación, remanufactura o (en el último recurso) reciclaje[23].

---

[20] Serón Galindo, D., *op. cit*., p.16.

[21] World Economic Forum, Global Risks, 11th edition 2016. *https://www3.weforum.org/docs/GRR/WEF_GRR16.pdf*

[22] Circle Economy, *The Circularity Gap Report*, 2019.

[23] Serón Galindo, D., *op. cit*., p. 19.

Pero la economía circular va mucho más allá de la recuperación de productos y materiales a lo largo de la cadena de valor y define unos principios, elementos clave y estrategias que se citan a continuación. La economía circular parte de tres principios básicos: que el diseño de los productos facilite la eliminación de residuos y reducción de la contaminación; conseguir alargar el tiempo de uso de productos y materiales; y procurar la regeneración de los sistemas naturales. Los elementos sobre los que construir una estrategia de economía circular son también muy diversos, y así la se manejan, entre otros, los siguientes: priorizar los recursos renovables, repensar el modelo económico, diseñar pensando en el futuro, colaborar para crear valor conjunto[24], preservar y reutilizar lo que ya está construido. usar los residuos como recursos e incorporar la tecnología digital. En cuanto a las estrategias de economía circular se identifican tres grupos, que van de mayor a menor grado de circularidad: uso y fabricación de productos más inteligentes; extender la vida útil del producto y de sus partes; intentar la aplicación útil de materiales[25].

2. Economía circular y consumidor

Como hemos mencionado, la economía circular tiene como objetivo el desvincular del crecimiento económico de la extracción de recursos naturales, a través de un uso eficiente de los mismos y una transición hacia patrones de producción y consumo más sostenibles[26]. Con el propósito de lograr dicha transición, se requiere concentrar y consolidar esfuerzos de diversa naturaleza, es decir, aquellos que surgen de cambios en el sector productivo, los derivados del compromiso de las administraciones públicas y por supuesto, los relacionados con la conducta del consumidor[27].

La aceptación de la circularidad representa el cambio de un enfoque de economía lineal a uno más eficiente, donde se sustituye la noción de

---

[24] Interesante es el estudio del papel de las empresas de economía social en este tema, de la Cuesta González, M., Novillo Martín, E., Pardo Herrasti, E., «El papel de las empresas de economía social en la transición hacia la economía circular», *La economía circular, una opción inteligente, Economistas sin Fronteras, Dossieres Es F.* núm. 37, 2020, p. 34.

[25] Circle Economy, *The Circularity…,* cit.

[26] Cheng, C. y Chou, H., «Applying the concept of circular economy- Using the cultural difference of European consumers as an example», *2018 IEEE International Conference on Applied System Invention*, 2018, pp.449-452.

[27] Los autores Parajuly, K., Fitzpatrick, C., Muldoon, O. y Kuehr, R., «Behavioral change for the circular economy: a review with focus on electronic waste management in the EU», *Resources, Conservation and Recycling*, 2020, p.6, señalan que el esfuerzo colectivo constituye un requisito ineludible para alcanzar la circularidad. Asimismo, Stankevicienè, J., Nicanorova, M. y Çera, G., «Analysis of green economy dimension in the context of circular economy: The case of Baltic sea region», *E&M Economics and Management*, 2020, pp.4-18, destacan que la implementación de la economía circular requiere establecer una sinergia entre la dimensión social, ambiental y económica, puesto que la circularidad representa en sí un cambio sistemático.

«fin de vida útil» con la idea de reducir, reciclar y recuperar materiales en toda la cadena de producción. La eficacia de este sistema se basa en prolongar la vida útil de materiales y productos reintegrándolos repetidamente en el proceso de producción, reduciendo así el impacto ambiental en términos de recursos, energía y desechos[28].

Uno de los principales desafíos en el cambio de un modelo económico lineal a uno circular es que los consumidores acepten los productos y prácticas circulares. Aunque la transformación del sector productivo es crucial, el papel del consumidor es fundamental y no puede ser subestimado[29]. Existe un error de percepción al pensar que la participación del consumidor en la economía circular se limita a devolver los productos después de su uso[30]. En realidad, la transición hacia la circularidad requiere un cambio más profundo que involucra una participación activa y consciente por parte del consumidor en todo el ciclo de vida del producto. Esto implica tomar decisiones de compra informadas, apoyar productos y prácticas sostenibles, y fomentar la reutilización, reparación y reciclaje. Por tanto, el consumidor desempeña un papel crucial en impulsar un cambio sistemático hacia la economía circular[31].

Según cierta doctrina[32], el impacto ambiental de los productos está determinado por tres momentos clave desde la perspectiva del consumo: la compra, la utilización y la disposición final. Estos son los momentos en los que el consumidor interactúa con el producto. En consecuencia, la economía circular no se limita a separar los residuos, por un lado, comienza con una decisión de compra consciente, incluyendo el rechazo de productos innecesarios. Por otro lado, implica una adecuada utilización de bienes y servicios, la prolongación de la vida útil de los productos a través de la reutilización, reparación y renovación, y el fomento del consumo colaborativo. Finalmente, la circularidad se completa con una correcta disposición final que facilite la reintroducción de productos y materiales en otros ciclos productivos. La economía circular implica un cambio profundo en el patrón de comportamiento del consumidor, que debe estar representado por el abandono del precepto «usar y desechar», característico del modelo lineal[33].

---

[28] *https://ovacen.com/economia-circular/*

[29] Calvo, C. y Lévy, J., «The circular economy business model: examining costumers' acceptance of recycled goods», *Administrative sciences*, 2020, p.28.

[30] Hazen, B.T., Mollernkopf, D.A. y Wang, Y., «Remanufacturing for the circular economy: an examination of costumer switching behavior», *Business Strategy and the Environment*, 2017, pp.451-464.

[31] *https://www.areyour.org/es/2021/03/11/el-papel-crucial-de-los-consumidores-en-la-economia-circular/*

[32] Siminelli, C., «Consumer behaviors and attitudes towards a circular economy: knowledge and culture as determinants in a four-market analysis», *Economics and Policy of Energy and the Environment*, 2017, pp.135-169.

[33] Cheng, C. y Chou, H., «Applying the concept of circular economy…», cit., p.450.

Al considerar la participación activa del consumidor en las estrategias circulares, es importante mencionar diversas iniciativas. Si bien las 3Rs (reducir, reusar y reciclar) son ampliamente conocidas, otros enfoques también son fundamentales. Esto incluye productos como servicios y el consumo colaborativo. Cada una requiere un comportamiento específico del consumidor, lo que influye significativamente en el éxito de la circularidad[34].

Involucrar a los individuos en nuevas prácticas circulares presenta desafíos, ya que su preocupación ambiental tiende a centrarse más en el reciclaje que en otras acciones sostenibles. La remanufactura[35] depende en gran medida del compromiso del consumidor, pero la aversión a comprar productos remanufacturados obstaculiza la circularidad del ciclo productivo y desaprovecha los esfuerzos técnicos. Por ello, se destaca la importancia de analizar el comportamiento del consumidor para garantizar una transición efectiva hacia la economía circular[36].

Al considerar la necesidad de cambiar la conducta de los consumidores, es crucial analizar su actitud. Aunque los estudios indican una actitud positiva hacia la protección ambiental, existe una discrepancia entre esta actitud y la frecuencia real de adopción de comportamientos sostenibles. No obstante, al contrastar esa actitud favorable con métricas como la frecuencia con que los consumidores adoptan comportamientos sostenibles, se puede entrever una gran inconsistencia entre esos dos elementos[37].

La discrepancia entre la actitud y el comportamiento de los consumidores es una barrera para la circularidad en el consumo. Identificar factores que amplíen o reduzcan esta brecha es crucial para guiar estrategias circulares y minimizar esta disonancia. El estudio del comportamiento del consumidor proporciona a las empresas la oportunidad de tomar decisiones estratégicas para reducir los impactos ambientales. Cualquier esfuerzo que impulse la aceptación efectiva de la circularidad, más allá de una mera actitud favorable, representa un avance

---

[34] Tangwanichagapong, S., Logan, M. y Visvanathan, C., «Circular economy for sustainable resource management: the case of packgingwaste sector in Thailand», *Business Strategy and the Environment*, 2019, pp.353-387.

[35] La remanufactura es considerada como un concepto emergente y prometedor para cerrar el bucle de la cadena productiva e impulsar la circularidad. *Vid.,* en este sentido, Chen, Y., Wang, J. y Jia, X., «Refurbished or remanufactured?- An experimental study on consumer choice behavior», *Frontiers in Psychology*, 2020, p.781.

[36] Fogarassy, C., Nagy, K., Ajibade, S., Gyuricza, C. y Ymeri, P., «Relations between circular economic "principles" and organic food purchasing behavior in Hungary», *Agronomy*, 2020, p.616.

[37] Nieves Mendoza, L. M., Morales Cely, W. A., «Una mirada a la brecha entre actitud y comportamiento del consumidor en la economía circular» *Tendencias,* vol. 23, núm. 1, 2022, p. 380; Los autores señalan que, en algunos estudios sobre reciclaje de vestuario en consumidores jóvenes, se dieron cuenta que dichos jóvenes, que habían expresado su disposición a participar en las campañas de reciclaje, tuvieron un menor compromiso con la causa planteada.

significativo hacia un modelo de consumo más sostenible, tan necesario para la preservación del planeta[38].

3. Políticas europeas de fomento de la economía circular

Las políticas que promueven decisiones circulares por parte de los consumidores son más efectivas si están diseñadas para abordar los factores que dan forma al comportamiento individual, según el nuevo informe (2022) de la Agencia Europea Medio Ambiente (AEMA) «Habilitar las opciones del consumidor para una economía circular»[39]. El informe analiza cómo las políticas pueden permitir un comportamiento del consumidor más favorable a la economía circular mediante la comprensión de los factores que influyen en él.

Tanto los consumidores como las empresas influyen en la demanda de productos. Los productores no solo responden a la demanda de los consumidores, sino que también la moldean a través de los productos ofrecidos y cómo se comercializan los productos. Las elecciones de los consumidores dan forma a las decisiones tomadas por los actores aguas arriba, como los diseñadores de productos, y aguas abajo, como los recicladores, en las cadenas de suministro de productos, según el informe de la AEMA.

Los factores económicos, como el precio de los productos, suelen ser los más importantes en la toma de decisiones del consumidor, mientras que la importancia de los demás factores es menos clara. Otros factores que entran en juego incluyen hasta qué punto los productos disponibles satisfacen las necesidades de los consumidores, la información disponible para los consumidores, factores sociales, como el cumplimiento de las normas sociales, los valores de la comunidad y ejemplos de modelos a seguir, y las preferencias y creencias individuales relacionadas con, por ejemplo, ejemplo, prestigio, lealtad a la marca o valores personales. Tradicionalmente, las políticas han tenido como objetivo brindar información a los consumidores (como etiquetas ecológicas) y, en menor medida, hacer que las alternativas circulares sean económicamente más atractivas.

Hay oportunidades para explorar una variedad de opciones de políticas futuras en diferentes niveles de gobernanza, incluidas exenciones fiscales y subsidios, regulaciones legalmente vinculantes, evitar el lavado verde *(greenwashing)*, hacer que las opciones circulares sean más convenientes y usar etiquetas ecológicas y medidas dirigidas a

---

[38] Nieves Mendoza, L. M., Morales Cely, W. A., «Una mirada a la brecha…», cit., p. 381.

[39] *https://www.retema.es/actualidad/como-consumidores-pueden-impulsar-circularidad-economia*

los consumidores para, por ejemplo, mejorar apego emocional a los productos[40].

La Unión Europea ya se ha movido para implementar medidas para hacer que las opciones favorables a la economía circular sean más atractivas y convenientes para los consumidores. Por ejemplo, la Iniciativa[41] de Productos Sostenibles de la Comisión Europea, que se centra en proporcionar información a través del etiquetado y pasaportes de productos, y colocar requisitos de productos centrados en la durabilidad y la reciclabilidad, entre otros. Esta iniciativa reconoce el papel clave de los consumidores en el establecimiento de una economía circular y se espera que permita una aceleración de la circularidad en la economía de la UE. Asimismo, es importante la Iniciativa sobre el empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica, por la que se propone modificar la Directiva sobre los derechos de los consumidores[42], y la Directiva sobre prácticas comerciales desleales[43].

Hay que hacer mención, asimismo, de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771, de 20 de mayo, del Parlamento y del Consejo[44], relativas respectivamente a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, y a determinados aspectos de los contratos de compraventas de bienes. Ambas Directivas se insertan en el empeño de la Comisión por lograr en la UE un auténtico mercado único digital, reforzando la protección y la confianza del consumidor en un comercio electrónico pujante y claramente líder en cuanto al número de intercambios transnacionales[45]. En cuanto a la mejora en la protección del consumidor se ha abordado en *la* Directiva 2019/2161 de 27 de noviembre (Directiva ómnibus) que modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/2161 y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores en la Unión. En ella no aparece, sin embargo, ninguna referencia a la economía circular, ni a la durabilidad de los bienes. Y como se ha señalado, no porque el propósito carezca de puntos de co-

---

[40] Se trata de una tendencia en alza, *vid.,* «La crisis de inflación empuja a los españoles al consumo de ropa usada», *El Mundo,* lunes 27 de febrero de 2023; «Zara venderá ropa de segunda mano» *Periódico Mediterráneo,* 21 de noviembre de 2022, por poner dos ejemplos.

[41] *https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12567-Sustainable-products-initiative_en*

[42] *https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12467-Politica-de-los-consumidores-reforzar-el-papel-de-los-consumidores-en-la-transicion-ecologica_es*

[43] *https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/unfair-commercial-practices.html#:~:text=La%20Directiva%202005%2F29%2FCE%20distingue%20entre%20dos%20categor%C3%ADas%20de,y%20las%20pr%C3%A1cticas%20comerciales%20agresivas.*

[44] *DOUE* L 136, de 22 de mayo de 2918, respectivamente pp. 1-27 y 28-50.

[45] Sobre el proceso de redacción de ambas directivas de 2019, *vid*. Gomez Pomar, F., «El nuevo Derecho europeo de venta a los consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44», *InDret,* 2019, pp. 3 y ss.

nexión entre ambas. De hecho, la modificación de los arts. 5 y 6 de la Directiva 2011/83/UE persigue endurecer los deberes de información precontractual, de forma que hubiera sido coherente una coordinación con la Directiva 2019/771 en los que éstos también se recogieran., Y sobre todo si se tiene en cuenta que la información sobre la durabilidad u reparabilidad de los bienes es relevante para el consumidor medio, no solo desde el punto de vista de la sostenibilidad, sino también desde el puramente económico. La Directiva 2019/771 introduce solo muy imprecisa y atenuadamente en el Derecho privado europeo las premisas de la economía circular[46].

4. Iniciativa de productos sostenibles

Esta iniciativa, que revisará la Directiva sobre diseño ecológico y propondrá medidas legislativas adicionales según corresponda, tiene como objetivo hacer que los productos comercializados en la UE sean más sostenibles.

Los consumidores, el medio ambiente y el clima se beneficiarán de productos más duraderos, reutilizables, reparables, reciclables y energéticamente eficientes. La iniciativa también abordará la presencia de químicos dañinos en productos como: equipos electrónicos y Tic, textiles, muebles, acero, cemento y productos químicos.

Fruto de esa iniciativa se ha redactado la propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos sostenibles y se deroga la Directiva 009/125/CE[47].

4.1. *Los objetivos principales del Reglamento*

Son la reducción de los impactos ambientales negativos del ciclo de vida de los productos y la mejora del funcionamiento del mercado interior. Estos objetivos tratan de resolver los problemas analizados en la evaluación de impacto y sus causas. Reflejan el hecho de que en el mercado interior existen productos disponibles que generan impactos ambientales adversos innecesarios. El Reglamento también contribuye a los objetivos de la política industrial de la UE de impulsar la oferta y la demanda de bienes sostenibles, lograr una producción sostenible y garantizar unas condiciones de competencia equitativas para los pro-

---

[46] *Vid*. Barber Cárcamo, R., «Garantías en las ventas de consumo y economía circular ¿El inicio de un nuevo régimen?**»,** *Revista de Derecho Civil,* vol. ix, núm. 2 (abril-junio, 2022), pp. 141-186. La autora señala que dicha Directiva ha nacido vieja, de manera que su interés principal radica en anunciar reformas para su revisión, prevista en 2025.

[47] *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022PC0142*.

ductos que se venden en el mercado interior. La industria necesita unos requisitos armonizados aplicables a todos los ámbitos, unos medios eficientes para cumplirlos, un cumplimiento adecuado, un refuerzo de la vigilancia del mercado y unos controles aduaneros basados en un análisis de riesgos.

Los productos desempeñan un papel fundamental en la vida de los ciudadanos de la UE y el número, la gama y la variedad de productos que se nos ofrecen cambian constantemente y los avances tecnológicos que han tenido lugar en las últimas décadas también han aumentado nuestra dependencia de ellos: desde los productos de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) que nos mantuvieron conectados durante la crisis de la COVID-19, hasta el mobiliario y los electrodomésticos que nos ayudan diariamente en las tareas domésticas. La libre circulación de los productos es esencial para garantizar el funcionamiento del mercado interior, que sigue siendo la base de la competitividad de las empresas de la UE y de la elección de los consumidores[48]. Al aplicar el concepto de diseño ecológico a una gama muy amplia de productos y permitir que establezca un amplio abanico de requisitos específicos aplicables a los productos, el Reglamento se propone abordar los impactos ambientales más perjudiciales de los productos. Fija de este modo, un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico con base en los aspectos de sostenibilidad y circularidad recogidos en el Plan de Acción para la Economía Circular, como la durabilidad, reutilizabilidad, actualizabilidad y reparabilidad de los productos; la presencia de sustancias preocupantes en los productos; la eficiencia de los productos en cuanto al uso de energía y de recursos; el contenido reciclado de los productos; la refabricación y el reciclado de alta calidad de los productos; y la reducción de la huella de carbono y la huella ambiental de los productos.

De este modo, contribuirá al logro de los objetivos globales de la UE en materia de clima, medioambiente y energía, y apoyará el crecimiento económico, la creación de empleo y la inclusión social. Al aumentar la durabilidad de los materiales, garantizar la conservación de su valor durante el mayor tiempo posible e impulsar el uso de contenido reciclado en los productos, promoverá la desvinculación del desarrollo económico del uso de recursos naturales, así como la reducción de la dependencia de los materiales —y fomentará por tanto la autonomía estratégica abierta y la resiliencia de la UE—. Varios acontecimientos recientes nos han recordado las posibles vulnerabilidades de las cadenas de suministro globales.

---

[48] Nieves Mendoza, L. M., Morales Cely, W. A., «Una mirada a la brecha…», cit., pp. 372-374.

4.2. *Coherencia con otras políticas de la Unión*

El Reglamento se basa en varias políticas de la Unión. El pilar de esta iniciativa es *el Pacto Verde Europeo*[49], la estrategia de crecimiento, destinada a transformar la UE en una sociedad equitativa y próspera, con una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, en la que no habrá emisiones netas de gases de efecto invernadero en 2050 y el crecimiento económico estará disociado del uso de los recursos. El Pacto Verde Europeo también anunció el nuevo modelo de industria para Europa y el Plan de Acción para la Economía Circular, publicados conjuntamente en marzo de 2020. El modelo de industria para Europa de 2020 de la Comisión Europea recoge la ambición general de la UE de impulsar una «doble transición» hacia la neutralidad climática y el liderazgo digital. Se hace eco del Pacto Verde Europeo en el sentido de que pone de relieve el papel de liderazgo que debe desempeñar la industria europea en dicha transición, mediante la reducción de su huella material y de carbono y la integración de la circularidad en toda la economía. Subraya la necesidad de apartarse de los modelos tradicionales y revolucionar la manera en que diseñamos, fabricamos, utilizamos y nos deshacemos de los productos. En 2021, la Comisión publicó una actualización del modelo de industria, que refuerza los mensajes principales del modelo de 2020 y ofrece una serie de instrumentos de implementación adicionales.

El Plan de Acción para la Economía Circular se propone, entre otros aspectos, estimular el desarrollo de mercados pioneros en productos sostenibles y climáticamente neutros, tanto dentro como fuera de la Unión. Para lograrlo, establece un marco para una política de productos sostenibles, con medidas en tres grandes ámbitos: fomento del diseño de productos sostenibles, empoderamiento de los consumidores y los compradores públicos y promoción de la circularidad de los procesos de producción. Si bien los tres ámbitos del marco para una política de productos sostenibles presentan sinergias, el presente Reglamento se centra fundamentalmente en las medidas establecidas en el primero de ellos (diseño de productos sostenibles) encaminadas a conseguir que todos los productos sean adecuados para una economía climáticamente neutra, eficiente en el uso de los recursos y circular, reducir los residuos y garantizar que las prestaciones de los pioneros de la sostenibilidad se conviertan progresivamente en la norma. Como se anunció en el Plan de Acción para la Economía Circular, la base de esta iniciativa legislativa consiste en ampliar el alcance de la Directiva sobre el diseño ecológico más allá de los productos relacionados con la energía, de modo que abarque la gama más amplia posible de productos y ayude a

[49] Comisión Europea, Bruselas, 11.12.2019 COM (2019) 640, *https://eur-lex.europa.eu›resource›format=PDF*

lograr una economía circular. Los requisitos aplicables a los productos establecidos en la presente legislación deben complementar y reforzar los requisitos establecidos en otras iniciativas relacionadas con el Plan de Acción para la Economía Circular. En particular, los requisitos aplicables a los productos recogidos en la presente legislación ayudan a alcanzar los objetivos y mantener la coherencia con otras medidas relativas a cadenas de valor clave definidas en la implementación de dicho plan de acción, como la Estrategia de la UE sobre los Productos Textiles Sostenibles y Circulares.

5. Iniciativa sobre el empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica

La Iniciativa sobre el empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica[50] mejorará la información sobre los productos en el punto de venta, en particular la relativa a su durabilidad y reparabilidad, y ayudará a evitar el blanqueo ecológico y la obsolescencia prematura.

La iniciativa que la Comisión emprenderá próximamente en relación con las alegaciones ecológicas también complementará las medidas de la presente legislación, mediante un aumento de la fiabilidad, comparabilidad y verificabilidad de las alegaciones ambientales sobre los productos, por medio de requisitos que establezcan que dichas alegaciones se justifiquen y verifiquen con métodos de análisis del ciclo de vida, en particular el método de la huella ambiental de los productos. Además, los objetivos de la proyectada legislación también se verán respaldados por la legislación sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, en particular por las normas sobre diligencia debida en materia de medioambiente que establece para las empresas. [51]

La Comisión Europea propone modificar la Directiva sobre los Derechos de los consumidores[52] para obligar a los comerciantes a facilitar a los consumidores información sobre la durabilidad y reparabilidad[53] de los productos. Por lo que se refiere a la durabilidad, si el productor de un

---

[50] *https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12467-Politica-de-los-consumidores-reforzar-el-papel-de-los-consumidores-en-la-transicion-ecologica_es*

[51] Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre, por la que se modifican el Reglamento (UE) núm. 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas. *DOUE*, núm. 322, de 16 de diciembre de 2022.

[52] Directiva (UE) 2011/83/ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo L 304/64.

[53] Avilés García, J., «El nuevo derecho a la reparación de bienes en los servicios técnicos postventa de una economía circular», *Diario La Ley*, núm. 9883, 2021, pp. 1-11.

bien de consumo ofrece una garantía comercial de durabilidad superior a dos años, el vendedor debe facilitar esta información al consumidor. En caso de los productos que utilizan energía, los vendedores también deben informar a los consumidores cuando los productores no hayan facilitado ninguna información sobre una garantía comercial de durabilidad. En relación a las reparaciones y actualizaciones, los vendedores también deben facilitar la información pertinente sobre las reparaciones, como la puntuación de reparabilidad (en su caso) u otra información pertinente sobre las reparaciones, como la puntuación de reparabilidad (en su caso) u otra información pertinente sobre reparaciones facilitada por el productor, como la disponibilidad de piezas de recambio o un manual de reparación. En el caso de dispositivos inteligentes y los contenidos y servicios digitales, también se debe de informar al consumidor sobre las actualizaciones de software facilitadas por el productor.

La Comisión también tiene como objetivo varias modificaciones de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales. En primer lugar, se amplía la lista de características de un producto sobre las que un comerciante no puede engañar a los consumidores con el fin de incluir el impacto medioambiental o social, la durabilidad y la reparabilidad. También se añaden nuevas prácticas tras una evaluación caso por caso, como hacer una declaración medioambiental sobre comportamientos medioambientales futuros sin metas ni compromisos claros, objetivos y verificables y sin un sistema de supervisión independiente. Por último se modifica la citada Directiva con la incorporación de nuevas prácticas a la lista actual de prácticas comerciales desleales prohibidas, la denominada «lista negra», entre las que se encuentran: omitir información sobre las características introducidas para limitar la durabilidad[54]; hacer declaraciones medioambientales genéricas o vagas, si no es posible demostrar un comportamiento medioambiental excelente de un producto o de un comerciante;[55] hacer una declaración medioambiental sobre todo el producto cuando en realidad solo afecta a un aspecto determinado de este; exhibir una etiqueta de sostenibilidad voluntaria que no se base en un sistema de verificación por terceros ni haya sido establecida por las autoridades públicas; y por último, omitir información sobre la funcionalidad limitada de un producto cuando se utilizan bienes fungibles, piezas de recambio o accesorios no suministrados por el productor original.

La UE, por tanto, quiere una publicidad más responsable, al optar por normativas que protejan ante la extracción de datos personales para

[54] Por ejemplo, un programa informático que interrumpa o reduzca la funcionalidad del producto al cabo de un periodo de tiempo determinado.

[55] Ejemplos de declaraciones medioambientales genéricas son «respetuoso con el medio ambiente», «eco», o «verde», que sugieren o crean erróneamente la impresión de un excelente comportamiento ambiental. El objetivo es lograr que las alegaciones sean fiables, comparables y verificables en toda la UE y reducir el blanqueo ecológico.

anuncios personalizados, la obsolescencia progarmada y el «ecoblanqueo» *(greenwashing)*[56], práctica que se emplea cuando una empresa utiliza el impacto medioambiental con fines de marketing y da la falsa impresión de que un producto es más ecológico de lo que es. De este modo se fomentará la competencia en favor de productos más sostenibles desde el punto de vista medioambiental y se reducirá el impacto negativo del medio ambiente[57].

IV. CONCLUSIÓN

Se ha destacado que la introducción de conceptos traídos de la economía circular al Derecho del consumo puede alentar el surgimiento de un nuevo paradigma que sume la protección del consumidor con la del medio ambiente[58]. Para lograr dicha finalidad es necesaria la coordinación de normas relativas a la producción y al consumo, ya que, por lo que respecta a este último, nos encontramos muchas veces ante declaraciones de intenciones, pero no ante normas de eficacia jurídica directa. Lo mejor sería que ese nuevo paradigma se materialice en normas directa o indirectamente aplicables en los estados miembros, o introducir actualizaciones y mejoras en la normativa europea vigente[59].

En ese sentido, la actual Directiva 2009/125/CE sobre diseño ecológico tiene un largo historial de beneficios para las empresas, los consumidores y el medio ambiente[60]. La propuesta de un nuevo Reglamento sobre diseño ecológico para productos sostenibles, publicada el 30 de marzo de 2022, es la piedra angular del enfoque de la Comisión con respecto a los productos más sostenibles desde el punto de vista medioambiental y circulares. La propuesta se basa en la actual Directiva sobre diseño ecológico, que actualmente solo cubre los productos relacionados con la energía.

La propuesta crea un marco para establecer requisitos de diseño ecológico para grupos específicos de productos con el fin de mejorar significativamente su circularidad, rendimiento energético y otros

---

[56] *Vid*. «Cuando el *Greenwashing* silenció a la moda», disponible en *http//www.modaes.com/back-stage/cuando-el-greenwashing-silencio-a-la-moda.*

[57] *Vid*. «Economía circular: la Comisión propone nuevos derechos de los consumidores y la prohibición del blanqueo ecológico», Comisión Europea, Comunicado de Prensa, Bruselas, 30 de marzo de 2022.

[58] Barber Cárcamo, R., *op. cit*., p. 183.

[59] García Goldar, M., «Economía circular y Derecho europeo de consumo: una relación todavía incipiente» en Nogueira, A. y Vence, X., *Redondear la economía circular. Del discurso oficial a las políticas necesarias,* Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 163-202.

[60] Solo en 2021, el impacto de las actuales medidas de diseño ecológico, que abarcan 31 grupos de productos, ahorró 120 000 millones de euros en gasto energético para los consumidores de la UE y dio lugar a una reducción del 10 por 100 del consumo anual de energía de los productos incluidos en el ámbito de aplicación.

aspectos de sostenibilidad medioambiental. Va a permitir establecer requisitos de rendimiento e información para casi todas las categorías de productos físicos comercializados en el mercado de la UE [con algunas excepciones notables, como los alimentos y los piensos, tal como se definen en el Reglamento (CE) núm. 178/2002]. Para los grupos de productos que compartan características comunes suficientes, el marco también facultará establecer normas horizontales. El marco permitirá establecer una amplia gama de requisitos, incluidos los relativos a: la durabilidad, reutilizabilidad, actualizabilidad y reparabilidad de los productos; la presencia de sustancias que inhiben la circularidad; la eficiencia en cuanto al uso de energía y de recursos; el contenido reciclado; la remanufacturación y el reciclado; la huella de carbono y la huella ecológica y los requisitos de información, incluido un pasaporte digital de productos.

Este nuevo «pasaporte digital de productos» proporcionará información sobre la sostenibilidad medioambiental de los productos. Debe ayudar a los consumidores y a las empresas a elegir con conocimiento de causa a la hora de adquirir productos, facilitar las reparaciones y el reciclado y mejorar la transparencia sobre los impactos del ciclo de vida de los productos en el medio ambiente. El pasaporte de productos también debe ayudar a las autoridades públicas a realizar mejor las comprobaciones y los controles.

De este modo se pone de relive la iniciativa por parte de la UE de fomento de la economía circular, algo que de forma inevitable fomentará el impulso de la misma y la preocupación por la protección y educación del consumidor que resulta ser la pieza clave de la circularidad, mejorando significativamente su información, el rendimiento energético de los productos y otros aspectos de sostenibilidad medioambiental.

Habida cuenta que el consumidor es una pieza angular para la economía circular, debemos añadir que la brecha entre la actitud y el comportamiento de mismo representa la gran contradicción que puede existir entre una actitud favorable hacia el medio ambiente y acciones no sostenibles. Esta discrepancia obstaculiza la transición hacia la circularidad, ya que los consumidores pueden seguir patrones de «usar y desechar», lo que implica un impacto ambiental significativo. Por tanto, sin un cambio en los hábitos de consumo, los esfuerzos de la industria para promover la circularidad serán infructuosos. En definitiva, es fundamental que los consumidores adopten prácticas sostenibles en todas las etapas, desde la compra hasta la disposición de los productos, para lograr un verdadero cambio hacia la economía circular[61].

[61] Además, los autores Nieves Mendoza, L. M., Morales Cely, W. A., «Una mirada a la brecha…», cit., p. 388; llegan a la conclusión de que «las investigaciones sobre economía circular en diversos sectores económicos dejan entrever que el reciclaje se sitúa como la practica circular con mayor popularidad. Sin embargo, el cambio sistemático hacia la circularidad

V. BIBLIOGRAFÍA

Araque Padilla, R. y Montero Simó, M. J., «La responsabilidad Social de la Empresa en el ámbito del marketing: algunas reflexiones y propuestas», *Papeles de Ética, Economía y Dirección*, núm. 8, 2003, p. 23 y ss.

Avilés García, J., «El nuevo derecho a la reparación de bienes en los servicios técnicos postventa de una economía circular», *Diario La Ley* (2 julio 2021), núm. 9883, pp. 1-11.

Ballesteros Sanchez, C., «Soberanía consumidora. Más allá del consumo responsable», en *¿Cambiar el Mundo desde el Consumo? Economistas sin Fronteras. Dossieres* Es F., núm. 2, julio 2011, p. 10.

Barber Cárcamo, R., «Garantías en las ventas de consumo y economía circular ¿El inicio de un nuevo régimen?», *Revista de Derecho Civil,* vol ix, núm. 2, abril-junio, 2022, pp. 141-186.

Calvo, C. y Lévy, J., «The circular economy business model: examining costumers' acceptance of recycled goods», *Administrative sciences*, 2020, p.28.

Circle Economy, *The Circularity Gap Report*, 2019.

Chen, Y., Wang, J. y Jia, X., «Refurbished or remanufactured?- An experimental study on consumer choice behavior», *Frontiers in Psychology*, 2020, p.781.

Cheng, C. y Chou, H., «Applying the concept of circular economy- Using the cultural difference of European consumers as an example», *2018 IEEE International Conference on Applied System Invention*, 2018, pp.449-452.

Cortina Orts, A., *Por una ética del consumo*, Taurus, 2002, p.32.

de la Cuesta González, M., Novillo Martín, E., Pardo Herrasti, E., «El papel de las empresas de economía social en la transición hacia la economía circular», *La economía circular, una opción inteligente*, *Economistas sin Fronteras, Dossieres* Es F. núm. 37 2020, p. 34.

Díaz Carmona, E., «Abanico de opciones para ciudadanos responsables», *¿Cambiar el Mundo desde el Consumo? Economistas sin Fronteras. Dossiere*s Es. F, núm. 2, julio de 2011.

Enrosa, M. G., «¿Se han cumplido los objetivos propuestos en la Comunicación de la Comisión relativa al Plan de Acción sobre el Consumo y Producción sostenibles y una Política Industrial Sostenible*?*», *BoDiAlCo*, núm. 17, 2016, pp. 9-10.

Fenell, G., «Marketing, Ética y Calidad de Vida», en Samli, C. A., *Marketing y la Calidad de vida,* Connecticut: Quorum Books, 1987, p. 10.

Fogarassy, C., Nagy, K., Ajibade, S., Gyuricza, C. y Ymeri, P., «Relations between circular economic "principles" and organic food purchasing behavior in Hungary», *Agronomy*, 2020, p.616.

García Goldar, M., «Economía circular y Derecho europeo de consumo: una relación todavía incipiente», en Nogueira, A y Vence, X., *Redondear la economía circular. Del discurso oficial a las políticas necesarias,* Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 163-202.

---

implica la acogida de otras iniciativas por parte del consumidor, tales como la remanufactura, la economía colaborativa, la extensión de la vida de los productos, entre otros. De allí, que el diseño de estrategias circulares, debe contemplar plenamente el rol de los consumidores, teniendo como objetivo la minimización de la brecha entre actitud y comportamiento, en pro de reducir los impactos ambientales del modelo actual», opinión que compartimos en su totalidad.

Gómez Pomar, F., «El nuevo Derecho europeo de venta a los consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44», *InDret,* 2019, 4, pp. 3 y ss.

González Vaqué, L. «¿Del consumo sostenible a una economía circular?», *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, núm. 17/2016, p.179.

Hazen, B. T., Mollernkopf, D. A. y Wang, Y., «Remanufacturing for the circular economy: an examination of costumer switching behavior», *Business Strategy and the Environment*, 2017, pp.451-464.

Nieves Mendoza, L. M., Morales Cely, W. A., «Una mirada a la brecha entre actitud y comportamiento del consumidor en la economía circular», *Tendencias,* vol. 23, núm. 1 2022 pp. 372-394.

Parajuly, K., Fitzpatrick, C., Muldoon, O. y Kuehr, R., «Behavioral change for the circular economy: a review with focus on electronic waste management in the EU», *Resources, Conservation and Recycling*, 2020, p.6.

Salcedo Aznal, A. y Garcés Prieto, J., «Influencia de la ansiedad en la adicción al consumo y la falta de autocontrol en la compra y el gasto de los jóvenes», *Estudios sobre Consumo*, vol. 76, 2006, p. 56.

Serón Galindo, D., «Economía circular: de alternativa a necesidad», en *La economía circular, una opción inteligente*, *Economistas sin Fronteras, Dossieres Es F*. núm. 37 2020, p. 4.

Siminelli, C., «Consumer behaviors and attitudes towards a circular economy: knowledge and culture as determinants in a four-market analysis», *Economics and Policy of Energy and the Environment*, 2017, pp.135-169.

Tangwanichagapong, S., Logan, M. y Visvanathan, C., «Circular economy for sustainable resource management: the case of packgingwaste sector in Thailand», *Business Strategy and the Environment*, 2019, pp.353-387.

Valor Marínez, C., «Limitaciones del consumo responsable para conseguir cambios en el mercado», en *¿Cambiar el Mundo desde el Consumo? Economistas sin Fronteras*. *Dossieres EsF.* núm. 2, julio 2011, p. 7.

Vessia, F., «Las tendencias recientes italianas de promoción de la empresa responsable», en Boldó Roda, C. (dir.), *Responsabilidad Social Corporativa. Nuevos retos, nuevas soluciones*, Universitat Jaume I, Colección Estudios Jurídicos, núm. 26, 2020, p. 54.

World Economic Forum, *Global Risks*, 11th edition 2016. *https://www3.weforum.org/docs/GRR/WEF_GRR16.pdf*

PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEY DE MOROSIDAD, PILAR FUNDAMENTAL PARA IMPULSAR LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA

Pablo Tortajada Chardí
Profesor Ayudante Doctor
Universidad de Valencia

RESUMEN: En el actual contexto empresarial, la sostenibilidad se ha convertido en un tema central, donde la morosidad, entendida como el retraso en el pago de las obligaciones comerciales, emerge como un factor que afecta negativamente en la sostenibilidad financiera de las empresas, especialmente las PYMES. La legislación al respecto, entre otras la Directiva 2000/35/CE, Directiva 2011/7/UE, Ley 3/2004, de 29 de diciembre y sucesivas reformas, si bien han promovido diversas transformaciones, deben enfocarse en una mayor eficacia y control con el fin de asegurar su cumplimiento. Se analiza la necesidad de llevar a cabo reformas legislativas significativas para abordar eficazmente la morosidad y fortalecer la supervisión activa, impulsando así un entorno empresarial más justo y sostenible.

Palabras clave: morosidad; sostenibilidad; financiera; transformación.

ABSTRACT: In the current business context, sustainability has become a central issue, where late payment, understood as the delay in the payment of commercial obligations, emerges as a factor that negatively affects the financial sustainability of companies, especially the pymes. The legislation in this regard, among others Directive 2000/35/EC, Directive 2011/7/EU, Law 3/2004 of December 29 and successive reforms, although they have promoted various transformations, must focus on greater efficiency and control with in order to ensure compliance. The need to carry out significant legislative reforms is analyzed to effectively address late pay-

ment and strengthen active supervision, thus promoting a fairer and more sustainable business environment.

Keywords: late payment; sustainability; financial; transformation.

SUMARIO: I.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES. II.- ANTECEDENTES Y MARCO JURÍDICO ACTUAL DE LA MOROSIDAD. 1.- Sistema de la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio. 2.- Sistema de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre. 3.- Sistema de la Ley 15/2010, de 5 de julio. 4.- Sistema de la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero. III.- SISTEMAS PROPUESTOS DE REFORMA. 1.- Sistema propuesto en la proposición de Ley 28 febrero 2020. 2.- Sistema en la propuesta de Reglamento. 2023/0323 (COD). IV.- IMPACTO DE LA MOROSIDAD EN LA SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL Y MEDIDAS DE MITIGACIÓN. 1.- Medidas para reducir la morosidad. 2.- Impulso del crecimiento económico sostenible. 3.- Implementación de una supervisión activa y seguimiento por autoridades. V.- CONCLUSIONES. VI.- BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La sostenibilidad financiera[1] es un contrafuerte fundamental en el tejido empresarial contemporáneo, especialmente para las pequeñas y medianas empresas (Pymes), que constituyen la columna vertebral de la economía europea. Sin embargo, este equilibrio se ve amenazado por un fenómeno persistente y perturbador: la morosidad en los pagos comerciales. En el contexto de la Unión Europea (UE)[2], y en particular en nuestro país[3], este fenómeno adquiere proporciones preocupantes,

---

[1] Tapia Hermida, A. J., *Sostenibilidad Financiera,* Reus, 2023, p. 250, dispone que «La sostenibilidad financiera consiste en compatibilizar la rentabilidad exclusivamente económica con una rentabilidad omnicomprensiva y humanamente sostenible». Por su parte en el art. 4.2 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, se establece que se entenderá por sostenibilidad financiera la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea. Se entiende que existe sostenibilidad de la deuda comercial, cuando el periodo medio de pago a los proveedores no supere el plazo máximo previsto en la normativa sobre morosidad, donde su numeral tercero establece que para el cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera las operaciones financieras se someterán al principio de prudencia financiera.

[2] Gómez Ligüerre, C. I., «La morosidad. De nuevo», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2023, p. 7, donde desarrolla la constatación de los estudios de la Comisión Europea que evidencian, de media, que los operadores económicos del sur de Europa acostumbran a pagar sus facturas en plazos mayores que los operadores del norte.

[3] Puede llevarse a cabo un estudio con detalle del período medio en *https://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/PeriodoMedioPago/InformacionAAPPs/PMPdelasAAPP.aspx*, (consultada el 14 de marzo de 2024). En este mismo sentido el Observatorio de la Morosidad de la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, en su Informe del 2º trimestre de 2023, establece que el periodo medio de pago creció en el tercer trimestre hasta los 82 días, resaltando que el esfuerzo financiero asociado a la deuda comercial de las empresas se ha dupli-

afectando de manera significativa tanto a las empresas como a las pymes, erosionando su capacidad para operar de manera eficiente y socavando su capacidad de crecimiento económico e implementación de políticas sostenibles.

Tras la constatación por la Comisión Europea desde 2015[4] que el marco jurídico en materia de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales no era adecuado para abordar el problema de los retrasos en los pagos, se advierte que esta disfunción, no solo constituye una carga financiera para las empresas, sino que también tiene consecuencias profundas en términos de competitividad, riesgo empresarial y participación en el mercado, resaltando incluso que en períodos de crisis e inestabilidad como los que hemos vivido en los últimos años, la morosidad tiende a aumentar, exacerbando aún más sus impactos negativos en el entramado empresarial.

Sin perjuicio de la morosidad que sufren también las grandes empresas, principalmente son las pequeñas y medianas empresas las más vulnerables a los efectos perjudiciales de la morosidad, dado que «la causa fundamental de los pagos tardíos son las asimetrías en el poder de negociación entre un gran cliente (deudor) y un proveedor más pequeño (acreedor)»[5]. Significar, por tanto, en la dependencia de flujos regulares y previsibles de efectivo para su funcionamiento diario, por lo que se enfrentan a riesgos financieros importantes cuando se retrasan los pagos de sus clientes. Esta vulnerabilidad se ve agravada por un efecto dominó, donde podemos percibir que la morosidad en un eslabón de la cadena de pagos conduce a retrasos adicionales en otros, generando un ciclo vicioso que puede ser difícil destruir.

Asimismo, la afectación a la liquidez y estabilidad financiera de las empresas, la morosidad también tiene consecuencias más amplias en la economía y la sociedad en general. Reduce la confianza en el mercado, aumenta el riesgo de quiebra y consecuencia una prestación de servicios esenciales deficiente. En última instancia, no solo amenaza

---

cado en el mismo periodo llegando a los 2 700 millones de euros en cómputo anualizado para el conjunto de las pymes, hecho que evidentemente consecuencia un detrimento de recursos para la inversión, aumento de plantilla que conlleva una merma en su productividad.

[4] Disponible el detalle en *https://single-market-economy.ec.europa.eu/smes/sme-strategy/late-payment-directive_en?prefLang=es*, incluye *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions*. Disponible en *https://ec.europa.eu/docsroom/documents/18401 y Commission Staff Working Document - Evaluation of the Late Payment Directive/ REFIT Evaluation Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Directive 2011/7/EU on combating late payment in commercial transactions COM (2016) 534 final.*

[5] «Morosidad en las operaciones comerciales», *Diario La Ley,* Wolters Kluwer, 10 octubre 2023, (consultado el 9 de febrero de 2024).

los medios de subsistencia y productividad de los empresarios, sino que también socava la base misma de la actividad económica sostenible.

Debe ser una prioridad del legislador si queremos revertir esta disfunción, habida cuenta que no podemos ampararnos en el principio de la autonomía de la voluntad y en la facultad de negociación de las partes, puesto que es evidente, que no existe tal autonomía en la parte frágil, que aceptará condiciones y plazos de pago injustos, ante la incapacidad de poder de negociación. Promover esa reversión implica el cambio de paradigma en la forma de financiación, mejorar la disciplina de pago de todos los actores involucrados (preferiblemente las administraciones públicas y grandes empresas), con la finalidad de ofrecer la mayor protección al sistema, que a buen seguro revertirá en el mismo, y sobre todo en mejores políticas sostenibles.

En este contexto, es preciso analizar el marco normativo actual para detectar los puntos de reforma y efectuar las propuestas pertinentes que nos permitan instaurar una cultura de pago sin demora que potencie prácticas comerciales responsables y sostenibles en el entorno empresarial europeo.

II. ANTECEDENTES Y MARCO JURÍDICO ACTUAL DE LA MOROSIDAD

1. Sistema de la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio

En primer lugar, traer a colación la preocupación del legislador europeo[6], que venía reflejada en la necesidad de activar y mejorar el funcionamiento del mercado interior, puesto que era de suma relevancia el problema de los retrasos en el pago[7], donde las diferencias en las prácticas de pago suponían un serio obstáculo al mercado único al disuadir a las empresas de llevar a cabo operaciones de comercio transfronterizo[8]. La meritada Directiva fue clave en la lucha contra la mo-

---

[6] Se inician los trabajos en este sentido con el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre los plazos de pago en las transacciones comerciales. Comisión de las Comunidades Europeas, 18 noviembre 1992, SEC (92) 2214, proyectándose dicha preocupación consecuentemente en la Recomendación de la Comisión de 12 de mayo de 1995 (*DOCE*, núm. L 127, 10VI-1995), relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales.

[7] Perales Viscasillas, M. P., «La Ley 3/2004 y la Directiva 200/35: Pasado, Presente y Futuro e impacto en el Derecho Mercantil», *REDUR 5*, diciembre 2007, p. 6, llega a calificar como una patología el retraso en los pagos, donde se ha generado la cultura de la morosidad, que desgraciadamente había calado también en el sector público, donde ya la Recomendación de la Comisión de 12 de mayo de 1995, establecía como uno de sus objetivos, mejorar el pago en los contratos públicos.

[8] Vidal Portabales, J. I., «Acciones de la CE contra la morosidad en las operaciones mercantiles la directiva 2000/35 CE», *Revista xuridica da Universidad de Santiago de Compostela*, núm. 2, 2002, pp. 188.

rosidad en las operaciones comerciales pues establecía un marco legal que busca la protección de las empresas, especialmente las pequeñas y medianas empresas, de los efectos negativos que la morosidad tenía en su liquidez y solvencia. La Directiva establecía que a menos que se acuerde lo contrario y siempre que sea justo para el acreedor, el plazo de pago en operaciones comerciales no debía de exceder los 60 días, pues ello nos llevaba a evitar prácticas abusivas que podían perjudicar la liquidez de las empresas, proporcionando suficiente marco temporal claro y concreto para el cumplimiento de las obligaciones de pago.

En el supuesto de retraso en el pago, se permitía a los acreedores cobrar intereses de demora sin necesidad de un recordatorio previo, lo cual significaba que desde el momento en que se producía el retraso, el acreedor tenía derecho a reclamar los intereses sobre el monto adeudado, lo que servía como un incentivo para el pago puntual y como compensación por el retraso. Además, la Directiva permitía a los acreedores reclamar una compensación por los costos en los que hayan incurrido debido al retraso en el pago, lo que incluía los gastos relacionados con la recuperación de la deuda, como costos administrativos y legales, proporcionando una protección adicional. Aunque la Directiva establecía un plazo máximo de 60 días, también promovía la flexibilidad en los términos de pago, siempre y cuando sean justos y equitativos para el acreedor, lo que permitía acordar nuevos términos de pago, sentando las bases de un marco legal sólido que se establecía para combatir con el impulso del legislador europeo la creciente morosidad y abuso en las operaciones comerciales, protegiendo la liquidez de las empresas y promoviendo prácticas de pago responsables.

2. Sistema de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre

La Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, fue incorporada a nuestro ordenamiento mediante la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, respondía a una necesidad urgente existente en el momento en el tráfico comercial español, que podríamos extrapolar perfectamente a nuestros días, a la vista de los elevados niveles de morosidad que concurrían en el mismo y los graves perjuicios que tal morosidad acarreaba para la economía nacional[9]. Ante un claro objetivo de fomentar una mayor transparencia en el cumplimiento y determinación de los plazos de pago en las transacciones comerciales, se promulgaba la ley que consta únicamente

[9] Rodríguez Ruiz de Villa, D., «Análisis crítico de la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Ley 3/2004)», *CEFLEGAL Comentarios, casos prácticos: revista práctica de Derecho*, núm. 71, diciembre 2006.

de once artículos. Se establecía un periodo de pago que no podía exceder de 60 días naturales, salvo que las partes acordaran expresamente un plazo superior que no superara los 120 días. No obstante, la ausencia de una supervisión y la aplicación efectiva por parte de las administraciones socavaba la efectividad de la nueva regulación normativa, que pronto se ve desbordada por la realidad comercial, y la nombrada cultura de la morosidad, puesto que, al no establecer sanciones efectivas en los casos de incumplimiento, reduce la capacidad disuasoria y su eficacia[10].

3. Sistema de la Ley 15/2010, de 5 de julio

La anterior regulación se modificó mediante la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, debido a la necesidad de adaptación a los cambios producidos en el entorno económico, como se menciona en su Preámbulo, si bien se añade la necesidad de modificarse, para que sea ampliamente aplicable, pues la incorporación de la posibilidad del pacto entre las partes había desvirtuado el objetivo de la lucha contra la morosidad, al permitir alargar significativamente los plazos de pago[11], por tanto, convierte el plazo dispositivo de 30 días en uno imperativo de 60 días[12]. No obstante, la nueva regulación no consigue aplacar ni revertir la cultura de la morosidad, ni siquiera una rápida y pronta resolución de conflictos. Tampoco la aprobación e inclusión de la Disposición Adicional Tercera, que establecía en cuanto al deber de información de forma expresa en la memoria de las cuentas anuales de las sociedades mercantiles la inclusión del período medio de pago a proveedor contiene los reiterados incumplimientos, pues incluso pese a la buena voluntad de potenciar medios alternativos de resolución o la pertinente y acertada suscripción de códigos de buenas prácticas comerciales, siendo los mismos de adscripción voluntaria, no consiguen mejorar los plazos de pago, ni por parte de las empresas, ni siquiera por parte de la Administración[13].

---

[10] Perales Viscasillas, M. P., «La Ley 3/2004», cit. p. 13, resalta, no obstante, que la regulación normativa analizada, establece una mora sin interpelación, automática, objetiva, independiente de los daños y perjuicios y unificada en las acciones de incumplimiento.

[11] Dorrego de Carlos, A. y Jiménez Díaz, A., «La nueva regulación de la morosidad de la Administración pública criterios prácticos de aplicación del régimen transitorio de la Ley 15/2010», *Diario La Ley*, núm. 7472, 2010, recuerdan los autores el incumplimiento reiterado de las Administraciones públicas y «por toda suerte de organismos y entes dependientes de las mismas» de los plazos de pago, donde se llega a situar en más de 280 días en el sector sanitario.

[12] Gómez Ligüerre, C. I., «La morosidad», cit., p. 8.

[13] Pascual-Ezama, D. y del Río, J., «Un año de medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales: ¿oxígeno para PYMES y autónomos?», *Revista Auditoría Pública*, núm. 58, p. 93, donde se llega a calificar la situación como «límite», donde la actuación de las administraciones públicas supone una superación de los límites éticos y morales. En sentido

4. Sistema de la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero

Consecuencia del continuo incremento de la morosidad en las operaciones comerciales, no solo atribuido al interés natural del deudor en posponer el pago beneficiándose de un supuesto crédito comercial, esto es, la utilización de los plazos de pago extendidos coo forma de financiación gratuita a costa de los acreedores, transfiriendo el riesgo financiero y la carga de la falta de liquidez a los proveedores, sino también por la falta de eficacia de los mecanismos legislativos aprobados[14], donde se hace patente el naufragio de las reformas legislativas que no alcanzan su objetivo. En lugar de recurrir a préstamos bancarios o líneas de crédito, Ello conlleva a la aprobación de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, la cual deroga la Directiva 2000/35/CE con efectos a partir del 16 de marzo de 2013, y además va a promover y favorecer la modificación de la Ley 3/2004 por la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, pues no cesa la permanente preocupación del legislador por las pésimas y continuas consecuencias que produce la morosidad sobre el empleo, la competitividad y la propia supervivencia de las empresas tal y como se plasma en el preámbulo de la meritada Ley 11/2013. Se producirá en la nueva regulación la confirmación y consolidación del plazo de pago que debe cumplir el deudor si no hubiera fijado fecha o plazo de pago en el contrato, en treinta días naturales después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, incluso cuando hubiera recibido la factura o solicitud de pago equivalente con anterioridad[15].

En otro orden, la Directiva invita a los Estados miembros a llevar a cabo el fomento de la mediación u otros medios alternativos de so-

---

contrario, amparándose en una imposibilidad en el cumplimiento de las obligaciones de pago, en tanto en cuanto no se modifique la ley de haciendas locales para garantizar la suficiencia financiera de los municipios, encontramos a Acín Ferre, A., «Ley de morosidad. – Obligaciones de las Entidades locales. – Razones del incumplimiento. – Previsiones legales», *La Administración Práctica*, núm. 11, 2011, pp. 927-936.

[14] Díaz Moreno, A. y Martín Huertas, M. A., «La aplicación de la Directiva 2011/7/UE, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, a los pagos instrumentados mediante títulos-valores», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 295, 2015, pp.457-485.

[15] Art. 33 de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, titulado «Modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales», en el punto Uno, modifica el art. 4 de determinación del plazo de pago, tal y como se expone, si bien el numeral 3 establece que los plazos de pago indicados en los apartados anteriores podrán ser ampliados mediante pacto de las partes sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60 días naturales.

lución de conflictos, así como a la elaboración de códigos voluntarios de conducta, para contribuir a alcanzar el objeto de la misma, esto es, la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales a fin de asegurar el funcionamiento adecuado del mercado interior, fomentando de este modo la competitividad de las empresas y, en particular, de las PYME[16].

Significar que, a pesar de los esfuerzos del legislador europeo, y tras más de veinte años desde la primera Directiva europea por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y a pesar de la implementación del legislador patrio en la transposición de las diversas Directivas, la morosidad continúa en aumento, el cual incluso viene causado en circunstancias diversas por la propia Administración Pública, con importantes consecuencias negativas para la sostenibilidad financiera de las empresas, especialmente las pymes, que son las que padecen con un mayor gravamen la incapacidad del legislador en contener y resolver la dificultad y problemática derivada de los incumplimientos. Por ello es necesario iniciar y llevar a cabo reformas de gran calado que consoliden una cultura de pago puntual[17] en todas las transacciones comerciales.

III. SISTEMAS PROPUESTOS DE REFORMA

1. Sistema propuesto en la Proposición de Ley 28 febrero 2020

Resulta interesante resaltar la proposición de ley de modificación de la Ley 3/2024, de 29 de diciembre por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, presentada por el Grupo Parlamentario Plural, con el fin de regular un régimen de infracciones y sanciones[18], que se estructuraba en cuatro artículos, una disposición derogatoria y una disposición final. Entre las disposiciones propuestas en la modificación, se espera definir de manera precisa las conductas que constituyen morosidad, por lo que se lleva a cabo una catalogación de las distintas infracciones y las sanciones derivadas del incumplimiento de los plazos legales de pago, sanciones proporcionales

---

[16] Art. 1, Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

[17] Cortes García, F. J., «Los plazos de pago de las obligaciones mercantiles: panorama tras la nueva Ley anti-morosidad en las operaciones comerciales y la nueva normativa comunitaria», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 280, 2011, donde establece y concluye que «para algunos acreedores, actuar contra la morosidad tiene un coste que no se ve compensado con los beneficios financieros obtenidos. En muchos casos no es posible recuperar los gastos de los trámites adicionales».

[18] La proposición de Ley se publicó en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* núm. 60-1 en fecha 28 de febrero de 2020, y puede consultarse en: *https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-60-1.PDF* [Fecha de consulta 05/04/2024].

y efectivas para aquellos que incumplan los plazos establecidos, con el fin de fortalecer el marco legal existente para garantizar un cumplimiento más efectivo de los plazos de pago y promover una cultura de pago puntual en el ámbito empresarial.

2. Sistema en la propuesta de Reglamento 2023/0323 (COD)

Y con los anteriores antecedentes, donde seguimos con la dificultad de solventar la grave problemática persistente, nos encontramos actualmente con la oferta de reforma, donde se plantea y propone la aprobación de la Propuesta «agresiva»[19] de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. La primera circunstancia que nos llama poderosamente la atención es la elección de un Reglamento en lugar de una Directiva, que entendemos refleja la necesidad de uniformidad, eficacia y rapidez en la implementación de la medida legislativa. Teniendo en cuenta que es un problema que afecta a todos los Estados miembros, significar que la respuesta ha sido desigual debido a las diferencias en la implementación de las Directivas existentes, por lo que el Reglamento asegura esa uniformidad en toda la UE. La experiencia con las Directivas anteriores ha mostrado que la transposición inconsistente y las diferencias en la implementación nacional pueden socavar la efectividad de las medidas contra la morosidad, debido principalmente a la interpretación y aplicación de forma diferente. Asimismo, el Reglamento entra en vigor de manera inmediata y simultánea en todos los Estados miembros, eliminando el retraso asociado con la transposición de Directivas, lo que permite y faculta un mayor control y supervisión, asegurando que todos los Estados miembros cumplan con las mismas obligaciones y estándares, facilitando el monitoreo y la evaluación de la medida adoptada.

En la propuesta de Reglamento se destaca la reducción del plazo máximo de pago de sesenta a treinta días, eliminando la excepción

---

[19] Así ha sido calificada por Gómez Ligüerre, C. I., «La morosidad», cit., p. 11, «tanto respecto a la libertad contractual, que supedita a un supuesto y abstracto funcionamiento correcto del mercando, como respecto del funcionamiento del mercado mismo». Resaltar el Informe de la Cámara de Comercio de España relativo al Nuevo Reglamento Europeo sobre morosidad en transacciones comerciales de diciembre de 2023, en *https://www.camara.es/sites/default/files/documents/Informe%20Camara%20Comercio%20Esp%20-%20Reglamento%20europeo%20morosidad%20-%20Diciembre%202023.pdf* [Fecha consulta 5 de abril de 2024], donde se respalda la decisión de llevar a término una reforma de la Directiva, formulando, no obstante una crítica a la propuesta de Reglamento dada la inclusión en el mismo, al parecer de la institución, de «elementos excesivamente restrictivos y potencialmente perjudiciales para el marco de relación comercial entre las empresas, y que en última instancia podrían ir en detrimento de la competitividad de las empresas y del bienestar colectivo. Entre otras cuestiones, debe destacarse que el nuevo plazo máximo de 30 días para realizar pagos en todas las transacciones comerciales es muy restrictivo».

actual de la Directiva vigente que faculta un plazo más amplio si no fuera extremadamente injusto para los acreedores, por lo que la reforma, ahora en tramitación limita y prohíbe la facultad de imponer cláusulas que pretendan reducir el plazo de pago. En virtud de ello, la reforma, limita y prohíbe la facultad de imponer cláusulas que permitan ampliar el plazo de pago, estableciendo una normativa imperativa que no admite acuerdos contractuales que extienda el plazo más allá de lo estipulado. Esta imperatividad busca erradicar las prácticas abusivas donde los deudores extienden los plazos de pago de manera unilateral, aprovechándose de su poder de negociación sobre los acreedores más vulnerables, por lo que se garantiza un marco más estricto. En este punto, debe matizarse que dada la actual tramitación del texto, resaltar entre otras la Comunicación The Maltese House of Representatives de fecha 7 de marzo de 2024, que incide en la protección del principio de libertad en la contratación[20] y el principio *pacta sunt servanda*, firmemente establecido en nuestro sistema legal, y que a buen seguro, promoverá un debate intenso en el seno de la Unión, que esperemos no desvirtúe el fin último y el objeto de la reforma, que creemos debe invertir la tendencia y desalentar la morosidad[21].

Asimismo, la nueva propuesta de Reglamento que consta de veinte artículos, junto la reducción del plazo, y la propuesta de evitar el abuso de la libertad contractual en perjuicio del acreedor, protege a las entidades subcontratadas en obras públicas, requiriendo la justificación por parte de los contratistas del cumplimiento en tiempo y forma del pago. Se establece en el art. 6 de la propuesta la referencia del tipo de

---

[20] Recuerda Girela, M.A., «La renuncia a los intereses de demora impuesta por los Planes de Pago a Proveedores y el Derecho de la UE», *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 911, 2015, advertir de la fina línea entre libertad de contratación y abuso de la imposición. El autor resalta en este aspecto el aumento de la morosidad en las Administraciones públicas en periodos de crisis, donde se llega a establecer un procedimiento especial de pago a los acreedores, el Plan establecido en el Real Decreto Ley 4/2012, de 24 de febrero, y en el Real Decreto-ley 7/2012, de 9 de marzo, desarrollado en fases sucesivas por el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero (RCL 2013, 305, 338), y por el Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, donde se agilizaba el abono a los proveedores, condicionado a la renuncia al cobro de intereses de demora, costas judiciales y demás gastos, tal y como se disponía en el art. 9.2 del Real Decreto Ley 4/2012. Dicha renuncia «voluntaria» no hace sino forzar la decisión de cobrar de forma prioritaria, sin la necesidad de acudir a procedimientos judiciales lentos y costosos, que demoran todavía más el cobro, dilatando el mismo, tomando fuerza la tesis de lo abusivo de la imposición de renuncia, STJUE de 26 de febrero de 2015 (TJCE 2015/83).

[21] Significar que a fecha de revisión del presente trabajo, se ha aprobado por el Parlamento, en fecha 23 de abril, el texto definitivo del Reglamento Europeo contra la Morosidad, pendiente todavía su aprobación definitiva en las próximas negociaciones entre el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo y la Comisión Europea, posiblemente con posterioridad a las elecciones europeas, donde en el texto definitivo añade enmienda, por la que se incorpora al texto en el art. 3 y con la siguiente literalidad: «1 bis. En las operaciones comerciales entre empresas, cuando así se acuerde expresamente en el contrato, el plazo de pago a que se refiere el apartado 1 podrá ampliarse hasta sesenta días naturales», lo que produce un cambio significativo en la normativa al permitir una mayor flexibilidad.

interés de demora, que se adeudará automáticamente con pequeñas excepciones, en que el tipo de referencia corresponda al tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a sus principales operaciones de refinanciación o al tipo de interés marginal resultante de procedimientos de licitación a tipo variable para las operaciones principales de refinanciación del Banco Central Europeo más recientes, en la Estados miembros cuya moneda sea el euro. Se prevé la creación por los Estados miembros de «autoridades de ejecución», responsables de la aplicación del Reglamento y de llevar a cabo la adopción de medidas para garantizar el cumplimiento de los plazos de pago, coordinando e intercambiando la información con otras autoridades. El art. 14 de la propuesta recoge las facultades de las autoridades de ejecución. Es un avance igualmente la inclusión de un apartado de denuncias y confidencialidad en el numeral 15, con la propuesta de fomento, que no obligación, del uso de mecanismos alternativos de resolución de litigios, por lo que habrá que estar expectante a la reforma y su posterior incidencia.

IV. IMPACTO DE LA MOROSIDAD EN LA SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL Y MEDIDAS DE MITIGACIÓN

Es preciso, por tanto, que centremos nuestros esfuerzos y capacidad en transformar la cultura existente, pues más allá de maximizar beneficios económicos, debemos considerar el impacto en la sociedad y el medio ambiente de todas nuestras acciones y estrategias. Al hablar de sostenibilidad financiera, reforzamos un concepto que transita y se detiene en la capacidad de una entidad para mantener su funcionamiento y cumplimiento de sus objetivos a largo plazo sin comprometer sus recursos financieros o su viabilidad, lo que debe trasladarnos a equilibrar los aspectos económicos, sociales y ambientales para garantizar una gestión responsable y duradera[22].

Ha quedado patente el grave problema que representa la morosidad en los pagos para la sostenibilidad financiera de las empresas y la preocupación del legislador, si bien continuamos sin poner remedio al mismo durante demasiados años, por lo que muchas empresas ven

[22] Y en este sentido se refuerzan las políticas y tendencia legislativa, hacia donde se dirigen los avances, donde el propio Plan de Acción de la Comisión de 2012, «Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo –un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas», resalta el compromiso eficaz y sostenible, donde buena muestra de ello de forma interdisciplinar, lo es la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, donde se reafirma que las estrategias de inversión cortoplacistas tienden a afectar negativamente al potencial desarrollo sostenible, apostando por tanto por objetivos a largo plazo.

comprometida su financiación externa, su implicación en políticas sostenibles e incluso a veces su viabilidad, ante la afectación por el riesgo de crédito asociado a la morosidad.

En este contexto, se genera un efecto cascada en la cadena de suministro, puesto que al impago a los proveedores en tiempo y forma, experimenta dificultades en el cumplimiento con sus compromisos financieros, lo que afecta a toda la cadena productiva y por tanto conlleva un deterioro en las relaciones comerciales que afectan a la reputación de las empresas involucradas, y en consecuencia una pérdida de clientes y oportunidades de negocio, el cual se ve desincentivado en la participación de licitaciones y proyectos a largo plazo[23].

La reforma de la Ley de Morosidad permitiría mejorar la transparencia y la seguridad en las transacciones comerciales, pues junto con la implementación de las medidas que se proponen en la misma se permitiría reducir la incertidumbre y los costes asociados a la resolución de conflictos lo que evidenciaría un impacto positivo en la sostenibilidad financiera de las empresas, la mayor liquidez y solvencia pueden facilitar el acceso a la financiación, y permite invertir en nuevos proyectos así como mejorar la competitividad.

1. Medidas para reducir la morosidad

Con el propósito de abordar el grave problema que venimos arrastrando durante muchos años, problema y mal endémico que abruma incluso a la Administración, se precisa establecer plazos de pago claros y precisos en los contratos que se suscriban, intensificando el control[24]. En este contexto, la alianza con las nuevas tecnologías, donde se promueve una mayor celeridad y un uso en la facturación electrónica[25] que agilice los procesos de pago, beneficiaría una cultura distinta, con la revelación de ser una medida efectiva de lucha contra la morosidad. En este sentido, la promoción del uso de la factura electrónica, viene constatado en el preámbulo de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, como una «medida clave para poder atajar de manera eficaz la morosidad en las operaciones comer-

---

[23] Resaltar el avance que supuso la publicación de la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre, por la que se modifican el Reglamento (UE) núm. 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas, puesto que se constata la relevancia e impacto financiero de la misma.

[24] Calvo Vergez, J., «La implantación de la factura electrónica y del registro contable de facturas en el ámbito del sector público: ¿un paso adelante en la lucha contra la morosidad?», *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 1, 2014.

[25] Sánchez Jimenez, M., «Comentarios al nuevo sistema español de factura electrónica», *Revista Quincena Fiscal*, núm. 21, 2023.

ciales», y a la vista de ello, en tanto no se pueda obtener y disponer de información fiable sobre los plazos de pago efectivos creemos que no será viable la formulación de una solución idónea.

La creación de un registro público de morosos podría desincentivar el incumplimiento de los plazos de pago, pues llevaría adjunta la imposibilidad del acceso a licitaciones o subvenciones en tanto persista la actitud de incumplimiento, donde la referida medida junto con la creación del Observatorio Estatal de Morosidad Privada[26], que faculta su entrada el meritado texto legislativo, es una prioridad y exigencia, pues el diálogo entre Administración General del Estado y los agentes económicos y sociales debe favorecerse con el fin de llevar a cabo el seguimiento de los datos de pago y la promoción de buenas prácticas, dado que de otra forma y sin el diálogo propuesto no podrá mejorar el cumplimiento de la regulación en la materia.

2. Impulso del crecimiento económico sostenible

La sostenibilidad financiera depende en gran medida de la reducción de la morosidad, para lo que es necesario, establecer incentivos fiscales y mejorar la formación, cualificación y cultura de la morosidad[27]. Igualmente se propone el fomento de la innovación y digitalización para esa mejora necesaria de la competitividad de las empresas, donde las decisiones de inversión deben de transitar, además de los factores clásicos de rentabilidad, riesgo y liquidez, en factores adicionales típicos de la sostenibilidad financiera, ambiental, social y gobernanza[28]. Esto es, la adopción de nuevas medidas, junto con el apoyo a la promoción de la economía circular, energías renovables y fomento de

---

[26] El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España ha impulsado la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, ante el lastre que supone para la economía española la lucha contra la morosidad. Se prevé la modificación del Real Decreto 962/2013, de 5 de diciembre, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de la Pequeña y Mediana Empresa, funcionamiento de un Observatorio Estatal de la Morosidad Privada, donde tal y como previene el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 962/2013, de 5 de diciembre, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de la pequeña y la mediana empresa, y se crea y regula el Observatorio Estatal de la Morosidad Privada: «Según lo establecido en la disposición final sexta de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, una de las funciones del Observatorio es la publicación anual de un listado de empresas que hayan incumplido los plazos de pago».

[27] Instaurada incluso en las Administraciones públicas, donde la morosidad sistemática de las mismas viene siendo un mal endémico muy arraigado en España de difícil solución, tal y como proclama Cortes García, F. J., «Los plazos de pago», cit. p.117.

[28] Tapia Hermida, A. J., *Sostenibilidad*…, cit., p.250, en sus conclusiones, sostiene el autor que «la nueva normativa de regulación de la sostenibilidad financiera, utiliza el modelo de regulación adhesiva, porque se basa en la aceptación voluntaria por las sociedades de los mandatos legales de transparencia; persuasiva, porque, a través del método de "cumplir o explicar" pretende crear los incentivos positivos que, en un escenario de competencia, lleva a las sociedades a aplicar las políticas de sostenibilidad».

la responsabilidad social empresarial en un compromiso ético de las empresas con la sociedad y el medio ambiente.

3. Implementación de una supervisión activa y seguimiento por autoridades

Las medidas que se proponen en el proyecto de Reglamento de reforma de la ley de morosidad deben producir el efecto preciso, con la finalidad de erradicar, o cuanto menos minimizar que el deudor, o el futuro deudor, no sopese llevar a cabo el incumplimiento de su obligación de pago en tiempo y forma, ante la supuesta imposición de sanciones y de una repercusión negativa superior al beneficio por el incumplimiento, basado en el coste beneficio de su actitud. La aplicación efectiva de la legislación, con la creación de una autoridad independiente encargada de supervisar el cumplimiento, un sistema de sanciones efectivo y disuasorio, deben ir de la mano de políticas de promoción de buenas prácticas empresariales y colaboración con el sector privado para identificar y abordar las causas subyacentes de la morosidad.

Al mismo tiempo, es necesario respetar el principio de autonomía de la voluntad con el fomento de la resolución de conflictos de manera consensuada y eficiente[29].

En este contexto, dentro del seguimiento y supervisión activa, debemos proponer la implementación de medios alternativos de resolución de conflictos, que coadyuven a la rápida resolución de disputas *inter partes,* tanto en el ámbito privado como público. La reciente aprobación[30] del Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, estacionado desde hace mucho tiempo, no tiene visos de impulsar un nuevo paradigma en la resolución de conflictos extrajudicial, pues la diversidad de medios que se proponen, a buen seguro apabulla y desconcierta a las empresas y operadores jurídicos.

---

[29] Aliste Santos, T. L., «ADR y digitalización como premisas para la transformación eficiente de nuestro sistema de justicia civil», *Actualidad civil*, núm. 11, 2023, refiere a los métodos alternativos de resolución de conflictos como una herramienta valiosa para optimizar la eficiencia en la resolución de disputas dentro del sistema de justicia civil, teniendo en cuenta su opción voluntaria, para garantizar sus efectividad y aceptación en el contexto legal.

[30] El Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, ha sido publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales,* núm. 16-1 de fecha 22 de marzo de 2024.

V. CONCLUSIONES

Tras las sucesivas reformas legislativas llevadas a cabo e impulsadas principalmente por la Unión Europea, consideramos que no han llegado a resolver la problemática existente en la demora de los pagos de empresas o poderes públicos que dificulta e incluso a veces causa el cese de la actividad de las empresas y empresarios. La morosidad en los pagos constituye un desafío persistente y disruptivo para la sostenibilidad financiera de las empresas lo que nos debe llevar a adoptar medidas decisivas para revertir esta tendencia y promover una *cultura de pago sin demora.* La proposición de una reforma de la legislación de morosidad presenta una serie de disposiciones y enfoques estratégicos que buscan abordar las deficiencias sistémicas y fortalecer el marco normativo para fomentar prácticas comerciales más justas y sostenibles.

El tránsito hacia una *cultura de pago sin demora*, respaldado por la limitación de los plazos contractuales de pago a treinta días naturales, es fundamental para crear un entorno empresarial más equitativo y transparente. Las medidas propuestas no solo desalientan la morosidad al eliminar los incentivos económicos para los deudores, sino que también protege los derechos y la estabilidad financiera de los acreedores, especialmente las pymes.

En este contexto, se debe fortalecer la capacidad de las empresas para hacer frente a los impactos financieros de la morosidad y reducir la prevalencia de la misma, por lo que deben establecerse salvaguardas para evitar el abuso de la libertad contractual en perjuicio del acreedor, asegurando que las cláusulas contractuales que no cumplan con las disposiciones del reglamento sean nulas de pleno derecho.

La designación de autoridades responsables de la ejecución del Reglamento, junto con la promoción de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, son elementos clave para garantizar el cumplimiento efectivo de las disposiciones propuestas y garantizar vías de recurso accesibles y eficaces para las partes involucradas.

En el sentido expuesto, la propuesta de una reforma de la legislación actual es de imperiosa necesidad, y debe representar un paso significativo hacia la promoción de la sostenibilidad financiera en el entorno empresarial europeo, con el fin de promover y asentar la *cultura de pago sin demora* en nuestra sociedad. El hecho de emprender esta tarea nos permitirá implementar políticas que promuevan un cambio de paradigma, con el fin de abordar las deficiencias prácticas de pago y fortalecer el marco normativo para fomentar relaciones comerciales justas y transparentes, donde se sientan las bases para un crecimiento económico equitativo y sostenible en la Unión.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Acín Ferre, A., «Ley de morosidad. – Obligaciones de las Entidades locales. – Razones del incumplimiento. – Previsiones legales», *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, núm. 11, 2011.

Aliste Santos, T. L., «ADR y digitalización como premisas para la transformación eficiente de nuestro sistema de justicia civil», *Actualidad civil*, núm. 11, 2023.

Calvo Vergez, J., «La implantación de la factura electrónica y del registro contable de facturas en el ámbito del sector público: ¿un paso adelante en la lucha contra la morosidad?», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2014.

Cortes García, F. J., «Los plazos de pago de las obligaciones mercantiles: panorama tras la nueva Ley anti-morosidad en las operaciones comerciales y la nueva normativa comunitaria», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 280, 2011.

Díaz Moreno, A. y Martín Huertas, M. A., «La aplicación de la Directiva 2011/7/UE, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, a los pagos instrumentados mediante títulos-valores», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 295, 2015.

Dorrego de Carlos, A. y Jiménez Díaz, A., «La nueva regulación de la morosidad de la Administración pública criterios prácticos de aplicación del régimen transitorio de la Ley 15/2010», *Diario La Ley*, núm. 7472, 2010.

Gómez Ligüerre, C. I., «La morosidad. De nuevo», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2023.

Perales Viscasillas, M. P., «La Ley 3/2004 y la Directiva 200/35: Pasado, Presente y Futuro e impacto en el Derecho Mercantil», *REDUR 5*, diciembre 2007.

Recuerda Girela, M. A., «La renuncia a los intereses de demora impuesta por los Planes de Pago a Proveedores y el Derecho de la UE», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 911, 2015.

Rodríguez Ruiz de Villa, D., «Análisis crítico de la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Ley 3/2004)», *CEFLEGAL Comentarios, casos prácticos: revista práctica de Derecho*, núm. 71, diciembre 2006.

Sánchez Jiménez, M., «Comentarios al nuevo sistema español de factura electrónica», *Revista Quincena Fiscal,* núm. 21, 2023.

Vidal Portabales, J. I., «Acciones de la CE contra la morosidad en las operaciones mercantiles la directiva 2000/35 CE», *Revista xuridica da Universidad de Santiago de Compostela*, núm. 2, 2002.

Tapia Hermida, A. J., *Sostenibilidad Financiera,* Reus, 2023.

LA REGULACIÓN EUROPEA DE LA DILIGENCIA DEBIDA EMPRESARIAL DESDE UNA PERSPECTIVA CONFLICTUAL

EUROPEAN REGULATION ON CORPORATE DUE DILIGENCE FROM A CONFLICTUAL PERSPECTIVE

Rosa Pla Almendros
Becaria de colaboración del Departamento de
Derecho Internacional «Adolfo Miaja de la Muela»
Universitat de València

RESUMEN: La UE está a punto de aprobar una Directiva que obligará a las empresas transnacionales a respetar los DDHH y el medio ambiente, y de no hacerlo, les impondrá sanciones administrativas y obligará a reparar los daños causados a las víctimas (situadas normalmente en países en vías de desarrollo). Las reclamaciones que estas víctimas interpongan serán en la mayoría de casos transfronterizas (ante tribunales de un Estado miembro). Por ello, el Derecho Internacional privado debe garantizar el acceso a un foro neutral y la aplicación de una ley garantista de los DDHH, es decir, de un Estado miembro. Ante el silencio e insuficiencia de las normas genéricas de esta disciplina (Roma II), ni la Propuesta de Directiva actual (abril de 2024) ni ninguna de sus versiones anteriores ha conseguido asegurar la aplicación de una ley respetuosa con los DDHH en estos casos.

P**alabras clave**: empresas; derechos humanos; diligencia debida; Propuesta de Directiva; ley aplicable; responsabilidad civil.

ABSTRACT: The EU is about to pass a Directive that will force transnational companies to respect Human Rights and the environment, and if they fail to do so, it will impose administrative penalties and oblige

them to repair the damage caused to the victims (normally located in developing countries). The claims brought by these victims will in most cases be cross-border (before the courts of a Member State). Therefore, Private International Law must guarantee access to a neutral forum and the application of a law guaranteeing HR, that is, of a Member State. Given the silence and insufficiency of the generic rules of this discipline (Rome II), neither the current Proposal for a Directive (April 2024) nor any of its previous versions has managed to ensure the application of a law respectful of HR for these cases.

Keywords: companies, human rights, due diligence, Proposal for a Directive, applicable law, civil liability.

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- PLANTEAMIENTO Y RESPUESTA LEGISLATIVA A LA VULNERACIÓN EMPRESARIAL DE DERECHOS HUMANOS. III.- LA PROPUESTA DE DIRECTIVA Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 1. Ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva. 2. Objetivos de la Propuesta de Directiva. 3. La relevancia del Derecho Internacional privado en la Propuesta de Directiva. IV.- LEY APLICABLE A LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRA LAS EMPRESAS VULNERADORAS DE DERECHOS HUMANOS. 1. La responsabilidad civil de las empresas en la Propuesta de Directiva. 2. La ley aplicable en el Proyecto de Informe del Parlamento Europeo de septiembre de 2020. 3. La ley aplicable en la Resolución del Parlamento Europeo de marzo de 2021. 4. La ley aplicable en la Propuesta de Directiva de febrero de 2022. 5. La ley aplicable en la Propuesta de Directiva de marzo y abril de 2024. V.- CONCLUSIONES. VI.- BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Las cadenas globales de valor surgidas a raíz de la globalización han permitido a las empresas deslocalizar por razones de coste muchas de sus actividades a países en vías de desarrollo, donde los estándares de protección de derechos humanos («DDHH») y medio ambiente son reducidos o prácticamente inexistentes[1]. Ello conduce a que una vasta cantidad de empresas, no siendo las europeas una excepción, estén vulnerando DDHH —muchas veces con mayor impacto que los Estados[2]— sin ser sancionadas a cambio.

Las reacciones normativas a esta realidad surgieron en un primer momento a nivel internacional, si bien con carácter no vinculante y,

---

[1] Palao Moreno, G., «La Estrategia Europea sobre diligencia debida y "cadenas de valor": una aproximación desde el Derecho Internacional privado», en Ortega Giménez, A., Heredia Sánchez, L. y Gómez Jene, M. (dirs.), *Estrategia Europea 2030 y sus retos sociales. Una lectura desde el Derecho Internacional privado*, Tirant lo Blanch, 2023, p. 34.

[2] Pérez Benítez, J. J., «El capitalismo iluminado. La propuesta de directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad», *Diario La Ley,* núm. 10109, 2022, p. 4.

por tanto, en cierto modo ineficaz. De este modo, también muchos Estados miembros de la UE en los últimos años han empezado a dictar o a trabajar en leyes estatales que aborden la problemática. Y en este contexto de irrupción normativa, la UE no ha querido quedarse atrás sino todo lo contrario y ha estado trabajando desde 2020 en la primera norma supraestatal vinculante en la materia en su afán de consolidar su posición de liderazgo en la protección de DDHH[3].

La citada iniciativa comunitaria se traduce hoy en día en la Propuesta de Directiva de marzo de 2024, aprobada en abril por el Parlamento Europeo[4] (en adelante, Propuesta de Directiva). En esencia, su objeto es imponer obligaciones de diligencia debida a (ciertas) empresas para garantizar el respeto de sus actividades a los DDHH y el medio ambiente. Así, cuando las incumplan deberán hacer frente a sanciones administrativas y también reparar los daños causados a las víctimas.

En relación con este último inciso, en la medida en que la reclamación de responsabilidad civil que hagan las víctimas tiene normalmente un carácter transfronterizo, el Derecho Internacional privado juega un papel fundamental en términos de determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable para garantizar un foro neutral y la aplicación de una ley garantista de los DDHH. La presente contribución, precisamente, tiene por fin analizar el régimen de ley aplicable a las reclamaciones de responsabilidad civil extracontractual que las víctimas interpongan contra las empresas. En particular, el objetivo es dilucidar si las normas conflictuales de la Propuesta de Directiva son suficientes para asegurar que a las citadas reclamaciones se les aplicará una ley que sea acorde a los DDHH y por tanto garantice la reparación del daño causado a la víctima.

Con dicho fin, el texto se estructura de la siguiente manera. Tras plantear el problema de fondo, esto es, la vulneración de los DDHH por parte de las empresas que participan de las cadenas de valor (apartado II), se expondrá en líneas generales el contenido de la Propuesta de Directiva, abordando la importancia del Derecho Internacional privado en la misma (apartado III). Con todo ello, se analizará el régimen de ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual reclamada por las víctimas frente a las empresas no solo en la Propuesta de Directiva actual, sino también en todas sus versiones anteriores, para analizar

---

[3] DE ERICE ARANDA, L. S.: «¿El fin de la impunidad? Análisis de la nueva iniciativa del Parlamento Europeo respecto a Derechos Humanos y empresas», *Revista de estudios europeos,* vol. 79, enero-junio, 2022, p. 480.

[4] Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 24 de abril de 2024, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 [COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)]. Esta es la última versión de la Propuesta de Directiva al momento de redactar este texto.

en todas ellas si se asegura la aplicación de una ley proclive a reparar el daño causado (apartado IV). Finalmente, se concluirá (apartado V).

II. PLANTEAMIENTO Y RESPUESTA LEGISLATIVA A LAS VULNERACIONES EMPRESARIALES DE DERECHOS HUMANOS

La realidad económica actual está marcada por la globalización moderna, en la que la convergencia de la tecnología y el transporte ha permitido separar físicamente las distintas fases de producción de bienes y servicios, alojándolas en distintos países. De esta manera, las grandes empresas de prácticamente todos los sectores (alimentación, recursos naturales, maquinaria, tecnología, textil, calzado…) se suman a la cadena (global) de valor y consiguen maximizar su eficiencia aprovechándose de las diferencias entre las legislaciones de los distintos países: localizan las fases de producción más exigentes en tecnología en los países industrializados, mientras que aquellas fases más contaminantes e intensivas en mano de obra, las (des)localizan en los países menos desarrollados, cuyos costes salariales y medioambientales son notoriamente más bajos.

Estas últimas actuaciones son muchas veces vulneradoras de los DDHH y del medio ambiente, protegidos en textos internacionales —no vinculantes— como la Declaración Universal de DDHH, la Declaración de Principios Fundamentales y Derechos en el Trabajo de la OIT, el Convenio Europeo de DDHH o la Carta de DDFF de la UE. A pesar de ello, las empresas transgresoras no suelen ser sancionadas por estas conductas, ni las víctimas son capaces de obtener una respuesta distinta a la denegación de la justicia[5].

Esta situación viene prorrogándose desde hace años, pero no fue hasta la década de los noventa cuando comenzó a generar una preocupación global, que se tradujo en una reacción del mismo alcance que buscaba evitar la vulneración de los DDHH por parte de las empresas, principalmente en los países en vías de desarrollo. En este sentido, comenzaron a surgir iniciativas regulatorias a nivel internacional, nacional y, más tarde, regional.

---

[5] Muy clara resulta Guamán al resumir la situación en pocas palabras: «Empecemos por lo obvio, las empresas transnacionales cometen violaciones de derechos humanos que habitualmente se concentran en países del Sur Global y que por regla general se saldan con la impunidad de las corporaciones y con la indefensión de las víctimas, personas y comunidades, que no consiguen la reparación debida». Guamán, A., «La Comisión Europea defrauda de nuevo: la fallida propuesta de Directiva sobre Diligencia Debida en Derechos Humanos», *Periódico Público,* 28 de febrero de 2022. Accesible en línea en el siguiente enlace: *https://blogs.publico.es/dominiopublico/43654/la-comision-europea-defrauda-de-nuevo-la-fallida-propuesta-de-directiva-sobre-diligencia-debida-en-derechos-humanos/* (consultada el 31 de marzo de 2024).

Desde un punto de vista internacional, destacan las propuestas de organismos como la OCDE (Líneas Directrices para Empresas Multinacionales (2011) y Guía de la Diligencia Debida para una Conducta Empresarial Responsable (2018)), la OIT (Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, reformada en el año 2000, 2006, 2017 y 2022), o las Naciones Unidas (Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (2011) y desde 2014, un grupo de trabajo está trabajando en una Propuesta de Tratado vinculante sobre empresas y DDHH). Desde un punto de vista más genérico y no solo limitado a la diligencia empresarial, los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, adoptados en 2015, destacan por la búsqueda de la sostenibilidad social, económica y ambiental.

Ante la gravedad de la situación y el carácter no vinculante ni sancionatorio de las normas internacionales[6], también distintos países han promulgado leyes para exigir deberes de diligencia debida y de vigilancia a sus empresas locales en relación con los abusos que cometen sus filiales en países en vías de desarrollo. El primero fue California (2010), seguido de Reino Unido (2015), Francia (2017), Australia (2018), Holanda (2019), y Alemania y Noruega (2021). En la actualidad, existen iniciativas en muchos Estados miembros de la UE, como Austria, Dinamarca, Finlandia, Luxemburgo, Suecia y España[7].

En cuanto al ámbito regional, a pesar de que la UE ya había dictado algunas pocas iniciativas de *soft law* en la materia[8], la fragmentación e inseguridad jurídica derivadas de la proliferación de iniciativas a nivel nacional entre los Estados Miembros de la UE, la ha llevado a verse en la necesidad de actuar por medio de un instrumento vinculante[9], cuyo

---

[6] Moreno Díaz, J. M., «Últimas tendencias en la exigencia de las empresas multinacionales en las cadenas mundiales de suministro: la diligencia debida», en Pérez Calle, R. D. (dir.), *Empresa, economía y derecho: oportunidades ante un entorno global y disruptivo*, Dykinson, 1.ª ed., 2022, pp. 1028 y 1030.

[7] Anteproyecto de Ley de protección de los Derechos Humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales.

[8] Destacan en este sentido, el Libro Verde, de 18 de julio de 2001, relativo a fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, COM(2001)366 final; la Comunicación de la Comisión, de 25 de octubre de 2011, sobre una «Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas», COM(2011)0681; el Documento del Consejo, de 25 de junio de 2012, ST 11855/12, relativo a un Marco estratégico y Plan de acción de la UE en Derechos Humanos y Democracia; Documento del Consejo, de 20 de julio de 2015, ST 10897/15, relativo al Plan de Acción para los derechos humanos y democracia (2015-2019); y la Comunicación conjunta de la Comisión Europea, de 25 de marzo de 2020, relativa a un Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024, JOIN(2020) 5 final.

[9] Este es el primer instrumento vinculante que la UE ha dictado con carácter transversal u horizontal en la materia. Sin embargo, ya había promulgado normativas sectoriales que abordan algunos aspectos relacionados con la sostenibilidad y diligencia debida de las empresas, por ejemplo, la Directiva 2014/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de informa-

proceso legislativo comenzó en septiembre de 2020[10]. Este desembocó en una Propuesta de Directiva lanzada por la Comisión Europea el pasado febrero de 2022[11], la cual, aunque con dificultades y cambios, fue refrendada por los Estados miembros el reciente 15 de marzo de 2024[12]. Esta última versión acaba de ser íntegramente aprobada en primera lectura por el Parlamento Europeo en abril de 2024, de modo que solo queda que el Consejo Europeo apruebe el texto en virtud del art. 294.3 TFUE para que la norma deje de lado su carácter de *propuesta* y devenga definitiva.

La normativa, que armonizará la regulación de la diligencia debida y la protección de los DDHH y del medio ambiente en la UE, representará un punto de inflexión por ser la primera norma supranacional transversal dictada en la materia con carácter vinculante[13].

III. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La Propuesta de Directiva de diligencia debida empresarial, siguiendo las prioridades del Pacto Verde Europeo[14], tiene tres objetivos

---

ción no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. *DOUE* núm. L 330 de 15/11/2014; el Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo. *DOUE* núm. L 130 de 19/05/2017, y el Reglamento (UE) núm. 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera, *DOUE* núm. L 295, de 12/11/2010.

[10] La Propuesta de Directiva no surgió aisladamente, sino en un contexto marcado por la Comunicación de la Comisión, de 11 de diciembre de 2019, relativa al Pacto Verde Europeo, COM(2019) 640 final; por la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2020, relativa a una Europa social fuerte para Transiciones Justas, *DOUE* núm. C 445 de 29/10/2021; por la Comunicación conjunta de la Comisión Europea, de 25 de marzo de 2020, relativa a un Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024, JOIN(2020) 5 final, y por la Comunicación de la Comisión, de 12 de febrero de 2021, relativa a una Revisión de la política comercial – Una política comercial abierta, sostenible y firme, COM(2021) 66 final.

[11] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. COM(2022) 71 final

[12] No todos los Estados miembros han votado a favor, pues Alemania, Suecia, Bulgaria, República Checa, Lituania, Eslovaquia, Malta, Austria, Estonia y Hungría se han abstenido o han efectuado reservas al texto.

[13] AA.VV., «Comentario del Grupo de Expertos en Derecho de Sociedades Europeo sobre el Proyecto de Directiva del Parlamento Europeo sobre la Diligencia Debida y la Responsabilidad de las Empresas», *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 62, 2021, y Sepúlveda Gómez, M., «La Propuesta de Directiva europea sobre diligencia debida en derechos humanos y medio ambiente», *Temas laborales,* núm. 168, 2023, p. 342.

[14] Entre ellas, destacan un alto nivel y protección de la calidad del medio ambiente y la Promoción de los valores fundamentales europeos (cdo. 2).

específicos, listados en su art. 1: conseguir que las empresas actúen con la debida diligencia en relación con los DDHH y el medio ambiente, establecer responsabilidades en caso de incumplimiento, y compatibilizar las estrategias y planes de negocio de las empresas con una economía sostenible, acorde a la mitigación del cambio climático.

La consecución de estos tres objetivos de forma armonizada en todos los Estados miembros ayudará a eliminar la inseguridad jurídica derivada de la coexistencia de leyes estatales con requisitos y obligaciones de diligencia debida distintos, los cuales podrían dificultar la actividad de las empresas que actúan transfronterizamente[15]. Asimismo, eliminará las desigualdades que distorsionen o puedan distorsionar la competencia entre las empresas de dentro y fuera de la UE[16], toda vez que, para evitar que las empresas europeas compitan en peores condiciones que las no europeas, la Directiva también se aplica fuera de las fronteras comunitarias[17]. En este sentido, antes de entrar en el análisis de los tres objetivos del art. 1, es necesario definir el ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva.

1. Ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva

Desde un punto de vista subjetivo, ya se ha avanzado que la Propuesta de Directiva se aplicará a empresas domiciliadas tanto dentro como fuera de la UE. De un lado, se aplicará a las empresas domiciliadas en cualquier Estado miembro que se encuentren en alguna de las siguientes tres situaciones (art. 2.1): (i) emplear a más de 1 000 empleados y contar con un volumen mundial de negocio superior a 450 millones de euros, (ii) ser una empresa que individualmente no cumpla con esos umbrales pero es la matriz de un grupo que sí lo hace, y (iii) ser una sociedad que haya celebrado acuerdos de franquicia o licencia en la UE a cambio de *royalties* con empresas independientes, ascendiendo estos cánones a más de 22,5 millones de euros y teniendo la sociedad un volumen neto mundial de negocios superior a 80 millones de euros.

De otro lado, la Directiva también se aplica a empresas domiciliadas fuera de la UE que se encuentren en alguna de las siguientes

---

[15] Chamorro Domínguez, M. C., «Las exigencias contenidas en la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y la afectación indirecta de las pymes», *Revista de derecho de sociedades,* núm. 66, sept-dic, 2022.

[16] Magallón Elósegui, N., *La ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual de empresas por abusos de los Derechos Humanos,* Cizur Menor, Aranzadi, 2023, p. 70.

[17] Recalde Castells, A., «La propuesta de directiva sobre DD (*due diligence*) de las empresas en materia de sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores», en Cohen Benchetrit, A., Muñoz Paredes, A. (dirs.) y Viñuelas Sanz, M. (coord.), *Deberes de los administradores de las sociedades de capital*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, p. 167.

tres situaciones, similares a las anteriores[18]: (i) generar un volumen mundial de negocios superior a 450 millones de euros en la UE, (ii) ser una empresa que individualmente no cumpla con ese umbral pero es la matriz de un grupo que sí lo hace, y (iii) que haya celebrado acuerdos de franquicia o licencia en la UE a cambio de *royalties* con empresas independientes, ascendiendo estos cánones a más de 22,5 millones de euros y teniendo la sociedad un volumen neto mundial de negocios superior a 80 millones de euros.

Y en cualquiera de los dos casos —ya esté la empresa domiciliada o no en la UE—, estos umbrales han de cumplirse durante dos años consecutivos para que la empresa quede incardinada dentro del ámbito de aplicación de la Directiva (art. 2.5).

Ha de destacarse que el ámbito de aplicación subjetivo ha sido uno de los principales cambios a que se ha sometido la Propuesta de Directiva marzo y abril de 2024, en comparación con la versión anterior de febrero de 2022. En particular, se han aumentado los umbrales desde 500 empleados hasta 1000 y desde un volumen de negocio mundial neto de 150 millones de euros a 450 millones de euros, además de que se exige su verificación durante dos años consecutivos. Asimismo, la Propuesta actual elimina la posibilidad de que la Directiva pueda aplicarse a empresas que no cumplan esos umbrales sino unos más bajos (250 trabajadores y 40 millones de volumen de negocio mundial neto) si generaban la mayor parte de su volumen de negocios en sectores de gran impacto (textil, agricultura, recursos minerales…) (anterior art. 2.1 y cdo. 22).

La modificación de la Propuesta se traduce en una reducción del ámbito de aplicación subjetivo[19], de modo que se prevé que tan solo sea capaz de afectar a 5 500 empresas europeas, frente a las 17 000 que se preveían con la Propuesta de Directiva de 2022[20]. Por tanto, si de esta

---

[18] De hecho, el Grupo de expertos en derecho de sociedades europeo auguró que el principal impacto de la Directiva se producirá en los países de fuera de la UE, los cuales cuentan con estándares menos exigentes en materia de DDHH y medio ambiente. *Vid.,* AA.VV., «Comentario del Grupo de Expertos en Derecho de Sociedades Europeo sobre el Proyecto de Directiva del Parlamento Europeo sobre la Diligencia Debida y la Responsabilidad de las Empresas», cit.

[19] Para contrarrestarlo, la Propuesta de Directiva ha introducido, a iniciativa de la enmienda del Parlamento Europeo en 2023, un cdo. 7 en el que exige que todas las empresas —y no solo las que están incardinadas en el ámbito de aplicación de la Directiva— «tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos, que son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados». Sin embargo, parece evidente que este considerando se va a quedar en papel mojado, y el incumplimiento de las normas no vinculantes dictadas hasta el momento da buena prueba de ello.

[20] *Vid*., en este sentido «La UE suaviza la ley que imputa a las grandes empresas las infracciones de DDHH de sus proveedores», *El español,* 15 de marzo de 2024, accesible en: *https://www.elespanol.com/invertia/empresas/20240315/ue-suaviza-ley-imputa-grandes-empresas-infracciones-ddhh-proveedores/840166216_0.html?utm_source=headtopics&utm_medium=news&utm_campaign=2024-03-16* (consultada el 31 de marzo de 2024).

última ya se criticaba por evidenciar el temor de la UE a contrariar los intereses de las grandes empresas transnacionales[21], la nueva Propuesta no hace más que confirmarlo. La consecuencia final será que la futura Directiva no pueda alcanzar sus objetivos de respeto a los DDHH y medio ambiente[22].

En cuanto al ámbito de aplicación material, este pivota en torno a las obligaciones de diligencia debida de las empresas, dirigidas a evitar que las actividades empresariales causen algunas de las violaciones de DDHH y medio ambiente listadas en el Anexo I [arts. 3.*b)* y *c)* y cdo. 25], las cuales se corresponden básicamente con los estándares previstos en los tratados internacionales existentes en la materia[23]. Debe subrayarse que, así, y no exento de crítica, la Directiva está convirtiendo en vinculante el contenido de estos tratados, cuyos destinatarios eran, en principio, los Estados y no las empresas.

2. Objetivos de la Propuesta de Directiva

El primer objetivo de la Propuesta de Directiva, según su art. 1.*a)*, consiste en instaurar obligaciones de diligencia debida de carácter intersectorial para las empresas que estén bajo su ámbito de aplicación (art. 2)[24] en relación con los efectos adversos reales y potenciales sobre los DDHH y el medio ambiente no solo con respecto a sus propias operaciones, sino también respecto a las de sus filiales y a las de sus socios comerciales directos e indirectos de la cadena de valor[25].

---

[21] Guamán, A., «La Comisión Europea defrauda de nuevo: la fallida propuesta de Directiva sobre Diligencia Debida en Derechos Humanos», cit.

[22] Sepúlveda Gómez, M., «La Propuesta de Directiva europea sobre diligencia debida en derechos humanos y medio ambiente», cit., p. 13.

[23] Es más, estos tratados no incorporan responsabilidad civil en caso de violación, que es uno de los principales objetivos de la Directiva. En este sentido, *vid.,* de la Vega Justribó, B., «Sostenibilidad y derechos humanos: hacia la responsabilidad empresarial por incumplimiento de la diligencia debida», en Marullo, M. C., Sales Pallarés, L. y Zamora Cabot, F. J. (dirs.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos,* A Coruña, Colex, 2023, p. 161.

[24] La Propuesta de Directiva se aplica a las empresas europeas y de terceros estados que operen en Europa, siempre que cumplan determinados umbrales. Dentro de estos no se encuentran las pymes, si bien se pueden ver afectadas de manera indirecta si pertenecen a la cadena de valor de una empresa que sí queda dentro del ámbito de aplicación de la directiva por cumplir esos umbrales (cdo. 69). De hecho, hay quien critica incluso que esta afectación indirecta puede resultar desproporcionada, ya que las consecuencias de incumplimiento pueden comportar incluso la terminación de la relación contractual. Para más información sobre la situación de las pymes en la Propuesta de Directiva, *vid.,* Chamorro Domínguez, M. C., «Las exigencias contenidas en la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y la afectación indirecta de las pymes», cit.

[25] Imponer las obligaciones en relación con toda la cadena de valor solo puede calificarse de acierto, puesto que el problema no es que la matriz —situada normalmente en un Estado miembro— quede demasiado lejos del lugar donde su filial o socio comercial vulnera los dere-

En particular, la obligación que se impone a las empresas es instaurar un procedimiento de diligencia debida, consistente en incorporar en la empresa procesos de identificación, prevención y diseño de medidas para mitigar los impactos adversos sobre los DDHH y el medio ambiente que pueden ser provocados por la propia empresa, sus filiales o por las entidades con las que contribuye a lo largo de esa cadena.

El procedimiento de diligencia debida se divide en seis fases u obligaciones secuenciales como consecuencia de la influencia de la Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable (cdo. 20)[26]: integrar la diligencia debida en la política de las empresas, así como sistemas de gestión de riesgos (art. 7); identificar y evaluar los efectos adversos potenciales y reales sobre los DDHH y el medio ambiente (art. 8)[27]; prevenir los primeros (art. 10) y eliminar los segundos (art. 11); supervisar y evaluar la eficacia de las medidas que han tomado (art. 15); recoger todas las obligaciones anteriores en un documento que revisarán anualmente y comunicarán públicamente (art. 61 y cdo. 62), y proporcionar reparación a las víctimas a las que hayan causado daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones anteriores (arts. 12 y 29)[28].

Además, las empresas deberán establecer un procedimiento de denuncia que permita a las personas físicas o jurídicas que se hayan

---

chos humanos, sino que la matriz no tiene la voluntad de dirigir las actuaciones de sus filiales o socios comerciales hacia el respeto de los mismos. En este sentido, Guamán, A., «La Comisión Europea defrauda de nuevo: la fallida propuesta de Directiva sobre Diligencia Debida en Derechos Humanos», cit.

[26] Del conjunto de estas fases se desprende que, en realidad, la Directiva no exige que las empresas actúen con diligencia debida, sino que realicen una verdadera *due diligence.* Sin embargo, es un procedimiento que va más allá de evaluar riesgos, puesto que también se exige a las empresas la adopción de medidas para hacer frente a los daños detectados. En este sentido, de la Vega Justribó, B., «Sostenibilidad y derechos humanos: hacia la responsabilidad empresarial por incumplimiento de la diligencia debida»,cit., p.162.

[27] Como novedad, la propuesta de 15 de marzo de 2024, seguida por la de abril de 2024, permite a las empresas, cuando no les resulte factible prevenir, mitigar, eliminar o minimizar todos los efectos adversos reales o potenciales identificados, hacerlo progresivamente en el tiempo. De esta manera, primero deberán eliminar y minimizar los efectos adversos reales y potenciales que sean prioritarios por razón de su severidad y probabilidad y, cuando lo hayan logrado, deberán hacer lo propio con los efectos reales y adversos menos severos o probables (art. 9).

[28] En la Propuesta de Directiva de febrero de 2022 resultaba «extraño» que la obligación de reparación se concibiera como una fase de diligencia debida en el cdo. 16, pero se ubicara en el art. 22 y, por tanto, fuera del articulado que concreta las acciones de diligencia debida (arts. 5 a 11). Esta omisión ha sido corregida en la nueva Propuesta de Directiva de marzo de 2024 siguiendo las Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo, de 1 de junio de 2023, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (COM(2022)0071). En particular, la nueva Propuesta de marzo de 2024, reproducida por la de abril, ha incorporado un nuevo art. 12, en el cual se introduce la obligación de reparación. Sepúlveda Gómez, M., «La Propuesta de Directiva europea sobre diligencia debida en derechos humanos y medio ambiente», cit., p. 24.

visto o puedan verse afectadas por los efectos adversos presentar una reclamación contra la propia empresa [arts. 5.1.*f)* y 14] y, en distintas fases de este procedimiento de diligencia debida, se les obliga a consultar a los *stakeholders*, asegurando un compromiso significativo con los mismos [arts. 4.1.*e*) y 13].

El segundo de los objetivos de la Propuesta de Directiva es establecer un régimen de responsabilidad para las empresas en caso de que incumplan las obligaciones anteriormente expuestas para que la diligencia debida tenga un impacto significativo[29]. El régimen de responsabilidad es doble[30]. De un lado, la Directiva obliga a cada Estado Miembro a designar a una autoridad pública independiente e imparcial encargada de controlar el cumplimiento de esas obligaciones (arts. 24 y 25)[31]. Si tras una investigación detectan un incumplimiento, las autoridades deben imponer, como mínimo[32], sanciones pecuniarias —administrativas— basándose en el volumen mundial de negocios de la empresa (art. 27 y cdo. 76). Si la empresa no cumple con la sanción

[29] Se responsabiliza a las empresas matrices por los daños sociales y medioambientales causados por ella misma y por aquellas sobre las que tiene poder e influencia, esto es, filiales y socios comerciales de la cadena de valor (cdo. 25 y 26). Ahora bien, ello no quiere decir que la matriz responda en todo caso por los efectos adversos que se derivan de su actuación y, especialmente, de la intervención de sus filiales u otros socios de la cadena de valor, pues ello no ocurrirá cuando, habiendo adoptado medidas adecuadas de las que quepa esperar razonablemente que den lugar a la prevención o minimización de los efectos adversos en el caso concreto, no se haya alcanzado este resultado. Por ello se dice que la gran parte de obligaciones de la Directiva no son de resultado, sino de medios (cdo. 19), si bien ello puede conducir a una regulación poco efectiva, tal y como afirma Durán Ayago, A., «Derechos humanos, diligencia debida y sostenibilidad empresarial: implicaciones para el Derecho Internacional Privado europeo a propósito de una Propuesta de Directiva en el aire», *AEDIPr,* t. xxii, 2022, p. 26.

[30] En la Propuesta de Directiva de febrero de 2022, también se preveía una responsabilidad exigible a los administradores en caso de que no actúen tomando como parámetros de sus decisiones los derechos humanos, el cambio climático y el medio ambiente (art. 25). Sin embargo, este se ha eliminado en la propuesta de 15 de marzo de 2024.

[31] En la propuesta de febrero de 2022, no solo existía una vía de supervisión externa, sino también interna. En particular, se imponía a los administradores el deber de poner en marcha y supervisar las medidas de diligencia debida, así como el deber de adaptar la estrategia empresarial a los efectos reales y potenciales identificados y a las medidas de diligencia adoptadas (cdo. 64) y los sometía a la responsabilidad que establezca su régimen nacional por incumplir su deber de diligencia debida frente a la empresa (arts. 25 y 26). Sin embargo, la lógica que siguen las quejas de algunos como Recalde hizo que al final no se incorporaran. En particular, este sector doctrinal viene a decir que se debe alcanzar la protección de los DDHH y el medio ambiente, pero por vías distintas a la gestión de la sociedad. En este sentido, *vid.,* Recalde Castells, A., «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», 2022, pp. 1-35, pp. 8 y 34, accesible en línea en el siguiente enlace: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4072486* (consultada el 31 de marzo de 2024).

[32] Además de la sanción pecuniaria, las autoridades competentes podrán imponer otro tipo de sanciones igualmente efectivas, proporcionadas y disuasorias, en función de las que el Estado Miembro correspondiente haya previsto. Estas se podrán imponer junto con la sanción pecuniaria, teniendo en cuenta la naturaleza, gravedad y duración de la infracción y de sus consecuencias, entre otros extremos (art. 27.2).

en plazo, la autoridad deberá emitir una declaración haciendo público ese incumplimiento[33].

De otro lado, la Propuesta de Directiva no busca solo disuadir y prevenir este tipo de conductas a través de sanciones administrativas, sino que también pretende que las empresas reparen el daño causado a las víctimas de efectos adversos en materia de DDHH y medio ambiente provocados por el incumplimiento del proceso de diligencia debida. Por ese motivo, las empresas deben responder de los daños y perjuicios causados cuando incumplan los deberes de prevenir y eliminar los efectos adversos reales y potenciales intencionada o negligentemente y, como consecuencia de ese incumplimiento, ocasionen daños (art. 29 y cdo. 79)[34].

El tercer objetivo de la Propuesta obliga a las empresas a adoptar y a poner en marcha un plan de transición para mitigar el cambio climático que asegure la compatibilidad del modelo de negocio de la empresa con una economía sostenible y con la limitación al calentamiento global a 1,5ºC, tal y como marca el art. 2.1.a) del Acuerdo de París de Naciones Unidas de 2015 (cdos. 10 y 73). Aunque este objetivo no estaba expresamente contemplado como tal en el art. 1 de la Propuesta en su versión de febrero de 2022, sí se imponía esta obligación a las empresas en el art. 15[35].

En definitiva, con estos tres objetivos la futura Directiva de diligencia debida conseguirá una armonización sustantiva, garantizando que todos los Estados miembros cuenten con normas materiales acordes con una protección mínima en materia de DDHH[36].

---

[33] La autoridad nacional competente para supervisar a las empresas que estén domiciliadas en un Estado miembro es la del Estado miembro donde la empresa tenga su domicilio social (art. 24.2). Si la empresa está situada fuera de la UE, quedará sometida a la autoridad del Estado miembro donde tenga una sucursal y, si no tiene o tiene varias, del Estado miembro en que tenga un mayor volumen de negocios (art. 24.3).

[34] La empresa matriz también es responsable por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida por parte de la filial o de un socio de la cadena de valor con el que tenga relación comercial establecida. Ahora bien, la Directiva se preocupa por aclarar que las empresas no deben ser consideradas responsables si el daño es causado únicamente por los socios comerciales de la cadena de valor (cdo. 79).

[35] En la reciente versión de marzo de 2024, reproducida en abril de 2024, se ha añadido una nueva obligación en el art. 22 (equivalente al anterior art. 15): el plan de transición para mitigar el cambio climático debe hacer que el modelo de negocio de la empresa sea también compatible con el objetivo de alcanzar la neutralidad climática establecido en el Reglamento (UE) 2021/1119, incluidos sus objetivos de neutralidad climática intermedios y para 2050. Además, el plan de transición debe actualizarse anualmente.

[36] Álvarez Rubio, J. J., «Una propuesta internacional privatista de gobernanza empresarial para la estrategia de integración de la sostenibilidad y la diligencia debida en derechos humanos», en Marullo, M. C., Sales Pallarés, L. y Zamora Cabot, F. J. (dirs.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos,* A Coruña, Colex, 2023, p. 36.

3. La importancia del Derecho Internacional privado en la Propuesta de Directiva

Del segundo de los objetivos de la Propuesta de Directiva, esto es, de la responsabilidad (civil) de las empresas en caso de incumplimiento, se deriva que las víctimas tienen derecho a solicitar la —hasta ahora difícil[37]— reparación íntegra por los daños sufridos como consecuencia de la actuación empresarial en materia de DDHH y medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional (cdo. 79 y art. 29.2).

La situación paradigmática de estas reclamaciones de carácter privado es aquella en que los daños son provocados en terceros estados por filiales allí localizadas, pero dependientes de empresas multinacionales domiciliadas en la UE[38]. Ello se traduce en que en la mayoría de las veces la reclamación será transfronteriza —víctima domiciliada en tercer estado tratará de acudir a un tribunal de un Estado miembro—, de modo que el Derecho Internacional Privado se alza como un instrumento esencial para garantizar a la víctima el acceso a un foro neutral y asegurar la aplicación de una ley que guarde niveles mínimos de protección de DDHH[39]. Solo así se podrá conseguir la reparación de los daños derivados de abusos o violaciones por parte de las empresas[40].

En este caso, la atención se va a centrar en exclusiva en analizar cuál es la ley aplicable a dichas reclamaciones transfronterizas, y ello exige tomar como asunción la competencia de los tribunales de algún Estado Miembro de la UE[41].

---

[37] Pantazi, T., «The proposed Corporate Sustainability Due Diligence Directive and its provisions on civil liability and private international law in particular», 2022, p. 5. Accesible en: *https://www.researchgate.net/publication/365638137_The_proposed_Corporate_Sustainability_Due_Diligence_Directive_and_its_provisions_on_civil_liability_and_private_international_law_in_particular* (consultada el 31 de marzo de 2024).

[38] Hay que tener en cuenta que la responsabilidad civil por daños que se pueda exigir a la empresa que esté bajo el ámbito de aplicación de la directiva, se entiende sin perjuicio de la responsabilidad civil de sus filiales o de cualquier socio comercial de la cadena de valor (art. 29.6 Propuesta y cdo. 87).

[39] Esta concepción del Derecho Internacional privado se corresponde con las normas de conflicto «materialmente orientadas», que a diferencia de las normas de conflicto clásicas no son neutras, sino que buscan alcanzar objetivos de justicia material, como la protección del medio ambiente o de los Derechos Humanos. En este sentido, Álvarez Armas, E., «Daños al medio ambiente y Derecho Internacional privado europeo: ¿*Quid* de la determinación de la ley aplicable como herramienta de gobernanza global medioambiental?», *AEDIPr,* t. xvii, 2017, p. 9.

[40] Álvarez Rubio, J. J., «Una propuesta internacional privatista de gobernanza empresarial para la estrategia de integración de la sostenibilidad y la diligencia debida en derechos humanos», *cit.*, p. 30.

[41] Asunción que, sin embargo, no deja de ser problemática, tal y como claramente se expone en Augsten, D. y Jägers, N., «Judicial remedies: The issue of jurisdiction», en Álvarez Rubio, J. J. y Yiannibas, E. (eds.), *Human Rights in Business. Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, Routledge, Londres, 2017, pp. 7-37.

IV. LEY APLICABLE A LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRA LAS EMPRESAS VULNERADORAS DE DERECHOS HUMANOS

1. La responsabilidad civil de las empresas en la Propuesta de Directiva

Como ya se adelantó, la Propuesta de Directiva obliga a los EEMM a establecer un régimen de responsabilidad civil en virtud del cual las empresas sometidas al ámbito de la aplicación de la Directiva respondan si incumplen intencionada o negligentemente las obligaciones de los arts. 10 y 11, cuando la obligación del Anexo I tenga por objeto proteger a la persona física o jurídica[42], y como consecuencia del incumplimiento se haya causado un daño a la persona física o jurídica (cdo. 79)[43]. En otras palabras, cuando la empresa no prevenga, elimine o minimice de forma intencionada o negligente los efectos adversos reales o potenciales de su actividad, y ese incumplimiento ocasione un daño, la empresa quedará obligada a repararlo. Ahora bien, cuando la empresa cumpla con sus obligaciones, o las incumpla de forma no intencionada ni negligente, no habrá responsabilidad por mucho que se produzcan daños.

Este régimen de responsabilidad de las empresas consagrado en la Propuesta de Directiva de 2024 se ha dulcificado en gran medida en comparación con la anterior versión de la Propuesta de 2022, en un doble sentido. De un lado, la responsabilidad ha dejado de ser objetiva para ser subjetiva, esto es, se exige que el incumplimiento sea con dolo (intencionado) o culpa (negligencia). De otro lado, la nueva versión elimina la posibilidad de que la empresa sea responsable cuando el daño sea causado *solo* por sus socios comerciales de la cadena de valor, posibilidad que se admitía —con límites— en el art. 22.2 de la Propuesta de febrero de 2022.

Otra modificación importante que ha tenido lugar en el art. 29 (anterior art. 22) se relaciona con el régimen (sustantivo) de responsabilidad

---

[42] Recuérdese que las posibles violaciones de Derechos Humanos y medio ambiente que pueden acarrear las actividades empresariales están listadas en el Anexo I [arts. 3.1.*b)* y *c)* y cdo. 32]. Básicamente, se incluyen los estándares previstos en los tratados internacionales existentes en la materia.

[43] Exigir que el daño recaiga sobre la persona física o jurídica que es objeto de protección por parte del Anexo I implica que un daño derivado, esto es, aquel causado indirectamente a otras personas que no sean víctimas de impactos adversos y que no estén protegidas por el Anexo I, no está cubierto. El cdo. 79 pone un ejemplo de ello: si un trabajador de una empresa sufre un daño porque la empresa vulnera las normas de seguridad en el lugar de trabajo, el arrendador del inmueble donde viva el trabajador no puede reclamar a la empresa solicitándole los daños que sufre como consecuencia del impago de su arrendatario (trabajador).

civil. En la Propuesta de Directiva de 2022, el art. 22 no modificaba el régimen interno de responsabilidad civil de cada Estado miembro, de modo que el derecho interno era el que regulaba con total libertad las reglas procesales de legitimación o prescripción de la acción de responsabilidad[44]. Sin embargo, la Propuesta presentada en marzo de 2024, seguida por la de abril, sí introduce, para evitar algunos obstáculos prácticos y procesales a la justicia para las víctimas (cdo. 82), ciertas exigencias mínimas en el régimen de responsabilidad civil[45], relacionados con el plazo de prescripción [art. 29.3.*a)* y cdo. 85], el coste del procedimiento [art. 29.3.*b)*], las medidas cautelares [art. 29.3.*c)* y cdo. 86], la legitimación activa [art. 22.9.*d)* y cdo. 84] o la divulgación de la prueba [art. 29.3.*e)* y cdo. 83].

A pesar de estos mínimos, la Propuesta sigue sin establecer un régimen completo de responsabilidad civil extracontractual de las empresas[46], de modo que las leyes estatales deben seguir aplicándose de manera complementaria para concretar este régimen[47]. De hecho, determinar qué ley estatal debe aplicarse a la responsabilidad civil extracontractual exigida a las empresas ha sido una cuestión abordada de forma cambiante y muy distinta en todas las versiones de la Propuesta emitidas desde que empezaron los trámites para aprobar la futura Directiva. En todas ellas —analizadas más abajo—, la lógica subyacente es la misma: la ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual cuando el tribunal competente es de un Estado miembro

---

[44] Recalde Castells, A., «La propuesta de directiva sobre DD (*due diligence*) de las empresas en materia de sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores», cit., p. 176.

[45] El carácter mínimo de la Propuesta de Directiva en materia de responsabilidad civil también se refleja en otros dos preceptos. De un lado, el art. 29.3 se preocupa por dejar claro que la responsabilidad civil de una empresa (matriz) se entiende sin perjuicio de la de sus filiales o socios comerciales, además de que el daño causado conjuntamente por ella y su filial o socio comercial genera una responsabilidad solidaria (cdo. 87). De otro lado, el art. 29.6 asegura que la responsabilidad civil generada en base a la Directiva se entiende sin perjuicio de la responsabilidad más estricta o en situaciones no contempladas por la Directiva puedan exigir otras normas de la UE o nacionales (cdo. 88).

[46] Entre otros, la ley nacional deberá regular el derecho a la indemnización íntegra por los daños sufridos (art. 29.2), el daño causado (cdo. 79) y la carga de la prueba y las condiciones para iniciar el procedimiento civil (cdo. 81). Dejando al margen la responsabilidad civil extracontractual no regulada por la Directiva, en lo que sí regula esta (p. ej. obligaciones de diligencia debida, sanciones administrativas…), deberá aplicarse la ley de transposición del Estado miembro donde la empresa tenga su domicilio social (art. 2.4). En caso de no tener su domicilio social en la UE, se aplicaría la ley del Estado miembro donde la empresa tenga una sucursal y, en caso de no tener o en caso de contar con sucursales localizadas en distintos Estados miembros, se aplicaría la ley del Estado miembro donde la empresa haya generado un mayor volumen neto de negocios en la UE (art. 2.5). Debe darse la bienvenida a este nuevo apartado 2.5 introducido en la Propuesta de marzo de 2024, puesto que la anterior versión no determinaba la ley de transposición aplicable a las empresas domiciliadas fuera de la UE.

[47] Magallón Elósegui, N., *La ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual de empresas por abusos de los Derechos Humanos,* cit., p. 151.

se determina de acuerdo al Reglamento Roma II[48]; en la medida en que este no contiene una disposición específica sobre responsabilidad de las empresas por violación de los DDHH, la regla general del citado instrumento conducirá a la aplicación de la ley del lugar donde se ha causado el daño (normalmente, país en vías de desarrollo)[49]. Como esta no siempre es acorde a altos estándares de DDHH, las distintas versiones de la Propuesta de Directiva pretenden, en teoría y haciendo uso de diferentes cauces, garantizar la aplicación de la ley de un Estado miembro.

A diferencia de lo anterior, Roma II sí incluye una norma de conflicto específica en su art. 7 que permite evitar la *lex loci damni*[50]. Este precepto otorga a la víctima la posibilidad de elegir la ley aplicable entre la ley del lugar del daño o la del país donde se produjo el hecho generador del daño. Esta segunda opción resulta garantista, pues equivale a aplicar la ley del país donde la empresa matriz tomó la decisión —normalmente, Estado miembro—[51]. De ahí que la presente aportación vaya a dejar de lado las reclamaciones por vulneración del medio ambiente para centrarse en las relativas a los DDHH.

2. Ley aplicable en el Proyecto de informe del Parlamento Europeo de septiembre de 2020

En septiembre de 2020, el Parlamento Europeo emitió por primera vez un Proyecto de Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión Europea sobre la diligencia debida de empresas y respon-

---

[48] Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»). *DOUE* núm. L 199 de 31/7/2007.

[49] En particular, la ley señalada por Roma II para regir la responsabilidad civil extracontractual regulará los extremos apuntados por su art. 15, esto es, el fundamento y alcance de la responsabilidad, las causas de exoneración, la existencia, naturaleza y evaluación de daños, las medidas necesarias para garantizar la prevención, cese y reparación del daño, la transmisibilidad del derecho a reclamar por daños, las personas con derecho a la reparación del daño, la responsabilidad por actos de terceros y el modo de extinción de las obligaciones, junto con las normas de prescripción y caducidad.

[50] Aun así, no siempre es fácil diferenciar entre los daños medioambientales y los producidos a los DDHH, tal y como se explica en Álvarez-Armas, E., «Potential human-rights-related amendments to the Rome II Regulation (II): the proposed art. 6.*a)*; art. 7 is dead, long live article 7?», *Conflict of laws,* 2021, accesible en: *https://conflictoflaws.net/2021/alvarez-armas-on-potential-human-rights-related-amendments-to-the-rome-ii-regulation-ii-the-proposed-art-6a-art-7-is-dead-long-live-article-7/* (consultada el 31 de marzo de 2024). De hecho, la Propuesta de Directiva prevé esta posibilidad cuando en el cdo. 89 aclara que las víctimas pueden solicitar la reparación de daños derivados de impactos medioambientales, aun cuando esta reclamación se solape con la reclamación por vulneraciones de DDHH.

[51] Álvarez Rubio, J. J., «Una propuesta internacional privatista de gobernanza empresarial para la estrategia de integración de la sostenibilidad y la diligencia debida en derechos humanos», cit., p. 40.

sabilidad corporativa[52]. Su propuesta para paliar el problema de la ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual fue muy ambiciosa[53]. En concreto, se proponía modificar el Reglamento Roma II para introducir una norma específica conflictual —un nuevo art. 6.*a)*— relativa a las vulneraciones de DDHH cometidas por empresas de la UE en terceros países. Basándose en el principio de ubicuidad[54], la nueva regla permitía a la víctima demandante elegir la ley aplicable a la controversia entre alguna de las siguientes: (i) ley del país donde ha tenido lugar el daño (*lex loci damni*), (ii) ley del país donde se ha producido el hecho generador del daño (*lex loci delicti comisi*), y (iii) ley del país donde la empresa demandada tenga su domicilio[55] (*lex domicile*) o, en caso de no tener domicilio en la UE, la ley del país donde opere.

Con esta reforma, el Parlamento Europeo pretendía asemejar el régimen de daños de DDHH [en un nuevo art. 6.*a)*] al de daños medioambientales (art. 7), aunque con más alternativas de elección que este. Sin duda, este precepto conlleva múltiples ventajas para la víctima, toda vez que se respeta su autonomía de la voluntad y se garantiza la aplicación de una norma favorable a la reparación del daño.

A cambio, el rango tan amplio de normas entre las que la víctima puede elegir —hasta cuatro— provoca una gran inseguridad jurídica para las empresas, que no pueden conocer la ley aplicable hasta que el demandante, una vez en el proceso, la elija. A pesar de que hay autores que defienden que la amplia variedad de leyes entre las que puede elegir el demandante no implica inseguridad jurídica, sino tan solo que la empresa deba cumplir con la más restrictiva de ellas[56], lo cierto es que el Parlamento Europeo consideró que era un abanico demasiado amplio y decidió modificar sus recomendaciones a la Comisión Europea y emitir una Resolución definitiva.

---

[52] Proyecto de Informe del Parlamento Europeo, de 11 de septiembre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa. [2020/2129/(INL)].

[53] Magallón Elósegui, N., *La ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual de empresas por abusos de los Derechos Humanos,* cit., p. 150.

[54] Von Hein, J., «Back to the Future – (Re-)Introducing the Principle of Ubiquity for Business-related Human Rights Claims», *Conflicts of laws*, accesible en: *https://conflictoflaws.net/2020/back-to-the-future-re-introducing-the-principle-of-ubiquity-for-business-related-human-rights-claims/* (consultada el 31 de marzo de 2024).

[55] Buena parte de la doctrina coincide en que habría de sustituirse el término «domicilio» —propio del ámbito procesal—, por el de «Residencia habitual», que es el criterio de conexión que utiliza Roma II.

[56] Esta situación es bautizada por Álvarez-Armas como un «*false conflict*» en Álvarez-Armas, E., «Potential human-rights-related amendments to the Rome II Regulation (II): the proposed art. 6.*a)*; art. 7 is dead, long live article 7?», cit., p. 4.

3. Ley aplicable en la Resolución del Parlamento Europeo de marzo de 2021

En marzo de 2021, el Parlamento Europeo publicó la versión definitiva de la Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión Europea sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa[57].

Dada la crítica vertida sobre la anterior Propuesta por la inseguridad jurídica que acarreaba, el Parlamento decidió en la Resolución definitiva no modificar el Reglamento Roma II y, en su lugar, introducir un art. 20 que llevaba por rúbrica «Derecho Internacional Privado». En él se imponía a los EEMM el deber de garantizar que las disposiciones de la ley nacional que transponga la Directiva tuvieran un carácter imperativo en consonancia con el art. 16 del Reglamento Roma II[58]. Es decir, el objetivo era otorgar a la ley de transposición de la Directiva el carácter de *ley de policía*, de manera que el tribunal de un Estado miembro competente para conocer del litigio tuviera que aplicar la ley de transposición de su foro de forma imperativa, con independencia de la ley aplicable.

El problema, en este caso, no es solo que el régimen es menos favorable para la víctima, que ya no tiene la posibilidad de elegir, sino que este artículo solo asegura la aplicación imperativa de la ley de transposición, pero no del resto de normas nacionales que completan el régimen de responsabilidad civil extracontractual que aquella no aborda. Habría que acudir a la regla genérica del Reglamento Roma II, la cual no aseguraría que ciertos extremos de la responsabilidad civil sean acordes a los estándares de DDHH.

4. Ley aplicable en la Propuesta de Directiva de febrero de 2022

En febrero de 2022 la Comisión Europea presentó la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y derechos humanos[59]. Si la Resolución definitiva que proponía el Parlamento Europeo (apartado 4.3) era menos ambiciosa

---

[57] Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa, [2020/2129(INL].

[58] Magallón Elósegui, N., *La ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual de empresas por abusos de los Derechos Humanos*, cit., p. 153.

[59] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, COM(2022) 71 final.

que la versión anterior (apartado 4.2), lo cierto es que la Propuesta de la Comisión Europea no cambia esta dirección.

En este sentido, la Propuesta de 2022 suprime el art. 20 de la Resolución definitiva del Parlamento Europeo y, en su lugar, se limita a establecer en el quinto apartado del art. 22 —dedicado a la responsabilidad civil— que los Estados Miembros deben asegurar que «la responsabilidad establecida en las disposiciones de Derecho nacional que transpongan el presente artículo sea de aplicación imperativa y prevalente en aquellos casos en los que la ley aplicable a las denuncias correspondientes no sea la de un Estado miembro».

Con este precepto se reproduce la misma problemática que en el apartado anterior, esto es, la Propuesta de Directiva tan solo garantiza que la ley de transposición de los pocos aspectos que regula el art. 22 sea la de un Estado miembro, pero nada dice acerca de la ley nacional aplicable a los aspectos de responsabilidad civil, que no regulados por el art. 22. La norma conflictual que debe aplicarse para determinar la ley aplicable a dichos aspectos será, de nuevo, el Reglamento Roma II, con los inconvenientes que ello plantea.

5. Ley aplicable en la Propuesta de Directiva de marzo[60] y abril de 2024[61]

La Propuesta de Directiva de 2024[62] mantiene el mismo régimen de ley aplicable que la Propuesta de febrero de 2022 (apartado 4.4). Así, la única norma de conflicto que incorpora es la misma que la Propuesta anterior (ahora en el art. 29.7), con escasas modificaciones de redacción, de modo que sigue imponiendo la imperatividad de la ley nacional que transponga el art. 29 cuando la ley aplicable sea la de un tercer estado. Como novedad, es cierto que el nuevo art. 29.3 incorpora exigencias mínimas en el régimen sustantivo de responsabilidad civil, y ello permite garantizar un acceso a la justicia más sencillo para las víctimas, toda vez que la ley reguladora de esos aspectos mínimos siempre será la de un Estado miembro, bien porque así se derive de Roma II, bien porque señalando este la ley de un estado tercero, así lo exija el art. 29.7 de la Propuesta.

---

[60] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, [2022/0051 (COD)].

[61] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 [COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)].

[62] Las propuestas de Directiva de marzo y abril de 2024 tienen exactamente la misma redacción, ya que la de abril en realidad no es más que la aprobación que el Parlamento Europeo hizo de la versión de marzo.

Sin embargo, estos mínimos no eliminan la necesidad de acudir a Roma II para determinar la ley estatal aplicable al resto de extremos de responsabilidad civil no regulados en el art. 29. Ante esta situación, es necesario buscar soluciones dentro del Reglamento Roma II que permitan excepcionar la aplicación del art. 4.1, esto es, de la *lex loci damni*[63].

En primer lugar, si la víctima y la empresa matriz tienen la residencia habitual en el mismo país, sería de aplicación la ley de dicho país (art. 4.2). Sin embargo, esta norma plantea como mínimo dos problemas: el primero, la dificultad de identificar a la matriz y su residencia, y el segundo, que no garantiza la aplicación de una ley que cumpla con los estándares de protección de DDHH en los supuestos en los que la residencia de las partes no se encuentre en un Estado miembro[64].

En segundo lugar, la regla general del *lex loci damni* se puede excepcionar cuando, a criterio del tribunal competente, haya una ley que mantenga vínculos más estrechos con la controversia (art. 4.3). De nuevo, esta regla no satisface todos los supuestos, pues su aplicación queda al arbitrio de los jueces, además de que es excepcional[65].

En tercer lugar, sea cual sea la ley aplicable, el Reglamento Roma II permite tener en cuenta las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar del hecho generador del daño para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega (art. 17). Este precepto permitiría aplicar la normativa de un Estado miembro cuando la empresa del país del foro —normalmente, Estado miembro— haya provocado el daño en otro país —habitualmente, en vías de desarrollo—. Sin embargo, la aplicación del art. 17 sería tan factible cuando el daño ha sido causado directamente por la matriz, pero no indirectamente —esto es, por filiales o socios de la cadena de valor—. Y aquellos, precisamente, son los supuestos minoritarios en las actuales cadenas de valor mundiales.

En cuarto lugar, cualquiera que sea la ley aplicable, el juez del foro deberá aplicar las disposiciones de la ley del foro que tengan carácter imperativo (art. 16) —leyes de policía—. Dentro de estas normas con carácter imperativo en un Estado miembro se encuentran algunas acordes con los estándares de protección de DDHH como los

---

[63] A todos los anteriores habría que añadir la posibilidad de que las partes pacten la ley aplicable a la responsabilidad civil, si bien la práctica pone de manifiesto que esta posibilidad es «bastante infrecuente». Así, Iriarte Ángel, J. L., «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. y Marullo, M. C. (dirs.), *La lucha en clave judicial frente al cambio climático,* Cizur Menor, Aranzadi, 2021, p. 127.

[64] Álvarez Rubio, J. J., «Una propuesta internacional privatista de gobernanza empresarial para la estrategia de integración de la sostenibilidad y la diligencia debida en derechos humanos», cit., p. 39.

[65] Magallón Elósegui, N., *La ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual de empresas por abusos de los Derechos Humanos*, cit., p. 146.

derechos laborales reconocidos por la OIT, los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre empresas y DDHH, o las normas de diligencia debida estatales[66]. No obstante, el hecho de que una ley tenga carácter imperativo queda al arbitrio de los jueces, y ello comporta inseguridad jurídica. Asimismo, es cuestionable que a través de este precepto se puedan convertir en imperativas normas que gozan de un carácter voluntario (*soft law*).

En quinto lugar, debería poder aplicarse el art. 26 Roma II, en virtud del cual se puede excepcionar la aplicación de la ley extranjera por incompatibilidad manifiesta con el orden público del foro[67]. No obstante, utilizar el orden público del foro requiere demostrar que ha habido una colisión manifiesta con los principios jurídicos fundamentales del foro, lo cual no resultará posible si la ley extranjera aborda la diligencia debida y los DDHH, aunque de forma distinta a la norma del foro[68].

En definitiva, las normas conflictuales del Reglamento Roma II permiten asegurar la aplicación de una ley garantista de los DDHH en el caso de que los daños causados hayan sido medioambientales —gracias a la regla de la ubicuidad del art. 7—, pero el resultado no es el mismo cuando los daños causados son vulneradores de DDHH, en cuyo caso las normas conflictuales previstas en la Propuesta de Directiva y Roma II conllevan una inseguridad jurídica considerable y no son suficientes para garantizar la protección de los DDHH —no se asegura que se vaya a aplicar una ley de un EEMM—.

Ante estas deficiencias, algunos surgieren convertir la Directiva en Reglamento para evitar los problemas de ley aplicable[69] y otros proponen que se convenza a las empresas del beneficio que les reporta hacer sus cadenas de suministro más éticas y responsables[70]. Sea como fuere,

---

[66] Álvarez Rubio, J. J., «Una propuesta internacional privatista de gobernanza empresarial para la estrategia de integración de la sostenibilidad y la diligencia debida en derechos humanos», cit., p. 41.

[67] Álvarez Torné, M., «El derecho internacional privado ante las vulneraciones de derechos humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE», *Revista Española de Derecho Internacional,* vol. 65, núm. 2, 2013, p. 186.

[68] Magallón Elósegui, N., *La ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual de empresas por abusos de los Derechos Humanos*, cit., p. 149.

[69] Magallón Elósegui, N., «El derecho aplicable a la responsabilidad de las empresas por violación de Derechos humanos en una futura Directiva europea sobre diligencia debida», *Trabajo y Derecho*, núm. 16, 2022, p. 91, y Ruehl, G., «Human rights in global supply chains: Do we need to amend the Rome II-Regulation?», *Conflicts of laws,* accesible en: *https://conflictoflaws.net/2020/human-rights-in-global-supply-chains-do-we-need-to-amend-the-rome-ii-regulation/#:~:text=However%2C%20even%20if%20the%20European%20legislature%20prefers%20to,to%20ensure%20that%20it%20is%20applied%20throughout%20Europe* (consultada el 31 de marzo de 2024).

[70] En este sentido, Diago Diago defiende una correlación fuerte pero negativa entre la sostenibilidad de las cadenas de suministro y el impacto del COVID-19, de modo que las cade-

existe una urgente necesidad de explorar posibles soluciones porque de no ser modificada, la futura Directiva caerá en el mismo fracaso que los mecanismos existentes hasta el momento[71] al eliminar prácticamente las respuestas de Derecho Internacional Privado[72].

V. CONCLUSIONES

La Propuesta de Directiva de diligencia debida empresarial se dicta en la dirección correcta, al imponer por primera vez con carácter horizontal obligaciones vinculantes que garanticen la protección de los DDHH y el medio ambiente en todos los Estados miembros. Asimismo, debe celebrarse que incorpore avances en materia de responsabilidad civil, facilitando a las víctimas de las conductas empresariales vulneradoras de DDHH y medio ambiente la reclamación de la reparación del daño sufrido. Sin embargo, estos avances no quedan exentos de críticas, de entre las cuales aquí pueden destacarse dos.

En primer lugar, el escaso número de empresas a las que afectará —especialmente tras la última modificación en marzo de 2024, aprobada por el Parlamento en abril—, impide dejar de lado las directrices voluntarias de *soft law*, que se seguirán aplicando a la gran mayoría de empresas. La consecuencia no es nimia: la mayor parte del tejido empresarial seguirá sin respetar los estándares más altos en materia de DDHH y medio ambiente.

En segundo lugar, aunque la Propuesta de Directiva introduce mejoras (mínimas) en el régimen de responsabilidad civil para sortear los obstáculos procesales a los que pueden enfrentarse las víctimas que ven vulnerados sus DDHH como consecuencia de las actuaciones empresariales, la regulación actual no es suficiente para dar por sentado que cuando conozca de la reclamación un tribunal de un Estado miembro vaya a aplicar en todo caso una ley acorde a los estándares de DDHH.

Al final, es positivo que la Directiva armonice sustantivamente las obligaciones de diligencia debida en los distintos Estados miembros, haciendo que no solo sus empresas sino también las de fuera de la UE que tengan ahí su sucursal cumplan unas obligaciones mínimas e igua-

---

nas de suministro más sostenibles fueron aquellas que sufrieron un menor impacto durante la pandemia. *Vid.,* Diago Diago, P., «Violación de derechos humanos en las cadenas de suministro en tiempos de pandemia: reacciones de Derecho Internacional privado y diligencia debida», *Revista Española de Derecho Internacional,* vol. 73, núm. 1, 2021, p. 341.

[71] Guamán Hernández, A., «Diligencia debida en derechos humanos: análisis crítico de los principales marcos normativos estatales», *Trabajo y Derecho*, núm. 87, 2022, p. 98.

[72] Palao Moreno, G., «Hacia una regulación europea en materia de diligencia debida de las cadenas de valor: retos que suscita al Derecho Internacional privado», en Marullo, M. C., Sales Pallarés, L. y Zamora Cabot, F. J. (dirs.), *Empresas transnacionales, Derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, A Coruña, Colex, 2023, pp. 47-48.

litarias en materia de diligencia debida. Sin embargo, si esta armonización sustantiva no va acompañada de una armonización conflictual que garantice la aplicación de la ley nacional de un Estado miembro en las reclamaciones de daños interpuestas por las víctimas, las consecuencias (civiles) derivadas del incumplimiento de las empresas impuestas en la futura Directiva devendrán inútiles.

Por tanto, de aprobarse definitivamente la Propuesta de Directiva con su redacción de marzo y abril de 2024 —solo falta la aprobación del Consejo Europeo para que así ocurra—, el resultado será que tan solo unas pocas grandes empresas tengan la obligación de actuar conforme a los estándares de derechos humanos y medio ambiente exigidos por los convenios internacionales y que en caso de incumplimiento las víctimas no podrán ver reparado el daño causado —igual que no lo podrán ver reparado cuando las actuaciones empresariales provengan de empresas no incluidas en el ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva—. En pocas palabras, los (reprensibles) mecanismos establecidos por la futura Directiva no son suficientes para garantizar sus (ambiciosos y loables) objetivos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., «Comentario del Grupo de Expertos en Derecho de Sociedades Europeo sobre el Proyecto de Directiva del Parlamento Europeo sobre la Diligencia Debida y la Responsabilidad de las Empresas», *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 62, 2021.

Álvarez Armas, E., «Daños al medio ambiente y Derecho Internacional privado europeo: ¿*Quid* de la determinación de la ley aplicable como herramienta de gobernanza global medioambiental?», *AEDIPr,* t. xvii, 2017, pp. 1-33.

— «Potential human-rights-related amendments to the Rome ii Regulation (ii): the proposed art. 6.*a)*; art. 7 is dead, long live article 7?», *Conflic of laws,* 2021, accesible en: *https://conflictoflaws.net/2021/alvarez-armas-on-potential-human-rights-related-amendments-to-the-rome-ii-regulation-ii-the-proposed-art-6a-art-7-is-dead-long-live-article-7/* (consultada el 31 de marzo de 2024).

Álvarez Rubio, J. J., «Una propuesta internacional privatista de gobernanza empresarial para la estrategia de integración de la sostenibilidad y la diligencia debida en derechos humanos», en Marullo, M. C., Sales Pallarés, L. y Zamora Cabot, F. J. (dirs.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos,* A Coruña, Colex, 2023, pp. 24-44.

Álvarez Torné, M., «El derecho internacional privado ante las vulneraciones de derechos humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE», *Revista Española de Derecho Internacional,* vol. 65, núm. 2, 2013, pp. 157-190.

Augsten, D. y Jägers, N., «Judicial remedies: The issue of jurisdiction», en Álvarez Rubio, J. J. y Yiannibas, E. (eds.), *Human Rights in Business. Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, Routledge, Londres, 2017, pp. 7-37.

Chamorro Domínguez, M. C., «Las exigencias contenidas en la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y la afectación indirecta de las pymes», *Revista de derecho de sociedades,* núm. 66, sept-dic 2022.

de Erice Aranda, L. S., «¿El fin de la impunidad? Análisis de la nueva iniciativa del Parlamento Europeo respecto a Derechos Humanos y empresas», *Revista de estudios europeos,* vol. 79, enero-junio, 2022, pp. 473-497.

de La Vega Justribó, B., «Sostenibilidad y derechos humanos: hacia la responsabilidad empresarial por incumplimiento de la diligencia debida», en Marullo, M. C., Sales Pallarés, L. y Zamora Cabot, F. J. (dirs.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos,* A Coruña, Colex, 2023, pp. 157-166.

Diago Diago, P., «Violación de derechos humanos en las cadenas de suministro en tiempos de pandemia: reacciones de Derecho Internacional privado y diligencia debida», *Revista Española de Derecho Internacional,* vol. 73, núm. 1, 2021, pp. 337-344.

Durán Ayago, A., «Derechos humanos, diligencia debida y sostenibilidad empresarial: implicaciones para el Derecho Internacional Privado europeo a propósito de una Propuesta de Directiva en el aire», *AEDIPr,* t. xxii, 2022, pp. 329-357.

Guamán Hernández, A., «La Comisión Europea defrauda de nuevo: la fallida propuesta de Directiva sobre Diligencia Debida en Derechos Humanos», *Periódico Público*, 28 de febrero de 2022. Accesible en línea en el siguiente enlace: *https://blogs.publico.es/dominiopublico/43654/la-comision-europea-defrauda-de-nuevo-la-fallida-propuesta-de-directiva-sobre-diligencia-debida-en-derechos-humanos/* (consultada el 31 de marzo de 2024).

— «Diligencia debida en derechos humanos: análisis crítico de los principales marcos normativos estatales», *Trabajo y Derecho*, núm. 87, 2022, pp. 81-111.

Iriarte Ángel, J. L., «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. y Marullo, M. C. (dirs.), *La lucha en clave judicial frente al cambio climático,* Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 115-130.

Magallón Elósegui, N., *La ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual de empresas por abusos de los Derechos Humanos,* Cizur Menor, Aranzadi, 2023.

— «El derecho aplicable a la responsabilidad de las empresas por violación de Derechos humanos en una futura Directiva europea sobre diligencia debida», *Trabajo y Derecho*, núm. 16, 2022, pp. 82-95.

Moreno Díaz, J. M., «Últimas tendencias en la exigencia de las empresas multinacionales en las cadenas mundiales de suministro: la diligencia debida», en Pérez Calle, R. D. (dir.), *Empresa, economía y derecho: oportunidades ante un entorno global y disruptivo*, Dykinson, 1.ª ed., 2022, pp. 1026-1048.

Palao Moreno, G., «La Estrategia Europea sobre diligencia debida y "cadenas de valor": una aproximación desde el Derecho Internacional privado», en Ortega Giménez, A., Heredia Sánchez, L., Gómez Jene, M, (dirs.), *Estrategia Europea 2030 y sus retos sociales. Una lectura desde el Derecho Internacional privado*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 33-51.

— «Hacia una regulación europea en materia de diligencia debida de las cadenas de valor: retos que suscita al Derecho Internacional privado», en Marullo, M.C, Sales Pallarés, L y Zamora Cabot, F. J. (dirs.), *Empresas transnacionales, Derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, A Coruña, Colex, 2023, pp. 45-65.

Pantazi, T., «The proposed Corporate Sustainability Due Diligence Directive and its provisions on civil liability and private international law in particular», 2022, pp. 1-12, p. 5. Accesible en: *https://www.researchgate.net/publication/365638137_The_proposed_Corporate_Sustainability_Due_Diligence_Directive_and_its_provisions_on_civil_liability_and_private_international_law_in_particular* (consultado el 31 de marzo de 2024).

Pérez Benítez, J. J., «El capitalismo iluminado. La propuesta de directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad», *Diario La Ley,* núm. 10109, 2022, pp. 1-13.

Recalde Castells, A., «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», 2022, pp. 1-35, pp. 8 y 34, accesible en: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4072486* (consultado el 31 de marzo de 2024).

— «La propuesta de directiva sobre DD (*due diligence*) de las empresas en materia de sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores», en Cohen Benchetrit, A., Muñoz Paredes, A. (dirs.) y Viñuelas Sanz, M. (coord.), *Deberes de los administradores de las sociedades de capital*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, pp. 157-182.

Ruehl, G., «Human rights in global supply chains: Do we need to amend the Rome II-Regulation?», *Conflicts of laws,* accesible en: *https://conflictoflaws.net/2020/human-rights-in-global-supply-chains-do-we-need-to-amend-the-rome-ii-regulation/#:~:text=However%2C%20even%20if%20the%20European%20legislature%20prefers%20to,to%20ensure%20that%20it%20is%20applied%20throughout%20Europe* (consultado el 31 de marzo de 2024).

Sepúlveda Gómez, M., «La Propuesta de Directiva europea sobre diligencia debida en derechos humanos y medio ambiente», *Temas laborales,* núm. 168, 2023, pp. 339-368.

Von Hein, J., «Back to the Future – (Re-)Introducing the Principle of Ubiquity for Business-related Human Rights Claims», *Conflicts of laws*, accesible en: *https://conflictoflaws.net/2020/back-to-the-future-re-introducing-the-principle-of-ubiquity-for-business-related-human-rights-claims/* (consultado el 31 de marzo de 2024).

MAPEO DEL ESTADO ACTUAL DE LOS PRINCIPIOS DE ECONOMÍA SOCIAL Y RSE EN LA GESTIÓN SOSTENIBLE DE LA CADENA DE SUMINISTROS

MAPPING OF THE CURRENT STATE OF SOCIAL ECONOMY PRINCIPLES AND CSR IN THE SUSTAINABLE MANAGEMENT OF THE SUPPLY CHAIN

Alexander Letzkus Saavedra
Ingeniero Civil Industrial, Doctorando en Economía Social
Univeristat de València

RESUMEN: En la globalización actual, integrar la economía social y la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) en la Gestión de la Cadena de Suministro (SCM) es crucial. Esta investigación revisa la literatura y revela una integración parcial, ignorando aspectos como la equidad interna y la solidaridad, indicando oportunidades para un desarrollo más sostenible. La investigación identifica beneficios económicos, sociales y ambientales, como mayor productividad, mejores condiciones laborales y menor impacto ambiental. Sin embargo, existen barreras como la resistencia política y la necesidad de autonomía organizacional. El estudio concluye que las prácticas en SCM alineadas con la economía social y RSC son limitadas y poco específicas. Se necesita una integración coherente para promover la sostenibilidad empresarial. Futuras investigaciones deben abordar la integración de principios omitidos y la implementación de tecnologías emergentes en SCM.

Palabras clave: Gestión de cadena de abastecimiento; SCM; Economía Social; Responsabilidad Social Empresarial; RSE.

ABSTRACT: In today's globalization, integrating social economy and Corporate Social Responsibility (CSR) into Supply Chain Management (SCM) is crucial. This research reviews literature and reveals partial integration, overlooking aspects like internal equity and solidarity, indicating opportunities for more sustainable development. The research identify Economic, social, and environmental benefits include increased productivity, better working conditions, and reduced environmental impact. However, barriers like political resistance and the need for organizational autonomy exist. The study concludes that SCM practices aligned with social economy and CSR are limited and lack specificity. Coherent integration is needed to promote business sustainability. Future research should address the integration of omitted principles and the implementation of emerging technologies in SCM.

Keywords: Supply Chain Management; SCM; Social economy; Corporate Social Responsability; CSR.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO TEÓRICO. 1. Supply Chain Management/Cadena de gestión de suministros. 2. Economía social. 3. Responsabilidad social empresarial. III. METODOLOGÍA. 1. Resultado de selección de fuentes de información. IV. RESULTADOS. 1. Análisis de la evolución de los principios de economía social y RSE en el campo de la SCM a lo largo del tiempo. 2. Análisis de los beneficios económicos, sociales y ambientales de la implementación de los principios de economía social y RSE en la SCM. 3. Identificación de las barreras para la implementación de los principios de economía social y RSE en la SCM. 4. Identificación de buenas prácticas y recomendaciones para la implementación de los principios de economía social y RSE en la SCM. V. DISCUSIONES Y CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En la era actual de globalización y creciente conciencia social y ambiental, la gestión de la cadena de suministro (SCM) ha evolucionado para incorporar principios de economía social y responsabilidad social empresarial (RSE)[1]. Este artículo explora la incorporación de estos principios en el contexto de la SCM, analizando su impacto y beneficios desde una perspectiva económica, social y ambiental. Además, se plantea la siguiente pregunta de investigación: ¿Responden los modelos de Gestión de Cadena de Abastecimiento a los principios de Economía Social y Responsabilidad Social Empresarial? Con base en esta pregunta, se formula la hipótesis de que no existen modelos de gestión de cadena de abastecimiento que respondan sustancialmente a los principios de economía social y responsabilidad social empresarial.

[1] Awaysheh, A. y Klassen, R., «The impact of supply chain structure on the use of supplier socially responsible practices», *International Journal of Operations y Production Management*, 30(12), 2010, pp. 1246-1268.

El primer capítulo analiza la evolución de los principios de economía social y responsabilidad social empresarial en la gestión de la cadena de suministro. A través de un estudio bibliográfico, se descubre una integración parcial y una falta de atención hacia estos principios en la literatura existente. El análisis resalta la necesidad de una incorporación más coherente de estos principios para promover una SCM más equitativa y sostenible.

El artículo también identifica los beneficios económicos, sociales y ambientales de la implementación de estos principios en la SCM, destacando cómo pueden aumentar la productividad y eficiencia, mejorar las condiciones laborales y reducir el impacto ambiental. Sin embargo, también se reconocen las barreras para la implementación de estos principios, incluyendo la resistencia a las presiones políticas y la necesidad de mantener la autonomía organizacional.

Finalmente, el artículo presenta una serie de buenas prácticas y recomendaciones para la implementación de los principios de economía social y RSE en la SCM, con el objetivo de promover una gestión de la cadena de suministro más equitativa y sostenible. Los resultados de la investigación proporcionan una valiosa contribución al campo de la SCM, ofreciendo una visión integral de cómo los principios de economía social y RSE pueden ser efectivamente integrados en la gestión de la cadena de suministro para lograr beneficios económicos, sociales y ambientales.

II. MARCO TEÓRICO

1. *Supply Chain Management* Cadena de gestion de suministros

Aunque la literatura frecuentemente intenta distinguir entre una cadena de suministro (CS) y su contraparte gestionada, la diferenciación puede ser algo imprecisa[2]. Una CS incluye el flujo completo de materiales e información, comenzando con la adquisición de materias primas y terminando con la entrega de productos finales a los consumidores. Esta compleja red comprende a todos los proveedores, prestadores de servicios y clientes participantes[3]. Por otro lado, la gestión de la cadena de suministro (GCS) implica el diseño estratégico y la coordinación efectiva de esta red, concentrándose en la adquisición, utilización, entrega y disposición de bienes, así como en la adquisi-

[2] Long, Y., Liao, H. y Lev, B., «Sustainable Supply Chain Management: Definition, Bibliometrics, Applications, and Future Directions», *International Series in Operations Research and Management Science*, 333, 2023, pp. 27–52.

[3] «SCM definitions and glossary of terms», 2013, obtenido 1 de diciembre 2023 desde *https://cscmp.org/CSCMP/Educate/SCM_Definitions_and_Glossary_of_Terms.aspx*

ción y distribución de servicios. También asegura que los productos y servicios sean accesibles para los mercados, clientes y consumidores[4]. La principal distinción radica en el grado de gestión y coordinación: mientras una CS es una serie de actividades y procesos interconectados, la GCS es la orquestación intencional de estas actividades para mejorar la eficiencia y efectividad dentro de la red.

2. Economía Social

La economía social se distingue de los sectores públicos y privados convencionales, caracterizándose por organizaciones que integran objetivos económicos con beneficios sociales. Estas entidades, denominadas «empresas sociales» y «emprendimientos sociales», varían según las dinámicas sociocontextuales de distintas regiones, lo que resalta su papel crucial en la superación de divisiones sociales. El sector va más allá de los modelos tradicionales de gobierno y negocios, destacando la necesidad de definiciones claras en el ámbito académico. La economía social tiene sus raíces en asociaciones comunitarias y cooperativas del siglo XVIII y XIX, estructurándose actualmente en cuatro tipos organizacionales principales: cooperativas, sociedades mutuales, asociaciones y fundaciones, cada una atendiendo necesidades sociales[5] [6] [7].

Las empresas de economía social priorizan el servicio a sus miembros y la comunidad sobre la maximización de retornos para inversionistas, con un proceso de toma de decisiones participativo y una distribución de beneficios que favorece las contribuciones humanas y laborales sobre las inversiones de capital. Este modelo se aleja significativamente de las empresas capitalistas tradicionales, demostrando una relevancia macroeconómica que trasciende los indicadores financieros[8]. Además, estas empresas ayudan a mitigar la pobreza y la exclusión social proporcionando empleo, servicios y apoyo a poblaciones marginadas, lo que reduce el gasto público en beneficios sociales y desempleo a largo plazo, demostrando su utilidad económica y social[9].

---

[4] Lemay, S., Helms, M. M., Kimball, B. y Mcmahon, D., «Supply chain management: The elusive concept y definition», *International Journal of Logistics Management*, 28(4), 2017, pp. 1425-1453.

[5] Hossein, C. y Pearson, M., «Black feminists in the third sector: here is why we choose to use the term solidarity economy», *The Review of Black Political Economy*, 50(2), 2023, pp. 222-248.

[6] Chaves, R. y Monzón, J. L., «Beyond the crisis: the social economy, prop of a new model of sustainable economic development», *Service Business*, 6(1), 2012, pp. 5–26.

[7] Gál, K. y Pásztor, R., «Theoretical aspects of social enterprises», *Papers in Arts and Humanities*, 2(2), 2022, pp. 125-145.

[8] Chaves, R. y Monzón, J., «Beyond the crisis...», cit. p. 4.

[9] Blagoycheva, H., Andreeva, A. y Yolova, G., *Social economy in the context of sustainable development and social inclusion (economic and legal aspects)*, 2020.

Los principios de la economía social, descritos en la Carta de la Economía Social de la Social Economy Europe (SEE) en 2002, incluyen priorizar a las personas y los objetivos sociales sobre el capital, promover la membresía voluntaria y abierta, asegurar el control democrático por parte de los miembros, equilibrar los intereses de los miembros/usuarios con el interés general del público, y abogar por la solidaridad, la responsabilidad, la gestión autónoma y la reinversión de excedentes en objetivos de desarrollo sostenible o servicios de interés público. Este marco presenta a la economía social no solo como un sector definido por sus misiones sociales, sino como un ecosistema capaz de impulsar un cambio económico y social sustancial[10].

3. ResponsabilidadSocial Empresarial

La Responsabilidad Social Empresarial (RSE) ha evolucionado notablemente, captando la atención tanto empresarial como académica[11]. Entre la década de los cincuenta y la de los noventa los actores de la RSE se dividieron entre individuos y entidades con fines de lucro. Las PYMES también son importantes, aunque con limitaciones en la implementación de acciones de RSE[12].

La RSE ha sido influenciada por cambios en políticas gubernamentales y relevancia social. En los años noventa y 2000, la atención a los empleados aumentó. La aparición del término «organización» en los setenta marcó el interés académico en el tercer sector[13].

Bataller describe cuatro etapas de la RSE: «Fase inducida» (1880-1920): críticas al mercado; «Fase enmarcada» (1930-1960): activismo estatal; «Fase obligatoria» (1960-1970): desafíos ambientales y «Fase voluntaria» (1980-actualidad): globalización[14].

Las corporaciones usan la RSE defensivamente para gestionar percepciones y responder a presiones sobre temas ambientales[15]. Los consumidores prefieren productos responsables y esperan comportamientos éticos de las empresas[16]. La RSE en cadenas de suministro

---

[10] Chaves, R. y Monzón, J. «Beyond the crisis...», cit. p. 4.

[11] Sengur, F., «Corporate social responsibility reporting: Evolution, institutionalization, and current state», *The palgrave handbook of corporate social responsibility*, 2021, pp. 1321-1345.

[12] Homer, S. T. y Gill, C. M. H. D., «How corporate social responsibility is described in keywords: An analysis of 144 CSR definitions across seven decades», *Global Business Review*, 2022.

[13] *Ibid.*, p. 5

[14] Bataller, J. (2021), *La responsabilidad social de la empresa en la economía social. In La economía social y el cooperativismo en las modernas economías de mercado: en homenaje al profesor José Luis Monzón Campos*, pp. 343–354.

[15] Homer, S. T. y Gill, C. M. H. D., «How corporate social...», cit.p. 5.

[16] Wang, M., Fang, X., Wang, Z. y Chen, Y., «Impacts of distributive comparison behavior on corporate social responsibility in supply chains: The role of small firms», *Manufacturing and Service Operations Management*, 25(2), 2023, pp. 686-703.

aborda condiciones laborales y trabajo infantil, siendo crucial para la reputación y competitividad empresarial[17]. La globalización ha resaltado la necesidad de abordar la RSE en toda la cadena de suministro[18]. Las entrevistas de Hishan *et al.* indican que la RSE es parte de la estrategia empresarial, aunque persiste la ambigüedad en su comunicación. La RSE es vista por algunos como una estrategia para construir equidad de marca y reputación[19].

El gobierno y la colaboración en la cadena de suministro son esenciales para mejorar la RSE[20]. Los beneficios de la RSE varían entre industrias, con beneficios económicos y sociales visibles, siendo crucial considerar los beneficios ambientales[21]. La transparencia es clave en la RSE, llevando a la creación de criterios y estándares globales para informes de sostenibilidad[22]. La supervisión regulatoria ha hecho los informes de RSE más detallados, abarcando una gama más amplia de problemas para satisfacer a diversos grupos de interés[23].

La Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo popularizó el término «desarrollo dostenible» en 1987[24]. Actores importantes en la RSE incluyen Naciones Unidas, con el *Global Compact* y los objetivos de desarrollo dostenible; la Organización Mundial del Trabajo, con la declaración tripartita sobre empresas multinacionales; y la OCDE, con sus líneas directrices para empresas multinacionales[25].

III. METODOLOGÍA

La metodología de este estudio se basa en el análisis de contenido estructurado, una técnica para identificar patrones, tendencias y significados en diversos materiales. El proceso consta de cuatro pasos: recopilación, análisis descriptivo, identificación de categorías y evaluación de materiales.

---

[17] Elalfy, A., Palaschuk, N., El-Bassiouny, D., Wilson, J. y Weber, O, «Scoping the evolution of corporate social responsibility (CSR) research in the sustainable development goals (SDGS) era», *Sustainability* (Switzerland), 12(14), 2020.

[18] Yadlapalli, A., Rahman, S. y Gunasekaran, A. «Corporate social responsibility definitions in supply chain research: An ontological analysis», *Journal of Cleaner Production*, 277, 2020.

[19] Hishan, S. S., Ramakrishnan, S., Jusoh, A., Qureshi, M. I. y Idris, N., «Multifaceted meaning of corporate social responsibility (CSR): A case study among insurance company, non-government organization and the government», *International Journal of Recent Technology and Engineering*, 7(6), 2019, pp. 868-872.

[20] Wang, M., Fang, X., Wang, Z. y Chen, Y., «Impacts of distributive...», cit.p. 6.

[21] Yadlapalli, A., Rahman, S. y Gunasekaran, A., «Corporate social...», cit. p. 6.

[22] Bataller, J., «La responsabilidad social de la empresa...», p. 6.

[23] Sengur, F., «Corporate social...*»,* cit. p. 5

[24] *Ibid.*

[25] Bataller, J. «La responsabilidad social de la empresa...», p. 6.

Se analizan artículos de revistas de la base de datos Scopus desde 2017, usando consultas booleanas con palabras clave relacionadas a SCM, economía social, RSE y sostenibilidad empresarial. Los grupos de búsqueda son:

— Grupo de artículos de SCM en áreas de economía social:

> «SCM» *or* «*Supply chain Management*» *or* «*Supply Chain*» *or* «*Logistics*» *and* «*social economy*» *or* «*Cooperatives*» *or* «*Humanity*» *or* «*Solidarity Economy*» *or* «*Cooperative Economics*».

— Grupo de artículos de SCM en áreas de RSE:

> «SCM» *or* «*Supply chain Management*» *or* «*Supply Chain*» *or* «*Logistics*» and «*Corporate Social Responsibility*» *or* «CSR» *or* «*Social Responsibility*» *or* «*Triple Bottom Line*» *or* «*Cooperative*» *or* «*Ethical*».

— Grupo de artículos del estado del arte de SCM relacionados con economía social y RSE:

> «SCM» *or «Supply chain Management» or «Supply Chain» or «Logistics» and «State of the art» or «Literature review» and «Corporate Social Responsibility» or «CSR» or «Social Responsibility» or «Triple Bottom Line» or «Cooperative» or «Ethical» or «social economy» or «Cooperatives» or «Humanity» or «Solidarity Economy» or «Cooperative Economics»*.

No se incluye el término «*principles*» para no limitar los resultados. El análisis descriptivo evalúa las características formales del material, revisando resúmenes para aspectos como metodología, datos, muestra y técnicas de análisis.

Las dimensiones estructurales y categorías analíticas aplicadas incluyen conceptos (SCM, RSE, economía social), variables de gestión, principios de economía social y principios de RSE. Los principios de economía social son primacía de las personas, independencia política, solidaridad interna y resultados basados en el trabajo; y los de RSE son equidad, trabajo digno, sostenibilidad ecológica, reparto justo de la riqueza, cooperación y compromiso con el entorno. Las categorías analíticas principales son: evolución de los principios de economía social y RSE en SCM, beneficios económicos, sociales y ambientales, barreras para la implementación, y buenas prácticas y recomendaciones.

Finalmente, el material se analiza según las dimensiones estructurales definidas, evaluando cómo los principios de economía social y RSE se han implementado en modelos de SCM y su impacto en la sostenibilidad empresarial. Este análisis permite evaluar la integración de

estos principios en estrategias de SCM y explorar enfoques de gestión para facilitar dicha integración.

1. Resultado de selección de fuentes de información

Se presentan los resultados de la selección de fuentes de información para el análisis de contenido estructurado, siguiendo el método de Seuring y Gold, que incluye cuatro pasos: recopilación de materiales, análisis descriptivo, identificación de categorías y evaluación de materiales[26].

Durante la recopilación de materiales se realizó una búsqueda exhaustiva en fuentes académicas, enfocándose en revistas científicas indexadas en Scopus. Se encontraron 937 artículos, pero ninguno contenía términos de SCM y economía social salvo «*cooperatives*», que arrojó resultados relacionados con cooperación, no con cooperativas.

En el análisis descriptivo se aplicaron filtros en resúmenes y palabras clave para cada grupo, resultando en 389 artículos, más 11 adicionales considerados relevantes aunque no coincidían con los criterios de búsqueda, totalizando 400 artículos a revisar. Se realizó una revisión minuciosa de los resúmenes para comprender su contenido y evaluar su relevancia, seleccionando finalmente 52 artículos para lectura completa.

Durante la evaluación de materiales se encontró información relevante en 16 artículos, clasificados en tres grupos principales: gestión de cadena de suministro, gestión de operaciones sociales y desarrollo de habilidades, como muestra la tabla 1[27]:

[26] Seuring, y Gold, S., «Conducting content-analysis based literature reviews in supply chain management», *Supply Chain Management*, 17(5), 2012, pp. 544–555.

[27] Fuente: Elaboración propia.

Tabla 1. Clasificación de artículos utilizados en base a resultados

Clasificación	Autores	Nombre del artículo
Gestión de cadena de suministros	Liao, Shu-Hsien, y Retno Widowati	A Supply Chain Management Study: A Review of Theoretical Models from 2014 to 2019
	Li, XL (Li, Xiaolin) y Zhao, QL Zhao, Qilan	Study on Cooperation Strategies between Supply Chain Enterprises Based on Evolutionary Game Theory
	Aem-On, K., Setamani, S., Chandrachai, A. y Sinthupinyo, S.	Integrated supply chain resilience framework on SCOR model
	Birkel, H. y Müller, J. M. (2021)	The role of supply chain leadership in the learning of sustainable practice: Toward an integrated framework
	Díaz Pacheco, R. A. y Benedito, E. (2023)	Weaknesses supply chain response frameworks
	Gera, R., Yadav, R., Khera, G.S., *et al.* (2022)	A systematic literature review of supply chain management practices and performance
	Gosling, J., Jia, F., Gong, Y. y Brown, S. (2017)	The role of supply chain leadership in the learning of sustainable practice: Toward an integrated framework
	Koberg, E. y Longoni, A. (2019)	«A systematic review of sustainable supply chain management in global supply chains» Journal of Cleaner Production
	Ali, I. y Kannan, D.	Mapping research on healthcare operations and supply chain management: a topic modelling-based literature review
	Damoah, I. S. (2022)	Exploring critical success factors (CSFs) of humanitarian supply chain management (HSCM) in flood disaster management (FDM)
	Hu, S., Dong, Z. S. y Lev, B. (2022).	Supplier selection in disaster operations management: A review and research gap identification
	Anjomshoae, A., Banomyong, R., Mohammed, F. y Kunz, N. (2022)	A systematic review of humanitarian supply chains performance measurement literature from 2007 to 2021
	Chien, F. (2023)	The role of corporate governance and environmental and social responsibilities on the achievement of sustainable development goals in malaysian logistic companies
	de Camargo Fiorini, P *et al.* (2022)	The human side of humanitarian supply chains: A research agenda and systematization framework
	Dahan, Yossi, Hanna Lerner, y Faina Milman-Sivan. (2023)	Skills frameworks: A focus on supply chains
	Tarigan, Z. J. H., Siagian, H. y Suprapto, W. (2020)	The effect of middle manager engagement on SCM performance through ERP system and SCM practices

Se encontró una cantidad limitada de artículos y documentos relacionados con el tema de investigación, lo que plantea un desafío en el desarrollo del estudio. Sin embargo, esta limitación ha revelado un

vacío en la literatura académica y profesional sobre la implementación de principios de economía social y RSE en la gestión de la cadena de suministro y su impacto en la sostenibilidad empresarial.

IV. RESULTADOS

1. Análisis de la evolución de los principios de economía social y RSE en el campo de la SCM a lo largo del tiempo

Este capítulo analiza cómo los principios de economía social y la RSE han sido incorporados en la gestión de la cadena de suministro (SCM) y su impacto en la sostenibilidad empresarial. A través de una revisión bibliográfica, se evidencia una falta de atención en la literatura sobre estos principios. Se busca entender la evolución de su integración en SCM para promover la sostenibilidad empresarial.

Supply Chain Management (SCM)

La SCM ha evolucionado desde la distribución logística y costos, pasando por la integración intra y extra-empresa, hasta la adopción de tecnología de información para la toma de decisiones[28] [29] [30] [31]. La SCM se define como la coordinación de procesos para garantizar el flujo eficiente de bienes y servicios[32]. La SCM sostenible (SSCM) responde a presiones externas mediante estrategias reactivas o proactivas enfocadas en riesgos y productos sostenibles[33].

---

[28] Gera, R., Yadav, R., Khera, G. S., Saxena, A., Chadha, P., Dixit, S. y Yuliya Sergeevna, L.,«A systematic literature reoview of supply chain management practices and performance», *Materials Today: Proceedings*, 69, 2022, pp. 624-632.

[29] Li, XL (Li, Xiaolin); Zhao, QL Zhao, Qilan, «Study on Cooperation Strategies between Supply Chain Enterprises Based on Evolutionary Game Theory», Paper presented at the 15th International Conference on Services Systems and Services Management, ICSSSM 2018 – July, 2161-1904.

[30] Liao, y Widowati, R., «A Supply Chain Management Study: A Review of Theoretical Models from 2014 to 2019», *Operations and Supply Chain Management: An International Journal*, 14(2), 2021, pp. 173–188.

[31] Gosling, J., Jia, F., Gong, Y. y Brown, S. «The role of supply chain leadership in the learning of sustainable practice: Toward an integrated framework», *Journal of Cleaner Production*, 140, 2017, pp. 239-250.

[32] Aem-On, K., Setamani, S. O., Chandrachai, A. y Sinthupinyo, S. «Integrated supply chain resilience framework on SCOR model», in 2022 5th International Conference on Computers in Management and Business (ICCMB), 2022, pp. 185-189.

[33] Gosling, J., Jia, F., Gong, Y. y Brown, S., «The role of supply chain...», cit. p. 11.

Modelos de SCM

Los modelos de SCM, como el SCOR, coordinan procesos para satisfacer las demandas de los clientes[34]. La adopción de prácticas verdes en SCM está influenciada por presiones externas y la responsabilidad sociocultural. La RSE es vital en SCM, promoviendo los ODS y mejorando el bienestar de los stakeholders[35].

Responsabilidad Social Empresarial (RSE)

La RSE contribuye al desarrollo sostenible y bienestar social, mejorando el rendimiento empresarial y abordando problemas globales como la protección ambiental y la reducción de desigualdades[36]. La adopción de RSE fortalece la reputación empresarial, fomenta la innovación y alinea acciones con los ODS.

Sostenibilidad ecológica

La sostenibilidad en SCM equilibra desarrollo económico, administración ambiental y equidad social[37]. Prácticas como la adquisición verde y la certificación ISO 14001 han ganado. Se identifican tres tipos de sostenibilidad en SCM: reactor, contribuyente e innovador[38]. La Industria 4.0 puede mejorar la integración de la RSE en SCM[39].

Principio de primacía de las personas

Este principio resalta la importancia del bienestar de los stakeholders en las decisiones empresariales[40]. En SCM humanitaria, se prioriza el bienestar de las personas en las operaciones[41].

---

[34] Aem-On, K., Setamani, S.O., Chandrachai, A. y Sinthupinyo, S., «Integrated supply chain...», cit. p. 12

[35] Chien, F., «The role of corporate governance and environmental and social responsibilities on the achievement of sustainable development goals in malaysian logistic companies», *Economic Research-Ekonomska Istrazivanja*, 36(1), 2023, pp. 1610-1630.

[36] *Ibid.* p. 12

[37] Gosling, J., Jia, F., Gong, Y. y Brown, S., «The role of supply chain...», cit. p. 11.

[38] *Ibid.*

[39] Birkel, H. y Müller, J.M., «Potentials of industry 4.0 for supply chain management within the triple bottom line of sustainability – A systematic literature review», *Journal of Cleaner Production*, 289, 2021.

[40] Chien, F., «The role of corporate governance...», cit. p. 12.

[41] Anjomshoae, A., Banomyong, R., Mohammed, F. y Kunz, N., «A systematic review of humanitarian supply chains performance measurement literature from 2007 to 2021», *International Journal of Disaster Risk Reduction*, 72, 2022.

Principio de trabajo digno

Este principio enfatiza la responsabilidad compartida en la gestión de derechos laborales y condiciones justas en toda la cadena de suministro[42]. Regulaciones laborales privadas y mecanismos de gobernanza colaborativa son esenciales para garantizar condiciones laborales justas[43][44].

Principio de cooperación

La cooperación es fundamental en SCM, promoviendo la colaboración entre múltiples partes interesadas[45]. La tecnología 4.0 facilita la cooperación y mejora la equidad en SCM[46]. El liderazgo en SCM implica una relación colaborativa y justa entre organizaciones. La capacidad de adaptación es crucial para alcanzar objetivos comunes en SCM[47].

2. Análisis de los beneficios económicos, sociales y ambientales de la implementación de los principios de economía social y RSE en la SCM

La gestión de la cadena de suministro se beneficia de la economía social y la responsabilidad social empresarial, equilibrando necesidades económicas y responsabilidades sociales y ambientales[48]. Su implementación en SCM genera beneficios económicos, sociales y ambientales.

Económicos

Integrar la incertidumbre en la red de transporte y seleccionar proveedores puede reducir costos y riesgos. Modelos que consideren costos económicos y sufrimiento humano ayudan a optimizar recur-

---

[42] Dahan, Lerner, H. y Milman-Sivan, F., «Shared Responsibility and Labor Rights in Global Supply Chains», *Journal of Business Ethics*, 182(4), 2023, pp. 1025–1040.

[43] *Ibid.* p. 13.

[44] Koberg, E. y Longoni, A., «A systematic review of sustainable supply chain management in global supply chains», *Journal of Cleaner Production*, 207, 2019, pp. 1084-1098.

[45] Anjomshoae, A., Banomyong, R., Mohammed, F. y Kunz, N., «A systematic review of humanitarian...», cit. p. 13.

[46] Ali, I. y Kannan, D., «Mapping research on healthcare operations and supply chain management: A topic modelling-based literature review», *Annals of Operations Research*, 315(1), 2022, pp. 29-55.

[47] Díaz Pacheco, R.A. y Benedito, E., «Weaknesses supply chain response frameworks», *Lecture Notes on Data Engineering and Communications Technologies*, 160, 2023, pp. 88–92.

[48] Hu, S., Dong, Z.S. y Lev, B., «Supplier selection in disaster operations management: Review and research gap identification», *Socio-Economic Planning Sciences*, 82, 2022.

sos[49]. Tecnologías como el internet de las cosas y el análisis de big data aseguran un suministro confiable de productos humanitarios.

Sociales

La RSE en SCM mejora el rendimiento ambiental y de fabricación, generando ventajas competitivas sostenibles. El aprendizaje conjunto entre proveedores y compradores en actividades ambientales y sociales crea ventajas difíciles de replicar[50].

Ambientales

Empresas logísticas orientadas al aprendizaje adoptan prácticas ambientales, creando ventajas sostenibles[51]. Colaborar con proveedores aumenta la eficiencia y eficacia en la cadena de suministro y fortalece relaciones equitativas[52].

Desafíos

La comunicación y coordinación con proveedores presentan retos, pero la participación activa de gerentes de nivel medio puede superarlos[53]. La relación entre SCM y el rendimiento empresarial varía según industrias, países y contextos institucionales[54]. Sin embargo, la colaboración ambiental con proveedores y clientes mejora el rendimiento ambiental y de fabricación, traduciendo en ventajas competitivas[55].

3. Identificación de las barreras para la implementación de los principios de economía social y RSE en la SCM

Barreras de gestión

Este apartado aborda las barreras en la implementación de principios de economía social y RSE en la gestión de la cadena de suministro

---

[49] Hu, S., Dong, Z. S. y Lev, B., «Supplier selection in disaster...», cit. p. 13.

[50] Gosling, J., Jia, F., Gong, Y. y Brown, S., «The role of supply chain...», cit. p. 11.

[51] *Ibid.*

[52] Tarigan, Z. J. H., Siagian, H. y Suprapto, W., «The effect of middle manager engagement on SCM performance through ERP system and SCM practices», Paper presented at the Proceedings of 2019 the 9th International Workshop on Computer Science and Engineering, WCSE 2019, 2020, pp. 47-51.

[53] *Ibid.*, p. 14.

[54] Gera, R., Yadav, R., Khera, G. S., Saxena, A., Chadha, P., Dixit, S. y Yuliya Sergeevna, L., «A systematic literature review...», cit. p. 11.

[55] Aem-On, K., Setamani, S. O., Chandrachai, A. y Sinthupinyo, S., «Integrated supply chain...», cit. p. 12.

(SCM). Los temas incluyen enfoques y debilidades en modelos de gestión, compatibilidad y confianza en la economía circular e Industria 4.0, tamaño y contexto de las empresas, cultura y capacitación, y barreras específicas de gestión de principios de RSE.

— Enfoques y debilidades en los modelos y prácticas de gestión: La implementación de principios de economía social y RSE en SCM enfrenta desafíos en los métodos y enfoques. La relación entre prácticas de SCM y rendimiento empresarial varía según industria, país y contexto[56]. Koberg y Longoni identifican dos mecanismos de gobernanza: evaluación y colaboración del proveedor, cuya efectividad varía[57]. Los modelos actuales de SCM no cumplen completamente con las condiciones para una implementación efectiva[58].

— Compatibilidad, conflictos y confianza en la economía circular y la Industria 4.0: La incorporación de principios de economía social y RSE en SCM a través de la economía circular y la Industria 4.0 presenta desafíos. La economía circular tiende a priorizar aspectos económicos sobre los sociales y ecológicos, generando tensiones[59]. Superar estas barreras requiere análisis complejo y colaboración estrecha. El intercambio intensivo de información en la Industria 4.0 demanda confianza y requisitos técnicos, lo que puede generar conflictos.

— Tamaño de las empresas, su cadena de suministro y contexto geográfico: El tamaño de las empresas influye en la implementación de los principios de economía social y RSE. Las empresas grandes tienen mayor responsabilidad y recursos para promover prácticas sostenibles, mientras que las PYMES también deben adoptar prácticas de RSE [60] [61]. La colaboración y coordinación son esenciales para superar barreras[62]. El contexto geográfico y sectorial también influye, generando barreras que requieren enfoques específicos[63].

— Cultura, educación y capacitación: La cultura, educación y capacitación son cruciales para la implementación de principios de economía social y RSE. La falta de colaboración interorganizacional y aprendizaje conjunto es un desafío[64]. La resistencia al cambio también dificulta la implementación. En el sector salud, la educación y capaci-

---

[56] Gera, R., Yadav, R., Khera, G. S., Saxena, A., Chadha, P., Dixit, S. y Yuliya Sergeevna, L., «A systematic literature review...», cit. p. 11.

[57] Koberg, E. y Longoni, A., «A systematic review of sustainable...», cit. 2019, p. 13.

[58] Díaz Pacheco, R. A. y Benedito, E., «Weaknesses supply chain...», cit. p. 13.

[59] Birkel, H. y Müller, J. M., «Potentials of industry 4.0...», cit. p. 12.

[60] Dahan, Lerner, H. y Milman-Sivan, F., «Shared Responsibility...», cit. p. 13.

[61] Gosling, J., Jia, F., Gong, Y. y Brown, S., «The role of supply chain...», cit. p. 11.

[62] Hu, S., Dong, Z. S. y Lev, B., «Supplier selection in disaster...», cit. p. 13.

[63] de Camargo Fiorini, P., Chiappetta Jabbour, C. J., Lopes de Sousa Jabbour, A. B. y Ramsden, G., «The human side of humanitarian supply chains: A research agenda and systematization framework», *Annals of Operations Research*, 319(1), 2022, pp. 911-936.

[64] Gosling, J., Jia, F., Gong, Y. y Brown, S., «The role of supply chain...», cit. p. 11.

tación son fundamentales para prácticas sostenibles[65]. La cultura organizativa desempeña un papel clave, requiriendo una educación integral que promueva conocimientos y valores éticos.

— Barreras de gestión de principios de RSE: La gestión de principios de RSE en SCM presenta barreras como la falta de liderazgo comprometido, contribución a condiciones laborales injustas, y falta de colaboración entre organizaciones[66] [67]. Es necesario promover una cultura de cooperación e interdependencia basada en mutualismo y cooperativismo. Además, muchas organizaciones no reconocen la importancia de integrar estos principios en sus prácticas diarias.

Barreras de Implementación de Principios de Economía Social en la SCM

Este apartado examina las barreras en la implementación de los principios de economía social en la gestión de la cadena de suministro, incluyendo una sección sobre organizaciones humanitarias. Se abordan barreras estructurales, normativas, culturales y de cambio de paradigma, así como la complejidad logística y la coordinación en operaciones humanitarias, proporcionando recomendaciones prácticas.

— Primacía de las personas: La falta de atención a las relaciones laborales y regulaciones existentes puede obstaculizar la implementación de este principio en las cadenas de suministro globales. Las corporaciones pueden ser cómplices indirectos de condiciones laborales injustas[68]. En SCM humanitaria, las diferencias culturales y contextuales afectan la adaptación de este principio[69]. Es necesario un enfoque inclusivo y culturalmente sensible en la gestión de recursos humanos.

— Independencia de poderes políticos: La injerencia política en asuntos empresariales puede afectar la gestión de la cadena de suministro y el cumplimiento de los principios de economía social. Se necesitan políticas gubernamentales equilibradas que fomenten la independencia empresarial y la sostenibilidad[70]. La presión gubernamental puede motivar prácticas sostenibles, pero también imponer restricciones, afectando la autonomía empresarial[71].

— Promoción de Solidaridad Interna: La falta de colaboración interorganizacional y resistencia al cambio son barreras clave. La

---

[65] Ali, I. y Kannan, D., «Mapping research on healthcare operations...», cit. p. 13.

[66] Gosling, J., Jia, F., Gong, Y. y Brown, S., «The role of supply chain...», cit. p. 11.

[67] Dahan, Lerner, H. y Milman-Sivan, F., «Shared Responsibility...», cit. p. 13.

[68] *Ibid*.

[69] de Camargo Fiorini, P., Chiappetta Jabbour, C. J., Lopes de Sousa Jabbour, A. B. y Ramsden, G., «The human side of humanitarian supply chains...», cit. p. 16.

[70] Chien, F., «The role of corporate governance...», cit. p. 12.

[71] Gosling, J., Jia, F., Gong, Y. y Brown, S., «The role of supply chain...», cit. p. 11.

educación y capacitación son necesarias para superar las barreras culturales[72]. La colaboración conjunta puede conducir a la transferencia de conocimientos y creación de nuevo conocimiento, promoviendo la solidaridad interna[73].

— Resultados en Función del Trabajo: En las cadenas de suministro humanitarias, la falta de precisión en las medidas de rendimiento puede introducir sesgos y aumentar la complejidad en la toma de decisiones[74]. Esto puede llevar a una distribución inequitativa de recursos, no reflejando adecuadamente el esfuerzo invertido. Mejorar la precisión de las medidas es crucial para promover la equidad.

— Cadenas de Abastecimiento Humanitarias: Enfrentan barreras en la sostenibilidad de sus operaciones debido a la imprevisibilidad de desastres y la falta de medidas de rendimiento adecuadas[75]. La equidad en la distribución de recursos puede verse afectada por datos inexactos y sesgos en la medición del rendimiento, resultando en decisiones injustas y distribución desigual de recursos[76].

La tabla 2[77] presenta el resumen de los hallazgos del apartado de barreras de implementación de principios de economía social.

Tabla 2. Cuadro resumen barreras de implementación de principios de RSE

Principio	*Barreras de Implementación*
Primacía de las personas	Resistencia al cambio y falta de conciencia sobre la importancia de priorizar las necesidades de las personas.
	Barreras culturales y estructurales en la adopción de enfoques centrados en las personas.
	Influencia de intereses económicos o políticos que relegan las necesidades de las personas.
Independencia del poder político	Dependencia de la financiación y los recursos gubernamentales que limitan la independencia en la toma de decisiones.
	Presión política y burocracia que pueden obstaculizar la implementación de principios de autonomía y participación.
Promoción de la solidaridad interna	Falta de colaboración y cooperación entre actores y organizaciones involucradas en la economía social.
	Desigualdades y divisiones sociales que dificultan la construcción de la solidaridad interna.

[72] Ali, I. y Kannan, D., «Mapping research on healthcare operations...», cit. p. 13.

[73] Gosling, J., Jia, F., Gong, Y. y Brown, S., «The role of supply chain...», cit. p. 11.

[74] Anjomshoae, A., Banomyong, R., Mohammed, F. y Kunz, N., «A systematic review of humanitarian...», cit. p. 13.

[75] Hu, S., Dong, Z. S. y Lev, B., «Supplier selection in disaster...», cit. p. 13.

[76] Anjomshoae, A., Banomyong, R., Mohammed, F. y Kunz, N., «A systematic review of humanitarian...», cit. p. 13.

[77] Fuente: Elaboración propia.

Principio	*Barreras de Implementación*
Resultados en función del trabajo aportado	Desconexión entre el esfuerzo y la contribución individual y la recompensa o reconocimiento recibido.
	Dificultades para establecer sistemas de evaluación y compensación equitativos y justos.

Barreras de implementación de principios de RSE en la SCM

La implementación de principios de RSE en la cadena de suministro (SCM) enfrenta barreras significativas, como la falta de conocimientos sobre contextos locales y globales, escasez de recursos para colaborar y falta de métodos para medir el compromiso ambiental. Es necesaria más investigación para superar estas barreras y promover la integración de la RSE en la SCM.

— Cooperación: El principio de cooperación en la SCM enfrenta desafíos relacionados con estilos de liderazgo, competencia entre empresas y falta de coordinación. El liderazgo transformacional promueve la equidad, mientras que el liderazgo transaccional puede llevar a una distribución desigual de recursos[78]. La competencia entre cadenas de suministro y la falta de coordinación entre miembros independientes dificultan la cooperación, especialmente en el contexto de la economía circular y la Industria 4.0[79]. Las condiciones laborales injustas también presentan un desafío significativo para la cooperación en la SCM[80].

— Trabajo Digno: La implementación del principio de trabajo digno en la SCM enfrenta barreras debido a la globalización y complejidad de las cadenas de suministro. Las violaciones de derechos laborales por parte de subcontratistas y proveedores son comunes, y las empresas a menudo son cómplices conscientes de estas condiciones[81]. En las cadenas de suministro humanitarias, la gestión de recursos humanos es más compleja debido a la diversidad geográfica y cultural[82].

— Barreras de otros principios de RSE en la SCM: Las empresas pequeñas enfrentan dificultades para adoptar principios de RSE debido a limitaciones de recursos y falta de influencia en la cadena de suministro[83]. La equidad en la distribución de recursos se ve afectada por datos inexactos, que pueden resultar en decisiones inequitativas[84]. En cuanto a la sostenibilidad ecológica, hay una falta de conocimiento

[78] Gosling, J., Jia, F., Gong, Y. y Brown, S., «The role of supply chain...», cit. p. 11.

[79] Birkel, H. y Müller, J. M., «Potentials of industry 4.0...», cit. p. 12.

[80] Dahan, Lerner, H. y Milman-Sivan, F., «Shared Responsibility...», cit. p. 13.

[81] *Ibid.*

[82] de Camargo Fiorini, P., Chiappetta Jabbour, C. J., Lopes de Sousa Jabbour, A. B. y Ramsden, G., «The human side of humanitarian supply chains...», cit. p. 16.

[83] Gosling, J., Jia, F., Gong, Y. y Brown, S., «The role of supply chain...», cit. p. 11.

[84] Anjomshoae, A., Banomyong, R., Mohammed, F. y Kunz, N., «A systematic review of humanitarian...», cit. p. 13.

sobre el impacto ambiental en las cadenas de suministro humanitarias, lo que requiere más investigación[85].

— Vacíos en la identificación de barreras en principios de RSE en la SCM: El compromiso con el entorno en la RSE enfrenta barreras como la falta de conocimiento sobre contextos locales y globales, falta de recursos para colaborar con otros actores y marcos regulatorios incoherentes. Estas barreras dificultan la implementación de prácticas sostenibles en la SCM. La literatura existente no proporciona claridad sobre estas barreras, lo que indica la necesidad de más investigación para identificar y superar los obstáculos y desarrollar estrategias efectivas.

La Tabla 3[86] presenta el resumen de los hallazgos identificados en el apartado de barreras de integración de principios de RSE.

Tabla 3. Barreras de implementación de principios de RSE

Principio	*Barreras de Implementación*
Cooperación	– Diferencias en los objetivos de gestión y los intereses de las empresas individuales. – Falta de coordinación entre los miembros independientes de la cadena de suministro. – Intercambio intensivo de información requerido en la Industria 4.0 representa un obstáculo importante.
Trabajo digno	– Violaciones a los derechos laborales a menudo son cometidas no directamente por las corporaciones, sino por sus subcontratistas y proveedores. – Manejo de trabajadores humanitarios provenientes de diferentes ubicaciones con distintas culturas y que necesitan ser reclutados, seleccionados y debidamente preparados para situaciones de crisis.
Equidad	– Empresas de menor tamaño pueden enfrentar barreras para adoptar e implementar estos principios. Estas barreras pueden estar relacionadas con la capacidad de recursos, la influencia limitada en la cadena de suministro y la falta de conocimientos especializados necesarios para implementar prácticas sostenibles.
Reparto justo de la riqueza	– Desafíos en la medición del rendimiento de las cadenas de suministro humanitarias. Los sesgos introducidos por datos inexactos pueden conducir a decisiones inequitativas en la distribución de los recursos.
Sostenibilidad ecológica	– Existe un vacío de conocimiento en torno a las medidas de rendimiento de la sostenibilidad relacionadas con el impacto ambiental de estas cadenas. Es necesario profundizar en la investigación para comprender la relación entre la ayuda humanitaria a corto plazo y los efectos a largo plazo de dichas intervenciones desde una perspectiva de sostenibilidad.

[85] *Ibid.*

[86] Fuente: Elaboración propia.

Identificación de buenas prácticas y recomendaciones para la implementación de los principios de economía social y RSE en la SCM

El capítulo final identifica buenas prácticas y recomendaciones para la implementación de principios de economía social y RSE en la gestión de la cadena de suministro. Da respuesta a la pregunta: ¿Responden los modelos de SCM a los principios de economía social y RSE? Se divide en tres apartados: exploración de prácticas de gestión en la SCM, prácticas exitosas y recomendaciones para la economía social y prácticas exitosas y recomendaciones para la RSE.

Exploración de prácticas de gestión en la SCM

Este apartado investiga prácticas de gestión en la cadena de suministro, enfocándose en la sustentabilidad, aunque no específicamente en los principios de Economía Social y Responsabilidad Social Empresarial. Se divide en tres secciones: modelos, métodos y enfoques aplicables en la SCM, procesos en la SCM y condiciones contextuales a considerar en la gestión.

— Modelos, métodos y enfoques a aplicar en la SCM: Li, Xiaolin y Zhao, Qilan proponen un modelo de SCM basado en la transparencia y confianza entre los miembros, destacando el sistema de crédito social para fomentar la cooperación a largo plazo[87]. Gosling, Jia, Gong y Brown presentan mecanismos de Gestión de la Cadena de Suministro Sostenible (SSCM) en cinco categorías: orientación estratégica, continuidad, colaboración, gestión de riesgos y proactividad para la sostenibilidad[88]. Dahan, Lerner y Milman-Sivan proponen un modelo normativo de responsabilidad compartida para mejorar las condiciones laborales en las cadenas globales, basado en cinco principios: conexión, contribución, beneficio, capacidad y poder[89].

Gosling *et al*. también clasifican las organizaciones según su enfoque en la sostenibilidad en cuatro tipos: enfoque interno, jugadores reservados, establecedores de agendas y respondedores externos[90]. Koberg y Longoni identifican mecanismos de gobernanza de SSCM, destacando la evaluación del proveedor y la colaboración con el mismo para mejorar su desempeño ambiental, social y económico[91].

---

[87] Li, XL (Li, Xiaolin); Zhao, QL Zhao, Qilan., «Study on Cooperation Strategies between Supply Chain Enterprises», cit. p. 11.

[88] Gosling, J., Jia, F., Gong, Y. y Brown, S., «The role of supply chain...», cit. p. 11.

[89] Dahan, Lerner, H. y Milman-Sivan, F., «Shared Responsibility...», cit. p. 13.

[90] Gosling, J., Jia, F., Gong, Y. y Brown, S., «The role of supply chain...», cit. p. 11.

[91] Koberg, E. y Longoni, A., «A systematic review of sustainable...», cit. 2019, p. 13.

— Procesos en la SCM: La medición del desempeño en la SCM es esencial. Liao, Shu-Hsien y Retno Widowati resaltan la importancia de la integración de la cadena de suministro y el intercambio de información, influenciados por factores como el entorno empresarial y la complejidad de la cadena[92]. Chien destaca el ESG score como herramienta de medición de desempeño, promoviendo una gestión sostenible. Además, Chien sugiere que procesos innovadores pueden integrar principios de economía social y RSE en la SCM, fomentando una cultura innovadora y mejorando el rendimiento[93].

El diseño de procesos en la SCM, según Gosling, Jia, Gong y Brown, sigue fases basadas en la teoría del aprendizaje organizacional: *set up*, *running* y *sustain*. El tamaño de la empresa y su cadena de suministro también son cruciales[94]. Hu, Dong y Lev abogan por la introducción de contratos en la selección de proveedores para compartir riesgos[95]. La cultura, educación y capacitación son vitales en la gestión de la SCM, con De Camargo Fiorini *et al.* subrayando la importancia de habilidades técnicas y blandas en las cadenas de suministro humanitarias[96].

— Condiciones contextuales en la gestión de cadenas de abastecimiento: El tamaño y estructura de la empresa son importantes. Gosling, Jia, Gong y Brown sugieren la inclusión de actores externos como ONG y reguladores para beneficiar a las empresas más pequeñas. La cultura organizacional y la formación del personal son fundamentales para implementar los principios de economía social y RSE en la SCM[97]. Según Damoah, una gestión eficaz y la formación adecuada del personal son esenciales, especialmente en la gestión humanitaria de desastres[98]. Gosling *et al.* recomiendan identificar factores facilitadores internos y externos, como el compromiso ambiental y el apoyo de la alta gerencia, para adoptar prácticas sostenibles en la SCM[99].

Exploración de prácticas exitosas y recomendaciones para la integración de principios de economía social

El principio de primacía de las personas prioriza el bienestar humano y evita beneficiarse injustamente de los demás. Dahan, Lerner y

---

[92] Liao, y Widowati, R., «A Supply Chain Management Study...», cit. p. 11.

[93] Chien, F., «The role of corporate governance...», cit. p. 12.

[94] Gosling, J., Jia, F., Gong, Y. y Brown, S., «The role of supply chain...», cit. p. 11.

[95] Hu, S., Dong, Z. S. y Lev, B., «Supplier selection in disaster...», cit. p. 13.

[96] de Camargo Fiorini, P., Chiappetta Jabbour, C. J., Lopes de Sousa Jabbour, A. B. y Ramsden, G., «The human side of humanitarian supply chains...», cit. p. 16.

[97] Gosling, J., Jia, F., Gong, Y. y Brown, S., «The role of supply chain...», cit. p. 11.

[98] Damoah, I. S., «Exploring critical success factors (CSFs) of humanitarian supply chain management (HSCM) in flood disaster management (FDM)», *Journal of Humanitarian Logistics and Supply Chain Management*, 12(1), 2022, pp. 129-153.

[99] Gosling, J., Jia, F., Gong, Y. y Brown, S., «The role of supply chain...», cit. p. 11.

Milman-Sivan recomiendan incorporar este enfoque ético en la SCM para asegurar prácticas empresariales justas[100]. De Camargo Fiorini *et al.* subrayan la gestión de recursos humanos en cadenas de suministro humanitarias, asegurando respeto y dignidad para los trabajadores en todas las etapas, reforzando así el principio de primacía de las personas[101].

El principio de promoción solidaria interna fomenta la solidaridad y la igualdad de oportunidades dentro de las entidades de economía social. Damoah resalta que la educación y la capacitación del personal son cruciales en la SCM humanitaria. Implementar programas de educación y formación puede promover la solidaridad y la igualdad de oportunidades en la SCM[102]. Gosling, Jia, Gong y Brown sugieren que la colaboración entre empresas y otros actores de la cadena implica la transferencia de conocimiento tácito y la creación de nuevo conocimiento, destacando la educación y la capacitación como estrategias clave para integrar los principios de la economía social en la SCM[103].

El principio de independencia de poderes políticos sostiene que la economía social debe ser autónoma de los poderes políticos y económicos dominantes. Li y Zhao resaltan la importancia de establecer mecanismos de vinculación cooperativa y políticas de incentivos gubernamentales para las empresas de la cadena de suministro[104]. De Camargo Fiorini *et al.* destacan la importancia de fortalecer las redes logísticas locales con organizaciones públicas y privadas, promoviendo la independencia de las empresas de la cadena de suministro de los poderes políticos y económicos [105].

Exploración de prácticas exitosas y recomendaciones para la integración de principios de RSE.

La tabla 4[106] presenta el resumen de los hallazgos encontrados de prácticas de principios de RSE a incorporar en la SCM:

---

[100] Dahan, Lerner, H. y Milman-Sivan, F., «Shared Responsibility...», cit. p. 13.

[101] de Camargo Fiorini, P., Chiappetta Jabbour, C. J., Lopes de Sousa Jabbour, A. B. y Ramsden, G., «The human side of humanitarian supply chains...», cit. p. 16.

[102] Damoah, I. S., «Exploring critical success factors...», cit. p. 24.

[103] Gosling, J., Jia, F., Gong, Y. y Brown, S., «The role of supply chain...», cit. p. 11.

[104] Li, XL (Li, Xiaolin); Zhao, QL Zhao, Qilan., «Study on Cooperation Strategies between Supply Chain Enterprises», cit. p. 11.

[105] de Camargo Fiorini, P., Chiappetta Jabbour, C. J., Lopes de Sousa Jabbour, A. B. y Ramsden, G., «The human side of humanitarian supply chains...», cit. p. 16.

[106] Fuente: Elaboración propia.

Tabla 4. Resumen identificación de prácticas de principios de RSE

Principio	*Autor*	*Prácticas recomendadas*
Cooperación	Tarigan, Siagian, Suprapto (2020)	Promover estrategias colectivas basadas en compartir conocimientos, trabajar en red y poner en común esfuerzos y recursos. La colaboración con proveedores es clave y puede conducir a eficiencia, eficacia y beneficios económicos y sociales.
	Anjomshoae, Banomyong, Mohammed, Kunz (2022)	La cooperación entre diferentes partes de una organización es necesaria para entender las interrelaciones entre los recursos y el rendimiento operacional. Se requiere compartir información, coordinar actividades y tomar decisiones estratégicas alineadas con los objetivos a largo plazo.
	Dahan, Lerner, y Milman-Sivan (2023)	Mejorar las condiciones laborales en la industria mediante la colaboración entre actores de la red de producción.
	Liao, Widowa (2022)	La cooperación es esencial en la implementación efectiva de la gestión de la cadena de suministro. Requiere buena comunicación, intercambio de información y acuerdos conjuntos en aspectos como el nivel de servicio al cliente, ubicación y nivel de inventario.
	De Camargo Fiorini *et al*. (2022)	En el contexto de operaciones humanitarias, la cooperación y coordinación entre actores es esencial para maximizar eficiencias en costos y velocidad. Se requiere una visión amplia y considerar realidades políticas y culturales, así como colaborar con organizaciones con diferentes servicios y enfoques.
	Dahan, Lerner, y Milman-Sivan (2023)	El grado de poder que las empresas líderes ejercen sobre sus proveedores puede medirse por la comparación de su riqueza y tamaño con los de los proveedores, o por el porcentaje de los ingresos anuales del proveedor que provienen de ventas a la empresa líder.
	Dahan, Lerner, y Milman-Sivan (2023)	El compromiso con el entorno se basa en reconocer e involucrarse activamente con los agentes socioeconómicos, promoviendo modelos de producción, distribución y consumo centrados en el territorio. Según este principio, la responsabilidad de los individuos e instituciones depende de su capacidad para remediar una situación injusta sin incurrir en un alto costo.
	Koberg y Longoni (2019)	La economía social y la responsabilidad social empresarial en la gestión de la cadena de suministro se centran en la sostenibilidad, incluyendo prácticas ambientales y socialmente responsables, así como el logro de un desempeño ambiental, social o económico. Inversiones en control de la contaminación y certificaciones ambientales y sociales son clave en este proceso.
	Gera, Yadav, Khera, *et al.* (2022)	El compromiso con el entorno en SCM implica adoptar estrategias de cadena de suministro sostenibles para lograr ganancias económicas a largo plazo y alcanzar la sostenibilidad. La gestión de la cadena de suministro se ve como un sistema integrado donde la satisfacción del cliente es el objetivo principal.

V. DISCUSIONES Y CONCLUSIONES

La investigación emprendida en este estudio se centró en una cuestión esencial: ¿Responden los modelos de Gestión de Cadena de Abastecimiento a los principios de Economía Social y Responsabilidad Social Empresarial (RSE)? A través de un análisis estructurado en cuatro capítulos, se abordaron diversos aspectos clave que iluminan la relación entre estos principios y la gestión sostenible de la cadena de suministro (SCM).

En el primer capítulo, se evidencia que los modelos tradicionales de SCM a menudo no cumplen plenamente con los principios de economía social y RSE. Sin embargo, se identificó un potencial significativo para su incorporación, subrayando la posibilidad de transformar la gestión de la cadena de suministro al integrar principios de equidad, compromiso con el entorno, independencia política, solidaridad interna y valoración del trabajo. La implementación de estos principios podría revolucionar la gestión de la cadena de suministro, proporcionando un enfoque más holístico y responsable.

El segundo capítulo destaca los múltiples beneficios derivados de la aplicación de estos principios en la SCM, incluyendo la reducción de costos de transporte, mayor confiabilidad en el suministro, mejora del rendimiento ambiental y el fortalecimiento de relaciones con los proveedores. No obstante, también se identifican desafíos críticos, como la comunicación y la coordinación, que dificultan la implementación efectiva de estas prácticas. Estos hallazgos subrayan la importancia de abordar tanto las ventajas como los obstáculos en la transición hacia un modelo de SCM más socialmente responsable.

En el tercer capítulo se examinan las barreras para la implementación de los principios de economía social y RSE en la SCM. Las barreras identificadas son de naturaleza estructural, normativa, cultural y relacionadas con el cambio de paradigma. La cultura organizativa se destaca como un elemento crucial, y la falta de enfoque en la colaboración interorganizacional junto con la resistencia al cambio se presentan como desafíos significativos. Este análisis revela que, aunque las barreras son considerables, existen oportunidades para superarlas y avanzar hacia una gestión de la cadena de suministro más eficiente y valiosa.

El cuarto capítulo presenta buenas prácticas y recomendaciones para la integración de los principios de economía social y RSE en la SCM. Se exploraron modelos y métodos aplicables, así como prácticas exitosas en cooperación y sostenibilidad ecológica. A pesar de estos ejemplos positivos, se reconoce una falta de especificidad en la aplicación de estos principios en las organizaciones, lo cual sugiere la

necesidad de definir con mayor claridad las estrategias y procedimientos para su implementación.

En conjunto, los resultados de esta investigación revelan que, aunque existen prácticas en la SCM que responden a los principios de economía social y RSE, estas son limitadas y carecen de especificidad. Esto refuerza la hipótesis inicial de que no existen modelos de SCM que respondan sustancialmente a estos principios. La conclusión es que los principios de economía social y RSE han sido solo parcialmente integrados en la SCM, con aspectos esenciales como equidad y solidaridad interna a menudo desatendidos. Se identifican oportunidades significativas para desarrollar SCM más equitativas y sostenibles.

Además, se destaca la necesidad de profundizar en los estudios sobre los beneficios económicos, sociales y ambientales de implementar estos principios en la SCM, así como de abordar los retos organizativos como la resistencia al cambio y los obstáculos de comunicación. La investigación también subraya la importancia de la cultura organizativa y su papel en la superación de barreras para la implementación de estos principios.

En última instancia, aunque existen prácticas alineadas con los principios de economía social y RSE, la investigación sugiere que la integración de estos principios en la SCM requiere una definición más clara y una mayor contextualización. Factores como el tamaño de la empresa y la educación del personal son variables cruciales, y se propone el estudio de la integración de tecnologías emergentes en la SCM para avanzar en esta dirección.

Para futuras líneas de investigación se sugiere:

— Investigar cómo los principios omitidos en la literatura se han integrado en la SCM.

— Analizar los beneficios y desafíos de la implementación de estos principios.

— Explorar las barreras y soluciones para la implementación de principios de economía social.

— Estudiar prácticas específicas, factores contextuales y la integración de tecnologías emergentes en la SCM.

A pesar de los campos de estudio maduros, la SCM y la economía social se encuentran lejanos, planteando interrogantes sobre esta separación. Podría existir literatura que integra estos principios sin utilizar el término SCM, indicando otra propuesta de investigación. Este estudio destaca la importancia de la Economía Social y la RSE en la SCM y resalta la necesidad de integrar estos principios de forma más coherente.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Aem-On, K., Setamani, S. O., Chandrachai, A. y Sinthupinyo, S., «Integrated supply chain resilience framework on SCOR model», In 2022 5th International Conference on Computers in Management and Business (ICCMB), 2022, pp. 185-189.

Ali, I. y Kannan, D., «Mapping research on healthcare operations and supply chain management: A topic modelling-based literature review», *Annals of Operations Research*, 315(1), 2022, pp. 29-55.

Anjomshoae, A., Banomyong, R., Mohammed, F. y Kunz, N., «A systematic review of humanitarian supply chains performance measurement literature from 2007 to 2021», *International Journal of Disaster Risk Reduction*, 72, 2022.

Awaysheh, A. y Klassen, R., «The impact of supply chain structure on the use of supplier socially responsible practices», *International Journal of Operations y Production Management*, 30(12), 2010, pp. 1246-1268.

Bataller, J., *La responsabilidad social de la empresa en la economía social. In La economía social y el cooperativismo en las modernas economías de mercado: en homenaje al profesor José Luis Monzón Campos*, 2021, pp. 343–354.

Birkel, H. y Müller, J. M., «Potentials of industry 4.0 for supply chain management within the triple bottom line of sustainability – A systematic literature review», *Journal of Cleaner Production*, 289, 2021.

Blagoycheva, H., Andreeva, A. y Yolova, G., «Social economy in the context of sustainable development and social inclusion (economic and legal aspects)», *Ikonomicheski Izsledvania*, 29(5), 2020, pp. 79-98.

Gál, K. y Pásztor, R., «Theoretical aspects of social enterprises», *Papers in Arts and Humanities*, 2(2), 2022, pp. 125-145.

Chaves, R. y Monzón, J. L., «Beyond the crisis: the social economy, prop of a new model of sustainable economic development», *Service Business*, 6(1), 2012, pp. 5–26.

Chien, F., «The role of corporate governance and environmental and social responsibilities on the achievement of sustainable development goals in malaysian logistic companies», *Economic Research-Ekonomska Istrazivanja*, 36(1), 2023, pp. 1610-1630.

Dahan, Lerner, H. y Milman-Sivan, F., «Shared Responsibility and Labor Rights in Global Supply Chains», *Journal of Business Ethics*, 182(4), 2023, pp. 1025–1040.

Damoah, I. S., «Exploring critical success factors (CSFs) of humanitarian supply chain management (HSCM) in flood disaster management (FDM)», *Journal of Humanitarian Logistics and Supply Chain Management*, 12(1), 2022, pp. 129-153.

de Camargo Fiorini, P., Chiappetta Jabbour, C. J., Lopes de Sousa Jabbour, A. B. y Ramsden, G., «The human side of humanitarian supply chains: A research agenda and systematization framework», *Annals of Operations Research*, 319(1), 2022, pp. 911-936.

Díaz Pacheco, R. A. y Benedito, E., «Weaknesses supply chain response frameworks», *Lecture Notes on Data Engineering and Communications Technologies*, 160, 2023, pp. 88–92.

ElAlfy, A., Palaschuk, N., El-Bassiouny, D., Wilson, J. y Weber, O., «Scoping the evolution of corporate social responsibility (CSR) research in the sustainable development goals (SDGS) era», *Sustainability* (Switzerland), 12(14), 2020.

Gera, R., Yadav, R., Khera, G. S., Saxena, A., Chadha, P., Dixit, S. y Yuliya Sergeevna, L., «A systematic literature review of supply chain management practices and performance», *Materials Today: Proceedings*, 69, 2022, pp. 624-632.

Gosling, J., Jia, F., Gong, Y. y Brown, S., «The role of supply chain leadership in the learning of sustainable practice: Toward an integrated framework», *Journal of Cleaner Production*, 140, 2017, pp. 239-250.

Hishan, S. S., Ramakrishnan, S., Jusoh, A., Qureshi, M. I. y Idris, N., «Multifaceted meaning of corporate social responsibility (CSR): A case study among insurance company, non-government organization and the government», *International Journal of Recent Technology and Engineering*, 7(6), 2019, pp. 868-872.

Homer, S. T. y Gill, C. M. H. D., «How corporate social responsibility is described in keywords: An analysis of 144 CSR definitions across seven decades», *Global Business Review*, 2022.

Hossein, C. y Pearson, M., «Black feminists in the third sector: here is why we choose to use the term solidarity economy», *The Review of Black Political Economy*, 50(2), 2023, pp. 222-248.

Hu, S., Dong, Z. S. y Lev, B., «Supplier selection in disaster operations management: Review and research gap identification», *Socio-Economic Planning Sciences*, 82, 2022.

Koberg, E. y Longoni, A., «A systematic review of sustainable supply chain management in global supply chains**»,** *Journal of Cleaner Production*, 207, 2019, pp. 1084-1098.

Lemay, S., Helms, M. M., Kimball, B. y Mcmahon, D., «Supply chain management: The elusive concept y definition**»,** *International Journal of Logistics Management*, 28(4), 2017, pp. 1425-1453.

Li, XL (Li, Xiaolin); Zhao, QL Zhao, Qilan., «Study on Cooperation Strategies between Supply Chain Enterprises Based on Evolutionary Game Theory», Paper presented at the 15th International Conference on Services Systems and Services Management, ICSSSM 2018 – July, 2161-1904, 2018.

Liao, y Widowati, R., «A Supply Chain Management Study: A Review of Theoretical Models from 2014 to 2019», *Operations and Supply Chain Management: An International Journal*, 14(2), 2021, pp. 173–188.

Long, Y., Liao, H. y Lev, B., «Sustainable Supply Chain Management: Definition, Bibliometrics, Applications, and Future Directions», *International Series in Operations Research and Management Science*, 333, 2023, pp. 27–52.

SCM, definitions and glossary of terms, 2013, *https://cscmp.org/CSCMP/Educate/SCM_Definitions_and_Glossary_of_Terms.aspx*

Sengur, F., «Corporate social responsibility reporting: Evolution, institutionalization, and current state», *The palgrave handbook of corporate social responsibility*, 2021, pp. 1321-1345.

Seuring, y Gold, S., «Conducting content-analysis based literature reviews in supply chain management**»,** *Supply Chain Management*, 17(5), 2012, pp. 544–555.

Tarigan, Z. J. H., Siagian, H. y Suprapto, W., «The effect of middle manager engagement on SCM performance through ERP system and SCM practices», Paper presented at the Proceedings of 2019 the 9th International Workshop on Computer Science and Engineering, WCSE 2019, 2020, pp. 47-51.

Wang, M., Fang, X., Wang, Z. y Chen, Y., «Impacts of distributive comparison behavior on corporate social responsibility in supply chains: The role of small firms**»,** *Manufacturing and Service Operations Management*, 25(2), 2023, pp. 686-703.

Yadlapalli, A., Rahman, S. y Gunasekaran, A., «Corporate social responsibility definitions in supply chain research: An ontological analysis», *Journal of Cleaner Production*, 277, 2020.

SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE PENSIONES: PRESENTE Y FUTURO

Raquel Poquet Catalá
Profesora asociada
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO NORMATIVO. III. MEDIDAS PARA CONTRIBUIR A LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES ESPAÑOL. 1.Mecanismo de Equidad Intergeneracional. 1.1. Antecedentes y fundamento. 1.2. Concepto y características. 1.3. Régimen jurídico. 2.Jubilación demorada. 2.1. Concepto y características. 2.2. Fundamento. 2.3. Régimen jurídico. 3. Jubilación anticipada. 3.1. Jubilación anticipada por causas ajenas a la voluntad de la persona trabajadora. 3.2. Jubilación anticipada por voluntad de la persona trabajadora. 4. Jubilación anticipada por razón de la actividad. 5. Jubilación anticipada de personas con discapacidad. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La sostenibilidad en las relaciones laborales abarca múltiples aspectos, tales como el respeto a los derechos humanos y la responsabilidad en las cadenas de valor de las empresas. De hecho, entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, se encuentran la protección de los derechos laborales junto a la promoción de un trabajo seguro y decente en condiciones de salud y bienestar aceptables.

En la Resolución de la OIT sobre el Desarrollo Sostenible, el Trabajo Decente y los Empleos Verdes (2013) se establece que los cuatro pilares del Programa de Trabajo Decente (diálogo social, protección social, derechos en el trabajo y empleo) son componentes indispen-

sables del desarrollo sostenible que deben ponerse en el centro de las políticas encaminadas a lograr un crecimiento y un desarrollo sólidos, sostenibles e incluyentes. Por tanto, la sostenibilidad se basa en el trabajo decente y que este, a su vez, debe ponerse en el centro de las políticas de desarrollo sostenible.

En este contexto, no cabe duda que la sostenibilidad del sistema de pensiones es uno de los ejes centrales para asegurar la sostenibilidad financiera del sistema en el corto, medio y largo plazo, mantener el poder adquisitivo, preservando su papel en la protección frente a la pobreza y garantizando la equidad intergeneracional. De hecho, así viene recogido en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, cuyo componente 30 («Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo»), recoge varias medidas. Entre ellas, se halla la alineación de la edad efectiva de jubilación con la edad legal de jubilación a través de incentivos a la demora de la jubilación y ajustando los elementos distorsionantes en la regulación de las jubilaciones anticipadas (C30.R2-B); o la adecuación a las nuevas carreras profesionales del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación, que pretende reforzar la progresividad y el carácter contributivo del sistema haciendo que la pensión de jubilación refleje en mayor medida la vida laboral de la persona trabajadora y atienda la realidad de un mercado laboral en el que las interrupciones y las lagunas son cada vez menos excepcionales (C30.R2-C). Asimismo, cabe destacar la sustitución del factor de sostenibilidad por un mecanismo de equidad intergeneracional, lo que implica incorporar, junto a la evolución de la esperanza de vida, otros indicadores complementarios que en conjunto ofrezcan una imagen más fidedigna del desafío que para el sistema supone el envejecimiento de la población (C30.R2-D).

La Seguridad Social se configura como el principal instrumento de un Estado Social de Derecho para garantizar a las personas unas prestaciones mínimas para afrontar una serie de contingencias que pueden suponer una pérdida de su salario.

II. MARCO NORMATIVO

Como es sabido, como desarrollo del principio rector de la política social y económica recogido en el art. 41 CE, que establece que los poderes públicos deben mantener un sistema público de Seguridad Social que garantice la asistencia y las prestaciones suficientes para todas las personas ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo, se desarrolla la LGSS.

Paralelamente, los denominados «Pactos de la Moncloa», cuyo texto íntegro fue aprobado el 27 de octubre de 1977, constituyen el

precepto inmediato del denominado «Pacto de Toledo». Tanto uno como otro son resultado del consenso de todas las formaciones políticas mayoritarias, así como de los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas. No obstante, los Pactos de la Moncloa buscaban la paz social y la unidad en momento de crisis política y económica durante los años de la transición, mientras que el Pacto de Toledo pretendía garantizar la sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social.

En los años ochenta, con la disminución de la natalidad y el envejecimiento de la población, se vislumbró que, en el futuro, no habría suficientes personas jóvenes para cubrir las pensiones de la población mayor. Así, se aprueba la Ley 26/1985, de 1 de agosto, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y acción protectora de la Seguridad Social, la cual aumenta el número de años cotizados —de 10 a 15 años—, modifica la base reguladora que establece la cuantía de la prestación en base a los últimos ocho años —el anterior sistema se basaba en los dos últimos—, y mejora las pensiones que no alcanzasen el SMI.

No obstante, en los noventa se tuvo que recurrir a nuevas medidas, y se aprobó el «Pacto de Toledo», el cual regulaba aspectos como la garantía del poder adquisitivo de las pensiones en función del IPC, la creación de un Fondo de Reserva, la fijación de la edad de jubilación a los 65 años, o la separación entre gastos sanitarios y de pensiones, entre otros.

Ante los problemas de financiación y sostenibilidad del sistema de pensiones, se llegó a un acuerdo en el denominado Pacto de Toledo, en 1995, donde se estableció que se modificaría el sistema de pensiones de forma progresiva para garantizar su sostenibilidad.

Este Pacto dio una nueva orientación al sistema de la Seguridad Social «lo que indudablemente supuso un sistema más racional, más previsor y más protector»[1].

Este Pacto ha sido objeto de renovación en diferentes ocasiones —en 2003, 2011 y 2020—, modificando las recomendaciones iniciales e incluyendo otras adicionales. En el Pacto de 2003 se aprobaron 23 recomendaciones dividas en cuatro bloques: actualización de las recomendaciones originales del pacto; inclusión de cinco recomendaciones nuevas relativas a las posibles nuevas formas de trabajo y de desarrollo profesional, a la mujer y protección social, a la dependencia, la discapacidad y la inmigración; recomendaciones relativas a las orientaciones de la Unión Europea como establecer mecanismos de coordinación, sostenibilidad financiera y movilidad de las personas trabajadoras den-

[1] Aibar Bernad, J., «El Pacto de Toledo y la financiación de la Seguridad Social. Avances recientes y cuestiones abiertas a debate», *Revista de Justicia Laboral*, núm. 54, 2013, p. 1.

tro de la zona comunitaria; y recomendaciones relativas al seguimiento y evolución de las medidas en el futuro[2].

Así, en la versión de 2011, el Pacto de Toledo declara que pocos sectores son tan sensibles como el de las personas pensionistas, ya que está formado por personas jubiladas o viudas que no suelen tener otra fuente de ingresos. En este Pacto se acordaron 15 recomendaciones para el sistema de Seguridad Social y garantizar la fiabilidad de la misma, es decir, mantener un sistema que ofrezca una protección adecuada y garantizada.

En la versión de 2020 aparecen 20 recomendaciones centradas básicamente en flexibilizar algunas condiciones de las últimas reformas. Se basan principalmente en separar las fuentes de financiación de tal forma que las cotizaciones sociales se destinen de forma exclusiva a la financiación de las prestaciones contributivas, y las no contributivas mediante aportaciones del Estado; en la revalorización de las pensiones según el IPC real; en mantener el Fondo de Reserva; en la convergencia de los regímenes para que al final únicamente existan dos regímenes, el de personas trabajadoras por cuenta ajena y el de personas trabajadora por cuenta propia, para evitar así la dispersión; en fomentar las medidas de contratación; en mejorar las pensiones más reducidas y combatir la brecha de género; en fomentar la permanencia de las personas trabajadoras en el trabajo, de manera que se aproxime la edad real de jubilación a la legal; en acomodar la pensión de viudedad a la nueva realidad social y familiar; en impulsar los planes de pensiones; en favorecer el acceso al empleo de las personas con discapacidad; o en adoptar medidas para equiparar la cobertura de las pensiones entre mujeres y hombres, así como favorecer la corresponsabilidad entre géneros.

Como consecuencia se aprobó el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, y la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. A esta ley le sigue la aprobación de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por RD Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, y del RDL 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad; y finalmente, el RDL 2/2023, de 16 de marzo.

Todas estas últimas reformas tienen un componente común que es plantear una reforma que incida en el equilibro entre sostenibilidad y

[2] Cardenal Carro, M., «El nuevo Pacto de Toledo», *RAD*, núm. 13, 2003, p. 1.

suficiencia, y así «junto a herramientas que tratan de reducir el gasto o de no imputarlo directamente dentro del sistema —eliminación de costes indirectos— se apuntan otros que tienen por objeto asegurar unas rentas adecuadas para los pensionistas de acuerdo con lo previsto en el art. 50 CE»[3].

De hecho, la L 21/2022 declara que «debe perseguir dos objetivos fundamentales. De un lado, ha de ofrecer certidumbre a los pensionistas y al conjunto de la sociedad sobre el compromiso inquebrantable de los poderes públicos con el sistema […] De otro lado, como segundo objetivo, ha de reforzarse el equilibrio del sistema como forma más efectiva de asegurar una adecuada capacidad de respuesta a las exigencias demográficas y económicas. Para ello son necesarias medidas que fortalezcan la estructura de financiación de la Seguridad Social». Asimismo, el RDL 2/2023 culmina la idea de garantizar el equilibrio entre sostenibilidad y suficiencia al señalar, en su exposición de motivos, que «a la hora de afrontar el cumplimiento de los últimos hitos del citado Componente 30, el Gobierno ha sido consciente de que esta parte final de la reforma debe servir para culminar el refuerzo de los principios vertebradores del sistema que han inspirado las iniciativas normativas aprobadas a lo largo de 2021 y 2022: equidad, suficiencia y sostenibilidad».

III. MEDIDAS PARA CONTRIBUIR A LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES ESPAÑOL

1. Mecanismo de Equidad Intergeneracional

1.1. *Antecedentes y fundamento*

El Mecanismo de Equidad Intergeneracional fue incorporado en un primer momento por la L 21/2021 como instrumento sustitutivo del Factor de Sostenibilidad. El Factor de Sostenibilidad, como es sabido, constituía una medida de recorte de la cuantía inicial de las pensiones, mientras que este Mecanismo de Equidad Intergeneracional responde a una lógica distinta. Además, este último fue modificado por el RDL 2/2023 para ajustarlo y así despejar cualquier duda sobre la capacidad de esta cotización adicional como instrumento de estabilización financiera del sistema.

[3] Vila Tierno, F., Gutiérrez Bengoechea, M.; Benítez Llamazares, N., «Suficiencia y sostenibilidad en el marco de la Ley 21/2021. Especial atención al mecanismo de equidad intergeneracional», *RTSS*, núm. 467, 2022, p. 119.

El Factor de Sostenibilidad fue introducido por la L 27/2011 y, posteriormente, se modificó por la L 23/2013 configurándose como un mecanismo de ajuste automático de la cuantía de las pensiones de jubilación. El Factor de Sostenibilidad se aplica sobre el cálculo de todas las pensiones de jubilación sin tener en cuenta ningún elemento adicional. Además, el único parámetro a utilizar es la evolución de la esperanza de vida, el cual es solo una de las variables que intervienen en el cambio demográfico, por lo que su utilización en exclusiva no resuelve los problemas de envejecimiento de la población. Asimismo, la previsión de su aplicación de forma directa y con carácter automático a todas las pensiones conduce en todos los casos a la reducción o devaluación de la pensión inicial de jubilación, lo que puede provocar sacrificios innecesarios y desproporcionados a la población[4]. Fue definido como «un instrumento que con carácter automático permite vincular el importe de las pensiones de jubilación del sistema de la seguridad Social a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas, a través de la fórmula que se regula en esta norma. Ajustando las cuantías que percibirán aquellos que se jubilen en similares condiciones en momentos temporales diferentes» (art. 1 L 23/2013).

Esta medida actúa directa y automáticamente sobre la cuantía de las pensiones de jubilación operando como un instrumento para la reducción del gasto público en pensiones. La fórmula matemática con la que se configura esta medida se basa en la esperanza de vida tomando en consideración respecto de un determinado año, según el momento en que se solicita la pensión de jubilación y la esperanza de vida a los 67 años en 2027 (umbral temporal que estableció la L 27/2011 para hacer efectivo el retraso gradual de la edad ordinaria de jubilación a los 67 años y con 38 años y medio de cotización para alcanzar el 100 por 100 de la cuantía de la pensión). Para el primer quinquenio de aplicación del Factor de Sostenibilidad, esto es, entre 2019-2023, se mediría la relación existente entre la esperanza de vida a los 67 años en 2012 (2012-2017 es el primer quinquenio tomado como referencia para calcular la esperanza de vida en el primer tramo de aplicación del Factor de Sostenibilidad) y la esperanza de vida a la misma edad en el año 2027. Con la misma fórmula y con la misma referencia quinquenal se operará en los periodos sucesivos (2017-2023 sería el quinquenio de referencia para calcular la esperanza de vida en el tramo siguiente) y la esperanza de vida a los 67 años en el año 2027. Si la esperanza de vida continuara aumentando al final de cada periodo quinquenal, el efecto sería un aumento de la relación entre la esperanza de vida en un momento determinado y la que existiría cinco años más tarde.

[4] Ramos Quintana, M. I., «Factor de sostenibilidad e índice de revaloración del sistema de pensiones en España: dimensión constitucional y alcance jurídico», *DL*, núm. 103, 2015, p. 40.

De esta forma, el Factor de Sostenibilidad solo podría afectar positivamente a la cuantía de la pensión si se produjera una inversión del sentido de las proyecciones demográficas de forma considerable.

Por el contrario, a través del Mecanismo de Equidad Intergeneracional se pretende repartir de forma equilibrada el esfuerzo entre las diferentes generaciones, de tal forma que las personas jóvenes no sufran perjuicios que mermen la cuantía de sus pensiones favoreciendo así la sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social.

De esta forma, se configura como instrumento que, en lugar de condenar a los más jóvenes a pensiones más modestas, garantiza que el sistema que hoy conocemos va a mantenerse en las próximas décadas a través de la recuperación del Fondo de Reserva. Con esta medida el recorte de las pensiones que se reguló en 2013 se transforma en una mejora de ingresos que se utilizará para incrementar el Fondo de Reserva y se destinará a pagar las pensiones de la generación del *baby-boom*[5]. El Fondo de Reserva ya no se nutre de excedentes de las cotizaciones sociales, sino que se sustituye por nuevas cotizaciones, ya que las mismas no son computables a efectos de prestaciones, es decir, no servirán para lucrar o mejorar la pensión de jubilación.

1.2. *Concepto y características*

El Mecanismo de Equidad Intergeneracional consiste en un incremento temporal de las cotizaciones sociales «finalistas», pues son realizadas para la sostenibilidad solidaria del sistema público de pensiones contributivas. Actúa con criterios paramétricos no disruptivos respecto de la lógica del sistema de pensiones. No hace recaer sobre las personas pensionistas el riesgo de su envejecimiento, y contribuye a alcanzar el objetivo de equidad y solidaridad intergeneracional[6].

Este mecanismo, además, se aplica sobre los ingresos y no sobre las prestaciones, como lo hacía el Factor de Sostenibilidad[7]. La finalidad de esta medida es establecer un fondo de reserva para poder hacer frente a las desviaciones previstas en torno al cobro de las pensiones futuras.

Esta herramienta se caracteriza por ser un factor que no es de ajuste automático, pues se deja un espacio a la valoración en el plano de la

---

[5] Monereo Pérez, J. L.; Rodríguez Iniesta, G., *La pensión de jubilación,* Laborum, 2022, p. 102.

[6] Monereo Pérez, J. L., «La reforma en materia de pensiones: análisis general y proyección de futuro», en AA.VV., *Las pensiones ante los retos que plantea la «sociedad del riesgo»*, Laborum, 2024, p. 24.

[7] Escribá Pérez, A. N., «El mecanismo de equidad intergeneracional en el Pacto de Toledo», en AA.VV., *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo*, Laborum, 2022, p. 406.

decisión de política del Derecho, pudiéndose, por tanto, realizar ajustes necesarios. Además, se configura como un instrumento permanente que contribuye de forma dinámica al equilibrio y a la sostenibilidad del sistema de pensiones.

1.3. *Régimen jurídico*

El Mecanismo de Equidad Intergeneracional consta de dos componentes que afectan sobre los ingresos, evitando, de esta forma, una reducción de la cuantía de las pensiones públicas.

El primer componente se aplica a partir de 2023 y a lo largo de un periodo de diez años, fijando una cotización adicional finalista y de cuantía moderada que nutre el Fondo de Reserva de la Seguridad Social de la siguiente forma: una cotización adicional que va aplicándose de forma gradual cada año llegando a ser a partir de 2029 de 1,2 puntos porcentuales, de los que 1,00 punto corresponderá a la empresa y 0,2 a la persona trabajadora (para el año 2024 es de 0,70 puntos porcentuales, de los que el 0,58 corresponde a la empresa y 0,12 a la persona trabajadora).

El segundo componente se pondrá en marcha a partir de 2032, y tendrá una periodicidad trienal, de tal forma que se debe verificar si, según las últimas previsiones del Ageing Report de la Comisión Europea, el nivel de gasto en 2050 supera la previsión para ese año del citado informe de 2024 una vez descontado el efecto que habría tenido el derogado Factor de Sostenibilidad. La aplicación de este segundo componente no es automática, pues depende de la valoración de 2033, de tal forma que si el nivel de gasto previsto no supera dicho umbral, no se aplicará ninguna medida, pues en tal caso podrá valorarse en el seno del diálogo social para su elevación como propuesta a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo la utilización de los recursos del fondo de Reserva para reducir las cotizaciones sociales o mejorar la cuantía de las pensiones. Pero, si el nivel de gasto previsto supera el citado umbral, se dispondrá de los activos del Fondo de Reserva para la financiación del gasto en pensiones contributivas, con un límite de disposición anual del 0,2 por 100 del PIB; y si la indicada desviación es superior al 0,2 por 100 o se han agotado los activos del Fondo de Reserva, el gobierno negociará con los interlocutores sociales para elevar a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo una propuesta que, de forma equilibrada, minore el porcentaje de gasto en pensiones, o incremente el tipo de cotización u otras fórmulas alternativas para aumentar los ingresos, o bien ambas medidas.

Estas medidas deberán compensar la desviación en la previsión de gasto en pensiones en 2050 que no esté cubierta por los activos del Fondo de Reserva con un límite del 0,8 por 100 del PIB.

De hecho, estas medidas ya han sido planteadas por un sector doctrinal[8] indicándose que la pensión de jubilación no debe depender exclusivamente de la esperanza de vida en el momento de la jubilación, ni tampoco los cambios demográficos y socioeconómicos imponen elementos de ajuste automático. Por lo demás, de ser así se privaría a los órganos de representación de su capacidad para modular los ajustes laborales, económicos y financieros.

Este mecanismo ha sido aplaudido por considerarlo como una medida reformista y que, junto con otras, puede contribuir a mantener el equilibrio necesario del pacto social intergeneracional, que involucra tanto a personas jóvenes como mayores, y evitando así los conflictos generacionales. Además, constituye una medida dinámica a través de la cual los parámetros sobre los que se sustenta son objeto de revisión periódica en el marco del Pacto de Toledo. A diferencia del Factor de Sostenibilidad que realizaba un ajuste sobre la cuantía de la pensión en función de la evolución de la esperanza de vida, recayendo así sobre los pensionistas, este mecanismo actúa en la dimensión intergeneracional del sistema de pensiones.

2. Jubilación demorada

2.1. *Concepto y características*

La jubilación demorada, o también llamada diferida, es aquella opción voluntaria y disponible de la persona trabajadora de prolongar su vida laboral. Constituye una alternativa para aquellas personas que buscan un aumento en la cuantía de su pensión de jubilación.

Las principales características de la misma se pueden sintetizar en las siguientes[9]. En primer lugar, es voluntaria, ya que se trata de una petición de carácter rogado y exclusiva de la persona trabajadora. En segundo lugar, tiene un carácter incentivador, ya que pretende servir de premio para aquellas personas que la soliciten. En tercer lugar, es económica, pues su reconocimiento se reduce a un complemento en la cuantía de la pensión de jubilación correspondiente. En cuarto lugar, es de carácter personalísimo, ya que su solicitud procede solo para la persona trabajadora. En quinto lugar, es de resultado, ya que el reconocimiento de dicho beneficio exige haber retrasado la jubilación de la persona trabajadora a una edad superior a 67 años, o 65 años si se acreditan 38 años y 6 meses, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias. Por último, es

[8] Monereo Pérez, J. L., «La reforma en materia…», op. cit. p. 26.

[9] Pérez López, J. I., «Jubilación Demorada», en AA.VV., *Las pensiones ante los retos que plantea la «sociedad del riesgo*, Laborum, 2024, p. 227-228.

de carácter accesorio, ya que se trata de un complemento adicional a la pensión ordinaria de jubilación.

Según un sector doctrinal[10], el objetivo de la jubilación demorada es inducir a las personas a trabajar más en la medida en que la salud se lo permita, es decir, «trabajar mientras se pueda». Considera que se debe superar el mal arraigado concepto de trabajo como fuente de ingresos, es decir, desde un punto de vista exclusivamente material, por otro más relacionado con el status social, sentimiento de utilidad o ser productivo. De esta forma, la persona trabajadora se verá beneficiada por dos ventajas. Por un lado, se libera de la ruptura que supone el paso de una vida activa hacia otra pasiva y, por otro lado, se beneficia de los incentivos derivados de la postergación de su jubilación, pues jubilación «equivale a pasar de una vida activa e inquieta a un estado de pasividad, de inmovilismo o de retiro. Entonces ¿qué modo nuevo de vida cabe concebir para el jubilado que le permita adquirir conciencia de la utilidad de su función en la sociedad?»[11].

A mi parecer, la jubilación demorada tiene un claro fin de fomentar la permanencia de las personas trabajadoras en activo. Lo que se pretende con la misma es retrasar la condición de pensionista y, por consiguiente, disminuir un número de personas beneficiarias de la prestación. De hecho, en la Recomendación núm. 12 del Pacto de Toledo se establece que es «necesario profundizar en la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación, siempre que dicha prolongación no esté motivada por una pensión diferente. Merece así una valoración positiva la mejora del régimen de compatibilidad de la pensión con los ingresos provenientes de una actividad profesional, si bien son necesarias nuevas medidas que favorezcan esta compatibilidad, sin que ello produzca menoscabo de las cuentas del sistema».

Se pretende aproximar la edad legal de jubilación y la edad de expulsión del mercado laboral de las personas trabajadoras de mayor edad. El distanciamiento entre ambas edades está en el tejado de las empresas, que aprovechan y se benefician de todas las herramientas que el ordenamiento ofrece. Para ello, se prevén incentivos sociales, fiscales y laborales, así como la compatibilidad de la pensión con el desarrollo de una actividad profesional.

La jubilación demorada es la posibilidad reconocida a las personas trabajadoras (por cuenta propia o ajena) de que, una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación prolonguen su vida laboral, por lo que podrán acceder a una serie de beneficios en su futura pensión de jubilación.

---

[10] Arrázola, F. J.L; Lezaun, J. J.; Arrázola, M. L., «Jubilación: necesidad de reflexión», *Revista de Servicios Sociales,* vol. 5, núm. 22, 1993, p. 39.

[11] *Op. cit*. p. 41.

2.2. *Fundamento*

Con anterioridad a su reconocimiento legal, las políticas públicas ya empezaron a promover el envejecimiento activo, el cual, en contraposición a la jubilación demorada, no es más que la otra cara de la misma moneda: medidas políticas para retrasar la jubilación. Según la OMS, el envejecimiento activo es el proceso en que se optimizan las oportunidades de salud, participación y seguridad a fin de mejorar la calidad de vida de las personas a medida que envejecen[12]. La OMS define el concepto como un modelo de vida que se presenta como una solución ante la saturación demográfica de Europa. El modelo español incorpora a este concepto un carácter incentivador y económico. Por su parte, el Libro Verde sobre Envejecimiento de la Comisión Europea[13] —en sintonía con la OMS— se sustenta en tres pilares fundamentales, cuales son, la mejora de la salud y calidad de vida de las personas ciudadanas europeas, especialmente de la tercera edad; incentivar, promover y favorecer a largo plazo la sostenibilidad del sistema de pensiones y el cuidado de personas dependientes; y, por último, el establecimiento de mecanismos de expansión de los emergentes mercados para crear un nuevo tejido empresarial. Según este Libro Verde, el envejecimiento saludable y activo trata de fomentar estilos de vida saludables a lo largo de nuestras vidas e incluye nuestros patrones de consumo y nutrición, así como nuestros niveles de actividad física y social.

De hecho, en el Pacto de Toledo de 2011 ya se proponía la introducción de esquemas de mayor convivencia entre la vida activa y la pasiva que permitieran la coexistencia entre salario y pensión.

La jubilación demorada se presenta no solo como un incentivo complementario, sino que se reviste como un derecho subjetivo que abarca la voluntad de la persona beneficiaria de una prestación de jubilación reconocida, inmediatamente después de su notificación, poder solicitarla más adelante, en un momento posterior que le pueda resultar más favorable al aumentar su periodo de cotización. Dicha posibilidad, según el TS[14], no estaba expresamente prevista, ni tampoco expresamente prohibida, porque la situación descrita no implica, en modo alguno, una renuncia al derecho de la jubilación, sino el deseo de no

---

[12] OMS, *Envejecimiento Saludable*. Disponible en *https://www.paho.org/es/envejecimiento-saludable*

[13] Comisión Europea, *Libro Verde sobre Envejecimiento. Fomentar la solidaridad y responsabilidad entre nacionales*, Bruselas, 2021. Disponible en *https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d918b520-63a9-11eb-aeb5-01aa75ed71a1*, que señala que «el objeto del presente Libro Verde es iniciar un amplio debate político sobre el envejecimiento con el fin de discutir opciones sobre como anticiparse y responder a los desafíos que plantea y las oportunidades que brinda, especialmente teniendo en cuenta la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y el Decenio del Envejecimiento saludable de las Naciones Unidas».

[14] STS de 26 de abril de 2023, st. núm. 1800/2023 (RJ 2023, 2697).

querer disfrutarla en la cuantía reconocida para solicitarla más adelante. La provisión del envejecimiento activo supone, en definitiva, una política estatal, y también supranacional, no solo de carácter utilitario, sino como medida esencial para la sostenibilidad del sistema público de pensiones.

Además, según la doctrina judicial comunitaria[15], no existe discriminación por razón de edad en relación con estas políticas públicas de favorecimiento de la promoción y relevo generacional. El TJUE considera que el objetivo consistente en establecer una estructura por edades equilibrada entre funcionarios jóvenes y funcionarios de más edad con el fin de favorecer el empleo y la promoción de los jóvenes, optimizar la gestión del personal, y evitar los litigios relativos a la aptitud de la persona empleada para ejercer su actividad superada cierta edad, al tiempo que se pretende ofrecer un servicio de calidad en el ámbito de la justicia puede constituir un objetivo legítimo de la política de empleo.

Por tanto, la doctrina judicial comunitaria permite superar la discriminación por razón de edad posibilitando la jubilación demorada por razones objetivas relacionadas con el envejecimiento activo, en el marco de la sostenibilidad del sistema de pensiones.

2.3. *Régimen jurídico*

La L 21/2021 modifica de forma considerable esta figura dando una nueva redacción al art. 210.2 LGSS, recogiendo diversos beneficios para la persona trabajadora.

En cuanto a los requisitos para poder solicitar esta modalidad de jubilación se requiere, lógicamente, estar afiliada y en alta en la Seguridad Social en el momento de solicitar la jubilación demorada; haber cumplido 67 años o 65 cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización, sin que se tengan en cuenta la parte proporcional de las pagas extraordinarias; y tener cubierto un periodo mínimo de cotización de 15 años de los cuales, al menos, dos deben estar comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho.

En este sentido, se prevé que la persona trabajadora que opte por retrasar su jubilación puede optar por una de estas tres vías. En primer lugar, recibir un porcentaje adicional del 4 por 100 por cada año completo cotizado después de cumplir la edad ordinaria, lo que supondrá un aumento de la cuantía de la pensión. Desde ese momento y de manera indefinida se cobrará tal complemento, adicionándose dicho porcentaje

[15] STJUE de 6 de noviembre de 2012, C-286/2012, Asunto Comisión Europea c. Hungría (TJCE 2012, 322).

en función de los años. No obstante, no cabe la superación del tope máximo previsto en el art. 57 LGSS. En segundo lugar, percibir una cantidad a tanto alzado por año cotizado (entre 5 000 y 12 000 euros aproximadamente), que va a depender de los años que se haya cotizado cuando se llega a la edad de jubilación. El cálculo de esta cuantía viene vinculado al número de años en total cotizados hasta la edad ordinaria de jubilación y dependerá si estos alcanzan o no los 44 años y seis meses (si es el caso, se incrementa un 10 por 100). En tercer lugar, se prevé la posibilidad de optar por una fórmula mixta, que consiste en una combinación de las opciones anteriores (desarrollado por el RD 371/2023, de 16 de mayo). No obstante, esta tercera posibilidad, es decir, la híbrida, solo está abierta a quienes hayan demorado como mínimo dos años el cese del trabajo, lo que no augura un resultado muy halagüeño, ya que lo normal es que la demora sea de un año. Además, se diferencia según el tiempo en que se haya mantenido en activo, de tal forma que, si ha sido de dos a diez años completos, será la suma del porcentaje adicional del 5 por 100 por año de la mitad de ese periodo, más una cantidad a tanto alzado por el resto del periodo considerado; y si se acreditan 11 años o más completos de cotización, la cuantía de este complemento de demora es la suma de una cantidad a tanto alzado por cinco años de ese periodo y el porcentaje adicional del 4 por 100 por cada uno de los años restantes.

El ejercicio de la opción por la modalidad de pago del complemento económico se efectúa en el momento de la solicitud de la pensión de jubilación. Si no se ejercita esta facultad en la solicitud de la pensión de jubilación, se aplicará el complemento económico del 4 por 100 por cada año completo cotizado que acredite con posterioridad al cumplimiento de la edad de jubilación, es decir, la primera opción.

Cabe, además, tener en cuenta que esta modalidad de jubilación es incompatible con otras como la activa, la flexible o la anticipada (art. 6 RD 371/2023).

La doctrina[16] ha señalado que los aspectos positivos de esta medida son, por un lado, que el gasto en incentivos sería menor que el coste de lo pagado en concepto de pensión por los años que se ha postergado su acceso. Por otro lado, porque se reduce el número de años que tal sujeto ostenta la condición de pensionista, sustituyéndolo por su mantenimiento como contribuyente. Por último, porque, como consecuencia de lo anterior, supone un alivio en cuanto a la tasa de cotizantes por pensionistas, teniendo en cuenta, que las cantidades por las que ha venido cotizando pueden ser elevadas frente a las de jóvenes de nuevo acceso al mercado de trabajo con un menor nivel salarial. Como elementos negativos, se ha

[16] Vila Tierno, F., «Algunas reflexiones sobre la jubilación demorada», *Brief AEDTSS*, núm. 40, 2023.

señalado que puede suponer un retraso en la incorporación al empleo de aquellas personas jóvenes, impidiendo el relevo generacional.

De hecho, según datos del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones[17], en los primeros meses de 2023, el 7,8 por 100 de las altas de jubilación ya son jubilaciones demoradas. Además, en relación a la prolongación de vida activa entre las jubilaciones demoradas, una de cada dos jubilaciones demoradas retrasa el acceso a la jubilación un año; y una de cada cuatro demora más de tres años. Según dicha fuente, de los diferentes beneficios que supone esta jubilación demorada, en los primeros meses de 2023, 1 148 nuevos pensionistas han optado por la cuantía única (el 17 por 100 del total de pensiones con complemento por demora), mientras que la cuantía media del pago extraordinario para estos pensionistas es de 13 087 euros.

3. Jubilación anticipada

Siguiendo con las directrices del Pacto de Toledo y el Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, se procede también a una revisión de las diferentes modalidades de jubilación anticipada, revisión efectuada por la L 21/2022 y el RDL 2/2023. El objetivo está claro, penalizar la jubilación anticipada, especialmente, la voluntaria. No obstante, las dificultades para encontrar un trabajo decente conlleva a que muchas personas no pueden obtener una fuente de ingresos estable que les permita vivir dignamente una vez agotada la prestación por desempleo[18].

3.1. *Jubilación anticipada por causas ajenas a la voluntad de la persona trabajadora*

Los requisitos para acceder a la jubilación anticipada son diferentes según si la causa es ajena a la persona trabajadora o si se trata de una jubilación voluntaria.

En el caso de la jubilación por causa no imputable a la persona trabajadora[19], según el art. 207 LGSS, se exige, por un lado, tener cum-

---

[17] Consejo de Ministros, *Medidas para completar las recomendaciones del Pacto de Toledo*, 16 de mayo de 2023, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Disponible en *https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Documents/2023/160523-jubilacion-pensiones.pdf*

[18] López Insua, B. M., «Jubilación anticipada», en AA.VV., *Las pensiones ante los retos que plantea la «sociedad del riesgo»,* Laborum, 2024, p. 164.

[19] STSJ Cantabria, de 14 de noviembre, st. núm. 809/2017 (JUR 2018, 17357), que declara que el despido tácito por cierre temporal de la empresa que es declarado judicialmente como improcedente, no se considera supuesto de jubilación anticipada por cese en el trabajo por causa no imputable a la voluntad de la persona trabajadora.

plida una edad que sea inferior a cuatro años, como máximo, respecto de la edad que en cada caso resulta de aplicación para la jubilación ordinaria; estar inscrito como demandante de empleo durante, como mínimo los seis meses anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación[20]; y acreditar un periodo mínimo de cotización efectiva de 33 años.

La L 21/2021 amplia los supuestos en los que se considera que se produce un cese por causa no imputable a la persona trabajadora, siendo así el despido colectivo *ex* art. 51 ET; el despido por causas objetivas *ex* art. 52 ET; la extinción del contrato por resolución judicial en los supuestos contemplados en la Ley Concursal; la muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, o la extinción de la personalidad jurídica de la empresa persona jurídica; la extinción del contrato por fuerza mayor; la extinción del contrato por voluntad de la persona trabajadora por traslado, modificación sustancial de las condiciones de trabajo o incumplimiento empresarial de sus obligaciones; o la extinción del contrato por voluntad de la trabajadora por ser víctima de violencia de género o violencia sexual. Como se observa, se trata de una lista cerrada[21]. No obstante, la doctrina estima que deberían haberse incluido también las extinciones declaradas como despido improcedente[22].

Con la L 21/2021 se incorpora también la jurisprudencia[23] relativa al cómputo del servicio militar y el servicio social femenino obligatorio a los estrictos efectos de alcanzar los 33 años requeridos para acceder a estos beneficios.

En cuanto al cálculo de la pensión, como es sabido, la citada reforma modifica los coeficientes empleados para reducir porcentualmente la cuantía a percibir en función del tiempo de anticipación, de tal forma que ya no son trimestrales, sino mensuales, estableciendo que la reducción se realizará «mediante la aplicación, por cada mes o fracción de mes que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación» (art. 207 LGSS). A continuación, el mismo precepto detalla en una tabla los citados coeficientes.

---

[20] STS de 28 de octubre, st. núm. 947/2020 (RJ 2020, 4584), que realiza una interpretación estricta de los requisitos para la jubilación parcial, declarando que, si el futuro prestacionista no se encuentra inscrito como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud, no procede la prestación.

[21] Moreno Romero, F.; Chabannes, M., «Reflexiones sobre los problemas aplicativos de las jubilaciones anticipadas y parcial», en AA.VV., *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones,* Comares, 2020, p. 133.

[22] López Fernández, R., «Las modalidades de jubilación anticipada tras la reforma de la Ley 21/2021», en AA.VV., *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo,* Laborum 2022, p.733.

[23] STS de 6 de febrero de 2017, rec. núm. 3801/2017 (RJ 2017, 662).

3.2. *Jubilación anticipada por voluntad de la persona trabajadora*

La jubilación anticipada voluntaria ha sido endurecida siguiendo la línea de la Recomendación núm. 12 del Pacto de Toledo, pues la misma va en contra del objetivo de que las personas trabajadoras prolonguen su vida laboral[24].

Los requisitos para acceder a la misma se sintetizan en tener una edad que no se anticipe en más de dos años a la edad legal de jubilación ordinaria; acreditar un periodo mínimo de cotización de 35 años, sin que se compute la parte proporcional de pagas extraordinarias; en que la cantidad resultante no quede por debajo de la cuantía mínima que corresponde a la persona interesada por su situación familiar, en cuyo caso «no se podrá acceder a esta fórmula» (art. 208 LGSS); y estar en alta o situación asimilada al alta en el momento del hecho causante.

En este caso, también la L 21/2021 modifica la forma de cálculo de la reducción de la cuantía de la pensión, pasando de reducirse en tramos trimestrales o tramos mensuales, pero endureciéndose los coeficientes a aplicar, pues se establece por bloques según los periodos cotizados que tenga la persona trabajadora. Llama la atención también aquí que los coeficientes no son constantes, sino crecientes, a medida que son más los meses en que se anticipa la jubilación. Ello va en consonancia con el objetivo de prolongar la vida activa laboral.

Además, el art. 210.3 LGSS prevé que aquellas personas beneficiarias a las que les quedase una cuantía por encima de la establecida como máxima por la LPGE se le aplicará la reducción sobre tal cantidad tope. Y estos coeficientes reductores no se aplican ya sobre la base reguladora, sino sobre la pensión teórica que resulte del cálculo, aplicando a la base reguladora un porcentaje en función del número de años cotizados. Aplicar el coeficiente reductor sobre la pensión y no sobre la base reguladora no afectará a todas las personas, pero sí a aquellas cuya pensión teórica antes de aplicar los coeficientes sea superior a la pensión máxima. De esta forma, con carácter general, cuando para determinar la cuantía de la pensión hubieran de aplicarse coeficientes reductores por edad, estos se aplicarán sobre el importe de la pensión resultante de aplicar a la base reguladora el porcentaje que corresponda. Pero cuando la pensión supere el límite establecido para el importe de las pensiones, los coeficientes reductores se aplicarán —de manera gradual, en un plazo de diez años— sobre la base reguladora.

---

[24] Cano Galán, Y., «La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal de la jubilación», *RAD*, núm. 3, 2022, p. 21.

No obstante, la disposición transitoria 34.ª señala que su aplicación se pospone a cuando la evaluación de la pensión máxima «absorba completamente el efecto del aumento de coeficientes respecto a los vigentes en 2021 para aquellos trabajadores con base reguladora superior a la pensión máxima, de manera que la pensión reconocida no resulte en ningún caso inferior a la que habría correspondido con la aplicación de las normas vigentes en 2021». Por tanto, existen dos supuestos diferentes: por un lado, aquellos en los que la pensión resultante es inferior a la máxima, en cuyo caso la cuantía se reduce conforme a los coeficientes ordinarios contenidos en el art. 208 LGSS; y aquellos en los que la pensión sobrepase el tope de la LPGE, en los que se aplicará la disposición transitoria 34.ª.

Además, la L 21/2021 añade en el apartado 3 art. 208 LGSS que las personas beneficiarias del subsidio por desempleo para mayores de 52 años que lleven, al menos, tres meses percibiéndolo y opten por jubilarse anticipadamente les será de aplicación la tabla de porcentajes del art. 207 LGSS —siempre que, obviamente, cumplan con el resto de los requisitos exigidos por el art. 208 LGSS, esto es, no adelantarse más de dos años a su edad ordinaria de acceso y tener 35 años cotizados o más—.

4. Jubilación anticipada por razón de la actividad

La jubilación anticipada por razón de actividad va dirigida a aquellas actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza especialmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre con altos índices de morbilidad.

De esta forma, con la reforma de la Ley 21/2021, el art. 206 LGSS, ofrece cobertura a unos colectivos altamente perjudicados por las dificultades en el ejercicio de su actividad profesional. Así se crea un nuevo procedimiento de solicitud, se amplían los colectivos que pueden acogerse a esta modalidad específica, se precisan los indicadores de penosidad y peligrosidad, se establece un procedimiento de revisión de los coeficientes reductores cada diez años, y se remite al reglamento el procedimiento general para establecer coeficientes reductores que permitan anticipar la edad de jubilación.

Lógicamente, el establecimiento de reducciones de edad ordinaria de jubilación por razón de la actividad, supone un mayor gasto a la Seguridad Social, al tener que anticipar la pensión en su cuantía integra y sin reducción, por lo que, como contrapartida, se prevé que «con la finalidad de mantener el equilibrio financiero del sistema, la aplicación de los coeficientes reductores que se establecen llevará consigo un incremento en la cotización a la Seguridad Social, a efectuar en relación con el colectivo, sector y actividad que se delimiten en la norma corres-

pondiente, en los términos y condiciones que, asimismo, se establezcan. Dicho incremento consistirá en aplicar un tipo de cotización adicional sobre la base de cotización por contingencias comunes, tanto a cargo de la empresa como del trabajador» (art. 206.4 LGSS).

En el supuesto de que se le haya reconocido a la persona trabajadora la reducción de la edad de jubilación y por los avances científicos u otros motivos, desaparecen las causas o disminuyen los efectos en las condiciones de trabajo que dieron lugar a la aplicación de los coeficientes reductores, podrán minorarse esos coeficientes o modificarse la edad mínima establecida. Aunque también, al contrario, es decir, si las causas lo justifican, también podrán aumentarse[25].

La edad mínima de acceso a la pensión de jubilación podrá ser así rebajada por RD, a propuesta del titular del Ministerio de Seguridad Social, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y tengan altos índices de morbilidad o mortalidad. Concretamente, el RD 1698/2011 establece una serie de premisas generales para el acceso a esta modalidad, como son que la persona interesada tenga como mínimo 52 años; que la acreditación del tiempo de trabajo efectivo en las correspondientes actividades se deducirá de la información obrante en la Tesorería General de la Seguridad Social; que debe quedar acreditado que la persona interesada ha realizado un tiempo de trabajo efectivo, en las actividades correspondientes equivalente al periodo mínimo de cotización exigido para acceder a la pensión de jubilación sin que este periodo pueda ser superior a 15 años; y que el periodo de tiempo en que resulte efectivamente reducida la edad de jubilación de la persona trabajadora se computará como cotizado para determinar el porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora para calcular el importe de la pensión de jubilación.

Los colectivos a los que va dirigido son mineros[26], pilotos y personal de vuelo[27], ferroviarios[28], bomberos, toreros, artistas, cuerpo de la ertzaintza o policías locales. Así, por ejemplo, en el caso de los bomberos, el RD 383/2008, de 14 de marzo, por el que se establece el

---

[25] Barceló Fernández, J., *El retraso en la edad de jubilación. Regulación y políticas para la prolongación de la actividad laboral*, Atelier, 2016. p. 88.

[26] RD 2366/1984, de 26 de diciembre, sobre reducción de la edad de jubilación de determinados grupos profesionales incluidos en el ámbito del Estatuto Minero, que prevé unos coeficientes que van del 0,05 al 0,5.

[27] RD 1559/1986, de 28 de junio, por el que se reduce la edad de jubilación del personal de vuelo de trabajos aéreos, con unos coeficientes de 0,40 para pilotos y segundos pilotos y de un 0,30 para mecánicos de aeronave, navegantes operadores de fotografía aérea, operadores de medios tecnológicos, fotógrafos aéreos y operadores de cámara aérea.

[28] RD 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que integran los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Trabajadores Ferroviarios, Jugadores de Fútbol, Representantes de Comercio, Toreros y Artistas en el Régimen General, con unos coeficientes que van del 0,10 al 0,15.

coeficiente reductor de la edad de jubilación a favor de los bomberos al servicio de las administraciones y organismos públicos, prevé una reducción constante a aplicar a los años completos efectivamente trabajadores como bombero el coeficiente reductor del 0,20 y el resultado se deduce de la edad ordinaria de 65 años, dando lugar a la edad de jubilación reducida. En ningún caso, la aplicación de ese coeficiente puede implicar la jubilación anterior a los 60 años o a los 59 cuando el bombero acredite 35 o más años de cotización.

Cabe señalar que antes de la indicada reforma, no existía este derecho, pues era el propio gobierno el que decidía unilateralmente si se reconocían o no coeficientes reductores a un colectivo concreto, sin que las personas trabajadoras pudieran exigir o reclamar al respecto. De esta forma, para establecer un sistema objetivo se ha regulado un procedimiento que establece los requisitos que deben cumplir las diferentes actividades para poder acceder a coeficientes reductores.

5. Jubilación anticipada de personas con discapacidad

El art. 206 bis LGSS prevé que las personas con enfermedades que impidan su actividad laboral pueden acceder de forma anticipada a la jubilación, siempre que sufran «reducciones anatómicas o funcionales graves: previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral». Es el caso de las personas con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100, y de las personas con un grado de discapacidad superior al 45 por 100 que, además, acrediten una reducción significativa en su esperanza de vida.

Para las personas con discapacidad igual o superior al 65 por 100, el RD 1539/2009 indica que no podrá anticipar la edad de jubilación más allá de los 52 años. Pero, prevé que la edad ordinaria de jubilación se verá reducida en un periodo equivalente al que resulte de aplicar al tiempo efectivamente trabajado un coeficiente de un 0,25 cuando la persona trabajadora acredite una minusvalía igual o superior al 65 por 100, o un coeficiente del 0,50 cuando acredite dicha minusvalía y además alegue la necesidad del concurso de una tercera persona para realizar las actividades esenciales de la vida.

De esta forma, por ejemplo, si la persona trabajadora acredita cuatro años de trabajo con una discapacidad igual o superior al 65 por 100, se multiplica el coeficiente 0,25 por cuatro años, dando como resultado una reducción de un año en la edad ordinaria legal de jubilación. Si además de dicha discapacidad acredita que ha necesitado el concurso de otra persona, se multiplicaría 0,5 por un año, lo que daría 0,5, de tal forma que un año más 0,5 se reduciría la edad en un año y medio.

En el caso de las personas con discapacidad igual o superior al 45 por 100, el RD 1851/2009 señala que la jubilación anticipada no podrá adelantarse más allá de los 65 años, y que la persona trabajadora debe tener cotizados como mínimo 15 años, y de esos 15 años, cinco deberán haberse trabajado estando vigente el grado igual o superior al 45 por 100, causada por alguna de las enfermedades incluidas en el RD. Asimismo, se establece que se podrá alcanzar el 45 por 100 de discapacidad cuando se tengan en cuenta todas las dolencias incluidas por los factores sociales complementarios y siempre que se tenga, como mínimo, un 33 por 100 de discapacidad. La bonificación que se prevé es de un 25 por 100 por año trabajado con discapacidad.

Cabe señalar que el TS[29] ha interpretado que no es imprescindible que la discapacidad listada alcance el 45 por 100, pero sí es importante que dicha discapacidad tenga un grado relevante o determinante, pues en estos supuestos «la edad mínima de jubilación de las personas afectadas […] será excepcionalmente, al de cincuenta y seis años. Además, el periodo de tiempo en que resulte reducida la edad de jubilación del trabajador, se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora para calcular el importe de la pensión de jubilación».

Si bien no hay establecida una lista para delimitar los casos en que se tiene derecho a la pensión, existen cinco categorías de enfermedades y afecciones en las que se conceden generalmente las prestaciones, como son las enfermedades oncológicas, ya que muchos tipos de cáncer dejan secuelas irreversibles que afectan a la vida de una persona, así como el proceso de quimioterapia; las enfermedades psiquiátricas, pues muchas de ellas derivan en el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente; enfermedades del corazón, oído y ojos; enfermedades del aparato respiratorio, digestivo o nervioso; o enfermedades reumáticas o traumatológicas, pues, en estos casos, muchas veces necesitan un tratamiento quirúrgico u ortopédico.

El cálculo de la pensión de jubilación de las personas trabajadoras con discapacidad, tanto las que acrediten la realización de periodos de trabajo con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100, como las que tengan una discapacidad igual o superior al 45 por 100, se realiza de la misma forma que para la jubilación ordinaria, con la salvedad, respecto al porcentaje, de que ese periodo de tiempo en que resulte reducida la edad de jubilación de la persona trabajadora, se computará como cotizado (art. 5 RD 1539/2003 y art. 7 RD 1851/2009).

[29] STS de 27 de septiembre de 2017, rec. núm. 4233/2015 (RJ 2017, 4300).

IV. CONCLUSIONES

Alcanzar un equilibrio financiero a largo plazo es una condición necesaria para la supervivencia de un sistema de pensiones. Además, cabe tener en cuenta que el sistema español de pensiones públicas se configura como un sistema de reparto en el que las personas cotizantes de hoy pagan las pensiones de las personas jubiladas a cambio de recibir una pensión en el futuro en función de su contributividad presente. De ahí, las estimaciones que se están realizando sobre la relación entre la tasa de natalidad y la pirámide poblacional, pues es un factor clave para determinar el número de cotizantes y el número de personas jubiladas a largo plazo, con el fin de asegurar dicho equilibrio.

La reforma del sistema de pensiones debería reunir una serie de características a fin de asegurar la sostenibilidad[30]: i) que garantice el equilibrio actuarial y financiero del sistema; ii) que el equilibrio financiero se garantice mediante un mecanismo automático de ajuste; iii) ante ajustes discrecionales, que sea gradual; iv) que sea percibida como justa; v) que sea transparente; vi) y que permita una flexibilidad en la edad de jubilación.

Por ello, la necesidad de realizar reformas en el sistema público de pensiones con el fin de adaptar el marco normativo a la situación sociodemográfica. En este sentido, las reformas del sistema de pensiones pueden llevarse a cabo sobre los ingresos o sobre los gastos.

Desde el punto de vista de los ingresos, se centra básicamente en una subida de las cotizaciones, donde se halla el Mecanismo de Equidad Intergeneracional, la supresión de los topes de cotización, o la cotización adicional de solidaridad, entre otros; mientras que, desde el punto de vista de los gastos, se basa en el fomento de la jubilación demorada, la jubilación flexible, la jubilación anticipada o la parcial, entre otras.

La L 21/2021 se centra en ajustar, especialmente, las distintas formas de jubilación anticipada para intentar aproximar lo suficiente la edad real de jubilación a la prevista en la ley. De ahí, la modificación de los tramos trimestrales en tramos mensuales y el establecimiento de unos coeficientes más duros.

Por último, y no menos importante, es garantizar el principio de confianza sobre la sostenibilidad económico-financiera del sistema público de pensiones evitando medidas de regresividad sobre las medidas ya acordadas dentro del Pacto de Toledo.

---

[30] Devesa, E.; Doménech, R., «Las cuentas nocionales individuales: elemento central de la reforma del sistema de pensiones en España», *Fedea Policy Papers*, núm. 2, 2021.

V. BIBLIOGRAFÍA

Aibar Bernad, J., «El Pacto de Toledo y la financiación de la Seguridad Social. Avances recientes y cuestiones abiertas a debate», *Revista de Justicia Laboral*, núm. 54, 2013.

Arrázola, F. J.L; Lezaun, J. J.; Arrázola, M. L., «Jubilación: necesidad de reflexión», *Revista de Servicios Sociales,* vol. 5, núm. 22, 1993.

Barceló Fernández, J., *El retraso en la edad de jubilación. Regulación y políticas para la prolongación de la actividad laboral*, Atelier, 2016.

Cano Galán, Y., «La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal de la jubilación», *RAD*, núm. 3, 2022.

Cardenal Carro, M., «El nuevo Pacto de Toledo», *RAD*, núm. 13, 2003.

Devesa, E.; Doménech, R., «Las cuentas nocionales individuales: elemento central de la reforma del sistema de pensiones en España», *Fedea Policy Papers*, núm. 2, 2021.

Escribá Pérez, A. N., «El mecanismo de equidad intergeneracional en el Pacto de Toledo», en AA.VV., *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo*, Laborum, 2022.

López Fernández, R., «Las modalidades de jubilación anticipada tras la reforma de la Ley 21/2021», en AA.VV., *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo,* Laborum, 2022.

López Insua, B. M., «Jubilación anticipada», en AA.VV., *Las pensiones ante los retos que plantea la «sociedad del riesgo»,* Laborum, 2024.

Monereo Pérez, J. L., «La reforma en materia de pensiones: análisis general y proyección de futuro», en AA.VV., *Las pensiones ante los retos que plantea la «sociedad del riesgo*», Laborum, 2024.

Monereo Pérez, J. L.; Rodríguez Iniesta, G., *La pensión de jubilación,* Laborum, 2022.

Moreno Romero, F.; Chabannes, M., «Reflexiones sobre los problemas aplicativos de las jubilaciones anticipadas y parcial», en AA.VV., *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones,* Comares, 2020.

Pérez López, J. I., «Jubilación Demorada», en AA.VV., *Las pensiones ante los retos que plantea la «sociedad del riesgo»*, Laborum, 2024.

Ramos Quintana, M. I., «Factor de sostenibilidad e índice de revaloración del sistema de pensiones en España: dimensión constitucional y alcance jurídico», *DL*, núm. 103, 2015.

Vila Tierno, F., «Algunas reflexiones sobre la jubilación demorada», *Brief AEDTSS*, núm. 40, 2023.

Vila Tierno, F., Gutiérrez Bengoechea, M.; Benítez Llamazares, N., «Suficiencia y sostenibilidad en el marco de la Ley 21/2021. Especial atención al mecanismo de equidad intergeneracional», *RTSS*, núm. 467, 2022.

ANÁLISIS COMPARADO DE LA LITIGACIÓN CLIMÁTICA: DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL A LA CORPORATIVA

Jesús María Calderón Argüello
Estudiante, Universidad Carlos III y Colegio de Europa

RESUMEN: La irrupción de la litigación climática, cuyas implicaciones trascienden las audiencias, supone un desafío para el mundo del Derecho. Como fenómeno en expansión, resulta conveniente analizar su tratamiento en diferentes jurisdicciones, confrontando las principales argumentaciones jurídicas que se han presentado ante los tribunales, y estudiando su evolución desde la responsabilidad estatal a la corporativa. Para ello, se analiza la fundamentación jurídica de la existencia de deberes sobre el medio ambiente, el derecho de acción de terceros demandantes y las teorías para el establecimiento del nexo causal. Finalmente, se concluye con una serie de perspectivas que ayudan a comprender el desafío al que se enfrentan los juristas.

Palabras clave: Litigación climática; responsabilidad corporativa; deber de diligencia; acción colectiva; nexo causal; separación de poderes.

ABSTRACT: The emergence of climate litigation, whose implications transcend the hearings, is a challenge for the world of law. As a phenomenon in expansion, it is convenient to analyse its treatment in different jurisdictions, confronting the main legal arguments that have been presented before the courts, and studying its evolution from state to corporate liability. For this purpose, the legal basis of the existence of duties on the environment, the right of action of third party plaintiffs and the theories for the establishment of the causal link are studied. Finally, it concludes with a series of perspectives that help to understand the challenge faced by jurists.

Keywords: Climate litigation; corporate responsibility; duty of care; class action; causal link; co-causality; separation of powers.

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. 1.- La relevancia de la litigación climática en el Derecho II.- LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA EXISTENCIA DE DEBERES SOBRE EL MEDIO AMBIENTE. 1.- El objeto del litigio como condicionante de la fundamentación jurídica 2.- Vías de fundamentación jurídica: derechos humanos y derecho tradicional de daños 3.- Análisis comparativo: diferencias según la jurisdicción y extrapolación de la responsabilidad pública a la privada III.- LA LEGITIMACIÓN O DERECHO DE ACCIÓN. 1.- Legitimación: individual, colectiva por intereses difusos y acciones de clase 2.- Análisis comparativo: los requisitos de legitimación según la jurisdicción IV.- EL NEXO CAUSAL. 1.- Teorías y desafíos del nexo causal 2.- Análisis jurisprudencial: relevancia, orden y teorías sobre el nexo causal V.- MÁS ALLÁ DE LA DISPUTA ANTE TRIBUNALES. 1.- El rol de la litigación climática en la separación de poderes 2.- Litigación climática en sentido opuesto 3.- Litigación climática y justicia transicional 4.- Litigación climática: responsabilidad sin indemnización VI.- BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El mundo jurídico no se ha mantenido ajeno a la concienciación sobre el cambio climático y el medio ambiente, que recorre transversalmente todo ámbito social, económico y científico.

Durante los últimos años el acercamiento jurídico a la protección del medioambiente ha encontrado un nuevo protagonista en el fenómeno de la litigación climática desplazando a la normatividad como vía para exigir una mayor y efectiva actuación ante la urgencia climática[1].

Sin entrar en debates doctrinales respecto a su denominación y límites[2], se pueden denominar «litigios climáticos» aquellos donde se tratan, ante organismos judiciales y cuasi judiciales, cuestiones materiales de ciencia, política o legislación sobre el cambio climático[3], siguiendo así el enfoque utilizado por el *Sabin Center*.

No obstante, más allá del concepto fenomenológico o su base fáctica, la relevancia jurídica de la litigación climática radica en el desafío que supone para el razonamiento de los juristas. Así, la particularidad del cambio climático invierte el orden en el que se analiza el problema, debiendo razonarse desde las causas (en las que parece existir

---

[1] De Armenteras, M., *et al*., *Litigación climática: control y responsabilidad*, CONCLIMA, Proyecto financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, 2018, pp. 4-5.

[2] En este sentido, Setzer, J. y Vanhala, L. C., «Climate Change Litigation: A Review of Research on Courts and Litigants in Climate Governance», *Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change*, vol. 10, núm. 3, 2019, e580. y Peel, J. y Osofsky, H. M., «Climate Change Litigation», *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 16, 2020, pp. 21-38.

[3] Burger, M. y Tigre, M. A., *Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review*, Sabin Center for Climate Change Law, Columbia Law School & United Nations Environment Programme, 2023, p. 3.

consenso científico) hacia los costes (inciertos, pero potencialmente catastróficos).

En consecuencia, la caracterización clásica de la litigación[4] como la resolución de problemas «bipolares» (donde tiene razón una parte u otra), retrospectivo (basado en un resolver un problema pasado), en el cual derecho y remedio son interdependientes (por ejemplo, un daño que requiere compensación) y que supone un episodio autocontenido y controlado por las partes, no describe de manera fiel la realidad de su vertiente climática.

El interés académico se justifica al presentarse un litigio policéntrico —con multiplicidad de actores y soluciones—, prospectivo, en el cual derecho y remedio no son interdependientes, no autocontenido y cuya totalidad de episodios no son controlados por las partes litigantes. Su desafío trasciende además las audiencias, y habilita el debate sobre el rol de los tribunales. Si, como decía Fuller, existen límites a la litigación como mecanismo de resolución de conflictos[5], esta es la última frontera. Sin embargo, la gravedad y urgencia del problema, y sus implicaciones para los derechos fundamentales (como veremos más abajo) suponen que no sea fácil dejarlo de lado, como una controversia «no apta» para la función judicial.

La cuestión se ha diversificado aún más en los últimos tiempos, ya que, pese a la prevalencia inicial de los litigios contra Gobiernos y Estados, ha aumentado considerablemente el número de casos con empresas como parte demandada. La litigación climática se convierte entonces en un instrumento que aborda tanto el ámbito jurídico-público como el privado, donde no solo encontramos los llamados *carbon majors* sino también empresas de sectores como las finanzas, la energía o los plásticos.

El objetivo principal de la presente contribución es ofrecer un análisis comparado y en perspectiva de la litigación climática en diferentes jurisdicciones —capitalizando la relevancia de la reciente desestimación de la demanda en el llamado *Juicio por el Clima* por parte de nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de julio de 2023 (STS 3556/2023)— estableciendo los posibles vínculos entre la responsabilidad estatal y la corporativa ante terceros.

En particular, se busca dar respuesta a la cuestión del fundamento de la «legitimación activa climática», analizando las fuentes de responsabilidad estatal y corporativa, y su potencial extrapolación; la legitimación activa, enfatizando su vertiente colectiva, y el tratamiento del nexo causal que complete los requisitos de responsabilidad.

---

[4] Chayes, A., «The Role of the Judge in Public Law Litigation», *Harvard Law Review*, vol. 89, núm. 7, 1976, pp. 1281-1316 y Fuller, L., «The Forms and Limits of Adjudication», *Harvard Law Review*, vol. 92, núm. 2, 1978, pp. 353-409.

[5] Fuller, L., «The Forms and Limits of Adjudication», cit., pp. 368-372.

Finalmente, concluimos con una serie de perspectivas que buscan comprender de manera más profunda y completa el estado de la litigación climática, así como su evolución y los desafíos que plantea al mundo del Derecho.

II. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA EXISTENCIA DE DEBERES SOBRE EL MEDIO AMBIENTE

1. El objeto del litigio como condicionante de la fundamentación jurídica

La clasificación de mayor relevancia para nuestro estudio se refiere al objeto y base jurídica de los litigios. Según su objeto, podemos distinguir entre litigios sobre mitigación y adaptación, por un lado, y aquellos referidos a la atribución de costes, por el otro[6].

Los primeros incluyen aquellas acciones destinadas a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, así como aquellos referidos al cumplimiento de las políticas de adaptación, ejemplificados por el llamado caso *Urgenda* (*Fundación Urgenda c. Reino de los Países* Bajos)[7].

Entre los litigios de atribución de costes, encontramos aquellos destinados a la financiación de medidas de prevención o reducción de riesgos, así como compensatorios o indemnizatorios de los daños ecológicos, como el asunto *Lliuya c. RWE AG*., que trata la compensación de los costes asumidos por el deshielo de los glaciares[8].

2. Vías de fundamentación jurídica: derechos humanos y derecho tradicional de daños

La reclamación de «responsabilidad climática» se ha articulado, por el momento, en torno a dos bases jurídicas principales.

En primer lugar, algunos litigios han utilizado como base la afectación de los derechos humanos, lo que ha supuesto un *rights turn* o *giro*

---

[6] Savaresi, A., y Setzer, J., *Mapping the Whole of the Moon: An Analysis of the Role of Human Rights in Climate Litigation*, SSRN, 2021, p. 10.

[7] *Urgenda Foundation c. Países Bajos* [2015] HAZA C/09/00456689 y, posteriormente, ante el *Hogue Raad* (Tribunal Supremo) caso núm. 19/00135, ECLI:NL:HR:2019:2006 (en adelante, *Urgenda*).

[8] Sentencia de la Corte del Distrito de Essen, de 15 de diciembre de 2006, *Lliuya c. RWE AG*, asunto 14/0354Z/R/rv *https://climatecasechart.com/non-us-case/lliuya-v-rwe-ag/*

hacia los derechos[9]. Ello parte de la vinculación esencial del derecho al medioambiente y el disfrute de los derechos humanos reconocida por primera vez en la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de Estocolmo (1972), encontrando gran solidez argumentativa en la litigación jurídica-pública. En los litigios contra actores privados (típicamente, empresas) se ha dado continuidad a esta idea sobre la base de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, publicado por las Naciones Unidas (UNGP) en 2011[10], entre otras.

Por otro lado, en los países de *common law,* con la excepción del caso *Juliana*[11], la mayoría de litigios climáticos han utilizado un cauce algo más «convencional» de las instituciones clásicas del derecho de daños, el llamado *tort*[12], distinguiendo entre *public* y *private nuisance*[13]. Asimismo, los demandantes han recurrido a conceptos como *negligence* o *trespass*[14].

En los países de *civil law* también se ha recurrido en ocasiones a los principios del derecho de daños (por ejemplo, en Holanda, en *Urgenda* y posteriores) pero el catalizador del desvalor, y, por tanto, el elemento distintivo, han sido los derechos fundamentales, mientras que en los países de *common law*, la reclamación de *tort* es directa, y sin mediatizar por dichos derechos fundamentales.

---

[9] Peel, J., y Osofsky, H., «A Rights Turn in Climate Change Litigation?», *Transnational Environmental Law*, 7(1), pp. 37-67, 2018.

[10] Oficina del alto comisionado para los derechos humanos, «Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos», 2011 (disponible en: *https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf*). Su Principio número trece contempla así tanto una labor de prevención y mitigación como de reparación de las consecuencias negativas de sus acciones y omisiones.

[11] El caso *Juliana v US* posee numerosas etapas y giros de guion procesales, haciendo difícil citar un documento judicial específico. El caso se inició por 21 demandantes jóvenes y una organización no gubernamental, en representación de generaciones futuras, contra el Presidente de los Estados Unidos y múltiples agencias (colectivamente: el gobierno) en 2017. En 2020, el tribunal del Circuito 9 (tribunal de apelación federal) desestimó la demanda por falta de legitimación, en *Juliana v. United States*, 947 F.3d 1159 (2020), pero los demandantes han intentado reconstruir su causa desde entonces. En junio de 2023 los demandados presentaron una solicitud de desestimación.

[12] Ruda González, A., *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente*, tesis doctoral, Universitat de Girona, 2006, pp. 78-79.

[13] El *tort de private nuisance* implica una injerencia ilícita en el disfrute de un derecho o interés particular del demandante, mientras que el de *public nuisance* requiere una afectación a un interés general o derecho común.

[14] Burger, M., y Wentz, J., «Holding fossil fuel companies accountable for their contribution to climate change: Where does the law stand?», *Bulletin of the Atomic Scientists*, 74(6), pp. 397-403, p. 399, 2018.

3. Análisis jurisprudencial: diferencias según la jurisdicción y extrapolación de la responsabilidad pública a la privada

En aras de realizar un análisis comparativo, la elección de los asuntos judiciales se debe a su trascendencia jurídica o por ser representativos de la tendencia de su jurisdicción[15].

Por un lado, observamos que la fundamentación de la litigación difiere según la jurisdicción, encontrando mayor acomodo allí donde los derechos fundamentales se han configurado como derechos positivos, siendo acompañado por nociones como el deber de cuidado o negligencia. Así, parte del *consenso internacional generalizado* de que los derechos humanos deben ofrecer protección contra los impactos del cambio climático[16].

En cambio, en aquellas jurisdicciones, como la estadounidense, en las que los derechos se formulan como derechos de no injerencia, la argumentación jurídica ha recurrido mayoritariamente a las institucionales tradicionales del Derecho de daños. A ello deben sumarse los obstáculos procesales, íntimamente ligados al fondo, que han condicionado la litigación climática. Además, cabe remarcar la inversión de las partes en ciertos litigios en Estados Unidos, que sitúa como demandantes a los *carbon majors* (y fiscales de Estados dirigidos por administraciones republicanas) frente a Estados demócratas.

Pese a las diferencias, cabe apreciar también similitudes en la argumentación de los demandantes, incluso pese a pertenecer a diferentes tradiciones jurídicas. Por ejemplo, en *Juliana* y *Neubauer* se trata el cambio climático como un problema de justicia o igualdad intergeneracional, y se discute si tal cuestión es «justiciable» (el caso *Urgenda*, por su parte, se centra en la protección de derechos como la vida, o la vida personal y familiar).

---

[15] Así, destacan los casos *Urgenda* y *Milieudefensie* et al*. v. Royal Dutch Shell plc*. (Países Bajos), BVerfG *Neubauer,* 1 BvR 2656/18, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20*,* (Alemania)*, Comuna de Grande-Synthe c. Francia,* núm. 427301, decisión del Consejo de Estado de 1 de julio de 2021 *y Notre Affaire à Tous et.al. c. Francia,* núms. 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1, decisión del Tribunal Administrativo de París, de 14 de octubre de 2021*, Oxfam* et al*. c. BNP Paribas,* demanda presentada ante el tribunal de París, el 23 de febrero de 2023 (Francia), *Gbemre c. Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd. y otros,* No. FHC/B/CS/53/05, decisión del Tribunal Supremo del 30 de noviembre de 2005 (Nigeria)*, Greenpeace Southeast Asia* et al.*,* informe final de la Comisión de Derechos Humanos de 6 de junio de 2022 (Filipinas), *Juliana c. Estados Unidos, Comer c. Murphy Oil USA Inc. Docket No.* 10-294*,* o *American Electric Power* Co. *v. Connecticut*, 564 U.S. 410 (2011)(Estados Unidos) *y LLiuya c. RWE AG caso núm.* 2 O 285/15 Tribunal regional de Essen disponible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/lliuya-v-rwe-ag/* (Alemania, siendo un caso trasnacional al tratarse de responsabilidad por el deshielo de la cordillera peruana).

[16] Tal sería el caso en *Urgenda* (Países Bajos) *Neubauer* (Alemania) o *Greenpeace Southeast Asia* et al. (Filipinas).

Otro elemento relevante para el análisis son las diferencias entre la litigación pública y privada, y los mecanismos de extrapolación de la responsabilidad estatal a la societaria. Hasta ahora, la litigación climática se caracteriza por un menor desarrollo legislativo y jurisprudencial respecto a los deberes de los operadores privados para con los derechos humanos[17].

Ello otorga especial interés a los argumentos desarrollados por los tribunales en los casos jurídico-públicos, ya que suelen tomarse como base para construir los casos jurídico-privados. Sin embargo, no todos los argumentos utilizados para articular la responsabilidad de entes públicos son igualmente extrapolables a casos donde se habla de las obligaciones de los operadores privados.

En los casos seleccionados, las normativas, compromisos y acuerdos internacionales resultan determinantes a la hora de interpretar los deberes respecto al medioambiente. Sin embargo, su traslación al plano del Derecho nacional es lo que constriñe los argumentos admisibles, y su traslación a los casos frente operadores privados. Por ejemplo, apoyándose en el vigésimo tercer principio del UNGP, el tribunal neerlandés en *Millieudefensie c. Shell* confirmó que *«[la responsabilidad corporativa] es de aplicación en todos lados, independientemente del contexto legal local, y no es pasiva»*[18].

Considerando factores como el sector, la estructura, el contexto operativo y el tamaño[19], el tribunal llegó la conclusión de que «mucho se puede esperar» de la demandada[20]. Por tanto, el caso de los Países Bajos se caracteriza por una construcción casi enteramente jurisprudencial, siendo los tribunales quienes, UNGP mediante, reconocen la responsabilidad climática de las empresas.

Una vía similar puede observarse en otros casos extranjeros, destacando el planteamiento de los tribunales nigerianos en el caso *Gbemre c. Shell*. Si bien *Urgenda* ha sido, probablemente, el caso más influyente de los últimos tiempos, y allanó el camino para otros casos de responsabilidad gubernamental, y para casos como *Milieudefensie,* basados en la responsabilidad de las empresas; *Gbemre* se adelantó diez años a *Urgenda,* al vincular clima y derechos fundamentales, y en más de quince a *Milieudefensie,*

---

[17] Savaresi, A., y Setzer, J., «Mapping the Whole of the Moon: An Analysis of the Role of Human Rights in Climate Litigation», cit., p. 19.

[18] RBDHA de 26 de mayo de 2021, *Milieudefensie y otros c. RDS*, asunto C/09/571932, apdo. 4.4.15.

[19] Royal Dutch Sell está conformado por mil cien compañías distribuidas en ciento sesenta países, y es un *major player* en el sector de los combustibles fósiles y emisor de CO_2.

[20] De acuerdo con el tribunal, su deber de diligencia supone «evaluar cualquier impacto adverso real o potencial sobre los derechos humanos con el que puedan estar involucrados, ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales» (RBDHA de 26 de mayo de 2021, *Milieudefensie y otros c. RDS*, asunto C/09/571932, apdo. 4.4.39).

al vincular ambos elementos a la obligación de las empresas de tener en cuenta la protección del medioambiente. Esta postura se ha observado también en el caso más reciente de *Greenpeace Southeast Asia,* decidido por la Comisión de Derechos Humanos de Filipinas. El mérito de *Gbemre* reside en haber conectado cambio climático, derechos fundamentales, y responsabilidad empresarial, mucho antes de que tales argumentos se considerasen en los tribunales de cualquier otra jurisdicción.

Una construcción también jurisprudencial se puede observar en la argumentación del Tribunal Constitucional alemán en *Neubauer.* No obstante, el planteamiento es cualitativamente distinto, al desestimar los argumentos relativos a derechos fundamentales individuales y, por otro lado, suponer un reconocimiento e implementación trascendentales de la justicia intergeneracional recogida en los arts. 3 de la CNMUCC, así como del Acuerdo de París. Este planteamiento encuentra similitudes son el del caso *Juliana*, si bien los tribunales americanos parecen mantenerse en la no *justiciabilidad* de este problema, mientras el TC alemán lo admite como una controversia judicial. A pesar de ello, no es difícil inferir que el argumento de la distribución intergeneracional equitativa de cargas es un argumento mucho más difícil de trasponer a la esfera privada, donde se dirime la responsabilidad de las empresas, que el argumento de la vulneración de derechos fundamentales[21].

En tercer lugar, el planteamiento de los tribunales franceses, si bien con amplia construcción jurisprudencial, goza de un eminente papel legislativo al basarse en la violación de deberes legales. En el caso *Commune de Grande-Synthe c. Francia* el ayuntamiento de Grande-Synthe demandó a diversas autoridades francesas por su negativa a actuar, solicitando que se les ordenase adoptar las medidas necesarias para priorizar las políticas de mitigación y adaptación climática, y el Consejo de Estado consideró el Acuerdo de París aplicable a través de las referencias en el Derecho nacional (Código Energético), mientras que en los casos contra Total[22], Casino[23] o BNP[24], se reclamaban vul-

---

[21] Así, resulta extraño que un tercero esgrima el argumento de que la inacción por parte de una empresa respecto a sus objetivos de reducción de emisiones pueda suponer un exceso de cargas respecto a las *futuras generaciones* de la empresa. No ocurre así en el caso de litigación por los propios accionistas.

[22] Demanda presentada ante el tribunal de Nanterre, de 3 de octubre de 2019, *Les Amis de la Terre c. Total* (disponible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/friends-of-the-earth-et-al-v-total/).*

[23] Demanda presentada ante el tribunal de Saint-Étienne, de 2 de marzo de 2021, *Envol Vert c. Casino* (disponible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/envol-vert-et-al-v-casino/).*

[24] Demanda presentada ante el tribunal de París, de 23 de febrero de 2023, *Notre Affaire à Tous, Les Amis de la Terre, Oxfam France c. BNP Paribas (https://climatecasechart.com/non-us-case/notre-affaire-a-tous-les-amis-de-la-terre-and-oxfam-france-v-bnp-paribas/).*

neraciones de la ley que establece el deber de vigilancia climática[25]. Aunque la Ley 2017-399 resulta pionera respecto a la responsabilidad corporativa, tal amplitud ya fue reconocida por el tribunal holandés en el caso *Milieudefensie,* incluyéndose el impacto medioambiental resultado de las relaciones comerciales.

III. LA LEGITIMACIÓN O DERECHO DE ACCIÓN

La primera fase de toda litigación consiste en establecer la legitimación o *locus standi*. En el caso del litigio climático, esta hace frente a ciertos condicionantes procesales que han sido calificados como el principal obstáculo para el éxito de las demandas climáticas[26].

Pese a ello, parece haber quedado demostrada la necesidad de garantizar el acceso a justicia de los individuos, reconocido en el Principio décimo del Convenio de Río de Janeiro de 1992, con el fin de favorecer el llamado *citizen enforcement*[27]. En este sentido, los principios vigésimo quinto y sexto de los UNGP establecen como obligación de los Estados garantizar el acceso a mecanismos de reparación eficaces a la vez que limitar los obstáculos que conduzcan a su denegación.

1. Legitimación: individual, colectiva por intereses difusos y acciones de clase

En líneas generales, la legitimación puede dividirse en dos tipos: legitimación individual y colectiva. Esta, a su vez, puede dividirse en acciones colectivas por intereses difusos y las llamadas acciones de clase o *class actions*.

Pese a las peculiaridades intrínsecas a la responsabilidad por el cambio climático, la legitimación individual ha sido objeto de tratamiento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)[28], donde, de momento, la doctrina *Plaumann*[29] se erige como una barrera difícil de franquear, así como por el Tribunal Europeo de Derechos Hu-

---

[25] Arts. L. 225-102-4.-I o L. 225-102-5 del Código de Comercio de la República de Francia.

[26] Burger, M., Wentz, J. y Horton, R. M., «The law and science of climate change attribution», *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 45, núm. 57, 2020, p. 153.

[27] Como se relata posteriormente, la importancia del acceso de los ciudadanos a la justicia en los litigios climáticos es reconocida de manera expresa por el TEDH en su sentencia de 9 de abril de 2024, asunto 53600/20, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz y otros c. Suiza*.

[28] Sentencia del Tribunal, de 25 de marzo de 2021, caso C-565/19 P, *Carvalho y otros c. Parlamento y Consejo*, ECLI:EU:C:2021:252.

[29] Junto a la anterior jurisprudencia, destacamos los siguientes casos: sentencia del Tribunal de Justicia de en el caso 25/62 *Plaumann contra la Comisión CEE*, ECLI:EU:C:1963:17, sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2002, asunto C-50/00 P *Unión de Pequeños Agricultores,* ECLI:EU:C:2002:462.

manos (TEDH)[30], o los tribunales de Suiza[31], Colombia[32], Australia[33] o Estados Unidos[34].

Por su parte, las acciones colectivas por intereses difusos parte de la concepción de que la lesión del interés general constituye automáticamente una lesión del interés individual de las organizaciones[35] (Ruda, 2006), encontrando en los Países Bajos su mayor exponente.

Finalmente, las acciones de clase, propias del *Common Law*, se definen como «un mecanismo procesal que permite a uno o varios demandantes presentar y tramitar una demanda en nombre de un grupo mayor, o clase», constituyendo «una excepción a la regla habitual de que los litigios se llevan a cabo por y en nombre de las partes individuales nombradas»[36] Pese a su origen, estas acciones han sido utilizadas ante tribunales como los suizos o colombianos.

2. Análisis comparativo: los requisitos de legitimación según la jurisdicción

Los requisitos de legitimación muestran *a priori* una clara divergencia entre el Derecho Continental y el *Common Law*, la cual se ve acrecentada considerando los distintos tipos de legitimación. No obstante, somos capaces de identificar ciertas tendencias o similitudes entre jurisdicciones de ambos modelos, así como la suma importancia de los tribunales a la hora de interpretar y completar los requisitos legales.

En primer lugar, la protección del medioambiente requiere en la mayoría de las jurisdicciones una relación o identidad con un perjuicio concreto y particularizado o una dimensión de carácter económica o civil, con las únicas excepciones de los casos decididos en Filipinas (*Greenpeace South East Asia*) y Nigeria (*Gbemre*), en los cuales la legitimación no se discutió. En el caso *Greenpeace v South East Asia*

---

[30] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de agosto de 1997, asunto 67\1996\686\876, *Balmer-Schafroth y otros c. Suiza* y, Sentencia de 9 de abril de 2024, asunto 53600/20 *Verein Klimaseniorinnen Schweiz y otros c. Suiza*.

[31] Sentencia del Tribunal Supremo Federal Suizo, Sala de Derecho Público I, de 5 de mayo de 2020, asunto 1C_37/2019 *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otros c. DETEC.*

[32] Decisión de la Corte Suprema (Colombia), de 5 de abril de 2018, radicación número 11001-22-03-000 2018-00319-00, *Futuras Generaciones c. Ministerio del Medio Ambiente y otros.*

[33] Sentencia del Tribunal Civil y Administrativo de Victoria, Australia *(Victorian Civil and Administrative Tribunal),* de 24 de octubre de 2011, asunto [2012] VCAT 308, *Dual Gas Pty Ltd Ors v EPA (Red Dot)*.

[34] Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de 12 de junio de 1992, asunto 504 U.S. 555 (1992), *Lujan v. Defenders of Wildlife.*

[35] Ruda González, A., «El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente», cit., p. 644.

[36] Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de 12 de noviembre de 1940, asunto 311 U.S. 32 (1940), *Hansberry v. Lee,* apdo. 41.

debe reconocerse, no obstante, que más que un procedimiento judicial al uso, se trataba de una investigación sobre la posible responsabilidad de los *carbon majors*.

Junto a ello, la formulación de derechos como absolutos o relativos, en relación con el apartado anterior, también condiciona los términos en los que se construye el derecho de acción, así, por ejemplo, la jurisdicción estadounidense.

En segundo lugar, en caso de acciones colectivas por intereses difusos, encontramos que los parámetros utilizados respecto a las ONGs encuentran grandes similitudes entre los casos de Países Bajos y Francia y Australia, donde la ley otorga a ciertas organizaciones no gubernamentales un papel destacado en la defensa de intereses difusos, aspecto que se encuentra menos presente en otras jurisdicciones.

Por otro lado, en cuanto a las acciones de clase, destacamos la desestimación en el caso suizo[37] y su planteamiento diametralmente opuesto al caso colombiano[38]. Mientras los primeros decidieron alegar los efectos adversos sobre las personas mayores (sin éxito), los segundos se refirieron a las cargas que en un futuro deberían soportar los ahora jóvenes (con éxito), concordando en estrategia con el razonamiento jurídico de *Neubauer*.

Por tanto, la litigación climática ha servido para plantear la pregunta de en qué medida un interés plural puede concretarse, y verse representado, sea por el interés individual de determinadas organizaciones, sea por el interés de colectivo de un determinado grupo, o clase, de ciudadanos. Tanto en el caso neerlandés como en el francés, su regulación parte de una habilitación legal cuyo contenido se ha completado por la jurisprudencia.

Fruto de un mayor desarrollo jurisprudencial, los requisitos han sido definidos con mayor claridad por los tribunales holandeses, que identifican la lesión del interés general como una lesión individual de las organizaciones. En contraposición, los tribunales norteamericanos han mostrado una actitud más cauta, interpretando como parte del test de «legitimación», asociado a la existencia de un daño concreto y particularizado, la circunstancia de si la disputa se trata de una controversia justiciable, o susceptible de ser decidida por los tribunales, mientras que el enfoque más conservador se ha dado hasta ahora en el caso del TJUE, donde el Tribunal ha seguido su ya tradicional doctrina *Plaumann*, de afectación directa e individual.

---

[37] Sentencia del Tribunal Supremo Federal Suizo, Sala de Derecho Público I, de 5 de mayo de 2020, asunto 1C_37/2019 *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otros c. DETEC*. Como se advierte entre paréntesis, la saga contiene un último episodio ante el TEDH.

[38] Decisión de la Corte Suprema (Colombia), de 5 de abril de 2018, radicación número 11001-22-03-000 2018-00319-00, *Futuras Generaciones c. Ministerio del Medio Ambiente y otros.*

La aportación del sistema holandés adquiere especial valor al procurar conjugar el acceso a una protección jurídica eficaz con una serie de requisitos que buscan ordenar el proceso. La protección del interés público, que difícilmente puede ser individualizado, se ve completado con los requisitos de susceptibilidad de agrupación —en términos temporales y graduales— y la promoción real del interés protegido[39]. Este último requisito parece ser el criterio seguido por los tribunales franceses, al revisar cuál es el objeto perseguido por las diferentes organizaciones en el caso *Grande Synthe*[40].

Como adelantábamos, debemos destacar la convergencia de posiciones respecto a la legitimación en Australia, que define un *umbral de materialidad* respecto al interés de los ciudadanos del Estado de Victoria[41]. Aunque particularmente más poblado y extenso que la región de Wadden (Países Bajos) en el caso *Milieudefensie*, ambos tribunales adoptan un criterio regional al evaluar los efectos adversos en cuanto a la vulneración de derechos.

Finalmente, en este último caso, el interés es definido de tal manera que incluye a organizaciones con representación e involucración comunitaria —promoción real del objeto social— e incluso a particulares con una *implicación intelectual comprometida*[42].

IV. EL NEXO CAUSAL

Junto a la legitimación y a la fundamentación jurídica, el tercer elemento de la litigación se refiere a la causalidad entre la acción y omisión y el daño causado, siendo esta precisa para la determinación de la responsabilidad[43].

1. Teorías y desafíos de la causalidad en la litigación climática

La responsabilidad climática presenta una serie de características que dificultan su entendimiento desde la responsabilidad civil clásica, caracterizada por un componente patrimonial y la defensa de intereses particulares.

---

[39] Tribunal de Primera Instancia de la Haya (RBDHA), de 26 de mayo de 2021, asunto C/09/57193, *Milieudefensie et al. c. Royal Dutch Shell plc,* apdos. 4.2.1-4.2.6.

[40] Decisión del Consejo de Estado Francés, de 19 de noviembre de 2020, asunto núm. 427301, *Grande-Synthe c. Francia,* apdo. 6.

[41] Sentencia del Tribunal Civil y Administrativo de Victoria, Australia *(Victorian Civil and Administrative Tribunal),* de 24 de octubre de 2011, asunto [2012] VCAT 308, *Dual Gas Pty Ltd Ors v EPA (Red Dot),* apdo. 134.

[42] *Ibid*., apdos. 129-137, opinión del Juez Cavanough, apdos. 142 y siguientes.

[43] Por todas, la STS del 29 de octubre de 2008, REC 942/2003, FJ. 4.

Así, respecto al nexo de causalidad, se invierte el razonamiento jurídico tradicional, debiendo valorarse desde la causa hasta el daño. Para más *inri*, la naturaleza del cambio climático y sus impactos dificultan la labor de vinculación de emisiones individuales con daños de gestación lenta y formación acumulativa.

A su vez, cabe destacar la existencia de una gran multiplicidad de causas y actores y la distancia, temporal y geográfica, entre acción u omisión y la producción de los daños. Del mismo modo, se debe partir de los problemas inherentes a la verificación técnica de una realidad dinámica y compleja como es el medio ambiente[44].

En este sentido, frente a las teorías clásicas sobre el nexo causal, destacando la teoría de la *conditio sine qua non* o el llamado *but-for test*[45], la teoría de la causa próxima, la causa eficiente o la causalidad adecuada, han surgido teorías alternativas que pretenden flexibilizar la carga probatoria: la causalidad probabilística, la causalidad alternativa o la causalidad por participación en el merado, que da lugar a la *pollution share liability*[46].

2. Análisis jurisprudencial: relevancia, orden y teorías sobre el nexo causal

El nexo causal se ha visto tratado de manera considerablemente diferente según la jurisdicción, pudiendo distinguirse entre el nexo con el riesgo de efectos adversos empleado en los Países Bajos o Francia, y la debilidad del nexo climático de acuerdo con las teorías clásicas en Estados Unidos[47]. Consecuencia directa de la fundamentación jurídica utilizada, resulta determinante para explicar su relevancia respecto al fondo, el razonamiento jurídico de los tribunales y las teorías utilizadas.

En primer lugar, en lo que respecta a su relevancia, en aquellas jurisdicciones donde la fundamentación jurídica se basa en el derecho de daños el nexo causal cobra mayor importancia, siendo clave en relación con el derecho de acción. Por el contrario, en jurisdicciones de *civil*

---

[44] Stone, D.A., Rosier, S.M. y Frame, D.J., «The question of life, the universe and event attribution», *Nature Climate Change*, 11, 2021, pp. 276-278.

[45] Propia del *Common Law*, se pregunta si, a falta de la existencia de la acción u omisión, hubiera o no ocurrido el daño. Esta se completa con el test de causa próxima o estándar de riesgo, que «cuestiona si, de cualquier manera, el demandado debe estar protegido del cargo de responsabilidad».

[46] Minnerop, P. *et al*., «Causality and the fate of climate litigation: The role of the social superstructure narrative», *Global Policy*, 13(5), 2022, pp. 736- 750.

[47] Junto a los caso previos, la jurisprudencia sobre el nexo causal analizada incluye *Kivalina c. ExxonMobil Corp*., *Massachusetts c. EPA* (Estados Unidos), *Gloucester Resources Limite c. Ministerio de Planificación* y *March c E & MH Stramare Pty Ltd* (Australia).

law, donde la litigación climática se ha vinculado a la protección de los derechos fundamentales, los tribunales suavizan el concepto legal de causa, con el fin de cumplir exigencias de equidad y justicia[48], como puede observarse en *Urgenda*, *Milieudefensie, Total*, etc. A ello ayuda que los demandantes, siguiendo una inteligente estrategia procesal, a menudo solicitan daños simbólicos, poniendo de manifiesto que su pretensión real es demostrar la existencia de un deber jurídico de tomarse la reducción de gases de efecto invernadero más en serio.

En segundo lugar, el orden en el que se plantea el razonamiento jurídico se ve influido de manera radical según nos encontremos en jurisdicciones que hayan acogido la fundamentación basada en derechos fundamentales o, en su defecto, predominen las instituciones clásicas del derecho de daños. En las primeras, los tribunales adoptan un enfoque relacionado con el riesgo que permite trazar la responsabilidad desde la causa hacia los costes[49].

Esta inversión del razonamiento jurídico clásico permite una mayor distensión de la carga probatoria de manera que sea capaz de basar la responsabilidad —tanto de Estados como de corporaciones— en unos daños que, aunque previsibles, se materializan en un horizonte temporal indefinido[50].

En este sentido, la jurisprudencia se ha apoyado en los avances científicos en la materia, destacando el aporte del Sexto Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático sobre fenómenos meteorológicos extremos, que resulta crucial para la aportación de pruebas ante los tribunales[51].

En las segundas, el enfoque respecto al derecho de daños implica seguir el orden clásico desde el daño hasta la causa, lo que dificulta la carga de la prueba debido a la compleja trazabilidad individual de las fuentes de emisión de GEI una vez liberados[52].

Por último, estas diferencias sirven para explicar las teorías sobre el nexo causal utilizadas. En el caso de Estados Unidos, la teoría de la *conditio sine qua non* y el *but for test* son decisivas para el nexo causal.

---

[48] Minnerop, P. y Otto, F. E. L., «Climate change and causation - joining law and climate science on the basis of formal logic», *Buffalo Journal of Environmental Law,* 27, pp. 49-86, p. 57, 2020.

[49] A modo de ejemplo, *vid*., los ya citados *Urgenda* y *Grande Synthe.*

[50] *Masson-Delmotte, V., et al.,* «IPCC, 2021: summary for policymakers», Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2021.

[51] Minnerop, P. *et al*., «Causality and the fate of climate litigation: The role of the social superstructure narrative», cit., p. 8.

[52] Por ejemplo, *vid*., la Sentencia del Tribunal Regional de Essen, de 15 de diciembre de 2016, caso núm. 2 O 285/15, *Luciano Lliuya c RWE.*

No obstante, y dada la naturaleza del litigio, es precisa su flexibilización para evitar un sesgo sobreexcluyente[53].

Así, y como sucedía en el anterior bloque, encontramos similitudes en las aproximaciones de los tribunales en el continente europeo y Australia. Estas jurisdicciones han reconocido las dificultades probatorias en los litigios climáticos, y el consecuente peligro de desprotección jurídica. Desde este punto de vista, el caso *Lliuya* ofrece la perspectiva más completa, al fundar en el derecho de daños una perturbación aún no materializada.

El razonamiento del tribunal de primera instancia presenta la tesis de la *conditio sine qua non*, y a pesar de reconocer el carácter contributivo del cambio climático, acaba por negar la cadena causal —y por tanto la responsabilidad— de la demandada. En consecuencia, siguiendo el mismo esquema, se niega la responsabilidad de todo aquel emisor de GEI, dado que ninguna aproximación individual al cambio climático permitiría «deshacer el daño», produciéndose una divergencia entre el razonamiento científico y el jurídico[54].

El recurso interpuesto sintetiza las teorías clásicas y el enfoque de riesgos de las jurisdicciones europeas. Así, sin renunciar a la *conditio sine qua non*, funda la responsabilidad en la contribución al nivel de riesgo del cambio climático[55].

Teniendo en cuenta la experiencia, la doctrina ha propuesto diferentes teorías, como la modernización del *but-for test* mediante la construcción de un contrafactual probabilístico que permita la llamada ciencia de la atribución[56]; la inversión de la carga de la prueba o la valoración del nexo de causalidad desde la hipótesis de mayor intensidad, apoyada por la evidencia científica.

Sin embargo, es en la teoría de participación en el mercado donde encontramos la convergencia entre el mencionado caso y los acaecidos en jurisdicciones europeas, siendo la responsabilidad de RWE era pro-

---

[53] Minnerop, P. y Otto, F. E. L., «Climate change and causation - joining law and climate science on the basis of formal logic», cit., pp. 55-57.

[54] Sentencia del Tribunal Regional de Essen, de 15 de diciembre de 2016, caso núm. 2 O 285/15, *Luciano Lliuya c RWE,* apdo. 45.

[55] Motivos del recurso (Grounds of Appeal), de 24 de enero de 2017, en el caso *Luciano Lliuya c RWE* (disponible en *https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2017/20170223_Case-No.-2-O-28515-Essen-Regional-Court_appeal-1.pdf).*

[56] Hannart, A., Pearl, J., Otto, F. E. L., Naveau, P. y Ghil, M., «Causal counterfactual theory for the attribution of weather and climate-related events», *Bulletin of the American Meteorological Society*, 97(1), 2015, pp. 99-110. No obstante, pese a su potencial precisión a la hora de dictaminar la responsabilidad, no siempre resulta factible ni supone el método más equitativo, como sucede cuando existen desfases temporales entre emisiones e impactos, además del riesgo inherente de que los resultados no sean significativos. *Vid*., en este sentido Otto, F. E. L., Skeie, R. B., Fuglestvedt, J. S., Berntsen, T. y Allen, M. R., «Assigning historic responsibility for extreme weather events», *Nature Climate Change*, 7, 2017, pp. 757-759.

porcional a la emisión de GEI, que constituiría la actividad de mercado en nuestro caso.

Finalmente, existe una tendencia en alza que aboga por comprender la relación entre «la vulnerabilidad de los demandantes y la exposición a los peligros relacionados con el clima al decidir sobre quien recae la responsabilidad»[57] (Stuart-Smith *et al*., 2021, p. 13). Ello se ha visto materializado en el caso Leghari, en Pakistán, en el cual el tribunal supera la *justicia medioambiental*, referida a la aplicación de leyes nacionales y principios internacionales, a la *justicia climática*, centrada en el ser humano y en el reparto justo y equitativo de las cargas e impactos del cambio climático[58].

V. MÁS ALLÁ DE LA DISPUTA ANTE TRIBUNALES

Más allá del análisis de los fallos de los distintos tribunales, el auge de la litigación climática ha venido acompañada de una serie de desafíos y preguntas dirigidas no solo a los ordenamientos jurídicos, sino a nuestros principios políticos o a la idea de Justicia.

1. El rol de la litigación climática en la separación de poderes

La primera vertiente a la que afecta es la separación de poderes, lo cual se ha hecho patente con mayor claridad en la jurisdicción norteamericana. La political question doctrine ha impedido un pronunciamiento sobre el fondo en numerosos casos, tras considerar las demandas climáticas «estrechamente imbricadas a cuestiones políticas no justiciables»[59], razonamiento similar al del caso *Asociación de Mujeres Mayores Suizas*[60].

Otro de los argumentos aducidos por tribunales estadounidenses es el recogido en el caso *Oakland c. BP. P.L.C.*[61], que sostiene una visión

---

[57] Stuart-Smith, R. F., *et al*., «Filling the evidentiary gap in climate litigation», *Nature Climate Change*, 11(8), 2021, pp. 651- 655, apdo. 190 y las conclusiones de la Abogado General Kokott, Ministre de la Transition écologique y Premier ministre, C-61/21 ECLI:EU:C:2022:359.

[58] Sentencia del Tribunal Superior de Lahore de 4 de septiembre de 2015, asunto 25501/2015, *Asghar Leghari c. Federación de Pakistán.*

[59] *Vid.,* la Sentencia del Tribunal de Apelación del Quinto Circuito de los Estados Unidos, de 16 de octubre de 2009, asunto 585 F.3d 855, *Comer c. Oil Murphy USA,* p. 18, respecto a las razones por las cuales un caso no es justiciable. *https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-A-2022-10038300406*

[60] *Asociación de Mujeres Mayores Suizas para la Protección del Clima contra el Departamento Federal de Medio Ambiente, Transporte, Energía y Comunicaciones (DETEC) y otros* (Suiza), decisión del Tribunal Supremo, 1C_37/2019 5 mayo 2020.

[61] Sentencia del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Norte De California, asunto 325 F. Supp. 3d 1017 (N.D. Cal. 2018), *City of Oakland v. BP P.L.C.*

pesimista respecto a la utilidad de los litigios climáticos respecto a la resolución del cambio climático, pudiendo incluso interferir con los avances globales alcanzados.

El rol de la litigación climática en la separación de poderes goza de especial trascendencia en el caso el caso *Juliana*, destacando el fallo de la Juez Aiken, quien, pese a desestimar la demanda, reconoció la necesidad de protección jurídica eficaz frente al cambio climático, y la importancia de «un poder judicial fuerte e independiente es la piedra angular de nuestras libertades» y la labor de los tribunales la defensa de los derechos constitucionales fundamentales de los ciudadanos, no debiendo «rehuir de su papel como rama coigualitaria del gobierno»[62], argumento utilizado asimismo en el caso *Urgenda.*

2. Litigación climática en sentido opuesto

Íntimamente ligados al Derecho de la Competencia, no todos los litigios están destinados a hacer avanzar las políticas contra el cambio climático, sino que existen casos en los cuales los demandantes buscan frenar las políticas de mayor ambición medioambiental. Ejemplo de ello es la litigación de ciertos Estados norteamericanos gobernados por Republicanos en reacción a la Alianza Financiera de Glasgow, que busca coordinar los esfuerzos del sistema financiero para acelerar la transición a una economía neta cero[63], bajo la alegación de que los compromisos climáticos en el sector financiero constituyen pactos colusorios. Asimismo, el caso *Juliana* se ha hecho eco de esta relación, al presentar varios fiscales generales una moción para intervenir en el proceso, con el fin de objetar cualquier posible acuerdo entre la Administración Biden y los jóvenes demandantes, refiriéndose a estos como maniobras colusorias susceptibles de arrebatar a los Estados su «derecho a expresar sus preocupaciones y a protegerse a sí mismos y a sus ciudadanos»[64].

3. Litigación climática y justicia transicional

Además de la justicia intergeneracional, la litigación climática también se ha pronunciado respecto al concepto de justicia transicional, que comprende las cuestiones de justicia relativas al reparto de

---

[62] *Opinion and Order, Judge Aiken*, Case 6:15-cv-01517-TC, p. 53.

[63] Declaración del COP26 de la Alianza Financiera de Glasgow para el Net Zero (disponible en *https://racetozero.unfccc.int/net-zero-financial-alliance-launches/?_gl=1*mtq5zd*_ga*MTE0NTA4NzUzMi4xNzI3MTAzMzMw*_ga_7ZZWT14N79*MTcyNzEwMzMzMi4xLjAuMTcyNzEwMzM0MS4wLjAuMA..*).

[64] Petición de sentencia presentada por los demandados. Caso 6:15-cv-01517-AA Documento 516 (disponible en *https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/case-documents/2021/20210909_docket-615-cv-01517_motion-2.pdf).*

las cargas en la lucha contra el cambio climático y la transición hacia una economía libre de combustibles fósiles (Setzer y Savaresi, 2021).

El caso *Sindicato de Trabajadores de la Empresa Marítima & Comercial Somarco Limited y Otros contra Ministerio de Energía*[65] llevó al Tribunal Supremo chileno a pronunciarse respecto al Plan de Descarbonización del Sector Energético de Chile, que implicaba el cierre gradual de las centrales eléctricas a carbón, con el fin de asegurar que la adopción de medidas contra el cambio climático no vulneren los derechos de aquellos grupos más vulnerables.

4. Litigación climática: responsabilidad sin indemnización

Por último, conviene destacar un elemento característico de la litigación climática hasta la actualidad que supone asimismo su diferenciación de los casos de responsabilidad tradicionales: la ausencia de indemnización. En los litigios estudiados, ya sea responsabilidad estatal o corporativa, ninguna pretensión indemnizatoria fue estimada —más allá de la condena simbólica de un euro por daños morales en el asunto *Notre Affaire à Tous* et al. *c. Francia* — sugiriendo la pregunta sobre el verdadero impacto de los fallos de los tribunales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Chayes, A., «The Role of the Judge in Public Law Litigation», *Harvard Law Review*, vol. 89, núm. 7, 1976, pp. 1281-1316.

Fuller, L., «The Forms and Limits of Adjudication», *Harvard Law Review*, vol. 92, núm. 2, 1978, pp. 353-409.

Hannart, A., Pearl, J., Otto, F. E.L., Naveau, P. y Ghil, M., «Causal counterfactual theory for the attribution of weather and climate-related events», *Bulletin of the American Meteorological Society*, 97(1), 2015.

Minnerop, P. *et al*., «Causality and the fate of climate litigation: The role of the social superstructure narrative», *Global Policy*, 13(5), 2022, pp. 736-750.

Minnerop, P. y Otto, F. E.L., «Climate change and causation - joining law and climate science on the basis of formal logic», *Buffalo Journal of Environmental Law,* 27, 2022, pp. 49-86,

Otto, F. E.L., Skeie, R. B., Fuglestvedt, J. S., Berntsen, T. y Allen, M. R. «Assigning historic responsibility for extreme weather events», *Nature Climate Change*, 7, 2017.

Peel, J. y Osofsky, H. M., «Climate Change Litigation», *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 16, 2020, pp. 21-38.

— «A Rights Turn in Climate Change Litigation?», *Transnational Environmental Law*, 7(1), pp. 37-67, 2018.

[65] Decisión del Tribunal Supremo de Chile núm. 318-2021; 25.530-2021, de 9 de agosto de 2021.

RUDA GONZÁLEZ, A., «El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente», Universitat de Girona, 2006.
SETZER, J. y VANHALA, L. C., «Climate Change Litigation: A Review of Research on Courts and Litigants in Climate Governance», *Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change*, vol. 10, núm. 3, 2019, e580.
STONE, D. A., ROSIER, S. M. y FRAME, D. J., «The question of life, the universe and event attribution», *Nature Climate Change*, 11, pp. 276-278.
STUART-SMITH, R. F., *et al*., «Filling the evidentiary gap in climate litigation», *Nature Climate Change*, 11(8), 2021, pp. 651-655.

ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS CONTRA LOS ADMINISTRADORES DE EMPRESAS CÁRNICAS Y LÁCTEAS POR EMISIONES DE METANO

SHAREHOLDERS' LIABILITY ACTION AGAINST THE DIRECTORS OF MEAT AND DAIRY COMPANIES FOR METHANE EMISSIONS

Isabel Nieuwenhuys Ruiz
Abogada en Cuatrecasas
Gonçalves Pereira, S. L.P.

RESUMEN: El metano es un potente gas de efecto invernadero cuya abundancia en la atmósfera se ha multiplicado por 2,5 en los últimos tres siglos, parcialmente como consecuencia del desarrollo agrícola. Un factor significativo de esta expansión es la cría de ganado rumiante, que produce y exhala metano a través de su digestión y estiércol. Sin embargo, esta fuente de metano sigue sin estudiarse y se encuentra totalmente desvinculada de las estrategias de acción contra el cambio climático. Esto puede tener un impacto significativo en los deberes fiduciarios de los administradores. El objetivo de este trabajo es realizar un estudio comparativo entre Estados Unidos, Alemania y España y analizar si los accionistas pueden interponer una acción de responsabilidad contra los administradores de las empresas cárnicas y lácteas por la omisión de acciones climáticas para reducir las emisiones de metano. Para ello, hemos analizado esta omisión a la luz de la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial, del deber de vigilancia de los administradores y de la reciente normativa europea en materia de diligencia debida de las empresas en materia de

sostenibilidad, tomando en consideración las circunstancias específicas que rodean a las empresas cárnicas y lácteas.

Palabras clave: Cambio climático; emisiones de metano; ganadería; protección de la discrecionalidad empresarial; deber de información; deber de vigilancia; Directiva de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad.

ABSTRACT: Methane is a potent greenhouse gas whose presence in the atmosphere has increased by 2.5 times over the past three centuries, partially due to agricultural development. A significant contributor to this rise is the rearing of ruminant livestock, which produces and emits methane through digestion and manure. However, this methane source remains understudied and is completely disconnected from climate action strategies. This oversight could have a substantial impact on the fiduciary duties of corporate directors. The aim of this paper is to conduct a comparative study between the United States, Germany and Spain, to analyze whether shareholders can bring a liability action against the directors of meat and dairy companies for failing to take climate actions to reduce methane emissions. To this end, we have examined this omission in light of the business judgment rule, the directors' duty of oversight, and recent European regulations on corporate due diligence in sustainability. This analysis takes into account the specific circumstances surrounding meat and dairy companies.

Keywords: Climate change, methane emissions, livestock farming, business judgement rule, informed basis, duty of oversight, Corporate Sustainability Due Diligence Directive.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS EMPRESAS CÁRNICAS Y LÁCTEAS PRODUCEN IMPORTANTES EMISIONES DE METANO. III.- LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS CONTRA LOS ADMINISTRADORES DE EMPRESAS CÁRNICAS Y LÁCTEAS POR LAS EMISIONES DE METANO. 1. *ClientEarth v Shell plc & Or.*, un claro precedente en las acciones de responsabilidad contra administradores por cuestiones medioambientales. 2. La norma aplicable a las decisiones de los administradores es la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial. 3. La omisión de los administradores de emprender acciones climáticas a la luz de la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial. 4. La obligación del administrador de actuar con conocimiento de causa y el deber de vigilancia. IV. CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE VIGILANCIA EN EL MARCO DE LAS EMPRESAS CÁRNICAS Y LÁCTEAS. 1. La emisión de metano presenta riesgos claros y constatables para las empresas ganaderas. 2. La ciencia proporciona métodos fiables y asequibles para obtener información sobre las emisiones de metano. 3. Las técnicas para reducir las emisiones de metano son compatibles con la continuidad del éxito empresarial. 4. Las obligaciones de diligencia debida exigen que los administradores controlen e informen sobre las emisiones de metano y su reducción. V. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE DILIGENCIA DEBIDA DE LAS

EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La presente década es crucial para hacer frente al cambio climático, lo cual exige una reducción de los gases de efecto invernadero. Entre los mismos se encuentra el metano, un contaminante climático de corta duración, que es decenas de veces más potente que el dióxido de carbono a la hora de calentar la atmósfera[1], por lo que su reducción en el corto plazo resulta esencial[2].

La agricultura es una de las fuentes más importantes de producción de metano. La gran mayoría de estas emisiones proceden de la producción animal, especialmente de la carne de vacuno y de los productos lácteos[3].

Por ello, consideramos de suma importancia tener en cuenta a este sector a la hora de determinar un plan de acción para la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero. El presente artículo se centrará principalmente en las acciones que pueden llevar a cabo los particulares y las entidades no gubernamentales para reducirlas. En concreto, en la figura de los accionistas de la empresa y en la posible acción de responsabilidad que podrían interponer contra los administradores de la sociedad, con el fin de exigirles responsabilidades por las emisiones de metano, en el marco de los ordenamientos jurídicos vigentes en Estados Unidos y en la Unión Europea, concretamente en Alemania y España.

Con esta finalidad, se realizará, en primer lugar, un análisis sumario del metano en la industria cárnica y láctea. En segundo lugar, la discusión girará en torno a la posible acción de responsabilidad que los accionistas podrían emprender contra los administradores, en torno a los precedentes existentes y los deberes fiduciarios. Por último, se expondrá la reciente Propuesta de Directiva de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, para concluir finalmente sobre la viabilidad de la acción de responsabilidad.

---

[1] Ravishankara, A. R., Kuylenstiern, J. C. I. *et al*., «Global Methane Assessment», *United Nations Environment Programme*, 2021.

[2] Bray, D., «A Primer on Animal Agriculture, Methane, and Climate Action», *Juriste Internacionale*, 2022.

[3] Lehner, P. H., Rosenberg, N. A., «The Climate Crisis and Agriculture», *Environmental Law Reporter*, 2022.

II. LAS EMPRESAS CÁRNICAS Y LÁCTEAS PRODUCEN IMPORTANTES EMISIONES DE METANO

El metano (CH^4), un gas invisible e inodoro, es un potente gas de efecto invernadero que ha tenido un papel preponderante en el incremento de la temperatura media del planeta desde la era preindustrial[4]. Este hidrocarburo[5] interactúa con el oxígeno, disminuyendo la capacidad oxidativa de la atmósfera y contribuyendo a la formación de ozono en la troposfera[6].

Entre las fuentes antropogénicas de emisiones de metano se encuentran sectores variados, incluyendo la industria del petróleo, el gas y la minería, la gestión de los residuos, la agricultura y la ganadería[7]. Concretamente, las prácticas agrícolas y ganaderas son responsables de aproximadamente el 30 por 100 de las emisiones de metano derivadas de actividades humanas[8], que son originadas principalmente mediante la fermentación entérica y la gestión de estiércol[9].

La fermentación entérica ocurre en el rumen de animales herbívoros como las vacas, donde las bacterias descomponen carbohidratos complejos en azúcares más simples. Este proceso metabólico resulta en la producción de ácidos grasos volátiles y gases, incluyendo dióxido de carbono y metano. Los ácidos grasos volátiles son absorbidos por las paredes del rumen y transportados al hígado, donde sirven como fuente de energía para los animales. El metano generado durante este proceso es expulsado en su mayoría a través de la exhalación o eructos de los animales, mientras que una fracción menor se produce en el intestino grueso y se libera mediante la flatulencia[10]. Por otro lado, el metano procedente del estiércol se origina de la descomposición anaeróbica de residuos orgánicos presentes en los excrementos animales[11].

---

[4] *https://www.globalmethanepledge.org/* (consultada el 3 de marzo de 2024).

[5] *https://www.britannica.com/science/methane* (consultada el 3 de marzo de 2024).

[6] Kirschke, S., Bousquet, P., Ciais, P., Saunois, M., Canadell, J. G., Dlugokencky, E. J. y Zeng, G., «Three decades of global methane sources and sinks», *Nature geoscience*, 6 (10), 2013, pp. 813-823.

[7] *https://www.globalmethane.org/documents/analysis_fs_en.pdf* (consultada el 3 de marzo de 2024).

[8] *https://www.epa.gov/snep/agriculture-and-aquaculture-food-thought* (consultada el 7 de marzo de 2024).

[9] Yusuf, R. O., Noor, Z. Z., Abba, A. H., Abu Hassan, M. A., Mohd Din, M. F., «Greenhouse gas emission., Quantifying methane emissions from livestock», *Am. J. Engg. & Applied Sci*, 5 (1), 2012, pp. 1-8.

[10] *https://letstalkscience.ca/educational-resources/stem-in-context/cows-methane-and-climate-change* (consultada el 5 de marzo de 2024).

[11] Liu, S., Proudman, J. y Mitloehner, F. M., «Rethinking methane from animal agriculture», *CABI Agric Biosci* 2, 2021, p. 22.

Las vacas de carne y de leche representan la principal fuente de emisiones de metano dentro de la industria ganadera[12], debido a su naturaleza de rumiantes y su numerosa población, estimada en mil millones a nivel mundial[13]. A las emisiones de metano generadas directamente por los animales debemos sumar aquellas liberadas a lo largo de toda la cadena de producción animal, incluyendo el metano resultante del cultivo de alimentos para el ganado, las emisiones vinculadas al pastoreo —que frecuentemente implica deforestación y la subsiguiente liberación de carbono de los suelos—[14], así como otros procesos como el transporte de animales, su sacrificio, deshuesado, refrigeración, envasado, distribución de la carne y su venta final al consumidor.

En conclusión, la ganadería, y en particular la cría de bovinos, constituye una fuente significativa de emisiones de metano, no solo por la fermentación entérica y la gestión del estiércol, sino también por múltiples aspectos de su cadena de producción. Por tanto, resulta imperativo que los países integren las explotaciones ganaderas dentro de sus estrategias climáticas, ya que su inclusión es fundamental para lograr los objetivos de reducción de emisiones de metano y otros gases de efecto invernadero.

III. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS CONTRA LOS ADMINISTRADORES DE EMPRESAS CÁRNICAS Y LÁCTEAS POR LAS EMISIONES DE METANO

La protección ambiental es una preocupación creciente a nivel global, y la industria ganadera, reconocida como una fuente significativa de gases de efecto invernadero, no es la excepción[15]. Frente a la urgencia climática, la comunidad internacional ha lanzado iniciativas para mitigar el cambio climático y reducir las emisiones. En este contexto, las empresas desempeñan un papel crucial, adoptando prácticas sostenibles e invirtiendo en tecnologías limpias. Su contribución es cada vez más valorada, reflejándose en la creación de marcos legales que buscan alinear los intereses empresariales con los ambientales y sociales[16].

---

[12] Foster, J., «Farmers, scientists seek solutions to global warming caused by cows», *Environmental Defense Fund*, 2023.

[13] Ritchie, H., «The carbon footprint of food, are differences explained by the impacts of methane?», *Our World in Data*, 2020.

[14] Bray, D., «A Primer on Animal Agriculture, Methane, and Climate Action», *Juriste Internacionale*, 2020.

[15] Hogg, J., «La ganadería produce más gases contaminantes que el transporte», *Noticias* Onu, 2006.

[16] Considerando 31, Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre.

Sin embargo, el calentamiento global avanza, y la ganadería tiene su cuota de responsabilidad. La falta de acción y transparencia es notable; gigantes del sector como JBS y Marfrig se han comprometido a neutralizar sus emisiones, pero no divulgan datos esenciales, como el número de animales sacrificados, lo que dificulta la precisión en la medición de su impacto[17]. Esto ha generado un clamor por una mayor obligatoriedad en la divulgación de información y la adopción de prácticas de diligencia debida.

En cuanto a la responsabilidad de los administradores, las leyes societarias les imponen deberes fiduciarios, entre los que se incluyen los deberes de diligencia y lealtad. Estos deberes son amplios y permiten a los administradores tomar decisiones de gestión, amparadas por la regla de la protección de discrecionalidad empresarial, siempre que no se desvíen del interés social de la empresa. Esto justifica la adopción de medidas ambientales cuando se consideren adecuadas.

El debate surge en torno a si la inacción en materia ambiental, especialmente en industrias altamente contaminantes como la ganadera, puede interpretarse como un incumplimiento de los deberes fiduciarios. En otras palabras, ¿existe la obligación de hacerlo o es solo una opción? ¿Podrían los accionistas demandar a los administradores por incumplimiento de los deberes fiduciarios por no adoptar esas medidas climáticas?

1. *ClientEarth v. Shell plc & Or.*, un claro precedente en las acciones de responsabilidad contra administradores por cuestiones medioambientales

Existe un claro precedente, que es la reciente sentencia *ClientEarth v. Shell plc & Ors*, en la que el Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales rechazó la demanda de ClientEarth, un accionista minoritario de Shell plc. ClientEarth que alegaba que los administradores de Shell habían incumplido sus deberes fiduciarios, especialmente en la gestión del riesgo climático, y no habían respondido adecuadamente a una orden del Tribunal de Distrito de La Haya. La acción legal buscaba una declaración de incumplimiento y una orden judicial para que los administradores adoptaran una estrategia de gestión del riesgo climático[18].

---

[17] Changing Markets Foundation And Institute For Agricultural And Trade Polic., «Emissions impossibl., how emissions from big meat and dairy are heating up the planet», 2022.

[18] Lewis, R., Blake, N., Palmer, J., Goldberg, S., Perlman, R., Mcintosh, M. y Morgan, C., «High Court refuses permission for climate-change activist shareholder to bring derivative action on behalf of Shell plc against its directors», *Litigation Notes Herbert Smith Freehills*, 2023.

ClientEarth argumentó que los administradores habían fallado en su deber de promover el interés superior de la empresa y su deber de ejercer la debida diligencia, citando seis deberes específicos relacionados con el riesgo climático. Sin embargo, el Tribunal no reconoció estos deberes específicos, argumentando que los administradores disponen de discrecionalidad a la hora de gestionar la empresa de buena fe y que no se pueden imponer obligaciones absolutas más allá de lo razonable en las circunstancias[19].

El Tribunal desestimó la demanda, señalando que ClientEarth no había establecido un caso *prima facie* y que su reclamación no demostraba un error en la gestión del riesgo climático. El defecto fundamental de la reclamación de ClientEarth es que no explicaron el error en la ponderación y el equilibrio de los diversos factores que deberían haberse tenido en cuenta al decidir cómo gestionar el riesgo climático, entre los muchos otros riesgos a los que inevitablemente estará expuesto el negocio de Shell, que determinase que ningún director razonable podría haber razonablemente adoptado el enfoque que ellos adoptaron. Además, el Tribunal rechazó la posibilidad de emitir medidas cautelares que requirieran supervisión constante y declaró que no era su función opinar sobre la conducta de los administradores, siendo la junta general el foro adecuado para tales cuestiones[20].

Finalmente, el Tribunal sugirió que ClientEarth podría haber tenido motivaciones políticas en lugar de buscar el beneficio de los miembros de Shell en su conjunto. Por tanto, la demanda fue desestimada y se negó el permiso para continuar con la acción derivada, dejando claro que no existen obligaciones concretas y absolutas en materia de cambio climático según la legislación aplicable[21].

A pesar del fallo, persiste la cuestión de si los deberes fiduciarios generales requieren alguna acción en materia climática y cuál es el estándar de adecuación de las decisiones de los administradores en relación con ello. El análisis se centrará por tanto en si la omisión de medidas climáticas podría resultar en responsabilidad, considerando los deberes fiduciarios actuales y la protección de la discrecionalidad empresarial.

2. La norma aplicable a las decisiones de los administradores es la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial

La doctrina de la discrecionalidad empresarial, originada en la jurisprudencia de Estados Unidos y adoptada por un gran número de

[19] ClientEarth contra Shell plc & Ors [2023] EWHC 1137 (Ch).
[20] *Ibid*.
[21] *Ibid*.

ordenamientos jurídicos, establece un estándar de diligencia que protege a los administradores de las empresas al tomar decisiones estratégicas[22]. Esta regla no exige que los administradores logren resultados específicos o positivos, sino que cumplan con su deber de medios, actuando legalmente, conforme a los estatutos y en el mejor interés de la empresa. Bajo esta regla, los tribunales no juzgan la idoneidad de las decisiones empresariales discrecionales, reconociendo que los administradores están mejor posicionados para evaluar las necesidades de la empresa[23].

Las razones que subyacen a la regla de la discrecionalidad empresarial son las siguientes. En primer lugar, evita que los administradores adopten enfoques excesivamente conservadores, lo cual podría perjudicar la innovación y la gestión adecuada del riesgo, elementos esenciales para la actividad empresarial. En segundo lugar, la doctrina especializada ha puesto de manifiesto la falta de conocimiento de los jueces en materia empresarial y la posibilidad de que sus juicios estén sesgados por el conocimiento de resultados negativos posteriores a las decisiones tomadas. Por último, disminuye la probabilidad de que los administradores enfrenten responsabilidades legales por sus decisiones, lo que a su vez mitiga el aumento de remuneraciones, reduce los costes de garantía legal y atrae talento al sector[24].

La regla de la discrecionalidad empresarial se configura como un criterio de revisión y un ámbito de inmunidad, en virtud de los cuales las decisiones de los administradores solo pueden ser revisadas por los tribunales si no cumplen los requisitos establecidos para la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial[25].

A nivel internacional, la regla de la discrecionalidad empresarial se ha integrado en varios sistemas jurídicos, con algunas variaciones[26]. En Alemania, la regla de la discrecionalidad empresarial se adoptó en 2005 a través del art. 93 de la Ley Alemana de Sociedades Anónimas. En virtud de su apartado primero, se establece que no existe incumplimiento del deber de diligencia y cuidado debidos si, al tomar una decisión empresarial, el miembro del consejo de administración podía

---

[22] Guerra, A., «La "*business judgement rule*", un balón de oxígeno para el riesgo en las decisiones estratégicas», Publicaciones Garrigues, 2018.

[23] Lefebvre, «2391, Protección de la discrecionalidad empresarial», *Memento de Sociedades Mercantiles*, 2022.

[24] Mestre Giner, B., «V. La *business judgment rule* y su afectación a la responsabilidad de los administradores», *Actualidad Mercantil 2021*, 2021, p. 4.

[25] Molina Pla, M., «La protección de la discrecionalidad empresarial como excepción de la responsabilidad de los administradores sociales en el derecho español», *Revista Consumo y Empresa*, 2019, pp. 21-42.

[26] Seibt, C. H., Sigari-Majd, F., Schwarz, S., Denninger, P., Vesper-Gräske, M., Rendessy, D., «ESG and the business judgement rule – a narrowed passage to the safe harbour?», *Freshfields Bruckhaus Deringer*, 2023.

suponer razonablemente, en base a una información previa adecuada, que actuaba en beneficio de la empresa. Esta «regla del puerto seguro» excluye decisiones irrazonables o irresponsables, exigiendo buena fe y ausencia de conflictos de interés. Por lo que se refiere a la carga de la prueba, la misma recae sobre los administradores, por lo que no solo deben ser diligentes en sus actividades, sino también ser capaces de demostrarlo[27].

En España, la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial fue introducida por la jurisprudencia —entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de septiembre de 2007[28], o las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2012[29] y de 26 de diciembre de 2014[30]—. Tras la reforma operada por la Ley 31/2014[31], se plasmó en el art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital[32] («LSC»), que considera diligente al administrador que actúa de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y siguiendo un procedimiento de decisión adecuado[33]. A diferencia de Alemania, la LSC no especifica sobre quién recae la carga de la prueba, pero la doctrina favorece el modelo alemán, facilitando la prueba al demandante externo al proceso de decisión[34].

Las decisiones de los administradores de destinar recursos de la empresa para minimizar el impacto ambiental están protegidas por la discrecionalidad empresarial, siempre y cuando se alineen con los intereses corporativos. Optar por alternativas más costosas pero ecológicas, si se hace de buena fe y siguiendo un proceso adecuado, cumple con el deber de diligencia y es, por ende, incuestionable[35].

Por otro lado, puede darse el caso de que la incorporación de intereses adicionales a los de la empresa conlleve no solo su mera consideración en las decisiones operativas, sino también la necesidad de celebrar negocios jurídicos de diversa índole dirigidos a satisfacerlos o a mejorar las condiciones de determinados grupos de interés. Se trata de una asignación directa de recursos, que puede suscitar serias dudas desde el punto de vista de su conexión con la causa del contrato de

---

[27] Roth, M., «Business judgment rule», *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Mohr Siebeck, 2009, pp. 244-248.

[28] SAP Madrid de 13 de septiembre de 2007 (AP 2007, 330370).

[29] STS de 17 de enero de 2021 (RJ 2012, 4981).

[30] STS de 26 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 6902).

[31] Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

[32] Art. 226 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

[33] Faus Pujol, M., «Obligaciones del administrador de una sociedad», *Práctico Sociedades Mercantiles*, 2023.

[34] Osborne Clark., «The business judgement rule as a mechanism to protect directors from liability when making business decisions», 2020.

[35] del Val Talens, P., «La responsabilidad social corporativa como instrumento de conciliación del interés de los socios con el interés común», *Las sociedades de capital, sus intereses y sus conflictos*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 447-473.

sociedad en aquellas jurisdicciones en las que el ánimo de lucro es una característica esencial del contrato de sociedad, como España o Italia. No obstante, entendemos que dicha característica ha sido ampliamente superada en la dogmática contemporánea, y que es improcedente juzgar las operaciones de la sociedad, cada transacción u operación singular, en función de su relación con la causa del contrato[36].

Este es el caso cuando los administradores deciden emprender una acción climática. Respecto a la inacción más allá de las exigencias legales, abordaremos si esta también se encuentra protegida por la regla de la discrecionalidad empresarial.

3. La omisión de los administradores de emprender acciones climáticas a la luz de la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial

La cuestión es si la decisión de no reducir las emisiones de metano más allá de lo exigido por la normativa específica del país en cuestión cumple todos los requisitos de la regla de la discrecionalidad empresarial.

En el asunto *Grobow contra Perot* (Del 2nd 1988, 539 A), los jueces establecieron los siguientes requisitos para que la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial se aplicara a la decisión de los administradores, que han sido replicados por nuestro ordenamiento jurídico:

— La decisión debe adoptarse actuando de buena fe[37]. Resulta cuestionable que una decisión, como la de no reducir las emisiones de metano, puede tomarse de buena fe, dado el riesgo que supone para la empresa, como expondremos más adelante.

— La decisión debe tomarse desprovista de intereses personales, priorizando siempre el interés superior de la empresa, de modo que la decisión no conlleve consecuencias perjudiciales o gravosas, y no suponga un malgasto de los recursos para el patrimonio de la empresa. En el caso de que los beneficios personales del administrador o de terceros relacionados predominen o interfieran, aunque sea potencialmente, con los intereses de la empresa, la validez de la decisión quedaría comprometida[38].

---

[36] Molina Pla, M., «La protección de la discrecionalidad empresarial como excepción de la responsabilidad de los administradores sociales en el derecho español», *Revista Consumo y Empresa*, 2019, pp. 21-42.

[37] Valpuesta Gastaminza, E., *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, Wolters Kluwer, 2022.

[38] Ibáñez Jiménez, J. W., «El derecho-deber de información de los administradores como fundamento de la business judgement rule», en *Las sociedades de capital, sus intereses y sus conflictos*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 353-371.

Una perspectiva a largo plazo sobre el problema y el interés superior de las empresas revela que los riesgos vinculados al cambio climático, incluyendo la posibilidad de que se emitan legislaciones más estrictas y alteraciones en los hábitos de consumo, pueden impactar desfavorablemente en la organización. Por consiguiente, una interpretación estricta del interés de la empresa, buscando únicamente la maximización de los beneficios a corto plazo, pueden repercutir negativamente en los resultados a largo plazo y en la sostenibilidad de las empresas y, por tanto, en los intereses de los accionistas[39].

No parece que la reducción de las emisiones de metano sea un aspecto susceptible de crear conflictos con los intereses personales de los administradores, en tanto en cuanto lo hagan persiguiendo el interés superior de la empresa y no una agenda personal o política.

— La decisión debe adoptarse con la debida información y mediante un procedimiento de decisión adecuado[40], es decir, de conformidad con las normas societarias que establezcan el proceso de toma de decisiones. La actuación del administrador debe basarse en una información que resulte suficiente, es decir, que sea meditada y razonada, y adoptada con los elementos de juicio adecuados[41].

Este es sin duda el punto clave, ya que el cambio climático supone una amenaza real para las empresas, mientras que existen métodos científicamente probados para medir y reducir las emisiones de metano en el sector ganadero que no son especialmente onerosos, y que podrían ser aplicados por las empresas del sector. Se analizarán a continuación a la luz del deber de vigilancia.

4. La obligación del administrador de actuar con conocimiento de causa y el deber de vigilancia

El deber de los administradores de adoptar decisiones justificadas basadas en la información obtenida a través de un procedimiento de información adecuado es la cuestión esencial que debe analizarse en este caso. El caso *In re Caremark*, dictaminado por el Tribunal de Justicia de Delaware en 1996, establece que los administradores deben tomar decisiones informadas y justificadas, basándose en un adecuado proceso de recopilación de información, en cumplimiento de su deber

---

[39] Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2020.

[40] Alfaro Águila Real, J., «Artículo 226.Protección de la discrecionalidad empresarial», en Juste Mencía, J. (dir.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Navarra, Civitas, 2015, pp. 325-360.

[41] García de Enterría, J., Iglesias Prada, J. L., «Lección 22. Los órganos de las sociedades de capital (II). Los administradores», en Rojo, A., Menéndez, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Aranzadi, 2023.

de vigilancia[42]. La falta de una supervisión razonable y continua por parte de los administradores se considera una falta de buena fe[43].

En el caso de Caremark, se acusó a los administradores de no prevenir una serie de violaciones legales que resultaron en la exposición de la empresa a una responsabilidad legal significativa. Caremark había firmado contratos que, aunque no ilegales *per se*, abrían la puerta a posibles sobornos ilícitos[44], infringiendo así leyes y regulaciones federales y estatales. Esto llevó a investigaciones por parte de agencias gubernamentales y a acusaciones de delitos graves contra la empresa[45].

El Tribunal de Justicia de Delaware estableció una distinción entre dos posibles contextos en los que podría surgir responsabilidad por parte de los administradores por no ejercer una diligencia razonable. La primera situación implicaba que la pérdida de la empresa hubiera sido causada por una decisión mal aconsejada o «negligente» del consejo de administración. La segunda situación en la que podría surgir dicha responsabilidad es cuando la pérdida podría haber sido evitada por los administradores si hubieran ejercido la debida vigilancia, cosa que no hicieron[46].

La situación que estamos analizando, relativa a las emisiones de metano en las empresas ganaderas, encaja en el segundo supuesto. En efecto, lo que tenemos es una omisión por parte de los administradores de prestar la debida atención a estas emisiones, con los consiguientes riesgos que ello conlleva, como se detallará más adelante. Si bien los administradores deben tomar las mejores decisiones conforme a su juicio y discreción, las mismas deben ser alcanzadas tras un proceso adecuado de información, sobre todo en aquellos aspectos que son críticos para la misión.

En virtud de lo establecido en este caso, la decisión de los administradores será conforme al deber de vigilancia siempre que se haya empleado un proceso de información y control racional, o se haya utilizado de buena fe para promover los intereses corporativos[47].

La adecuación del nivel de detalle en el sistema de información recae en la autonomía de los administradores, amparada por la regla de discrecionalidad empresarial[48]. Así pues, se deja a los administradores

---

[42] In re Caremark Intern, Inc. Derivative Litigation 698 A.2d 959 (1996).
[43] LexisNexis, In re Caremark Int'l - 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996).
[44] In re Caremark Intern, Inc. Derivative Litigation 698 A.2d 959 (1996).
[45] LexisNexis, In re Caremark Int'l - 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996).
[46] In re Caremark Intern, Inc. Derivative Litigation 698 A.2d 959 (1996).
[47] *Ibid*.
[48] *Ibid*.

la libertad de diseñar sistemas adecuados a su contexto y al sector en el que operan, adaptándose a su actividad y recursos particulares[49].

De acuerdo con el criterio establecido en el caso Caremark, para que se considere que los administradores han fallado en su deber de diligencia, especialmente en lo que respecta a la vigilancia, es necesario que los demandantes demuestren tres aspectos clave, (i) el conocimiento o la obligación de haber conocido las violaciones legales en curso, (ii) la ausencia de acciones de buena fe para prevenir o corregir la situación, y (iii) que dicha ausencia resultó en las pérdidas que se reclaman[50].

Por tanto, en lo que respecta a la acción de responsabilidad en el marco de las empresas ganaderas que nos ocupan, los accionistas deberán probar la concurrencia de dichos requisitos para impugnar el cumplimiento del deber de diligencia de los administradores.

En cuanto a la extensión de estos requisitos a otros ordenamientos jurídicos, los sistemas jurídicos de España y Alemania imponen a los administradores la carga de probar su diligencia y vigilancia, a diferencia del sistema estadounidense que parte de una presunción de diligencia. Por tanto, será el demandado, es decir, el administrador, quien tendrá que demostrar que desconocía las infracciones de la ley que se estaban produciendo en la empresa, que no tenía la obligación de conocerlas, que tomó las medidas adoptadas para evitar o rectificar esa situación, y que su actuación no fue responsable del perjuicio sufrido por la empresa.

La jurisprudencia derivada del caso Caremark estableció un alto umbral para que los demandantes demostraran el incumplimiento del deber de vigilancia por parte de los administradores de una empresa. Sin embargo, recientes fallos judiciales, como *Marchand v. Barnhill* e *In re Clovis Oncology, Inc. Derivative Litigation*, han introducido matices que reflejan una evolución en la interpretación de dicha norma. Estos casos han reafirmado que el deber de vigilancia trasciende la mera supervisión, exigiendo una gestión proactiva y efectiva de los sistemas de control[51].

En el caso de Marchand, una epidemia de listeria en Blue Bell Creameries desencadenó una serie de eventos catastróficos, incluyendo la muerte de tres personas y severas repercusiones financieras para la compañía. El Tribunal Supremo de Delaware concluyó que los administradores de Blue Bell habían fallado en implementar un sistema de

---

[49] Tomas, L., Duffy, M. P., Ritts, G. J., Heintz, A. F., «Delaware Supreme Court Reinforces Directors' Oversight Obligations on Mission-Critical Subjects», *Jones Day*, 2019.

[50] In re Caremark Intern, Inc. Derivative Litigation 698 A.2d 959 (1996).

[51] Bird, R. C., «Caremark Compliance for the Next Twenty-Five Years», *Am Bus Law J*, 2021, pp. 63-119.

vigilancia adecuado en un área crítica para la misión de la empresa: la seguridad alimentaria. A pesar de las señales de alarma previas y la regulación estricta del sector, los administradores no contaban con procedimientos específicos para abordar los problemas de seguridad alimentaria ni un protocolo para mantenerse informados adecuadamente sobre estos asuntos[52].

Este fallo subraya la necesidad de que los administradores de empresas en sectores altamente regulados[53], como la industria ganadera, estén atentos a los aspectos críticos de su misión[54], que hoy en día incluyen no solo la seguridad y calidad de los productos, sino también el bienestar animal y la sostenibilidad medioambiental. La tendencia hacia una regulación medioambiental más estricta, particularmente en lo que respecta a la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, implica que los administradores deben estar preparados para cumplir con las normativas actuales y futuras y facilitar una transición hacia prácticas más respetuosas con el medio ambiente.

Por otro lado, en el caso de Clovis Oncology, aunque existía un sistema de supervisión, los administradores eligieron ignorar deliberadamente las «banderas rojas» que indicaban problemas significativos con un fármaco en desarrollo, lo que resultó en un daño considerable para la empresa[55]. Este caso recalca la obligación de los administradores no solo de establecer sistemas de información adecuados, sino también de monitorear activamente dicha información y actuar en consecuencia[56].

Estos casos ilustran que la responsabilidad de los administradores incluye la identificación de riesgos potenciales, la implementación de sistemas de control y la supervisión continua de la información relevante, así como el deber de actuar ante la información recibida. Además, enfatizan la importancia de documentar adecuadamente estos esfuerzos en los registros del órgano de administración. A pesar de la complejidad de probar la responsabilidad por falta de vigilancia en el ámbito corporativo, estos fallos demuestran que la norma Caremark puede ser aplicable en situaciones de incumplimiento flagrante del deber de vigilancia.

En resumen, la evolución de la norma Caremark refleja un enfoque más riguroso en la supervisión efectiva por parte de los administrado-

---

[52] LexisNexis, *Marchand contra Barnhill* - 212 A.3d 805 (Del. 2019).

[53] Bird, R. C., «Caremark Compliance for the Next Twenty-Five Years», *Am Bus Law J*, 2021, pp. 63-119.

[54] Tomas, L., Duffy, M. P., Ritts, G. J., Heintz, A. F., «Delaware Supreme Court Reinforces Directors' Oversight Obligations on Mission-Critical Subjects», *Jones Day*, 2019.

[55] In re Clovis Oncology, Inc. Derivative Litig. - 2019 Del. Ch. LEXIS 1293 (Ch. Oct. 1, 2019), LexisNexis.

[56] Bird, R. C., «Caremark Compliance for...», *op. cit.,* pp. 63-119.

res, especialmente en áreas críticas para la misión de la empresa. Los casos recientes subrayan la necesidad de una gestión proactiva y la importancia de actuar ante señales de alarma, estableciendo un precedente relevante para la industria ganadera y otros sectores regulados.

En la Unión Europea, numerosos Estados miembros han incorporado el deber de vigilancia en el conjunto de deberes exigidos a los administradores, ya sea a través de la legislación o como un principio reconocido por la jurisprudencia. Tomando como referencia nuestros casos ilustrativos, tanto Alemania como España imponen a los administradores la obligación de ejercer una supervisión diligente.

En Alemania, el Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*) aborda en su art. 278 la responsabilidad que tiene el deudor frente a terceros por actos de sus dependientes de comercio (*Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte*) y en el art. 831 establece la responsabilidad por las acciones de los auxiliares (*Haftung für den Verrichtungsgehilfen*). En relación con esto, el código proporciona al director dos formas de exoneración (*Exculpationsmöglichkeit*), la primera es demostrando que fue diligente en la selección y supervisión de sus empleados; y la segunda, si logra demostrar que el perjuicio se habría producido aun habiendo ejercido el cuidado debido[57].

Por otro lado, la Ley de Infracciones Administrativas (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* o OWiG) contempla en su art. 130 la responsabilidad de los propietarios y representantes de empresas por la falta de medidas de vigilancia necesarias para prevenir infracciones dentro de la organización. Específicamente, el art. 130 (1) de la OWiG sanciona la omisión intencionada o por negligencia de las medidas de supervisión que podrían evitar conductas desordenadas o delictivas, pudiendo resultar en multas significativas[58].

Un caso relevante fue resuelto por el Tribunal Regional Superior de Turingia (*Thüringer Oberlandesgericht*), donde se impuso una sanción al director gerente de una empresa por no cumplir con su deber de supervisión, tras la comisión de infracciones administrativas por parte de empleados bajo la Ley del Ciclo Cerrado de Sustancias y Gestión de Residuos (*Kreislaufwirtschafts und Abfallgesetz*). El tribunal subrayó que, aunque los propietarios y representantes legales no deben ser procesados por delitos cometidos por empleados, sí son responsables si no se han adoptado las medidas de supervisión necesarias para prevenir infracciones. Se espera que los demandados demuestren haber

---

[57] Hernando Cebriá, L., «El deber de vigilancia de los administradores en el marco de su régimen de responsabilidad y las relaciones de confianza entre consejeros y directivos de la empresa social», *Revista de derecho de sociedades,* (46), 2016, pp. 131-165.

[58] Rehm, S. M., *Wann verletzt man seine Aufsichtspflicht?,* Haufe, 2017.

implementado las medidas de vigilancia y control adecuadas, y que el proceso de vigilancia esté debidamente documentado[59].

En España, si bien el legislador no ha previsto expresamente un deber de vigilancia, podemos entender que el grado de diligencia exigible a los administradores comporta dicho deber de vigilancia[60]. Ello implica una responsabilidad continua y activa de supervisión sobre la gestión y operaciones de la empresa. Los administradores deben asegurarse de que se establezcan mecanismos de control efectivos sobre las actividades de la sociedad[61], todo ello adecuado a las características del concreto órgano de administración y de la empresa, de cara a obtener la información adecuada y necesaria para el correcto ejercicio de sus funciones[62].

Además, el Código Penal establece deberes de vigilancia para los superiores jerárquicos sobre sus subordinados, que incluyen tanto la vigilancia directa como la prevención de actuaciones defectuosas[63]. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo 257/2009, de 30 de marzo, aplicando las reglas de la comisión por omisión, establece que la responsabilidad por actos de subordinados puede derivarse de un deber de garante, que recae en aquellos con autoridad y capacidad de supervisión[64]. El art. 11 del Código Penal español equipara la omisión de impedir un delito con su ejecución activa, siempre que se infrinja un deber jurídico especial y la omisión sea equivalente a la causación del resultado[65].

Los administradores, en tanto en cuanto tienen una posición de garante derivada de su contrato con la sociedad, adquieren la obligación de gestionar la empresa, desempeñar sus funciones con la diligencia debida y actuar en el mejor interés de la sociedad, incluyendo un deber de vigilancia sobre sus subordinados en consonancia con lo dispuesto en el art. 11 ter del Código Penal.

---

[59] *https://fachanwaelte-strafrecht-potsdamer-platz.de/de/news/umweltstrafrecht/141-130-owig-verletzung-der-aufsichtspflicht-im-unternehmen*, (consultada el 20 de abril de 2024).

[60] Pérez Benítez, J. J., «La responsabilidad de los administradores sociales en las proximidades de la insolvencia», en Cohen Benchetrit, A. y Muñoz Paredes, A. (dir.), *Deberes de los administradores de las sociedades de capital*, Aranzadi, 2023, pp. 755-789.

[61] Uría Menéndez, «Guía Práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil», 2015, p. 9.

[62] Juste Mencía, J., «Capítulo III. Los deberes de los administradores», en García-Cruces, J., Sancho Gargallo, I. (dir.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 3099-3100.

[63] Silva Sánchez, J. M., «Deberes de los miembros de un Consejo de Administración [a propòsit de la STS núm. 234/2010 (Sala Penal), d'11 de març]», *Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 2, InDret Penal, 2023.

[64] STS de 30 de marzo de 2009 (RJ 2009, 3065).

[65] *Ibid*.

El estándar de deber de vigilancia, como se establece en los casos Caremark, Marchand e In re Clovis, obliga a los administradores a supervisar y controlar la actuación de la empresa, asegurando que se actúe de manera coherente con la información recibida y se preste especial atención a los aspectos críticos de la misión de la empresa. Este deber de vigilancia es reconocido tanto en el ordenamiento jurídico alemán como en el español, y se ve reforzado por las obligaciones impuestas por la Unión Europea en materia de *compliance*. A continuación abordaremos cómo se aplica esta norma a las empresas cárnicas y lácteas.

IV. CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE VIGILANCIA EN EL MARCO DE LAS EMPRESAS CÁRNICAS Y LÁCTEAS

Como hemos venido debatiendo, el cambio climático y el metano representan un grave riesgo para las empresas ganaderas, siendo imperativo que las empresas del sector identifiquen estos riesgos y establezcan sistemas de monitoreo, control y reducción efectivos.

A continuación, vamos a desarrollar aquellos aspectos que consideramos críticos para determinar el cumplimiento del deber de diligencia de los administradores de las empresas ganaderas, a la luz del deber de vigilancia. Para ello, nos referiremos en primer lugar a los riesgos actuales y potenciales a los que se enfrentan las empresas de este sector en materia de sostenibilidad. El segundo aspecto que desarrollaremos serán las técnicas de control de las emisiones de metano existentes, de cara a analizar las posibilidades de medición y monitoreo, para luego explicar las formas de reducción de dichas emisiones, con la finalidad de reflejar las posibilidades reales de los administradores para responder a esta contingencia. Por último, al hilo de la jurisprudencia desarrollada por Caremark y Marchand, nos centraremos en las obligaciones legales existentes en materia de reducción de emisiones.

1. La emisión de metano presenta riesgos claros y constatables para las empresas ganaderas

La emisión de metano constituye un riesgo palpable para el sector ganadero, cuyas repercusiones afectan a la viabilidad a largo plazo de las empresas. Aunque en el corto plazo estas cuestiones puedan parecer secundarias, con el tiempo se revelan como factores determinantes para el éxito y la sostenibilidad del negocio.

El cambio climático, un fenómeno progresivo y de larga data, coloca a la ganadería en una posición comprometida debido a su contribución significativa al calentamiento global mediante la emisión de

gases de efecto invernadero, así como a la contaminación de suelos y aguas. Esta situación ha situado al sector en el punto de mira.

La conciencia social sobre el cambio climático ha aumentado, especialmente tras experimentar sus efectos directos, como olas de calor, estaciones alteradas, lluvias intensas, sequías e incendios. Esta concienciación, sumada al conocimiento de la contaminación originada por la ganadería y las campañas ecologistas, plantea un riesgo comercial significativo, erosionando el valor de las empresas y alterando la demanda debido a cambios en los patrones de consumo.

El cambio en los hábitos de consumo es notable, evidenciado por la disminución en el consumo de leche de vaca en favor de alternativas vegetales y la reducción en el consumo de carne. Organizaciones como el IPCC y Greenpeace han enfatizado la necesidad de modificar la producción de alimentos para evitar una catástrofe climática, lo que ha fomentado tendencias vegetarianas y veganas y ha popularizado productos como la carne de origen vegetal, incluso en grandes cadenas de restauración[66].

Además, la demanda de información sobre sostenibilidad empresarial por parte de inversores ha crecido significativamente, impulsada por una mejor comprensión de los riesgos financieros asociados al cambio climático y otros problemas medioambientales, sociales y sanitarios. La pandemia de COVID-19 ha intensificado esta tendencia, destacando la vulnerabilidad de los trabajadores y las cadenas de suministro, así como la relación entre la alteración de ecosistemas y la propagación de enfermedades[67].

El riesgo derivado de la evolución legislativa también es una preocupación creciente, con tendencias hacia normativas medioambientales más estrictas y objetivos de emisiones[68].

El cambio climático afecta además directamente al ganado, disminuyendo la ingesta de alimentos, la producción de leche y carne, la eficiencia reproductiva y la salud inmunológica, y aumentando la mortalidad. El estrés térmico, causado por el aumento de temperaturas, es un factor clave, junto con efectos indirectos como alteraciones en los cultivos forrajeros y en la disponibilidad de agua, así como un incremento en el estrés parasitario, enfermedades y plagas[69].

---

[66] Sadowski, S., «How regenerative land and livestock management practices can sequester carbon», *GreenBiz*, 2019.

[67] Considerando 11, Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre.

[68] *ClientEarth contra Shell plc & Ors* [2023] EWHC 1137 (Ch).

[69] Cheng, M., Mccarl, B., Fei, C., (2022), «Climate Change and Livestock Production: A Literature Review», *Atmosphere*, 13 (1), p. 140.

En conclusión, el cambio climático y las emisiones de metano representan un riesgo significativo para la industria cárnica y láctea a medio y largo plazo. Los desafíos incluyen la concienciación pública, los cambios en los hábitos de consumo, la demanda de información sobre sostenibilidad, los cambios normativos y los daños directos al ganado. Estos factores ya están impactando al sector y requieren que los administradores de empresas ganaderas estén bien informados y preparados para enfrentar estos efectos adversos.

2. La ciencia proporciona métodos fiables y asequibles para obtener información sobre las emisiones de metano

La ciencia actual ofrece métodos confiables y económicos para el monitoreo de las emisiones de metano, especialmente en el ámbito de la ganadería. La tecnología existente permite mediciones precisas, siendo accesible en términos de coste y facilidad de uso.

Nos enfocaremos en las técnicas aplicadas a la ganadería, basándonos en el estudio *Improving characterization of anthropogenic methane emissions in the United State*, de las Academias Nacionales de Ciencias, Ingeniería y Medicina. Para ello, debemos diferenciar entre las dos fuentes principales de metano en el sector ganadero, que son la fermentación entérica y la gestión del estiércol[70], y entre las técnicas directas e indirectas de rastreo de emisiones. Las técnicas directas implican mediciones físicas de las emisiones, mientras que las indirectas estiman las emisiones a partir de datos no directamente relacionados con la fuente.

Las principales técnicas directas e indirectas para medir las emisiones de metano producidas a través de la fermentación entérica incluyen cámaras de confinamiento, técnicas de rastreo, técnicas de «olfateo» y detectores portátiles de metano por láser. La técnica directa más relevante es la cámara de respiración, que consiste en medir las concentraciones de gas inicial y final de la cámara en la que se encuentra el animal, los flujos de aire entrantes y salientes, así como la concentración de cualquier gas relevante en el aire[71]. Este método presenta importantes inconvenientes, como su elevado coste de construcción y funcionamiento, la falta de precisión para reproducir exactamente el pastoreo de los animales en condiciones naturales[72], y la imposibi-

---

[70] National Academies Of Sciences, Engineering, And Medicine, «Improving characterization of anthropogenic methane emissions in the United States», *National Academies Press*, 2018.

[71] *https://www.epa.gov/ghgemissions/overview-greenhouse-gases* (consultada el 13 de mayo de 2024).

[72] Harper, L. A., Denmead, O. T., Freney, J. R. y Byers, F. M., «Direct measurements of methane emissions from grazing and feedlot cattle», *Journal of animal science*, 77(6), 1999, pp. 1392–1401.

lidad de medir simultáneamente las emisiones de un gran número de animales[73].

No obstante, existen alternativas como la técnica de diferencia de masas y el método del trazador de hexafluoruro de azufre (SF_6), que permiten mediciones directas en condiciones naturales y son menos costosas. La técnica de diferencia de masas consiste en calcular las emisiones totales de metano a través de la cantidad y composición del pienso consumido, y la fracción de pienso que es transformada en metano por el sistema digestivo del ganado. Es un método sencillo que permite estimar las emisiones de metano del ganado, y es útil al mismo tiempo para evaluar el éxito que pueden tener las diferentes dietas para animales dirigidas a reducir las emisiones[74]. En cuanto al método del trazador de hexafluoruro de azufre implica el uso de este gas como gas trazador. Se libera a una tasa constante en el estómago del animal y se mezcla con los gases del rumen. Se recogen muestras de los gases que el animal eructa y exhala para analizar la presencia de SF_6 y metano. La cantidad de metano emitido se calcula basándose en la proporción de SF_6 y metano y la tasa de liberación del trazador. Un sistema parecido es el sistema automatizado de cámara de cabeza, GreenFeed®[75].

También pueden utilizarse métodos indirectos para medir las emisiones de metano procedentes del ganado, a través de las emisiones de dióxido de carbono, determinando la frecuencia de eructación durante un periodo de medición, o mediante detectores láser, aunque suelen dar lugar a subestimaciones[76].

La medición de emisiones en sistemas de gestión del estiércol varía según la instalación. Los establos cerrados pueden utilizar técnicas de balance de masas, mientras que los establos con ventilación natural pueden requerir enfoques como el balance de dióxido de carbono o el uso de gases trazadores[77].

En zonas abiertas, se pueden emplear métodos como trazadores externos, modelos de dispersión y covarianza de Foucault, que no alteran las condiciones de vida de los animales y permiten tener en cuenta la variabilidad geográfica[78].

En resumen, la variedad de métodos científicos disponibles para el control de emisiones de metano en la ganadería es amplia y adaptable

---

[73] National Academies Of Sciences, Engineering, And Medicine, «Improving characterization of anthropogenic methane emissions in the United States», National Academies Press, 2018.

[74] Hogg, J., «La ganadería produce más gases contaminantes que el transporte», *Noticias* Onu, 2006.

[75] *https://www.epa.gov/ghgemissions/overview-greenhouse-gases* (consultada el 13 de mayo de 2024).

[76] *Ibid*.

[77] *Ibid*.

[78] *Ibid*.

a diferentes necesidades y presupuestos, lo que facilita su implementación por parte de los administradores de las empresas ganaderas para un control efectivo de las emisiones de metano.

3. Las técnicas para reducir las emisiones de metano son compatibles con la continuidad del éxito empresarial

Las estrategias para mitigar las emisiones de metano pueden ser compatibles con el éxito empresarial, e incluso necesarias para que el éxito se mantenga en el largo plazo. La jurisprudencia, como el caso de In re Clovis, establece que los administradores deben atender a la información de los sistemas de supervisión y actuar en consecuencia. Esto implica que, en el sector ganadero, los administradores deben estar informados acerca de los riesgos, implementar sistemas de supervisión adecuados y tomar medidas para reducir las emisiones de metano cuando los datos así lo indiquen.

La reducción de las emisiones de metano es una opción posible y viable, a través de multitud de técnicas. El secuestro de carbono, por ejemplo, es una práctica clave para mitigar el aumento de CO_2 atmosférico[79], consistiendo en la captura y almacenamiento de este gas en diferentes reservas[80], como plantas, suelos, formaciones geológicas y el océano[81]. Se puede realizar de manera biológica, geológica o tecnológica[82]. Aunque estas técnicas se centran en el CO_2, también son relevantes para el metano, ya que este se oxida en la atmósfera formando CO_2 y vapor de agua[83]. Por tanto, el secuestro de carbono también puede mitigar indirectamente los efectos del metano.

La integración de cultivos y ganadería (ICL), la agrosilvicultura y la silvopastura[84] son ejemplos de prácticas que fomentan el secuestro biológico de carbono[85] y ofrecen beneficios adicionales como mayor productividad y bienestar animal. Estas técnicas incluyen la combinación de árboles con cultivos y ganado, el uso de especies vegetales

---

[79] Lal, R., «Carbon sequestration», *Philosophical Transactions of the Royal Society, Biological Sciences*, 2008, pp. 815-830.

[80] *https://climatechange.lta.org/carbon-sequestration/* (consultada el 14 de mayo de 2024).

[81] *https://www.britannica.com/technology/carbon-sequestration* (consultada el 14 de mayo de 2024).

[82] *https://www.nationalgrid.com/stories/energy-explained/what-carbon-sequestration* (consultada el 14 de mayo de 2024).

[83] *https://www.bridgerphotonics.com/blog/how-does-methane-affect-environment* (consultada el 14 de mayo de 2024).

[84] *https://www.embrapa.br/en/tema-integracao-lavoura-pecuaria-floresta-ilpf/nota-tecnica* (consultada el 15 de mayo de 2024).

[85] Bansal, S., Chakraborty, P., Kumar, S., «Crop-livestock integration enhanced soil aggregate-associated carbon and nitrogen, and phospholipid fatty acid», *Sci Rep 12*, 2022, p. 2781.

autóctonas en pastizales[86] y la integración de estiércol en sistemas de cultivo[87], y ya goza de difusión en España a través de las tradicionales dehesas[88]. Estos sistemas además permiten la diversificación de los ingresos, y, por tanto, la estabilidad financiera de dichas explotaciones[89].

La modificación de la alimentación del ganado puede reducir las emisiones de metano derivadas de la fermentación entérica. El uso de aditivos como taninos, algas marinas y aceites ha demostrado ser efectivo, con reducciones significativas en las emisiones. La mejora genética del ganado también contribuye a la eficiencia y a la reducción del número de animales necesarios para la producción[90].

Por último, el reciclaje por digestión anaerobia es otro método eficaz para reducir el impacto ambiental de la ganadería. La digestión anaerobia transforma el estiércol en biogás y compost, ofreciendo una alternativa energética renovable y reduciendo la necesidad de fertilizantes sintéticos[91]. La gestión mejorada del estiércol, como la separación de sólidos y líquidos y el compostaje, optimiza su valor y reduce su impacto ambiental[92].

En consecuencia, existen numerosos métodos que permiten reducir las emisiones de metano y ofrecen oportunidades rentables a las empresas ganaderas. La agricultura y la ganadería todavía tienen un potencial casi sin explotar en la economía circular de base biológica. Las técnicas que hemos descrito brindan posibilidades para avanzar hacia una economía que no tenga impacto climático y genere nuevas oportunidades laborales en la industria primaria[93].

---

[86] *https://www.beefresearch.ca/topics/carbon-cycle-beef-cattle/* (consultada el 17 de mayo de 2024).

[87] Thelen, K. D., Fronning, B. E., Kravchenko, A., Min, D. H. y Robertson, G. P., «Integrating livestock manure with a corn-soybean bioenergy cropping system improves short-term carbon sequestration rates and net global warming potential», *Biomass and bioenergy*, 34 (7), 2010, pp. 960-966.

[88] Reyes-Palomo, C., Aguilera, E., Llorente, M., Díaz-Gaona, C., Moreno, G. y Rodríguez-Estévez, V., «Carbon sequestration offsets a large share of GHG emissions in dehesa cattle production», *Journal of Cleaner Production*, 2022.

[89] *https://www.fs.usda.gov/nac/practices/silvopasture.php* (consultada el 17 de mayo de 2024).

[90] European Livestock Voic., «Carbon farmin., behind the concept, what are the concrete opportunities for livestock farming?», 2022.

[91] *https://www.epa.gov/agstar/how-does-anaerobic-digestion-work* (consultada el 19 de mayo de 2024).

[92] Lim, T., Massey, R., Mccann, L., Canter, T., Omura, S., Willett, C., Roach, A., Key, N., Dodson, L., «Increasing the Value of Animal Manure for Farmers», *Economic Research Service, Administratice Publication,* núm. 109, 2023.

[93] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Estrategia «de la granja a la mesa» para un sistema alimentario justo, saludable y respetuoso con el medio ambiente, de 20 de mayo de 2020.

4. Las obligaciones de diligencia debida exigen que los administradores controlen e informen sobre las emisiones de metano y su reducción

Por último, el deber de vigilancia obliga a los administradores a cumplir con la normativa aplicable. Por ello analizaremos, en el marco de la Unión Europea, la Directiva (UE) 2022/2464, sobre presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (CSRD) y la propuesta de Directiva de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (CS3D).

La Unión Europea ha consolidado su compromiso con la sostenibilidad y la responsabilidad corporativa mediante la implementación de un marco legal robusto, en línea con los objetivos del Pacto Verde Europeo. Este marco legal exige a las empresas, especialmente a las grandes corporaciones y a aquellas cotizadas en bolsa, la divulgación de información detallada sobre los riesgos y oportunidades asociados a aspectos sociales y medioambientales, así como el impacto de sus operaciones en las personas y el medio ambiente[94].

La CSRD entró en vigor el 5 de enero de 2023. Esta directiva moderniza y refuerza las normativas existentes sobre la divulgación de información social y medioambiental por parte de las empresas[95], promoviendo así una mayor transparencia y comparabilidad en la información sobre el desempeño ambiental, social y de gobernanza[96].

El ámbito de aplicación incluye a todas las grandes empresas y aquellas con valores negociados en mercados regulados de la Unión, excluyendo a las microempresas[97]. Las pequeñas y medianas empresas también pueden optar voluntariamente por adherirse a este régimen[98]. Las empresas no pertenecientes a la UE que operen dentro de la Unión y cumplan con ciertos criterios de volumen de negocios también están sujetas a estas directrices[99].

La CSRD establece que los informes de sostenibilidad deben incluir una variedad de temas, como factores medioambientales, sociales, de derechos humanos y de gobernanza, siguiendo la definición de «facto-

---

[94] *https://finance.ec.europa.eu/capital-markets-union-and-financial-markets/company-reporting-and-auditing/company-reporting/corporate-sustainability-reporting_en* (consultada el 23 de mayo de 2024).

[95] *Ibid*.

[96] Lefebvre, «La CSRD o Directiva de Reporte de Sostenibilidad Corporativa», 2023.

[97] Considerando 17, Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre.

[98] Considerando 21, Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre.

[99] Puig-Serra, S., «La nueva directiva europea CSRD cambia las reglas del juego», *Publicaciones Grant Thornton*, 2023.

res de sostenibilidad» del Reglamento (UE) 2019/2088[100]. Además, se aclara la doble perspectiva de la materialidad, exigiendo que los informes de gestión contengan información detallada sobre el impacto de las actividades de la empresa en la sostenibilidad y cómo estas cuestiones afectan a la empresa en sí.

Para el sector ganadero, es de especial interés la necesidad de detallar estrategias frente a los riesgos de sostenibilidad, incluyendo planes para la transición a una economía sostenible y la limitación del calentamiento global a 1,5°C. Las empresas ganaderas deben establecer objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, como el metano, y reportar los avances basándose en evidencia científica sólida.

En conclusión, la CSRD ha venido a reforzar el sistema de información y divulgación sobre sostenibilidad de las empresas, obligando a las grandes empresas a establecer objetivos de reducción de su impacto. Recientemente, la Unión Europea ha dado un paso más, aprobando el texto de la propuesta de Directiva de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, que amplía las responsabilidades corporativas más allá de la mera divulgación de información, estableciendo el deber de las empresas de prevenir, mitigar, corregir y reparar sus efectos adversos en el medio ambiente y en los derechos humanos, tanto en sus propias operaciones como en las de sus filiales y en su cadena de actividades[101].

V. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD

En el marco del compromiso de la Unión Europea con un desarrollo económico responsable y una competitividad justa, la nueva legislación sobre la diligencia debida de las empresas se erige como un pilar fundamental. Esta normativa no solo busca garantizar el respeto a los derechos humanos y la protección del medio ambiente, sino que también pretende establecer un terreno de juego equitativo para todas las empresas que operan dentro de la Unión, evitando la fragmentación derivada de la actuación de los Estados miembros por sí solos[102].

La CS3D regula, por un lado, las obligaciones que incumben a las empresas en relación con los efectos adversos de sus actividades sobre

---

[100] Considerando 28, Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre.

[101] de Nadal, E., «Avances en la Directiva de debida diligencia», *Newsletter Cuatrecasas*, 2024.

[102] Exposición de motivos, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937.

los derechos humanos y el medio ambiente, así como de las actividades de sus filiales y las de la cadena de valor de las entidades con las que dichas empresas mantengan una relación comercial establecida. Por otro lado, establece la responsabilidad que se deriva del incumplimiento de dichas obligaciones. Asimismo, dispone la obligación de las empresas de adoptar y poner en práctica un plan de transición para la mitigación del cambio climático que tiene como objetivo asegurar, mediante el mejor esfuerzo, la compatibilidad del modelo de negocio y de la estrategia de la empresa con la transición hacia una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5°C de acuerdo con el Acuerdo de París[103].

La CS3D impone a las empresas incluidas en su ámbito de aplicación el deber de integrar la debida diligencia en sus políticas y sistemas de gestión de riesgos. Esto implica un proceso continuo de identificación y evaluación de los impactos adversos actuales o potenciales, estableciendo, en caso de necesidad, una prioridad entre ellos. Una vez identificados, los pasos a seguir incluyen la prevención y mitigación de los impactos adversos potenciales, así como la eliminación de los impactos adversos que ya estén ocurriendo, buscando siempre minimizar su extensión. Además, es fundamental que las empresas proporcionen remedios efectivos para aquellos impactos adversos que ya se hayan materializado[104].

Las empresas deberán adquirir un compromiso significativo con las partes interesadas, establecer y mantener un mecanismo de notificación y un procedimiento de quejas, y realizar comunicaciones públicas sobre la implementación de la debida diligencia en sus sociedades. Por último, se establece la obligación de monitorear de forma periódica la efectividad de la política de debida diligencia y las medidas implementadas[105], de cara a analizar su adecuación y efectividad. Las empresas deberán actualizar o modificar sus políticas y medidas en base a la información obtenida de dichas evaluaciones y del diálogo con las partes interesadas[106].

La reciente directiva establece una obligación de medios que se asemeja significativamente al deber de vigilancia que se propone en el presente artículo, por cuanto obliga a las empresas a recabar informa-

---

[103] Art. 1, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937.

[104] Art. 5, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937.

[105] *Ibid*..

[106] Art. 15, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937.

ción sobre su impacto medioambiental, sugerir medidas correctivas y supervisar la eficacia de dichas medidas, tomando acciones pertinentes en función de los resultados obtenidos. A diferencia de lo propuesto en el artículo, este mandato de vigilancia recae sobre las empresas y no directamente sobre los administradores.

Si bien en la propuesta inicial, de 23 de febrero de 2022, se hacía referencia explícita a los administradores en los arts. 25 y 26, en versiones posteriores de la propuesta estas menciones han sido suprimidas. El art. 25, en su versión original, imponía un deber de diligencia a los administradores, exigiéndoles considerar las repercusiones de sus decisiones en términos de sostenibilidad, en cumplimiento de su deber de actuar en el mejor interés de la empresa. De haberse mantenido, este artículo habría zanjado el debate en nuestro ordenamiento jurídico e impuesto la tesis institucionalista, ampliando el concepto de interés social para abarcar no solo los intereses de socios o accionistas, sino también los de otras partes interesadas.

Por otro lado, el art. 26 hacía recaer la responsabilidad sobre los administradores de implementar y supervisar las medidas de diligencia debida, así como de ajustar la estrategia corporativa de acuerdo con éstas. La eliminación de estas disposiciones en las versiones más recientes modifica el alcance de la responsabilidad y la supervisión directa que se había contemplado inicialmente para los administradores en el marco de la sostenibilidad corporativa.

Ahora bien, aunque la CS3D, tal y como la tenemos ahora, no prevea ninguna obligación concreta para los administradores, sigue estableciendo un régimen legal de debida diligencia para las empresas, cuya ejecución, en términos materiales, recaerá sobre los administradores, por cuanto son los encargados de gestionar la empresa, y deben hacerlo en cumplimiento de la legalidad vigente. Además, la propuesta prevé el establecimiento de sanciones, incluidas sanciones pecuniarias, en caso de su incumplimiento[107]. La imposición de esta sanción podría dar lugar a una acción de responsabilidad contra los administradores, en tanto en cuanto no hayan cumplido con la legislación vigente, acarreando perjuicios a la empresa bajo la forma de dicha sanción.

Por tanto, en vista de estos sistemas de responsabilidad, así como el consiguiente peligro de que se juzgue como negligente la conducta de los administradores debido a la no observancia de estas normativas, y considerando también la complejidad que implica interpretar y aplicar la presión regulatoria que emana de las leyes de desarrollo sostenible, se impone la necesidad de que los administradores mejoren su gobierno

[107] Art. 27, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937.

corporativo a la luz del deber de vigilancia, de cara a atraer la protección de la regla de la discrecionalidad empresarial sobre sus decisiones[108].

VI. CONCLUSIONES

El metano es un potente gas de efecto invernadero que se emite principalmente en el sector agrícola, especialmente a través de la cría de ganado vacuno. A pesar de ello, las empresas ganaderas suelen quedar al margen de la acción por el clima. El presente artículo ha debatido acerca de la posibilidad de que los socios o accionistas de las sociedades puedan interponer una acción de responsabilidad contra los administradores de las empresas cárnicas y lácteas por su falta de acción frente a las emisiones de metano.

La adecuación de las decisiones de los administradores viene determinada por la regla de la discrecionalidad empresarial, originaria de Estados Unidos y adoptada en Alemania y España. Esta regla establece un ámbito de inmunidad para los administradores en la toma de decisiones empresariales, cuando las mismas se adopten de buena fe, sin interés personal en el asunto, con la información adecuada y utilizando un sistema de decisión adecuado. El requisito relativo a la información necesaria ha sido desarrollado por la jurisprudencia estadounidense a través de los casos Caremark, Marchand e In re Clovis, exigiendo que los administradores supervisen y controlen eficazmente la actuación de la sociedad a través de sistemas de información adecuados. Este deber incluye la obligación de supervisar el cumplimiento legal, la viabilidad operativa y los resultados financieros de la empresa, hacer un seguimiento de esta información y actuar en consecuencia, especialmente cuando surgen señales de alarma en relación con cuestiones críticas para la misión. Este deber de vigilancia también existe en Alemania y España.

En el caso que nos ocupa, consideramos que las emisiones de metano constituyen un riesgo que da lugar, como hemos desarrollado, a una serie de señales de alarma relacionadas con cuestiones críticas para la misión de la empresa. Los riesgos derivados de las emisiones de metano abarcan factores como la mayor concienciación pública sobre el cambio climático y su conexión con la ganadería, los cambios en las preferencias y comportamientos de los consumidores, la creciente demanda de información sobre sostenibilidad por parte de los inversores, la tendencia normativa hacia las normativas sobre sostenibilidad y los posibles daños al ganado.

---

[108] Farrés Pineda, J., «Capítulo 10. Desarrollo sostenible, Gobierno Corporativo y protección de administradores», en Paz Arias, J.M. y Delgado Arrabal, M.L. (dirs.), *Estudios Jurídicos sobre Sostenibilidad: Cambio Climático y Criterios ESG en España y la Unión Europea*, Aranzadi, 2023.

Por ello, los administradores de las empresas, en línea con su deber de vigilancia, deben informarse adecuadamente sobre estos riesgos y actuar en respuesta a la información recabada, con vistas a que sus decisiones se acojan al ámbito de inmunidad de la regla de la discrecionalidad empresarial. El estado actual de la ciencia ofrece técnicas de control y reducción de las emisiones de metano para las empresas ganaderas, que son compatibles con la continuidad del éxito empresarial desde un punto de vista económico.

En Estados Unidos, no obstante, tal y como se encuentra configurada la protección a la discrecionalidad de los administradores, parece poco probable que prospere una acción de responsabilidad de los accionistas contra los administradores basada en el deber de vigilancia y en la falta de actuación en relación con las emisiones de metano. Ello es así debido a la dificultad de desvirtuar la presunción de diligencia de los administradores.

En la Unión Europea, sin embargo, la reciente evolución legislativa en materia de sostenibilidad parece abrir la puerta a la posibilidad de que pueda prosperar tal acción. La CSRD y la CS3D han introducido obligaciones de obtener y publicar la información de las empresas relativas a su impacto en los derechos humanos y el medio ambiente, así como de prevenir, mitigar, corregir y reparar sus efectos adversos, y monitorear la evolución de los mismos, respondiendo a la información que resulte de dichas evaluaciones.

Estas obligaciones vienen a respaldar indirectamente en materia de sostenibilidad el deber de vigilancia de los administradores. El incumplimiento de estas obligaciones acarrearía sanciones para la empresa, ocasionándole un perjuicio económico, del que deberían responder los administradores por no haber cumplido la legalidad vigente.

Con todo y con ello, no podemos olvidar que se trata de obligaciones de medios, por lo no hay un contenido concreto que los administradores deban seguir, sino que podrán establecer y seguir lo que, a su juicio, constituya el mejor cumplimiento del deber de diligencia de la empresa.

En definitiva, en la actualidad, una acción de responsabilidad de los accionistas contra los administradores de una empresa cárnica y láctea por las emisiones de metano no prosperaría en Estados Unidos. Sin embargo, podría prosperar en la Unión Europea, si dicho riesgo no es valorado correctamente por los administradores a la luz de las obligaciones impuestas por la CSRD y la CS3D.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. Artículos

Bansal, S., Chakraborty, P., Kumar, S., «Crop-livestock integration enhanced soil aggregate-associated carbon and nitrogen, and phospholipid fatty acid», *Sci Rep,* 12, 2022, p. 2781.

Bird, R. C., «Caremark Compliance for the Next Twenty-Five Years», *Am Bus Law* J, 2021, pp. 63-119.

Bray, D., «A Primer on Animal Agriculture, Methane, and Climate Action», *Juriste Internacionale*, 2022.

Changing Markets Foundation And Institute For Agricultural And Trade Polic., «Emissions impossible, how emissions from big meat and dairy are heating up the planet», 2022.

Cheng, M., Mccarl, B., Fei, C., (2022), «Climate Change and Livestock Production, A Literature Review», *Atmosphere*, 13 (1), p. 140.

de Nadal, E., «Avances en la Directiva de debida diligencia», *Newsletter Cuatrecasas*, 2024.

European Livestock Voice, «Carbon farming, behind the concept, what are the concrete opportunities for livestock farming?», 2022.

Foster, J., «Farmers, scientists seek solutions to global warming caused by cows», *Environmental Defense Fund*, 2023.

Guerra, A., «La "*business judgement rule*", un balón de oxígeno para el riesgo en las decisiones estratégicas», *Publicaciones Garrigues*, 2018.

Harper, L. A., Denmead, O. T., Freney, J. R. y Byers, F. M., «Direct measurements of methane emissions from grazing and feedlot cattle», *Journal of animal science*, 77(6), 1999, pp. 1392–1401.

Hernando Cebriá, L., «El deber de vigilancia de los administradores en el marco de su régimen de responsabilidad y las relaciones de confianza entre consejeros y directivos de la empresa social», *Revista de derecho de sociedades,* (46), 2016, pp. 131-165.

Hogg, J., «La ganadería produce más gases contaminantes que el transporte», *Noticias* Onu, 2006.

Kirschke, S., Bousquet, P., Ciais, P., Saunois, M., Canadell, J. G., Dlugokencky, E. J. y Zeng, G., «Three decades of global methane sources and sinks», *Nature geoscience*, 6 (10), 2013, pp. 813-823.

Lal, R., «Carbon sequestration», *Philosophical Transactions of the Royal Society, Biological Sciences*, 2008, pp. 815-830.

Lehner, P. H., Rosenberg, N. A., «The Climate Crisis and Agriculture», *Environmental Law Reporter*, 2022.

Lewis, R., Blake, N., Palmer, J., Goldberg, S., Perlman, R., Mcintosh, M. y Morgan, C., «High Court refuses permission for climate-change activist shareholder to bring derivative action on behalf of Shell plc against its directors», *Litigation Notes Herbert Smith Freehills*, 2023.

Lefebvre, «La CSRD o Directiva de Reporte de Sostenibilidad Corporativa», 2023.

Lim, T., Massey, R., Mccann, L., Canter, T., Omura, S., Willett, C., Roach, A., Key, N., Dodson, L., «Increasing the Value of Animal Manure for Farmers», *Economic Research Service, Administratice Publication,* núm. 109, 2023.

Liu, S., Proudman, J., Mitloehner, F. M., «Rethinking methane from animal agriculture», *CABI Agric Biosci,* 2, 2021, p. 22.
Mestre Giner, B., «V. La *business judgment rule* y su afectación a la responsabilidad de los administradores», *Actualidad Mercantil 2021*, 2021, p. 4.
Molina Pla, M., «La protección de la discrecionalidad empresarial como excepción de la responsabilidad de los administradores sociales en el derecho español», *Revista Consumo y Empresa*, 2019, pp. 21-42.
National Academies Of Sciences, Engineering, And Medicine, «Improving characterization of anthropogenic methane emissions in the United States», *National Academies Press*, 2018.
Reyes-Palomo, C., Aguilera, E., Llorente, M., Díaz-Gaona, C., Moreno, G. y Rodríguez-Estévez, V., «Carbon sequestration offsets a large share of GHG emissions in dehesa cattle production», *Journal of Cleaner Production*, 2022.
Osborne Clark, «The business judgement rule as a mechanism to protect directors from liability when making business decisions», 2020.
Puig-Serra, S., «La nueva directiva europea CSRD cambia las reglas del juego», *Publicaciones Grant Thornton*, 2023.
Ravishankara, A. R., Kuylenstiern, J. C. I. *et al*., «Global Methane Assessment», *United Nations Environment Programme*, 2021.
Ritchie, H., «The carbon footprint of food: are differences explained by the impacts of methane?», *Our World in Data*, 2020.
Roth, M., «Business judgment rule», *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Mohr Siebeck, 2009, pp. 244-248.
Sadowski, S., «How regenerative land and livestock management practices can sequester carbon», *GreenBiz*, 2019.
Seibt, C. H., Sigari-Majd, F., Schwarz, S., Denninger, P., Vesper-Gräske, M., Rendessy, D., «ESG and the business judgement rule – a narrowed passage to the safe harbour?», *Freshfields Bruckhaus Deringer*, 2023.
Reyes-Palomo, C., Aguilera, E., Llorente, M., Díaz-Gaona, C., Moreno, G. y Rodríguez-Estévez, V., «Carbon sequestration offsets a large share of GHG emissions in dehesa cattle production», *Journal of Cleaner Production*, 2022.
Silva Sánchez, J. M., «Deberes de los miembros de un Consejo de Administración [a propòsit de la STS núm. 234/2010 (Sala Penal), d'11 de març]», *Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 2, InDret Penal, 2023.
Thelen, K. D., Fronning, B. E., Kravchenko, A., Min, D. H. y Robertson, G. P., «Integrating livestock manure with a corn-soybean bioenergy cropping system improves short-term carbon sequestration rates and net global warming potential», *Biomass and bioenergy*, 34 (7), 2010, pp. 960-966.
Tomas, L., Duffy, M. P., Ritts, G. J., Heintz, A. F., «Delaware Supreme Court Reinforces Directors' Oversight Obligations on Mission-Critical Subjects», *Jones Day*, 2019.
Un Environment Programm., «Methane emissions are driving climate change. Here's how to reduce them», 2021.
Uría Menéndez, «Guía Práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil», 2015, p. 9.
Yusuf, R. O., Noor, Z. Z., Abba, A. H., Abu Hassan, M. A., Mohd Din, M. F., «Greenhouse gas emission., Quantifying methane emissions from livestock», *Am. J. Engg. & Applied Sci*, 5 (1), 2012, 1-8.

2. Monografías

Alfaro Águila Real, J., «Artículo 226.Protección de la discrecionalidad empresarial», en Juste Mencía, J. (dir.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Navarra, Civitas, 2015, pp. 325-360.

del Val Talens, P., «La responsabilidad social corporativa como instrumento de conciliación del interés de los socios con el interés común», en *Las sociedades de capital, sus intereses y sus conflictos*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 447-473.

Farrés Pineda, J., «Capítulo 10. Desarrollo sostenible, Gobierno Corporativo y protección de administradores», en Paz Arias, J. M. y Delgado Arrabal, M. L. (dirs.), *Estudios Jurídicos sobre Sostenibilidad, Cambio Climático y Criterios ESG en España y la Unión Europea*, Aranzadi, 2023.

Faus Pujol, M., «Obligaciones del administrador de una sociedad», *Práctico Sociedades Mercantiles*, 2023.

García de Enterría, J., Iglesias Prada, J. L., «Lección 22. Los órganos de las sociedades de capital (II). Los administradores», en Rojo, A., Menéndez, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Aranzadi, 2023.

Ibáñez Jiménez, J. W., «El derecho-deber de información de los administradores como fundamento de la *business judgement rule*», en *Las sociedades de capital, sus intereses y sus conflictos*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 353-371.

Juste Mencía, J., «Capítulo III. Los deberes de los administradores», en García-Cruces, J., Sancho Gargallo, I. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 3099-3100.

Lefebvre, «2391, Protección de la discrecionalidad empresarial», *Memento de Sociedades Mercantiles*, 2022.

Pérez Benítez, J. J., «La responsabilidad de los administradores sociales en las proximidades de la insolvencia», en Cohen Benchetrit, A. y Muñoz Paredes, A. (dirs.), *Deberes de los administradores de las sociedades de capital*, Aranzadi, 2023, pp. 755-789.

Valpuesta Gastaminza, E., *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, Wolters Kluwer, 2022.

3. Legislación

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Estrategia «de la granja a la mesa» para un sistema alimentario justo, saludable y respetuoso con el medio ambiente, de 20 de mayo de 2020.

Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre.

Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2020.

4. Jurisprudencia

ClientEarth contra Shell plc & Ors [2023] EWHC 1137 (Ch).
Grobow contra Perot (Del 2nd 1988, 539 A).
In re Caremark Intern, Inc. Derivative Litigation 698 A.2d 959 (1996).
LexisNexis, In re Caremark Int'l - 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996).
LexisNexis, In re Clovis Oncology, Inc. Derivative Litig. - 2019 Del. Ch. LEXIS 1293 (Ch. Oct. 1, 2019).
LexisNexis, Marchand contra Barnhill - 212 A.3d 805 (Del. 2019).
SAP Madrid de 13 de septiembre de 2007 (AP 2007, 330370).
STS de 17 de enero de 2021 (RJ 2012, 4981).
STS de 26 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 6902).
STS de 30 de marzo de 2009 (RJ 2009, 3065).

5. Páginas web

https://www.beefresearch.ca/topics/carbon-cycle-beef-cattle/ (consultada el 17 de mayo de 2024).
https://www.bridgerphotonics.com/blog/how-does-methane-affect-environment (consultada el 14 de mayo de 2024).
https://www.britannica.com/science/methane (consultada el 3 de marzo de 2024).
https://www.britannica.com/technology/carbon-sequestration (consultada el 14 de mayo de 2024).
https://climatechange.lta.org/carbon-sequestration/ (consultada el 14 de mayo de 2024).
https://www.embrapa.br/en/tema-integracao-lavoura-pecuaria-floresta-ilpf/nota-tecnica (consultada el 15 de mayo de 2024).
https://www.epa.gov/agstar/how-does-anaerobic-digestion-work (consultada el 19 de mayo de 2024).
https://www.epa.gov/ghgemissions/overview-greenhouse-gases (consultada el 13 de mayo de 2024)
https://www.epa.gov/gmi/importance-methane (consultada el 7 de marzo de 2024)
https://www.epa.gov/snep/agriculture-and-aquaculture-food-thought (consultada el 7 de marzo de 2024)
https://fachanwaelte-strafrecht-potsdamer-platz.de/de/news/umweltstrafrecht/141-130-owig-verletzung-der-aufsichtspflicht-im-unternehmen (consultada el 20 de abril de 2024).
https://finance.ec.europa.eu/capital-markets-union-and-financial-markets/company-reporting-and-auditing/company-reporting/corporate-sustainability-reporting_en (consultada el 23 de mayo de 2024).
https://www.fs.usda.gov/nac/practices/silvopasture.php (consultada el 17 de mayo de 2024).
https://www.globalmethane.org/documents/analysis_fs_en.pdf (consultada el 17 de marzo de 2024)
https://www.globalmethanepledge.org/ (consultada el 3 de marzo de 2024)
https://letstalkscience.ca/educational-resources/stem-in-context/cows-methane-and-climate-change (consultada el 5 de marzo de 2024)
https://www.nationalgrid.com/stories/energy-explained/what-carbon-sequestration (consultada el 14 de mayo de 2024).

SOSTENIBILIDAD Y ESTÁNDARES ESG COMO DESAFÍOS NORMATIVOS DE LA INDUSTRIA DEL JUEGO

SUSTAINABILITY AND ESG STANDARDS AS REGULATORY CHALLENGES OF THE GAMING INDUSTRY

Christian Vidal Beros
Abogado. Doctorando Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca
Gerente de Cumplimiento Regulatorio, Grupo Dreams

RESUMEN: El presente trabajo pretende analizar de qué manera, el *Hard Law* ha tratado de establecer principios normativos —primero a modo de recomendaciones y luego obligatorios—, para impulsar la reportabilidad de los principios ESG al interior de la industria del juego y entretenimiento. Al mismo tiempo, demostrar que la industria de del juego y entretenimiento tiene características propias, las que han hecho que el *Soft Law* haya comenzado internamente a crear conciencia corporativa de dichos principios.

Palabras clave: Regulación; Sostenibilidad; Casinos; Estándares; Gobernanza; Buenas prácticas.

ABSTRACT: This work aims to analyze how *Hard Law* has tried to establish regulatory principles —first as recommendations and then mandatory— to promote the reportability of ESG principles within the gaming and entertainment industry. At the same time, demonstrate that the gaming and entertainment industry has its own characteristics, which have caused Soft Law to internally begin to create corporate awareness of these principles.

Keywords: Regulation; Sustainability; Casinos; Standards; Governance-Good practices.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SOFT LAW Y AUTORREGULACIÓN EN LA INDUSTRIA DEL ENTRETENIMIENTO. III. ESTÁNDARES ESG. CASINOS Y ENTRETENIMIENTO. 1. Medioambiente. 2. Juego responsable. Sostenibilidad de la industria. 3. Gobernanza. La importancia de la prevención de lavado de activos en la industria del juego. 4. Impacto social: Datos Personales y cuidado de los clientes. 5. Buenas prácticas: Diversidad e Inclusión. IV. DESAFÍOS. V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Los criterios de sostenibilidad ESG (que obedecen a las siglas iniciales de las palabras en inglés *environmental, social and governance*), están impactando cada vez más en el ámbito normativo, y no solo en relación al asesoramiento jurídico que prestan los bufetes de abogados tanto a empresas públicas como privadas, sino que al interior de las mismas empresas igualmente[1]. Este desafío —de poder objetivar estándares técnicos al mundo del cumplimiento normativo o *Compliance*—, ha recaído justamente en las fiscalías corporativas de todo tipo de empresa.

La industria del juego y entretenimiento en general se encuentran taxativamente reguladas en las diversas jurisdicciones donde el juego se encuentra permitido. La autoridad fiscalizadora, con expresas facultades contenidas en la ley, supervisa la industria del juego, tanto en Europa como en América Latina, especialmente en aspectos como estructura de gobernanza, propiedad de las empresas, catálogo de juegos, derechos de los consumidores, datos personales o protección de los jugadores a través de políticas de «juego responsable», todos ámbitos que se regulan de manera bastante similar —con algunos matices—, en las distintas legislaciones comparadas.

Pero no solo eso: como parte de los objetivos de toda gerencia de cumplimiento regulatorio, estas se ocupan de diversos aspectos que trascienden la dinámica operacional del entretenimiento. En ese sentido, toda empresa global debe enfocarse en los factores ESG, para lograr la sostenibilidad de cualquier industria.

Los cambios regulatorios —y no regulatorios necesariamente—, no son solo una preocupación presente, sino que ya demuestran en pocos años ser el principal foco de trabajo y planificación para las gerencias legales. Así lo evidencia el estudio denominado «2023 State of the Cor-

[1] Según el estudio «El abogado del futuro 2022» de *La Ley*, más del 45 por 100 de los bufetes reconoce que la demanda de orientación y asesoramiento en materia de ESG por parte de los clientes corporativos se ha incrementado en el último año, mientras que el 59 por 100 espera que las solicitudes de las empresas en materia de sostenibilidad aumenten en el próximo trienio. Contenido disponible en *El País*, consultado el lunes 16 de octubre de 2023: *https://cincodias.elpais.com/cincodias/2023/10/13/legal/1697190573_659382.html*

porate Law Department», de Thomson Reuters: «A uno de cada cinco consultados les preocupa no ser capaces de atender a la complejidad y la velocidad con las que estos se producen, seguido muy de cerca por la gestión de los datos personales y el cumplimiento de las exigencias en materia de ESG y diversidad. Estos dos últimos, indica el documento, se presentan como dos asuntos que ocuparán un papel creciente en las mesas de los responsables de los departamentos legales. En el caso de los criterios ESG —materia que si bien no afecta directamente a los *in house*, sí les exige una aportación relevante—, no es el primer informe especializado que alerta de los riesgos crecientes que supone para las asesorías jurídicas»[2].

II. *SOFT LAW* Y AUTORREGULACIÓN EN LA INDUSTRIA DEL ENTRETENIMIENTO

«Hablar de sostenibilidad es hablar de todo». Esta ha sido una de las conclusiones a las que se ha llegado en el VII Congreso Nacional de Registradores sobre seguridad jurídica y sostenibilidad realizado en Tenerife que este viernes ha llegado a su fin[3].

Las compañías deben conciliar sus fines económicos con los compromisos de sostenibilidad, pero se encuentran con la publicación de todo tipo de normas y principios que se suceden a una velocidad de vértigo tanto en la legislación internacional como por parte de la UE —además de una intrincada normativa nacional—, que intentan abordar desafíos globales en medio ambiente, prevención del blanqueo de capitales, protección de los consumidores, entre otros.

«Las empresas se enfrentan a un reto mayúsculo. Se van a basar en normativas y también en códigos de buenas prácticas, métodos de organización y estos nuevos métodos se unen a la sostenibilidad»[4], declaró el director del servicio de oficinas de liquidadores e innovación del Colegio de Registradores, Ignacio González, dentro de la mesa de debate sobre el cumplimiento normativo, o también conocido como *compliance*.

Sin perjuicio de los desafíos propios para las empresas de cualquier rubro, el internalizar estándares y principios de autorregulación no es un proceso sencillo para la operación comercial. Así lo aseguró la le-

---

[2] *El Confidencial*, Nota de prensa publicada el 17 de octubre. Disponible en *https://www.elconfidencial.com/juridico/2023-10-17/la-incontinencia-regulatoria-y-el-esg-retrasan-la-transformacion_3755295/* (consultada el 22 de octubre de 2023).

[3] *El Confidencial*. Nota de prensa publicada y revisada en la edición digital el 8 de octubre de 2023, disponible en *https://www.elconfidencial.com/juridico/2023-10-06/compliance-sostenibilidad-digitalizacion-las-claves-del-futuro-de-la-seguridad-juridica_3749987/* (consultada el 22 de octubre de 2023).

[4] *Ibid.*

trada del Tribunal Constitucional español y exdirectora del Instituto de la Mujer, Carmen Plaza, durante la Jornada celebrada en la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense sobre «Sostenibilidad y criterios ESG en la práctica jurídica»: «justo a mitad del camino de la Agenda 2030 estamos muy lejos de alcanzar los criterios de sostenibilidad marcados por la ONU». Para la experta, las empresas se encuentran con una «jungla normativa» ante el reto de la sostenibilidad[5].

Cabe señalar que a nivel europeo, se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* la Directiva 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre[6], por la que se modificó el Reglamento (UE) 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas.

Sobre dicha modificación, cabe señalar que el nuevo instrumento tiene como objetivo equiparar la información sobre sostenibilidad con la información financiera, «dando respuesta al aumento exponencial de la demanda de información sobre esta materia que se ha producido en los últimos años, especialmente por parte de la comunidad inversora, permitiendo el acceso a datos fiables y comparables»[7].

El nuevo instrumento incorpora obligaciones más detalladas sobre el impacto de las empresas en el medio ambiente, los derechos humanos y el ámbito social, basados en criterios comunes que van de la mano con los objetivos de la UE sobre clima y medioambiente.

Podemos señalar de esta forma, que significa un avance para instaurar a modo de *Soft Law*, estándares ESG a nivel mundial[8].

---

[5] *El País*. Nota de prensa publicada y revisada en la edición digital el 13 de octubre de 2023, disponible en *https://cincodias.elpais.com/cincodias/2023/10/13/legal/1697190573_659382.html*

[6] Directiva 2464/2022/PE de 14 de diciembre, la cual tiene como objetivo mejorar la información en materia de sostenibilidad con el menor coste posible, a fin de optimizar el potencial del mercado único europeo para contribuir a la transición hacia un sistema económico y financiero plenamente sostenible e integrador. Lo anterior, de acuerdo con el Pacto Verde Europeo y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas.

[7] Garrigues (sitio web). «Se publica la Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad», publicado con el 19 de diciembre de 2022. Disponible en *https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/publica-directiva-informacion-corporativa-materia-sostenibilidad*

[8] Cabe señalar que, como lo señala Garrigues en la nota previa, «los nuevos requisitos de información sobre sostenibilidad de la UE se aplicarán a todas las grandes empresas, coticen o no en los mercados de valores. Las empresas no comunitarias con actividad sustancial en la UE (con un volumen de negocios superior a 150 millones de euros en la UE y que tenga una empresa filial o sucursal en territorio de la Unión) también tendrán que cumplirlas, al igual que las pymes que cotizan en bolsa». Disponible en *https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/publica-directiva-informacion-corporativa-materia-sostenibilidad*

III. ESTÁNDARES ESG. CASINOS Y ENTRETENIMIENTO

La mencionada directiva europea sobre informes de sostenibilidad corporativa obliga a las empresas, tanto grandes como pequeñas, a informar sobre sus actividades de impacto ambiental y social[9].

En la industria del juego, distintas son las formas en cómo los diversos actores han propiciado iniciativas que fomenten los estándares exigidos por las normativas tanto nacionales como comunitarias, particularmente en España.

En el caso del Sistema de Apuestas y Loterías del Estado español (SELAE), este mantiene compromisos evidentes y «medibles» con el desarrollo sostenible en la sociedad, tal y como lo declara en su memoria anual corporativa: «SELAE desde su fundación, hace 259 años, mantiene una clara vocación social y de servicio público, con el objetivo de aportar sus beneficios al conjunto de la sociedad española de un modo sostenible. Para SELAE el valor de solidaridad, integridad, sostenibilidad, valor compartido, transparencia y responsabilidad, junto al compromiso con el juego responsable y el respeto al medio ambiente conforman algunas de sus señas de identidad más características, contribuyendo al crecimiento económico, y al progreso social»[10].

Es evidente a través de los años, que los distintos productos comercializados por SELAE han ido formando parte del colectivo y la tradición de España (siendo el caso de la Lotería de Navidad el más evidente). Dicho lo anterior, desde antes incluso de la exigencia de estándares de sostenibilidad por parte de las directivas europeas, esta industria ha promovido los principios del juego responsable, la transparencia ante la sociedad y valores éticos, deportivos, sociales y ambientales, con el fin de promover externalidades positivas a la industria y sociedad españolas.

La memoria anual ya citada, establece una serie de indicadores que la consagran como la Sociedad Pública Estatal «que mayor contribución realiza a los Presupuestos Generales del Estado»[11], adoptando un

---

[9] El 84 por 100 de los departamentos jurídicos de las compañías reconoce aumentar las solicitudes de las políticas ESG de sus entidades a los despachos con los que trabajan; el 67 por 100 de estos departamentos también pide asesoramiento sobre sus credenciales de sostenibilidad, y un 30 por 100 más espera hacerlo en los próximos tres años. Datos obtenidos en sección Cincodías de *El País*, consultado el 16 de octubre de 2023: *https://cincodias.elpais.com/cincodias/2023/10/13/legal/1697190573_659382.html*

[10] El detalle del Valor Social de SELAE se puede encontrar en el apartado 4.5. de su memoria corporativa, disponible en *https://www.selae.es/es/web-corporativa/quienes-somos/memoria-anual/memoria-2022* (consultada el 1 de mayo de 2024).

[11] Las cifras de contribución a la sociedad al cierre del ejercicio 2022 se encuentran en el link citado precedentemente.

papel de liderazgo en el desarrollo sostenible, minimizando el impacto medioambiental y del juego propiamente tal, promoviendo así el juego responsable.

Sin ahondar en el detalle del informe social que —a modo de ejemplo— se presenta por parte de lo realizado por SELAE, podemos señalar que el compromiso, post pandemia de COVID-19, se ha incrementado, en programas sociales destinados por ejemplo, a la Cruz Roja, Cáritas, la Asociación Española contra el Cáncer, entre otros[12].

En este trabajo, nos enfocaremos en las áreas que más relación tienen con la operación interna de las empresas productivas y de servicios: Medioambiente, juego responsable (cuidado de clientes y trabajadores), gobernanza y prevención de blanqueo de capitales, protección de los datos personales y normas sobre equidad, diversidad, inclusión y no discriminación.

1. Medioambiente

Para algunos, los criterios sociales y de gobernanza han tenido un desarrollo normativo mayor que ciertos principios medioambientales, específicamente para la industria del juego y del entretenimiento. Efectivamente —como veremos más adelante—, la protección de los jugadores patológicos, las normas relativas a inclusión o participación en la administración de la empresa, u otras como por ejemplo la labor social de los casinos y apuestas, han sido previamente —con mayor o menor éxito—, ya regulados. O mejor dicho, autorregulados.

Pero como ha señalado parte de la doctrina, «el tema medioambiental ha sido mucho más reciente y su desarrollo normativo está siendo exponencial»[13], señala Pilar Cuesta Loño, letrada del Consejo de Estado. «La principal dificultad a la que se enfrentan las compañías al aplicar el derecho ambiental es, por tanto, su complejidad normativa, pero no es la única». Cuesta admite que este problema «se complementa con una confusión conceptual y técnica porque las normas medioambientales son complicadas de cumplir sin detectarse el error hasta que se ha cometido»[14], lo que se traduce finalmente en más sanciones.

---

[12] «El impacto en el ámbito social en el año 2022 que ha dejado SELAE es de 1 072 748 personas beneficiadas. El alcance del impacto social ha cubierto todo el territorio español. Este año SELAE ha financiado a través de distintas organizaciones ayuda para las familias y personas refugiadas de la guerra de Ucrania con el programa de Acogida y Asistencia a personas en situación de vulnerabilidad, y se han financiado programas de ayuda contra las dependencias (juego incluido), así como programas de voluntariado, que sin él no se podrían llevar a cabo estos programas sociales». *Ibid.,* cita anterior.

[13] *https://cincodias.elpais.com/cincodias/2023/10/13/legal/1697190573_659382.html (consultada el 05 de marzo de 2024).*

[14] *Ibid.*

El punto de partida de las empresas, debiera ser levantamiento de la información, que considere realizar un catastro de los compromisos ambientales regulatorios a objeto de identificar brechas de cumplimiento en dicho ámbito —si hubiera— con una correspondiente priorización, para posteriormente, en una etapa siguiente, diseñar y ejecutar el plan correspondiente de subsanación, si aplicara.

En el caso de la industria del entretenimiento, podemos señalar que aquellas salas de juego o casinos pequeños que se encuentran en el centro de las ciudades cumplen con los mínimos requerimientos propios de las ordenanzas municipales de urbanismo del lugar donde se emplazan.

Podemos encontrar numerosos ejemplos de grupos empresariales dedicados al entretenimiento en general y al juego en particular, que han aportado con medidas concretas y sostenibles, evidenciando un compromiso formal en favor del cuidado del medio ambiente[15].

En la industria española, el Sistema de Loterías y Apuestas del Estado (SELAE) entrega datos concretos —por ejemplo— en el apartado de compromiso medioambiental en su memoria corporativa. Señala a modo ejemplar que su compromiso se apoya de manera concreta en pilares como: *a)* eficiencia y ahorro de consumo energético y agua; *b)* reducción del papel de oficina; *c)* requisitos medioambientales a los proveedores de papel; *d)* movilidad sostenible; *e)* gestión de residuos; y *f)* mejora continua en la gestión medioambiental[16].

En dicho documento, el regulador español da cuenta de medidas concretas y de cómo los niveles contaminantes o de usos no renovables han disminuido comparando al cierre del año 2021, *versus* al 31 de diciembre de 2022, con ejemplos concretos: disminución de consumibles en oficinas y puntos de venta (papel, agua, energía); menor consumo en procesamiento de datos; reducción de emisiones que puedan impactar en el cambio climático; generación de energía renovable; gestión de residuos y medidas para preservar o restaurar la biodiversidad, entre otras.

Los desafíos pueden llegar cuando nos referimos a grandes proyectos inmobiliarios, que contemplan no solamente salas de juego y casinos, sino que además hoteles, restaurantes, áreas de esparcimiento y sistemas recreacionales para toda la familia. En esos casos, el estándar de cumplimiento no puede limitarse solamente a cumplir con

---

[15] Al respecto, por ejemplo, el Grupo Kirol ha instalado en la cubierta del edificio donde están sus instalaciones 347 placas fotovoltaicas, «gracias a las cuales se contribuye enormemente a que el abastecimiento de la compañía provenga de fuentes más limpias y sostenibles» (*https://www.azarplus.com/grupo-kirol-apoyando-el-uso-de-energia-limpia-y-sostenible/*).

[16] El detalle del compromiso medioambiental de SELAE se puede encontrar en el apartado 4.5.2. de su memoria corporativa, disponible en *https://www.selae.es/es/web-corporativa/quienes-somos/memoria-anual/memoria-2022* (consultada el 1 de mayo de 2024).

regulación territorial o urbanística, sino que la empresa debe realizar un trabajo con las comunidades, con los *stakeholders* en general, disminuyendo cualquier riesgo no solo normativo, sino que reputacional.

2. Juego responsable. Sostenibilidad de la industria

Sin perjuicio de que la gran mayoría de las personas que asisten a los casinos, lo hacen para pasar un rato de diversión y entretenimiento, hay un porcentaje menor que presentan dificultades con esta actividad, lo que persiste incluso una vez acabada la diversión, traspasando la esfera del mero entretenimiento y afectando diversas facetas de su vida personal, familiar y laboral.

No son pocas las empresas de casinos y entretenimiento en general que han optado por generar a nivel interno políticas basadas principalmente en la prevención de conductas de riesgo frente al juego, la promoción de una relación sana con la actividad y la intervención primaria frente a requerimientos de clientes y trabajadores que presenten alertas de adicciones.

A nivel comparado, son variados los ejemplos de cómo en distintos países se ha levantado la problemática del juego patológico, y las formas de prevenirlo. Lo anterior, no sin conflictos de intereses involucrados entre los gobiernos y muchas empresas o asociaciones que ven en dicha prevención —auto o hetero normada—, una forma muchas veces de intromisión estatal en una actividad que *per se* está definida y destinada para mayores de edad.

Un ejemplo de lo anterior, son los diversos estudios y encuestas encargados por autoridades reguladoras —como por ejemplo la autoridad británica—, que encargó un estudio donde se «analizarán las relaciones de las industrias del tabaco, el alcohol y el juego con cinco deportes profesionales (fútbol, rugby, cricket, fórmula 1 y tenis), desde los primeros acuerdos de patrocinio deportivo a mediados de la década de los sesenta hasta 2025»[17]. La principal crítica de la industria de los casinos viene de la mano en agrupar «adicciones» sin sustancia —como el juego patológico—, con otras con sustancias como el alcohol y el tabaco, clara y públicamente definidas como drogas: «El informe demostrará cómo se establecieron los precedentes y cómo se negociaron o eludieron las limitaciones normativas durante el periodo de auge del patrocinio deportivo malsano en Gran Bretaña»[18].

Podemos señalar que si bien la autorregulación por parte de las empresas —y tanto mejor de los gremios que agrupan a dichas empre-

[17] *www.azarplus.com* (consultada el 6 de abril de 2024).
[18] *Ibid.*

sas—, ha sido el mayor impulso y respaldo que ha tenido la protección de los jugadores y de la sostenibilidad del negocio, ninguna acción será suficiente sin que los Estados asuman a la protección de los jugadores como una política pública.

España, el Reino Unido y Chile en Latinoamérica, han sido ejemplos —algunos más tímidos que otros—, donde el Estado se ha comprometido en hacer de esta industria, una industria segura para el juego[19].

Es justamente en la protección del ingreso de menores de edad a las salas de juego física y a los casinos virtuales o plataformas *online*, donde se protege la sostenibilidad de la industria. En ese sentido, un actor importante dentro del desafío de hacer la industria más sostenible es el desarrollo que han tenido los distintos sistemas de verificación de edad a las salas de juego, los cuales si bien constituyen un apoyo a la industria, igualmente generan una alerta: El tratamiento de datos personales, especialmente biométricos, y la responsabilidad que acarrea su tratamiento y almacenamiento.

A modo de ejemplo, en el caso del Reino Unido, los miembros del Consejo de Apuestas y Juego (BGC)[20] han alcanzado niveles sin precedentes en el cumplimiento en controles de verificación de edad. Dicha mejora se ha logrado mediante nuevas medidas de interacción con los clientes y la mejora de las normas de verificación de edad. «El compromiso del BGC de proteger a los jóvenes se refleja también en medidas adicionales, como la prohibición de anuncios de apuestas durante eventos deportivos en horarios de audiencia juvenil y la limitación de la publicidad en plataformas de redes sociales a mayores de 25 años, entre otras iniciativas»[21].

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, si bien los distintos Estados han tratado de regular la protección a los menores y a los jugadores con problemas de juego patológico, ha sido la propia industria

---

[19] En junio de 2023, la Superintendencia de Casinos y Juegos de Chile, junto con la Universidad de Concepción, organizaron el seminario *Juego responsable y salud mental*, en el que se contó con invitados internacionales y autoridades regionales y donde se presentó la Estrategia Nacional de juego responsable. Nota de prensa consultada el 22 de octubre y disponible en *https://noticias.udec.cl/juegos-de-azar-y-salud-mental-desafios-de-la-industria-se-revisaron-en-udec-con-invitados-internacionales/*

[20] El Consejo de Apuestas y Juego británico, o BGC (sus siglas en inglés que significan *Betting & Gambling Council*) tiene como principios, entre otros, «crear una cultura de juego más seguro en todo el sector de las apuestas y los juegos, con especial atención a los jóvenes y a aquellos que son vulnerables». Mientras que sus objetivos se centran principalmente en «proteger y empoderar al cliente como clave para una próspera industria de apuestas y juegos en el Reino Unido». Fuente: *https://bettingandgamingcouncil.com/about-us/our-purpose*, (consultado el 1 de junio de 2024).

[21] *https://www.azarplus.com/la-industria-britanica-alcanza-cifras-record-de-cumplimiento-en-controles-de-verificacion-de-edad/* (consultada el 1 de junio de 2024).

—a nivel gremial e individual—, quienes más acciones concretas han tomado —justamente— para hacerla sostenible.

A nivel europeo, anualmente se celebra la semana europea del juego seguro, organizada por la Asociación Europea de Juegos y Apuestas[22] (cuyas siglas en inglés son EGBA, *European Gaming and Betting Association*), la cual significa una campaña colaborativa diseñada para promover el juego responsable a lo largo de Europa. Para el año 2024, la semana europea se realizará en el mes de noviembre, y contará con una presencia significativa en redes sociales y una serie de talleres, diseñados para «aumentar la conciencia sobre la seguridad en el juego, compartir buenas prácticas y proporcionar recursos y servicios esenciales. Además, facilitarán debates sobre los últimos avances en regulación e investigación»[23].

En España, siguiendo las directrices que el mayor actor de la industria ha llevado adelante (SELAE), el compromiso con el juego responsable ha sido transversal tanto en el juego público como privado. Al respecto, las medidas concretas[24] y que han sido adoptadas sin mediar obligaciones normativas del Estado o a nivel europeo en este caso, apuntan a: *a)* capacitar y formar a los trabajadores de casinos en juego responsable; *b)* mantener estándares éticos en publicidad real, que no incite e engaño, protegiendo a grupos vulnerables y que sea solo enfocada en mayores de edad; *c)* seguimiento en línea del comportamiento de riesgo de los participantes que accedan a productos a través del canal en venta *online*; y *d)* realización de auditorías permanente de juego responsable por *European Lotteries*[25].

De igual forma, ha sido la propia industria la que se ha auto normado, a través de normas que establecen estándares y principios para

---

[22] «La Asociación Europea de Juegos y Apuestas (EGBA) es la asociación comercial con sede en Bruselas que representa a los principales operadores de juegos de azar en línea establecidos, autorizados y regulados dentro de la UE […] EGBA trabaja en colaboración con las autoridades nacionales y de la UE, junto con otras partes interesadas, para promover un mercado de juegos de azar en línea que priorice la protección del consumidor y se adapte a las realidades de Internet y la demanda de los consumidores en línea. La asociación aboga por regulaciones que garanticen que la oferta regulada de juegos de azar en línea sea atractiva para los jugadores y eficaz para desviarlos de las ofertas no reguladas» señala en su propia web la Asociación. En *https://www.egba.eu/about-us/* (consultada el 1 de junio de 2024).

[23] *https://www.azarplus.com/egba-anuncia-las-fechas-de-la-semana-europea-del-juego-responsable-2024/* (consultada el 1 de junio de 2024).

[24] El detalle del compromiso medioambiental de SELAE se puede encontrar en el apartado 4.2. de su memoria corporativa, disponible en *https://www.selae.es/es/web-corporativa/quienes-somos/memoria-anual/memoria-2022* (consultada el 1 de mayo de 2024).

[25] En su declaración de principios, las Loterías Europeas señalan que «[…] se comprometen a abordar el juego ilegal y las actividades delictivas relacionadas y, al mismo tiempo, minimizar cualquier daño potencial a la sociedad y a los grupos vulnerables, en particular mediante una expansión controlada de la educación y la prevención del juego». *https://www.european-lotteries.org/responsible-gaming-standards* (consultado el 7 de mayo de 2024).

su buen cumplimiento, a modo de *Soft Law*. Por ejemplo, durante el año 2022, SELAE actualizó su Código de Publicidad y Marketing, el que tiene por objeto asegurar que las actividades publicitarias que se realicen operen bajo criterios de juego responsable y moderado, incorporando en todo el avisaje de la industria la frase «Juega con Responsabilidad y +18»[26].

3. Gobernanza. La importancia de la prevención de lavado de activos en la industria del juego

Los desafíos que enfrentan los equipos de cumplimiento de los operadores de apuestas y juegos son muchos y variados. A medida que la industria continúa su avance hacia la regulación en nuevos territorios y una regulación más estricta en los mercados establecidos, y la revolución tecnológica sigue avanzando rápidamente, esas cuestiones se encuentran en un estado de cambio constante.

La importancia de normas robustas a nivel legislativo que establezcan alertas de riesgos en la industria del juego en relación a la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo (en adelante PLAFT) cada vez son menos diferentes entre los distintos sistemas normativos nacionales. Y lo anterior, obedece justamente a directrices no solamente de derecho europeo tendientes a prevenir el blanqueo de capitales, sino que a nivel global[27].

En el caso europeo, «la Directiva contra el blanqueo de dinero (AMLD) es un conjunto de requisitos reglamentarios emitidos por la Unión Europea (UE) que contienen normas para combatir el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo por parte de los estados miembros de la UE»[28]. Si bien cada país miembro de la Unión es completamente soberano para dictar sus propias normas sobre PLAFT, estas generalmente se orientan en el sentido de las directrices del GAFI, al igual que las normas de PLAFT (o sus siglas en inglés AML, *Anti Money Laundry*), las que son dictadas por el Parlamento Europeo, de la misma forma que la Directiva de la UE contra el lavado de dinero

---

[26] Como medidas adicionales de promoción del juego responsable impulsadas por SELAE, podemos señalar *a)* la protección a menores de edad; *b)* las acciones preventivas contra el juego *online* excesivo; *c)* promover la publicidad y marketing responsable; *d)* creación de centros de ayuda e información para el juego problemático; y *e)* protección de los derechos humanos de clientes y trabajadores.

[27] En dicho sentido, el GAFI, o Grupo de Acción Financiera Internacional, es el organismo de vigilancia mundial del lavado de dinero y la financiación del terrorismo. Establece estándares internacionales que tienen como objetivo prevenir estas actividades ilegales y el daño que causan a la sociedad. Definición obtenida en *https://www.fatf-gafi.org/en/home.html*

[28] Irwin, M., «Por qué el blanqueo de dinero representa una amenaza tan grave para los casinos *online*», consultado el 17 de octubre de 2023, disponible en: *https://www.idnow.io/glossary/anti-money-laundering-directive-amld/*

(AMLD), la que igualmente tiene por objeto prevenir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo, estableciendo un marco regulatorio para todos los países miembros de la Unión[29].

Muchas veces, nos encontramos con desafíos aún mayores para la prevención del blanqueo de capitales si estamos en presencia de plataformas de juego en línea, en relación con salas de juego o casinos físicos. El anonimato de los casinos en línea los convierte en un terreno fértil para el lavado de dinero y en una amenaza significativa para la estabilidad e integridad de la industria mundial del juego.

A pesar de tener una población de poco más de medio millón de habitantes, el lavado de dinero en la industria del juego y plataformas en línea en la isla de Malta también ha generado un problema importante. El país alberga a más de 500 operadores de plataformas en línea, emplea a más de 10 000 personas y genera más de 1 500 millones de dólares en ingresos cada año. Con una serie de externalidades positivas a la vista, se hace necesario que la industria del entretenimiento —un contribuyente importante a las arcas fiscales maltesas—, pueda ofrecer un entorno de juego seguro y protegido.

Por ejemplo, y de acuerdo a la fuente ya señalada, durante el año 2022, «la Autoridad del Juego de Malta (MGA) llevó a cabo 28 auditorías de cumplimiento, 228 revisiones documentales y exámenes adicionales de cumplimiento ALD/CFT que resultaron en la cancelación de licencias y la imposición de sanciones administrativas por un total de 179 150 euros. La MGA también tomó medidas correctivas contra 25 titulares de licencias por un importe de más de 738 000 euros»[30].

A nivel global, la lucha contra la falta de medidas preventivas por parte de las empresas es cada vez más rigurosa, y los operadores que no cumplan con las prácticas de PLAFT están expuestos a sanciones no solo de derecho interno a nivel financiero, sino que incluso a nivel penal. La práctica, ha identificado dentro de las fallas en materia de lucha contra el blanqueo de capitales, por ejemplo, *a)* no evaluar adecuadamente los factores de riesgo asociados con los jugadores, *b)* no contar con políticas apropiadas, *c)* no cumplir con las directrices regulatorias y *d)* no implementar políticas de manera efectiva.

---

[29] «La UE emitió su primera directiva ALD en 1991. Desde entonces, ha habido varias actualizaciones. Estos siguen cambios en las prácticas y técnicas de lavado de dinero a nivel internacional y generalmente se realizan de acuerdo con las directrices cambiantes del GAFI. Las actualizaciones se reflejan en directivas recién emitidas, que agregan o actualizan directivas anteriores. El parlamento de la UE emite nuevas directivas con plazos de implementación para los estados miembros. Hasta ahora, ha habido cinco directivas más, y la última sexta directiva (también conocida como 6AMLD) se implementó en junio de 2021». Información obtenida en *https://www.idnow.io/glossary/anti-money-laundering-directive-amld/*

[30] *Ibid.*

¿Es más fácil «blanquear dinero» en casinos *online* que en casinos «físicos»? Por cierto, los casinos físicos o salas de juego llevan años implementando tanto la normativa del *Hard law* relativa a PLAFT, como también medidas de autocontrol para evitar perder la trazabilidad de la fuente de ingresos de los fondos que se juegan, como el debido conocimiento de sus clientes.

Junto con los avances propios de la digitalización —de juegos, de medios de pago, de aplicaciones de reconocimiento facial, entre otros—, los casinos *online* o plataformas de juego *online* generan igualmente cierto atractivo para los blanqueadores de dinero, justamente por la vulnerabilidad que pueden representar para las empresas dichos avances digitales.

Podríamos distinguir como las principales razones para que los blanqueadores de dinero utilicen plataformas de apuestas en línea, son *a)* el anonimato —por ejemplo— que pudiera permitir la creación de perfiles y cuentas falsas de no mediar un eficiente control de identidad por parte de la plataforma, orientado al debido conocimiento que se debe tener tanto del cliente como del origen de los fondos de este.

En segundo lugar, podemos señalar *b)* el alto número de transacciones, lo que entorpece la supervisión por parte de los proveedores de servicios como de las mismas empresas y de los reguladores de la administración pública: «Los delincuentes también suelen utilizar varias cuentas para transferir dinero entre diferentes plataformas, lo que dificulta aún más el seguimiento de los fondos»[31]. Lo anterior, asociado a un tercer factor distractor, que es *c)* el alcance internacional de estas operaciones, con prestadores de plataformas *online* que se encuentran en jurisdicciones distintas al lugar de la empresa que presta el servicio y de los jugadores, lo que sin lugar a dudas dificulta el seguimiento de los fondos y de la identidad de los usuarios.

Además de lo anterior —y en aquellas jurisdicciones donde están permitidas—, *d)* las criptomonedas representan un gran desafío para las autoridades en la PLAF, por cuanto las plataformas de juego *online* son utilizadas por delincuentes, combinando cuentas anónimas e identificables para depositar, retirar o transferir a terceros relacionados.

Así como los riesgos son mayores para las plataformas *online* debido a las distintas formas que puede ir tomando la inteligencia artificial y la tecnología en general, justamente la era digital puede igualmente proporcionar un apoyo en la trazabilidad que las propias empresas incorporen dentro de sus buenas prácticas de la operación, como de políticas internas de cumplimiento regulatorio, radicadas por lo general en el área de *compliance* interno.

---

[31] *Ibid.*

Justamente dentro de las nuevas funcionalidades propias de la tecnología, los *blockchain* se pueden utilizar para efectos de trazabilidad y seguimiento de las transacciones, su origen y titulares de los fondos, permitiendo dicha tecnología la inmutabilidad y permanencia de los registros, lo cual es un apoyo tanto para la empresa como para las autoridades en la prevención del blanqueo de capitales, principalmente, a través de un mejor conocimiento de los clientes (Debida Diligencia del Cliente —DDC—) para poder alertar sobre los riesgos de las operaciones sospechosas.

De acuerdo con lo expuesto, ha quedado claro que la tecnología es cada vez más importante para los profesionales del cumplimiento. Sistemas como la verificación de identidad y edad se han convertido en imprescindibles para los operadores, mientras que las herramientas impulsadas por la inteligencia artificial están desempeñando un papel cada vez más importante en la lucha contra el fraude.

Con la regulación cada vez más detallada en muchos mercados, la inminente introducción de controles de riesgo financiero en el Reino Unido y la creciente sofisticación de los ataques de fraude es seguro que contar con la tecnología de incorporación y cumplimiento adecuada será cada vez más crucial.

Las medidas normativas no solo han llegado desde la autoridad estatal. Diferentes gremios —a nivel europeo y americano—, han establecido principios y directrices propias de autorregulación tendientes a prevenir la comisión de delitos al interior de la industria.

En Londres, el Consejo de Apuestas y Juego de Gran Bretaña, bajo la supervisión del Gobierno británico, ha publicado un nuevo Código voluntario de la industria sobre controles de clientes con la finalidad de elevar los criterios de debida diligencia, pero igualmente teniendo en consideración la necesidad de solicitar documentos financieros privados. El Código será de adhesión voluntaria, proporcionando coherencia en el sector regulado para los operadores que opten por adoptarlo. Su objetivo es abordar el debate sobre la asequibilidad en el juego y las apuestas *online*, ofreciendo mayor claridad a los clientes de casinos, sitios web y carreras de caballos, mejorando los estándares de seguridad: «El documento establece pautas claras para los operadores de la industria, especialmente en lo que respecta a los depósitos netos significativos. Según el mismo, solo los clientes que deseen realizar gastos superiores a 25 000 libras esterlinas en un período de 12 meses consecutivos estarán obligados a presentar documentos financieros que demuestren su solvencia».

«El nuevo Código, al reducir la necesidad de presentar documentos financieros privados, busca no solo mejorar la seguridad del juego, sino también desalentar el mercado negro *online*. Su implementación provi-

sional está destinada a servir hasta que se desarrollen y pongan en marcha las comprobaciones del riesgo financiero sin fricciones propuestas en el Libro Blanco del Gobierno»[32], fueron parte de las declaraciones del Consejo, al dar a conocer dicho instrumento[33].

En el caso español, además de las normas propias del sistema europeo, podemos igualmente destacar medidas que la propia industria ha considerado para prevenir hechos delictuales.

En el caso del Sistema de Loterías y Apuestas del Estado (SELAE) ha iniciado un proceso de licitación para la contratación de un servicio de consultoría externa sobre su modelo de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo: «Este anuncio, busca asegurar que SELAE cumpla con las normativas vigentes y refuerce sus mecanismos de control interno […]. El objeto principal de esta licitación es la adjudicación de un contrato para la elaboración de un informe anual. Durante el primer año, el experto externo deberá examinar y documentar las medidas de control interno que SELAE ha implementado hasta el 30 de noviembre de 2024. En el segundo año, el contrato incluirá la preparación de un informe de seguimiento, enfocado en la adecuación de las medidas adoptadas para solventar cualquier deficiencia identificada previamente[34]».

4. Impacto social: Datos personales y cuidado de los clientes

Nos encontramos en una era de gran importancia del gobierno de datos al interior de las organizaciones. Sin perjuicio de ser normas obligatorias y de *Hard Law*, a través del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea —RGPD en adelante—, la adhesión a esta normativa ha significado una cuota importante de cambio cultural para hacer protegible —y sostenibles en el tiempo—, los datos personales de los trabajadores, de los clientes y de los terceros que contraten con la empresa.

El gobierno de datos trae como consecuencia lógica, la importancia de la autorregulación en la cultura corporativa de protección de datos personales. Y quizás nos detenemos en un aspecto normativo y regulado como ya lo hemos comentado, pero que trasciende a la cultura interna de la empresa y que sin lugar a dudas, cimenta la sostenibilidad

---

[32] *https://www.azarplus.com/el-betting-and-gaming-council-britanico-anuncia-un-nuevo-codigo-voluntario-de-control-de-clientes/* (consultado el 3 de mayo de 2024).

[33] Para revisar el código voluntario de la industria sobre comprobaciones de clientes y solicitudes de documentación basadas en el gasto, puede acceder a él en el siguiente link: *http://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.azarplus.com/wp-content/uploads/2024/05/Voluntary-Industry-Code-on-Customer-Checks.pdf*

[34] *https://www.azarplus.com/selae-busca-mejorar-su-deficiente-modelo-de-prevencion-del-blanqueo-de-capitales/* (consultada el 2 de junio de 2024).

de la misma en el apartado S —social— y G —gobernanza—, de los principios ESG: el cuidado y protección de los clientes, en este caso puntual, de sus datos.

Al efecto, dentro de cada organización, dicha figura de gobernanza, radica en el Delegado de Protección de Datos (DPD o DPO, sus siglas en inglés), funciones que podemos destacar no solo como aquellas ligadas al cumplimiento de la norma, sino que a un conjunto dentro del cual se encuentra un abanico de facultades propias de la buena *gobernanza de datos*: *a)* Informar a la organización respecto de la actualización de la normativa sobre datos personales; *b)* supervisar el cumplimiento de la ley; *c)* Formar y capacitar a los trabajadores que tratan diariamente datos personales; *d)* identificar riesgos y medidas para resguardar los derechos de los titulares; *e)* adoptar medidas destinadas a prevenir infracciones; *f)* desarrollar un plan anual; *g)* canalizar las consultas de los titulares; y *h)* ser el contacto institucionalizado con la autoridad reguladora.

Por otro lado, la digitalización, los datos personales y la seguridad de la información son pilares dentro del impacto social y de las externalidades —positivas y negativas—, a las que las empresas están expuestas hoy en día.

Sobre este punto, reiteramos la importancia de los elementos extrajurídicos, dentro del ecosistema de protección de datos de todos los involucrados en una empresa en general, y de aquellas dedicadas al juego y entretenimiento en particular: la sostenibilidad y seguridad del negocio y de la industria y la protección de los clientes.

Para ello, la labor del Delegado de Protección de Datos debe obedecer a: *a)* Aplicar medidas técnicas y organizativas adecuadas desde el diseño con anterioridad y durante el tratamiento de los datos personales; *b)* lo anterior, debe traducirse en una actividad preventiva continua al interior de la organización y con sus *stakeholders*; para finalmente *c)* lograr una cultura de la evidencia en el registro, cuidado y tratamiento de los datos personales. Este último punto es vital para demostrar que la empresa cumple la norma, contar con la evidencia de la debida diligencia en la gestión del riesgo, ya diseñado con anterioridad por la propia organización.

Y es justamente este diseño, el que se tiene que integrar con una evaluación del impacto en la protección de datos personales. Dicho de otro modo, analizar si la industria a la que pertenece la organización está más o menos expuesta a un flujo de riesgo en el traspaso de datos personales. Sobre este punto, qué duda cabe que los casinos, los sitios de apuesta y las plataformas de azar *online*, conllevan un alto tráfico y flujo de datos personales de quienes en ellos apuestan.

Podemos rápidamente identificar la primera alerta a considerar: Cuando es altamente probable que se pueda producir un alto riesgo para los derechos de los titulares (son innumerables los ejemplos que puedan darse respecto al riesgo asociado a los datos que una persona asidua a un casino o plataforma *online* pueda sufrir: nombre, cuenta corriente, tarjeta de crédito, información sensible sobre procesos de autoexclusión, por ejemplo).

Igualmente, y en segundo lugar, cuando se tratan de decisiones automatizadas, como por ejemplo, apuestas de manera recurrente o con planes de apuestas fijos en una cuenta abierta por un determinado cliente de plataforma. La tecnología de la inteligencia artificial incluso podría determinar hábitos conductuales dentro de las apuestas o juegos de los clientes de estos servicios. Por lo mismo, se hace necesario un monitoreo sistemático de todas las zonas de acceso público, ya sean casinos físicos (incluyendo por ejemplo los métodos de acceso por reconocimiento facial) como los sitios de acceso *online*.

A propósito del incremento del uso de inteligencia artificial en las empresas españolas, el informe del Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad —titulado «Uso de inteligencia artificial y *big data* en las empresas españolas»—, es concluyente y clarificador: «Según manifiesta el propio informe, el uso de inteligencia artificial en las empresas de todos los tamaños sube de forma generalizada, destacando las empresas grandes (de más de 249 personas), con un aumento de ocho puntos porcentuales en el último año. También han subido las empresas de más de diez personas empleadas que utilizan IA, hasta llegar casi a los cuatro puntos, con un total de 11,8 por 100»[35].

Las cifras son indiciarias de un fenómeno global presente: todo lo anterior se resume en el impacto del riesgo en la organización que puede generar el tratamiento de datos personales, y para ello, la evaluación más funcional para cualquier tipo de organización es el PIA (siglas que en inglés significan *Privacy Impact Assessment*)[36], lo cual para una empresa dedicada al rubro del juego y entretenimiento es vital, por cuanto determina y analiza la naturaleza de los datos tratados por sus clientes y usuarios (si son datos sensibles, si pueden existir menores de edad o no, si se capturan datos biométricos, de salud o geolocalización, por ejemplo), se analiza la fuente y origen de los datos, si en el tratamiento

[35] Nota de prensa disponible en *https://www.azarplus.com/el-uso-de-inteligencia-artificial-se-incrementa-en-las-empresas-espanolas/*. El informe titulado «Uso de inteligencia artificial y big data en las empresas españolas», se encuentra en vínculo en el mismo sitio web.

[36] De acuerdo a lo señalado por el Reglamento General de Protección de Datos de la UE (GDPR), «el instrumento de evaluación de impacto sobre la privacidad (PIA) o evaluación de impacto sobre la protección de datos (DPIA) se introdujo con el Reglamento General de Protección de Datos (art. 35 del RGPD). Se refiere a la obligación del responsable del tratamiento de realizar una evaluación de impacto y documentarla antes de iniciar el tratamiento de datos previsto». Disponible en *https://gdpr-info.eu/issues/privacy-impact-assessment/*

intervienen terceros, para finalmente analizar los riesgos y las medidas para aminorarlos.

En el caso de la industria del juego, los reguladores nacionales han ido tomando acciones concretas. A modo de ejemplo, *Spillemyndigheden* —regulador danés del juego—, ha iniciado una consulta pública sobre una serie de modificaciones propuestas a los requisitos de notificación de datos para operadores de juego. Estos cambios, que se implementarían antes de 2025, buscan mejorar la transparencia y precisión de los informes en la industria del juego en Dinamarca según el regulador.

La propuesta regulatoria incluye, entre otros, requisitos específicos para los operadores de apuestas deportivas, que deberán reportar todas las apuestas como transacciones individuales: «Esto significa que cada selección en las apuestas combinadas debe detallarse por separado. Además, los operadores de póquer *online* tendrán que especificar los tipos de juegos, como torneos y juegos con dinero en efectivo, y proporcionar datos de prueba para los botes»[37].

El objetivo de la modificación, sin duda apunta a tener mayor información respecto de las transacciones individuales de los usuarios de las plataformas, por ejemplo, considerando que las apuestas de probabilidades fijas se traten como transacciones separadas en lugar de cifras acumulativas. Lo anterior justamente es un claro ejemplo del sentido de la modificación: Poder contar con un análisis y registro más detallado de todos los tipos de apuestas realizadas por los clientes, debiendo también los operadores proporcionar información sobre los distintos tipos de apuestas y cuotas que ofrecen, incluyendo apuestas parcialmente cerradas y apuestas por diferencias.

En el caso de Suecia, las alertas normativas en relación con la protección de datos personales han surgido a propósito del desafío policial de acabar con las mafias de manipulación de partidos. Al respecto, el gobierno —justamente amparado en la lucha contra el actuar de dichas asociaciones ilícitas—, pretende modificar la Ley de Juego, permitiendo a los operadores autorizados a procesar datos personales de jugadores cuando exista presunción de manipulación de partidos.

El cambio normativo, que comenzaría a regir en diciembre de 2024, establecería determinados criterios para el tratamiento de los datos personales —entre otros—, de jugadores, así como la determinación de la influencia que la sospecha de amaño podría haber tenido en un evento deportivo específico. De igual forma, se busca mejorar la cooperación entre el regulador del juego, los licenciatarios y las asociaciones deportivas para combatir el amaño de partidos.

---

[37] *https://www.azarplus.com/dinamarca-propone-un-gran-hermano-continuo-de-vigilancia-para-los-operadores-y-jugadores/* consultada el 31 de mayo de 2024.

La medida anunciada cuenta con el apoyo de la Asociación Sueca de Comercio de Juegos de Azar en Línea (BOS), y según el gremio, «refleja el reconocimiento de la importancia de un mercado de apuestas libre de manipulación para mantener la confianza de los consumidores. La declaración de BOS destaca la necesidad de compartir información sobre violaciones legales entre empresas de apuestas y asociaciones deportivas para garantizar la integridad del mercado»[38].

En el caso español, la Dirección General de Ordenación del Juego (DGOJ) ha tomado igualmente medidas concretas para —por ejemplo—, combatir la suplantación de identidad en el juego. A partir de marzo de 2024, dicha Dirección, perteneciente al Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030 del Gobierno español, ha habilitado un buzón de correo electrónico para personas que hayan sufrido suplantación de identidad por parte de terceros en portales de juego *online*, siguiendo las instrucciones del ya publicado Protocolo de Actuación para Contribuyentes Suplantados (PACS)[39].

El mencionado protocolo surge como respuesta para aquellos contribuyentes que hayan recibido notificaciones de la Agencia Tributaria (AEAT) sobre ganancias en el juego que no reconocen como propias. Este documento tiene como objetivo principal proporcionar una ruta clara y estructurada para que los afectados puedan recopilar la documentación necesaria y justificar ante las autoridades fiscales y de seguridad que han sido víctimas de suplantación[40].

Por su parte, «eesde la Dirección General se ha organizado un protocolo de actuación coordinado con la Policía Nacional, la Guardia Civil y los operadores de juego de azar que disponen de título habilitante, definiendo las pautas de actuación que facilitarán a las personas afectadas todo el proceso de acceso de sus datos y, en su caso, de denuncia»[41].

En el documento se informa a los contribuyentes suplantados sobre los pasos operativos que den lugar a una denuncia ante las autoridades competentes, seguido de la obtención de certificados de actividad de las empresas de juego involucradas y la ampliación de la denuncia con esta documentación. Lo anterior, para que teniendo la constancia de los trámites realizados, pueda presentar excepciones justificantes ante

---

[38] *https://www.azarplus.com/suecia-propone-el-intercambio-de-datos-personales-en-caso-de-sospecha-de-amano/* (consultada el 9 de abril de 2024).

[39] El Protocolo de Actuación para Contribuyentes Suplantados se encuentra disponible en el siguiente link *protocolo-de-actuacion-para-contribuyentes-suplantados.pdf (azarplus.com)* (consultado el 3 de junio de 2024).

[40] La DGOJ presenta una guía para ayudar a combatir la suplantación de identidad en el Juego, *AZARplus* (consultado el 3 de junio de 2024).

[41] *https://www.mdsocialesa2030.gob.es/comunicacion/noticias/derechos-sociales/20240326-email-suplantacion-identidad-juegos-azar.htm* (consultado el 3 de junio de 2024).

la Agencia Tributaria en el periodo de declaración, acompañado de recomendaciones preventivas para mantener control sobre sus datos personales y alertar sobre posibles fraudes.

Respecto al incremento de la suplantación de identidad en ambientes de juego *online*, la propia autoridad ha señalado que (se) «viene analizando estas prácticas y ha desarrollado diversas actuaciones para combatir este tipo de fraude de suplantación de identidad; se reforzaron los requisitos de verificación y acreditación de identidad en los procesos de alta de nuevos jugadores, se ha creado un servicio de *Phishing alert* o se ha incorporado el servicio de investigación global del mercado de apuestas SIGMA, entre otras medidas implementadas desde la anterior legislatura. [...] La DGOJ inicia así una nueva línea de actuación en su labor de lucha contra el fraude, en este caso, orientada hacia aquel cometido por personas que se dan de alta en juego *online* usando datos de terceros con el fin de obtener ganancias y eludir la tributación de dichas ganancias en el Impuesto sobre la Renta»[42].

5. Buenas prácticas: diversidad e inclusión

Los conceptos de diversidad, equidad e inclusión han ido adquiriendo cada vez más relevancia en la sociedad actual, siendo un aporte para la calidad de vida de las personas y para su desarrollo a nivel integral —y, por cierto— laboral. En la medida en que las organizaciones desarrollan estrategias y políticas que fomenten y promuevan el respeto por la identidad de cada colaborador/a, se potencia el desarrollo humano.

En la actualidad, las empresas han descubierto que impulsando equipos diversos tanto en experiencias, perfiles, procedencia, género, edad, creencias, discapacidad, entre otros aspectos de la diversidad, son capaces de integrar distintos puntos de vista que permitirán diseñar e implementar soluciones innovadoras y conectar de mejor manera con sus clientes y con la sociedad.

En el ámbito corporativo —y más allá de las características propias de las empresas de juego, apuestas y entretenimiento en general—, las políticas corporativas de inclusión, diversidad, equidad y no discriminación tienen como objetivo establecer los principios de dichos valores, que definirán sus propios marcos de acción, los que velarán porque todos quienes formen parte de la empresa, tengan igualdad de oportunidades y que no exista ningún tipo de discriminación (directa e indirecta) por razón de género, edad, orientación sexual, cultura, creencias, enfermedad, discapacidad, etcétera.

---

[42] *Ibid.*

El objetivo primordial de este tipo de documentos propios de la autorregulación de la empresa es el de orientar y promover una cultura diversa e inclusiva, en la que cada trabajador se sienta valorada y respetado/a desde sus propias particularidades.

Las políticas de diversidad, equidad e inclusión se sustentan en un principio básico de actuación que se norma a través de la línea corporativa propia de cada empresa, las que deben estar comprometidas a evitar la discriminación y las prácticas que atenten contra la dignidad de las personas. Esto quiere decir, que todos los trabajadores y clientes tienen derecho a disfrutar de un entorno de trabajo y entretenimiento digno y plural, que proporcione igualdad de oportunidades en el acceso al trabajo y la promoción profesional, asegurando, en todo momento la ausencia de discriminación por razón de sexo, etnia, religión, origen, estado civil o condición social.

Así, el objetivo de toda política interna de diversidad debiera consistir en fomentar e impulsar el valor de la diversidad, equidad e inclusión, aceptando el sello propio de cada trabajador y trabajadora, con visiones, experiencias, orígenes o condiciones distintos, plasmando así un compromiso empresarial de respeto y valoración por la diferencia, conformando equipos cuya pluralidad de enfoques favorezca el desarrollo personal y laboral de todos los talentos de la organización.

IV. DESAFÍOS

Dentro de los desafíos en materia de seguridad de la información, protección de datos personales y protección de los menores, se encuentra sin duda la Inteligencia Artificial —IA—. Sin perjuicio del apoyo a ciertos procesos que van en la línea de la automatización, la IA supone indudablemente desafíos, y por qué no decirlo, riesgos, como por ejemplo, el acceso de mejores de edad a contenidos para adultos. «Actualmente, existe una normativa que controla este acceso solo con un *pop up* y no se está cumpliendo… Pero tenemos herramientas que nos permiten proteger y mejorar estos procesos»[43], ha indicado la directora de la Fundación Empresa Seguridad y Sociedad Digital (ESYS)[44], Maite Arcos.

---

[43] *El Confidencial*. Nota de prensa publicada y revisada en la edición digital el 8 de octubre de 2023, disponible en *https://www.elconfidencial.com/juridico/2023-10-06/compliance-sostenibilidad-digitalizacion-las-claves-del-futuro-de-la-seguridad-juridica_3749987/*

[44] De acuerdo a la información publicada en el sitio *www.fundacionesys.com*, el propósito de la Fundación es «generar conversación pública relevante y efectiva sobre la seguridad integral en la era digital. Crear un ecosistema de confianza entre el sector público, las empresas y la sociedad civil, así como sus decisores. Contribuir a la toma de decisiones mediante un análisis riguroso e independiente».

Una de las principales conclusiones a la que arribaron los presentes del VII Congreso Nacional de registradores de octubre de 2023, es que el futuro de la seguridad jurídica es fundamental para los ciudadanos y que todos estos conceptos están directamente relacionados con la sostenibilidad y la certeza de las instituciones jurídicas. Al señalar que «hablar de sostenibilidad era hablar de todo», entendemos que es un tema transversal y que las instituciones tienen que ver cómo ser capaces de aplicar este concepto a diferentes ámbitos.

A nivel de blanqueo de capitales, y dado que las plataformas de juegos de azar en línea brindan tantas oportunidades para lavar dinero, los desafíos de la industria principalmente apuntan a generar las alertas de riesgo que puedan ir mutando con la misma rapidez que nuevas técnicas de los delincuentes para ocultar transacciones sospechosas. Lo anterior, ya que los estafadores tienen varias opciones para ocultar el origen de los fondos del dinero sucio y canalizarlo a través de las plataformas de juegos de azar de su elección. Por ejemplo, no han sido pocos los casos donde han utilizado identidades robadas para abrir cuentas y llevar a cabo planes de lavado de dinero, depósitos y retiros.

La forma reiterada en como cada vez ha ido aumentando el uso de plataformas de juego *online* para el lavado de dinero, supone no uno, sino varios desafíos tanto para los organismos reguladores como para las empresas operadoras de estas plataformas, a nivel de cumplimiento interno.

En el caso de los organismos reguladores internacionales, ya hemos expuestos la importancia de las directrices tanto del GAFI, la UE y GAFILAT, aplicables de manera uniforme a los países miembros de cada uno de dichos sistemas, las cuales por lo general apuntan a reforzar la debida diligencia en el conocimiento del cliente y luego analizar dicha información, «cruzando» datos y eventualmente reportando operaciones de carácter sospechoso. A nivel comparado, legislaciones como la británica, han adaptado los estándares de protección y riesgos del juego presencial, a las plataformas *online*, exigiendo procesos de verificación completa de identidad.

En relación con los datos personales, la palabra clave es riesgo. Justamente sobre los riesgos es donde gira el estándar de cumplimiento en la industria del juego —paradójicamente—, y más en particular, en el «apetito de riesgo» que la operación está dispuesta a asumir: ese será el gran desafío, es decir ¿hasta qué punto de riesgo —normativo, financiero, reputacional—, está dispuesta la organización a asumir?

Al respecto, importaría un objetivo a cumplir por las empresas —del rubro de los casinos y en general—, poder instaurar una cultura organizacional de protección de datos personales y cuidado de la información (en definitiva, hacer el negocio «sostenible»), dentro de cutos podemos encontrar *a)* la prevención de infracciones, *b)* la creación de un orden in-

terno que pudiera materializarse en un registro de tratamiento de datos; *c)* crear evidencia, es decir, que el modelo preventivo sea un modelo vivo, frente a cualquier futura fiscalización de la autoridad o mejora interna que se quiera dar la organización; *d)* concientizar internamente con políticas corporativas efectivas, y finalmente *e)* crear una cultura preventiva en el cumplimiento tratamiento y protección de los datos personales.

En cuanto a los desafíos a nivel de diversidad, equidad e inclusión, estos debieran apuntar primeramente a que las empresas sean capaces de ir «más allá» de la norma de *hard law* en aquellos Estados donde los derechos —por ejemplo— de la población LGBTI no tienen una protección real y concreta, aumentando el estándar de protección de la normativa nacional e internacional vigente en relación con la no discriminación y la promoción de la diversidad, equidad de género e inclusión, así como los lineamientos internos en la materia. Lo anterior, debiera traducirse internamente en no tolerar acto alguno de discriminación basado en sesgos, estereotipos y prejuicios. Respetar, además, y valorar la diversidad de todas las personas, haciendo visible los múltiples beneficios de esta, a través de equipos de trabajo mixtos, e identificar y reducir las brechas de género existentes, promoviendo las mejores prácticas que favorezcan a conseguir este objetivo.

Considerando las especiales características de la industria del juego y entretenimiento, como horarios, turnos y labores puntuales, cobra importancia resguardar la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, implementando medidas que faciliten la corresponsabilidad y el equilibrio entre ellas. Muy relacionado con lo anterior, difundir y sensibilizar respecto al acoso laboral y sexual, la violencia de género e intrafamiliar, aplicando acciones de prevención, detección, derivación y sanción ante cualquier situación que atente contra la dignidad de los trabajadores y clientes. Y finalmente, asegurar la formación y sensibilización del personal de la institución en temas de diversidad, equidad e inclusión, entre otras materias, a través de diferentes actividades y medios disponibles.

Ciertamente, los profesionales de cumplimiento en la industria de apuestas y juegos enfrentan una amplia gama de desafíos mientras intentan garantizar que todas las regulaciones se sigan al pie de la letra, sin recurrir a procesos que resten valor a la experiencia del cliente.

Además de los ya mencionados desafíos, la verificación del origen de los fondos es uno de los temas que más preocupan en la regulación de los Estados miembros de Europa. Tal como se ha detallado a lo largo del presente trabajo, ningún modelo de cumplimiento y estándares ESG en una empresa son modelos funcionales, si no se cuenta con canales formales de comunicación para que los trabajadores y otras personas puedan alertar confidencialmente a la organización sobre sospechas de mala conducta.

El canal de denuncias corporativo debe convertirse en una herramienta importante para reducir los riesgos y crear confianza, ya que permite a los directores detectar la mala conducta en una etapa temprana, mejorando de dicha forma los estándares de gobernanza corporativa.

El modelo, a modo de buena práctica, debe presentar la alternativa de la confidencialidad para el denunciante y la reportería para la empresa, por lo que es una mejora sustantiva en la comunicación permanente con un canal ético funcional y cercano.

Si la empresa no capacita a sus trabajadores ni informa a sus clientes, sus desafíos pueden convertirse en letra muerta.

V. BIBLIOGRAFÍA

Barrio Andrés, M., «Modelos de negocio basados en datos, publicidad programática, inteligencia artificial y regulación: algunas reflexiones», *Revista de internet, derecho y política. Universitat Oberta de Catalunya. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia de la UOC,* IDP, núm. 36, octubre, 2022.

Buil, P.; Sole Moratilla, M; García Ruiz, P., «La Regulación Publicitaria De Los Juegos De Azar *Online* En España. Una Reflexión Sobre La Protección Del Menor», *Adicciones,* vol. 27 (3)*,* Palma de Mallorca, 2015, p.198.

Carbonell Vayá, E. y Montiel Juan, I., *El juego de azar* online *en los nativos digitales*, Valencia, Tirant Humanidades, 2013.

Cases, J., «La transformación de las políticas públicas de juego de azar en España», *GAPP. Revista Gestión y Análisis de Políticas Públicas Nueva Época*, núm. 6, julio-diciembre 2011, pp. 75-103.

Fernádes da Costa, L. y Saab Marchiori, E., «Protección jurídica del ludópata y liberación de los juegos de azar: Un análisis comparativo entre Brasil, Colombia y España», *Cadernos Prolam/USP-Brazilian Journal of Latin American Studies,* vol. 20, (41), 2021, pp. 210-236.

Garrigues, «Se publica la Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad», publicado el 19 de diciembre de 2022. Disponible en *https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/publica-directiva-informacion-corporativa-materia-sostenibilidad*.

Hidalgo Cerezo, A., «Protección al consumidor e incitación al juego compulsivo en los bonos de bienvenida de las casas de apuestas *online*», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política,* núm. 26, UOC, 2021, pp. 59-82.

Irwin, M., «Por qué el blanqueo de dinero representa una amenaza tan grave para los casinos *online*», consultado el 17 de octubre de 2023, disponible en: *https://www.idnow.io/glossary/anti-money-laundering-directive-amld/*

Martínez-Pastor, E.; Vizcaíno-Laorga, R., «Menores y publicidad de juegos de azar en Internet: nuevos formatos, contenidos publicitarios y retos en la protección de los menores», *Profesional de la información*, vol. 30, (4), 2021.

Martínez-Santos, R., «Juegos, reglas y azar (1.ª parte). Sobre la naturaleza de los juegos deportivos (*Games, laws and chance* (*1st part). On the nature of sporting games*», *Retos,* 26, Madrid, 2015, pp. 143-148.

Palomar Olmedo, A., «Un apunte sobre la responsabilidad pública de regulación y control de la actividad de juego en España», *Revista de internet,*

derecho y política. Universitat Oberta de Catalunya. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia de la UOC, IDP, núm. 15, noviembre, 2012.

Vacchiano, M. y Mejía Reyes, C., «Reflexiones sobre los juegos de azar en la sociedad contemporánea: hacia una biografía del riesgo», *Athenea Digital*, 17(2), 2017, pp. 79-94.

Zapata Polo, R., «El juego *online*, sus consecuencias; la necesidad de nuevas políticas públicas», Trabajo final del Máster Universitario en gestión administrativa, Universitat Politecnica de Valencia, Valencia.

Artículos *online*

«Anti-Money Laundering Directive (AMLD)», Información obtenida el 17 de octubre de 2023 y disponible en *https://www.idnow.io/glossary/anti-money-laundering-directive-amld/*

«Azar Plus», nota consultada el 20 de octubre, disponible en *https://www.azarplus.com/varias-universidades-britanicas-inician-un-estudio-cientifico-en-el-que-comparan-el-juego-con-el-alcohol-y-el-tabaco/*

«Código voluntario de la industria sobre comprobaciones de clientes y solicitudes de documentación basadas en el gasto», *bettingandgamingcouncil.com/uploads/Voluntary-Industry-Code-on-Customer-Checks.pdf* (consultado el 2 de mayo de 2024).

El Confidencial. Nota de prensa publicada y revisada en la edición digital el 8 de octubre de 2023, disponible en *https://www.elconfidencial.com/juridico/2023-10-06/compliance-sostenibilidad-digitalizacion-las-claves-del-futuro-de-la-seguridad-juridica_3749987/*

— Nota de prensa publicada el 17 de octubre y consultada el 22 de octubre de 2023. Disponible en *https://www.elconfidencial.com/juridico/2023-10-17/la-incontinencia-regulatoria-y-el-esg-retrasan-la-transformacion_3755295/*

El Mostrador. Nota de prensa consultada el 22 de octubre y disponible en *https://noticias.udec.cl/juegos-de-azar-y-salud-mental-desafios-de-la-industria-se-revisaron-en-udec-con-invitados-internacionales/*

El País. Nota de prensa publicada y revisada en la edición digital el 13 de octubre de 2023, consultada el 16 de octubre de 2023 disponible en *https://cincodias.elpais.com/cincodias/2023/10/13/legal/1697190573_659382.html*

ESYS, *Fundación Empresa Seguridad y Sociedad Digital (fundacionesys.com)*

Grupo de acción financiera internacional (GAFI). Consulta realizada el 19 de octubre, disponible en *https://www.fatf-gafi.org/en/home.html*

Intersoft consulting. «GDPR. Privacy Impact Assessment», Consulta realizada el 17 de octubre de 2023, disponible en *https://gdpr-info.eu/issues/privacy-impact-assessment/*

https://www.azarplus.com/grupo-kirol-apoyando-el-uso-de-energia-limpia-y-sostenible/

Selae, «Memoria corporativa sistema de loterías y apuestas del estado», consulta realizada el 1 de mayo de 2024, disponible en *https://www.selae.es/es/web-corporativa/quienes-somos/memoria-anual/memoria-2022*

Universidad de Concepción (Chile): Nota consultada el 2 de marzo de 2024. *https://noticias.udec.cl/juegos-de-azar-y-salud-mental-desafios-de-la-industria-se-revisaron-en-udec-con-invitados-internacionales/*

SOSTENIBILIDAD EN LA INDUSTRIA DE LA MODA

SUSTAINABILITY IN THE FASHION INDUSTRY

Julia Lago Muñoz
Investigadora predoctoral
Universidad de Salamanca

RESUMEN: La industria de la moda está en el punto de mira de la normativa en materia de sostenibilidad. En la Unión Europea, a través de la Estrategia Textil enmarcada en el Pacto Verde, la Comisión Europea está desarrollando un plan para fomentar la economía circular en el sector textil y lograr que la industria sea más sostenible en el futuro. Uno de los aspectos centrales que aborda esta estrategia es el impacto medioambiental de la moda rápida. Los recientes Reglamentos y Directivas en la materia llegan plagados de exigencias y buenas intenciones no siempre acordes con la realidad de una industria cuya producción no hace sino aumentar, mientras la concienciación de los consumidores no parece crecer al mismo ritmo, a juzgar por el éxito de la moda rápida y ultrarrápida.

Palabras clave: directiva, industria, moda, sostenibilidad, textil.

ABSTRACT: The fashion industry is in the spotlight of sustainability regulations. In the European Union, through the Textile Strategy framed in the Green Deal, the European Commission is developing a plan to promote the circular economy in the textile sector and make the industry more sustainable in the future. One of the central aspects that this strategy addresses is the environmental impact of fast fashion. The recent Regulations and Directives on the matter come full of requirements and good intentions that are not always in line with the reality of an industry whose production only increases, while consumer awareness does not

seem to grow at the same rate, judging by the success of fast and ultra-fast fashion.

Keywords: directive, industry, fashion, sustainability, textile.

SUMARIO: I. REGULACION GLOBAL Y COMUNITARIA. 1. Sostenibilidad y moda. 2. Desde el Pacto Verde hasta nuestros días. II. LA MODA LENTA. III. PELDAÑOS DE UNA INDUSTRIA DE LA MODA SOSTENIBLE. 1. La materia prima. 2. Acercar la producción. 3. ¿Qué hacemos con los residuos? IV. CONCLUSIONES. V: BIBLIOGRAFÍA.

I. REGULACION GLOBAL Y COMUNITARIA

Vestir no es un acto políticamente irrelevante,
sino una práctica cotidiana asociada a realidades globales[1]

1. Sostenibilidad y moda

La primera alusión explícita a la moda y el activismo ecológico conjuntamente tuvo lugar en el marco del movimiento Arts & Crafts, que capitaneó William Morris a finales del siglo XIX. Se oponían a los progresos técnicos de la revolución industrial defendiendo un retorno a la naturaleza y los oficios manuales, y la consideración del arte como proceso integral que daba cabida a objetos funcionales (como la indumentaria) y una apreciación del proceso en contraposición al objeto terminado rápida y casi automáticamente.

Ya en los años sesenta del siglo XX, el movimiento hippy retomó a su manera aquellos valores, especialmente el aprecio por la naturaleza y la personalización de la ropa. En 1962, Rachel Carson menciona por primera vez la palabra «sostenibilidad», al alertar en su libro, *Silent Springs,* de las consecuencias para la salud y el medio ambiente asociadas al uso de pesticidas y fertilizantes en la industria alimentaria, proponiendo una cadena de producción «sostenible», sustituyendo la producción por un modelo local en que la oferta se pliega a la demanda[2].

Sin embargo, no fue hasta la década de los ochenta, en concreto en 1982, cuando la Organización de Naciones Unidas, en el marco de la I Conferencia Mundial de la UNESCO sobre Políticas Culturales y Desarrollo Sostenible, celebrada en México, definió sostenibilidad como «un tipo de desarrollo que abastece las necesidades del presente sin comprometer el hecho de que las futuras generaciones puedan hacer lo propio». En 1987 se publicaba el Informe *Brundtland*, informe mundial

[1] RIEZU, *La moda justa*, 2021, p.17.
[2] CARSON, *Silent Spring*,1962.

sobre medio ambiente y desarrollo de la ONU, con guías para fomentar el desarrollo sostenible. Hasta 1992, en la Conferencia de Naciones Unidas sobre medio ambiente y desarrollo de Río de Janeiro, no se señaló a la industria textil como una de las principales causantes del problema. La «World Commission on Environment and Development» definió el desarrollo sostenible como aquel «que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades», debiendo priorizarse las necesidades de los desfavorecidos y teniendo en cuenta la capacidad del medio ambiente para satisfacer nuestras necesidades.

La Organización de Naciones Unidas hizo público en junio de 2023 un informe a tenor del cual el sector de la moda es responsable de entre el 2 y el 8 por 100 de las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero. Emplaza a las empresas a conocer su cadena de suministro y actuar con diligencia tanto en materia de sostenibilidad como de derechos humanos. Modificar los hábitos del consumidor sin perder sus valores y promover un estilo de vida más sostenible son los siguientes principios que seguir[3].

2. Desde el Pacto Verde hasta nuestros días

La andadura de la legislación europea en materia de sostenibilidad comenzó con el Pacto Verde, presentado por la Comisión el 11 de diciembre de 2019[4]. El objetivo declarado del «Pacto Verde Europeo» es lograr la neutralidad climática en 2050. Una de las partes de este pacto es la Estrategia Textil, publicada por la Comisión Europea en marzo de 2022 y centrada en dos puntos principales: el reciclaje y el ecodiseño. En materia de sostenibilidad en Derecho europeo, los siguientes pasos fueron la propuesta de «Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad» (CSDDD por sus siglas en inglés), de 23 de febrero de 2022, aprobada por el Parlamento Europeo en abril de 2024 y que va a influir en el contenido y elaboración de los informes de sostenibilidad que las grandes empresas tendrán que publicar en 2025, según lo exigido en la «Directiva sobre presentación de información de sostenibilidad por parte de las empresas» (CSRD), que entró en vigor el 5 de enero de 2023, con fecha límite de transposición el 6 de julio de 2024. De 30 de marzo de 2022 es la propuesta de Reglamento de Ecodiseño, aprobado en enero de 2024. El 22 de marzo de 2023, fecha de presentación de la propuesta de «Directiva sobre justificación y comunicación de declaraciones medioambientales explícitas» (*Green Claims*), aprobada por el Parlamento en enero de 2024, la Comisión dio

[3] *https://www.unep.org/resources/publication/sustainable-fashion-communication-playbook* Última consulta 25 de febrero de 2024.

[4] *https://www.consilium.europa.eu/es/policies/green-deal/*

un nuevo paso normativo en el camino de la sostenibilidad corporativa en materia medioambiental, social y de gobernanza (*Environmental, Social and Governance* o «esg»). El Parlamento europeo dio su aprobación a esta última en enero de 2024. El 6 de marzo de 2024 se publicó en el *DOUE* la Directiva (UE) 2024/825 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero, por la que se modifican las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y mediante una mejor información. Veamos las claves principales de estas normas.

Lograr la neutralidad climática en 2050 fue el objetivo declarado del Pacto Verde Europeo en materia de sostenibilidad. Como se ha dicho, parte de este Pacto es la Estrategia Textil, cuyos puntos clave son el reciclaje y el ecodiseño, y que incluye entre los aspectos a tratar el impacto medioambiental de la moda rápida. Sin embargo, el *upcycling* o reutilización de textiles viejos ya producidos no se menciona en la Estrategia Textil de la Comisión Europea. El etiquetado no resulta factible en la práctica para muchas marcas dedicadas a esta práctica, ya que los productos se componen de residuos textiles y sobrantes de tejidos, lo cual imposibilita en muchas ocasiones el desglose de los distintos componentes. Muchas prendas viejas donadas carecen de etiquetas, están confeccionadas con mezclas de tejidos y su disponibilidad es limitada, lo que dificulta el cumplimiento de la normativa relativa al etiquetado. Los Estados miembros deberán regular sistemas efectivos de investigación y sanciones proporcionadas y disuasorias para prevenir la ejecución inadecuada de la auditoría legal y la verificación de la presentación de información sobre sostenibilidad. El 78 por 100 de los tejidos empleados en la Unión Europea no se separan, reutilizan y reciclan, sino que acaban en vertederos o incineradoras. Cada año, 5,2 millones de toneladas de ropa y calzado, es decir, unos 12 kilos por habitante. Los Estados miembros se verán obligados a establecer recogidas separadas de residuos textiles a partir del 1 de enero de 2025, pero la Comisión quiere profundizar en esa senda y propone una «responsabilidad extendida del productor obligatoria y armonizada» para todos los textiles en todos los Estados miembros.

La «Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad» (CSDDD) pretende asegurar que cada empresa adopte medidas y políticas de diligencia debida para asegurar que todos aquellos que intervienen en su cadena de actividades respeten los derechos humanos y la protección del medio ambiente. La Directiva (UE) 2024/1306 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a los plazos de adopción de normas de presentación de información sobre sostenibilidad para determinados sectores y para determinadas empresas de terceros países, aplaza hasta el 30

de junio de 2026 la adopción de normas sectoriales de presentación de información sobre sostenibilidad para las empresas de la Unión Europea y de normas generales de presentación de información sobre sostenibilidad para las empresas de terceros países, de modo que la Directiva será de aplicación, de manera gradual, a empresas y matrices de la Unión Europea: a partir de 2027, para empresas con más de 5 000 empleados y un volumen de negocios mundial superior a 1 500 millones de euros; a partir de 2028, para empresas con más de 3 000 empleados y un volumen de negocios global de 900 millones de euros o más; y a partir de 2029, para empresas con más de 1 000 empleados y un volumen mundial de negocios superior a 450 millones de euros. Aunque las pequeñas y medianas empresas (pymes) no entren en su ámbito de aplicación, se verán necesariamente afectadas cuando contraten con empresas que sí deban cumplir con lo previsto en la Directiva, lo cual las obliga a implantar previamente políticas específicas de diligencia debida, y en general, en materia de ESG.

La «Directiva sobre presentación de información de sostenibilidad por parte de las empresas» (CSRD), con fecha límite de transposición el 6 de julio de 2024, tiene por objeto que las empresas publiquen información detallada sobre su impacto en sostenibilidad medioambiental, social y de gobernanza para que los inversores dispongan de datos fiables en materia de sostenibilidad corporativa con los que fundamentar sus decisiones. Su ámbito de aplicación incluye a empresas domiciliadas en la Unión Europea —tanto grandes como pequeñas y medianas—, empresas cuyos valores estén admitidos a negociación en mercado regulado de la Unión Europea o aquellas que sean entidades de interés público (quedan fuera, por tanto, las microempresas) y también a las empresas de terceros países cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado regulado de la Unión Europea o tengan un volumen de negocios neto superior a 150 millones de euros en la Unión y al menos una filial o sucursal en territorio comunitario. La Directiva establece la obligación de incluir en sus informes de gestión información relativa a la resiliencia del modelo de negocio y la estrategia de la empresa frente a los riesgos relacionados con las cuestiones de sostenibilidad, los planes de la empresa para garantizar que su modelo de negocio sea compatible con la transición hacia una economía sostenible y la limitación del calentamiento global, una descripción de sus objetivos a corto, medio o largo plazo en cuestiones de sostenibilidad, los sistemas de incentivos ligados a dichas cuestiones y ofrecidos a los miembros de los órganos de administración, dirección y supervisión, los principales efectos negativos reales o potenciales de sus actividades así como las medidas adoptadas para prevenir, mitigar o poner fin a dichos efectos negativos y su resultado. Los Estados miembros deberán regular sistemas efectivos de investigación y sanciones proporcionadas

y disuasorias para prevenir la ejecución inadecuada de la auditoría legal y la verificación de la presentación de información sobre sostenibilidad.

La «Directiva sobre justificación y comunicación de declaraciones medioambientales explícitas» o *Green Claims Directive*, concerniente a los mensajes o representaciones sobre un producto o servicio que afirme o implique un impacto positivo en el medioambiente, prevé la aplicación de las medidas si las afirmaciones medioambientales en cuestión no se encuentran reguladas por otra normativa comunitaria más específica. Además, las microempresas de menos de diez empleados que facturasen menos de 2 millones de euros quedarían exentas de cumplir las medidas, a menos que soliciten un certificado de conformidad de declaración medioambiental, en cuyo caso los Estados miembros y la Comisión les brindarán apoyo financiero y asistencia organizativa y técnica. Aun en el caso de que esas afirmaciones medioambientales las realizasen empresas que no tienen sede en la Unión Europea, pero se dirigen a consumidores de la Unión, también deberán respetar los requisitos de la Directiva. El objetivo de la Comisión Europea es acabar con el engaño que suponen para los consumidores las declaraciones medioambientales falsas y la proliferación de etiquetas ecológicas públicas y privadas, de modo que se pueda garantizar que los consumidores reciban información fiable sobre el impacto ambiental de los productos que adquieran. El texto de la propuesta aprobada por el Parlamento europeo el 13 de febrero de 2024.

El 30 de marzo de 2022, la Comisión Europea propuso un Reglamento sobre diseño ecológico para productos sostenibles como parte del plan de acción para la economía circular de la Comisión en el marco del Pacto Verde Europeo. El Reglamento ampliará el actual marco de diseño ecológico: se aplicará a la gama más amplia posible de productos; y, en segundo lugar, en su caso, el ámbito de aplicación de los requisitos que deben cumplir los productos. El Reglamento para el Ecodiseño de Productos Sostenibles (ESPR) trata de que los productos se diseñen pensando en la circularidad, es decir, que sean duraderos, reparables, seguros y reciclables; además, prevé prohibir la destrucción de textiles y prendas no vendidas.

La Comisión Europea lanzó en marzo de 2023 una propuesta para acabar con el «ecopostureo» y el etiquetado confuso o falso y una iniciativa para limitar la liberación de microplásticos al medioambiente, abarcando todo el ciclo de vida de los productos. El Reglamento, por el que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico para productos sostenibles, sustituye a la Directiva previa (de 2009) y amplía el ámbito de actuación de aquella, a fin de fijar requisitos de sostenibilidad medioambiental para casi todos los tipos de bienes comercializados en la Unión. Establece además un pasaporte digital del producto, así como normas relativas a la transparencia

acerca de la destrucción de ciertos productos de consumo no vendidos, así como en lo relativo a la prohibición de esa destrucción. Una de las últimas modificaciones del texto equipara el reciclaje de todas las prendas no vendidas con su destrucción, con el objetivo de disuadir a las compañías y evitar la sobreproducción. Además, se prevé la prohibición el uso de las etiquetas de sostenibilidad y el reconocimiento de los etiquetados basados en sistemas de certificación oficiales. La norma también prohibirá las afirmaciones infundadas sobre durabilidad de los productos. El Parlamento Europeo dio el visto bueno al Reglamento en abril de 2024. La European Fashion Alliance, fundada en 2022 y en la que organizaciones internacionales de moda y textiles comparten experiencias e impulsan cambios en el sector, respondió a la propuesta de normativa de ecodiseño aludiendo a los límites que todavía presenta el reciclaje textil, la necesidad de preservar la creatividad o la voluntad de medir de forma más precisa la durabilidad. Dado que la durabilidad también es el resultado del comportamiento del consumidor y de cómo cuida el producto, debe fomentarse la reparación. La incorporación de fibras recicladas en determinados productos de moda aún supone un desafío, tanto por la disponibilidad como por la calidad de las mismas. Cuando se apruebe el reglamento, la Comisión Europea tendrá que aprobar un acto delegado específico para el textil y el calzado en el que concretará aspectos como los requisitos de ecodiseño o el pasaporte digital de producto. Dos años después de la entrada en vigor del Reglamento quedará prohibida la destrucción; prohibición que ya existe en España con la Ley 7/2022, de Residuos y suelos contaminados para una economía circular.

La Directiva (UE) 2024/825 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero, por la que se modifican las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y mediante una mejor información se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 6 de marzo de 2024. El legislador comunitario establece reglas específicas para proteger a los consumidores contra determinadas prácticas comerciales desleales relacionadas con las decisiones de consumo sostenibles, entre las cuales se encuentran la obsolescencia temprana de productos, afirmaciones medioambientales falsas (*greenwashing*, blanqueo ecológico, ecopostureo o ecoimpostura), información engañosa sobre aspectos sociales de productos o empresas, o etiquetado engañoso. El *greenwashing* o «blanqueo ecológico» consiste en trasladar al mercado y a los consumidores el mensaje de que una empresa, producto o servicio es más sostenible o respetuoso con el medio ambiente de lo que en realidad es, exagerando sus bondades u omitiendo información relevante sobre su impacto medioambiental. Se trata de conductas publicitarias que persiguen influir en el comportamiento de los consumidores utilizando

mensajes engañosos o confusos acerca de los beneficios para el medio ambiente o la inexistencia de impactos negativos en aquel.

II. LA MODA LENTA

En España se desechan unas 900 000 toneladas de ropa al año, y el 88 por 100 acaba en vertederos, según el informe «Análisis de recogida de ropa usada en España» publicado por Moda-re, el proyecto textil de Caritas española[5]. Constituida desde 2020 como una cooperativa, cuenta con 160 puntos de venta. De la abundante legislación aplicable al sector de la moda[6], además de la Ley de Responsabilidad medioambiental, su Reglamento de desarrollo parcial y el Texto Refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, cabe mencionar la Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular.

La moda rápida resulta dañina por el volumen de prendas que se fabrican y la falta de control sobre los diferentes eslabones de la cadena, desde la producción hasta la distribución, debido a la deslocalización de sus actividades. La moda lenta, movimiento global de fabricantes, diseñadores y comerciantes de todo el mundo que han decidido reducir su ritmo y ambición para concentrarse en crear artículos con valor inherente, acompañar la experiencia del cliente y reducir el impacto ambiental, defiende lo minoritario y local en lugar de la masificación. Ensalza la artesanía y respeta la tradición a la vez que adopta la tecnología en aras de una producción más limpia y eficiente.

En España, la firma Camper, especializada en calzado, apostó desde sus inicios, en 1976, por el uso de materiales respetuosos con el medio ambiente, creando modelos con materiales reciclados. La marca Patagonia, especializada en prendas de montaña, utiliza algodón ecológico y tejidos innovadores obtenidos a partir de plásticos reciclados (patentaron el PCR—*post consumer recycled*— Synchilla Fleece, obtenido a partir del reciclaje de botellas); y cada vez son más las empresas se comprometen con el respeto al medio ambiente a lo largo de todos sus procesos productivos: Jeanología o Ecoalf son solo dos ejemplos de las numerosas empresas españolas que cuentan con proyectos en materia de sostenibilidad. Entre los proveedores de materiales de nueva generación cabe mencionar a la empresa con Pyratex, con más de una década de recorrido, que trabaja con empresas del sector del lujo sustituyendo tejidos sintéticos por fibras naturales. La marca Sepiia ha desarrollado una tecnología para la fabricación y comercialización de prendas que les permite ahorrar recursos y frenar la producción masiva, y Tintoremus,

[5] *https://modare.org/quienes-somos/*

[6] *https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=297&modo=2&nota=0&tab=2*

empresa dedicada al cultivo de la planta del índigo, extrae una sustancia colorante de color azul oscuro empleada para tintar el tejido vaquero.

III. PELDAÑOS DE UNA INDUSTRIA DE LA MODA SOSTENIBLE

1. La materia prima

El algodón, una de las fibras más vendidas en el mundo, con cosechas anuales de millones de toneladas, suele asociarse con atributos naturales, en contraposición con la fibra sintética. En su producción se utilizan habitualmente grandes cantidades de pesticidas, algunos de los cuales han sido calificados por la Organización Mundial de la Salud como extremadamente peligrosos y potencialmente dañinos para la salud de los trabajadores. Las alternativas, como las fibras de poliéster provenientes del petróleo, tampoco ofrecen expectativas esperanzadoras: los procesos de extracción, transporte y manipulación provocan daños en el medio ambiente. La obtención de fibras de lana[7], por otra parte, requiere introducirla en piscinas de pesticidas para eliminar los parásitos, y los residuos resultantes suelen terminar en ríos, con la contaminación subsiguiente.

Desde el año 2000, las cifras de producción de la industria de la moda se han duplicado[8]. Antes del cambio de milenio, las marcas presentaban dos colecciones anuales, frente a las cincuenta actuales de las marcas de moda rápida. De seguir este ritmo, para 2030 el consumo de ropa habrá aumentado en un 60 por 100. Los efectos medioambientales, incluso de producirse solo con tejidos orgánicos y tintes naturales, resultarían devastadores.

Better Cotton, fundada en 2005, es una plataforma dedicada a la promoción de cultivos sostenibles de algodón en entornos socialmente responsables, más respetuosos con el medio ambiente y económicamente sostenible. La entidad se ha convertido en uno de los estándares más representativos del algodón sostenible. Actualmente cuenta con más de 2 500 miembros en todo el mundo. Las empresas que forman parte de la entidad son, principalmente, proveedores y fabricantes textiles, e incluye a gigantes como Inditex o LVMH, así como otras compañías como Mango o Pepe Jeans, si bien no ha estado exenta de polémica y algunas de estas marcas han requerido más transparencia en cuanto al procedimiento de obtención de la materia prima[9].

---

[7] Martínez Caballero y Vázquez Casco, *Marketing de la moda*, p. 334.

[8] Riezu, cit., p. 25.

[9] *https://www.modaes.com/equipamiento/better-cotton-responde-el-algodon-de-la-ropa-se-produce-de-manera-responsable*

La firma de ropa Patagonia fue pionera en la investigación del impacto ambiental del algodón, la lana y el nylon y la reintegración de los sobrantes en su cadena de suministro; Susie Tomkins, cofundadora de Esprit, convirtió a la enseña en la primera de gran distribución en trabajar con algodón orgánico y creó el sistema Ecodesk para la monitorización de la procedencia de las materias primas y el recorte de gastos en los procesos. Eileen Fisher es artífice de un sistema que facilita la vestimenta diaria con que denominaríamos un armario cápsula, con pocas prendas combinables entre sí. Defensora de las fibras orgánicas, como el algodón orgánico y el lino orgánico, incorpora prácticas sostenibles en sus procesos de producción, además de alentar a devolver prendas antiguas implementando un programa de devolución que las recicla en nuevas creaciones. Stella McCartney, Vivienne Westwood o Katherine Hammnet han creado desde sus inicios prendas de autor con la mentalidad ecológica como base. Esta última decidió prescindir de los sintéticos producidos con sustancias toxicas y apostar por el algodón orgánico, además de trasladar sus talleres de producción a Londres. Cabe mencionar, finalmente, a Sandra Garratt, que en 1992 logró que sus colecciones fuesen enteramente orgánicas. En 2019, Cindy Rhoades consiguió desarrollar un método para separar el poliéster del algodón en las prendas usadas[10].

El sector del lujo también se ha subido al carro de la sostenibilidad; ejemplo de ello son la casa Prada y su proyecto «re-nylon», que posibilita la obtención de este material, empleado en la fabricación de algunos de sus productos, a partir del reciclaje de residuos plásticos, desde restos de alfombras hasta redes de pesca recogidas de los océanos. El proyecto se inició en 2012 en colaboración con el fabricante de hilos de nylon Aquafil, que fue quien desarrolló Econyl, el hilo de nylon regenerado que después se transforma en tejidos. La firma Ferragamo presentó en 2017 una colección en la que emplearon materiales obtenidos a partir de fibras de naranja. La maison Hermès, cuyos bolsos son fabricados con materiales exclusivos (a veces polémicos) procedentes de animales como el avestruz y el cocodrilo, ha producido su primer bolso de cuero vegano, un modelo rediseñado y fabricado con un material a base de hongos llamado Sylvania. Para fabricar este bolso sostenible, Hermès se asoció con la empresa californiana MycoWorks.

Para controlar la adecuación de las prácticas de las empresas en materia de sostenibilidad se utilizan las certificaciones oficiales: normas con reconocimiento internacional que estipulan directrices inspeccionadas periódicamente para comprobar que conservan los criterios. El problema reside en la falta de uniformidad de tales criterios. Algunos ejemplos de estas certificaciones oficiales son Bluesign, Cradle to Cradle, Ecolabel, Eco Wool, Fair Trade, Fur Free Reatiler, Global Recycled

[10] *https://wornagain.co.uk/*

Standard, GOTS, Nest, NFS, Oeko-Tex, PETA-Approved, Regenerative Organic Certification, Sustainable Fiber Alliance o WRAP. Las marcas de certificación de la Unión Europea (en España marcas de garantía) constituyen un instrumento valioso para las pequeñas y medianas empresas, les permiten penetrar en el mercado, dotan a los productos de valor añadido y benefician a los consumidores al indicarles un estándar determinado de calidad[11].

2. Acercar la producción

En 1991, el 56 por 100 de la ropa de Estados Unidos se fabricaba localmente, pero poco más de diez años después, en 2012, el porcentaje descendía hasta el 2 por 100. Europa, por su parte, ha vivido momentos clave de declive textil: el ingreso de España en la Comunidad Económica Europea en 1986 supuso la concentración de la producción industrial y la pérdida de competitividad de las pequeñas empresas, y a partir de los noventa se empezó a desarticular la producción local, en busca de mano de obra barata[12].

Fue a mediados de los noventa, tras destaparse la explotación por parte de varias marcas de sus trabajadores en el sudeste asiático, cuando comenzó a hablarse de «trazabilidad». La cadena de suministro «ideal» sería una con proximidad geográfica, diálogo directo entre marca y fábrica y valores compartidos. Blockchain e Inteligencia Artificial son herramientas que pueden facilitar la comprobación de la autenticidad de los materiales utilizados y el cumplimiento de los estándares éticos y de calidad establecidos por las marcas para la fabricación de las prendas. Desde el momento de la obtención de la materia prima hasta el de la venta, una prenda pasa por una media de cien personas, lo cual hace difícil esa trazabilidad. El hundimiento de una fábrica (Rana Plaza) en Bangladesh en 2013 provocó miles de víctimas y supuso un punto de inflexión que llevó a más de 200 empresas a firmar un acuerdo comprometiéndose a la mejora de las condiciones de seguridad y sanitarias en los lugares de trabajo (*International Accord for Health and Safety in the Textile and Garment Industry*), gracias al cual se han realizado 56 000 evaluaciones de fábricas cubiertas y se han corregido 140 000 problemas sanitarios y de seguridad en 2 400 fábricas en los últimos diez años. Además, más de dos millones de trabajadores han recibido formación sobre salud y seguridad, si bien algunos grupos empresariales aun no se han sumado al mismo o lo han hecho de forma muy reciente, tras un largo proceso de negociación con los sindicatos. Según datos de la Organización Internacional del Trabajo, en el mundo hay

[11] *Vid*., Lema Devesa, C., *La marca de garantía en la Ley española de Marcas*, 2022, p. 22-23.

[12] Riezu, cit., p.99.

alrededor de 27,6 millones de personas en situación de trabajo forzoso, de las cuales 3,3 millones son niños[13]. Una industria de la moda sostenible no puede olvidar el factor humano.

3. ¿Qué hacer con los residuos textiles?

La Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, introdujo la Responsabilidad Ampliada del Productor, a la cual dedica un título la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados. Los residuos textiles están afectados por este régimen, que la Directiva definió como «un conjunto de medidas adoptadas por los Estados miembros para garantizar que los productores de productos asuman la responsabilidad financiera, o financiera y organizativa, de la gestión de la fase de residuo del ciclo de vida». Los Sistemas Colectivos de Responsabilidad Ampliada del Productor —SCRAP— deberán financiar la gestión adecuada de los residuos recogidos selectivamente, así como su tratamiento, preparación para la reutilización y reciclaje.

Bajo el nombre de Asociación para la Gestión del Residuo Textil, en enero de 2023 quedó constituido el «scrap para la gestión de los residuos textiles en España». Sus fundadores (Decathlon, H&M, Ikea, Inditex, Kiabi, Mango y Tendam) se aliaron con un objetivo común: trabajar activamente para construir un sistema económico y productivo de naturaleza circular, sobre la base de un sistema de reciclaje colectivo de residuos textiles más eficiente. A nivel internacional, en octubre del mismo año, la Confederación Europea de la Industria Textil, Euratex, presentó ReHubs Europe[14], SCRAP que reúne a los principales agentes de la cadena de valor textil —fabricantes, marcas de moda, recolectores y recicladores, industria química, proveedores de tecnología—, cuyo objetivo es reciclar 2,5 millones de toneladas de residuos textiles hasta 2030. Para ello se necesitan hasta 250 proyectos industriales en toda Europa, que abarquen distintos tipos de reciclado de fibra a fibra. En marzo de 2023 comenzó su andadura GERESCAL, creada en 2022 por Callaghan, Mascaró, Mustang, Pabloski, Pikolinos, Pons Quintana, Unisa, Wonders y Zahonero con el objetivo de gestionar los residuos del calzado.

IV. CONCLUSIONES

La producción mundial de moda se elevará hasta 145 millones de toneladas en 2030. La industria textil es responsable de entre el 8 por 100 y el 10 por 100 de las emisiones de gases de efecto invernadero

[13] *Https://www.consilium.europa.eu/es/policies/forced-labour-products/#scope*
[14] *Https://www.rehubs.eu/*

en todo el mundo. La sobreproducción en la moda es un fenómeno que apenas tiene cincuenta años: el modelo tradicional de manufactura bajo demanda, sin *stocks*, con la consiguiente revalorización del oficio, la espera y la exclusividad, dio paso a la producción en serie a principios del siglo XX. A finales de los ochenta apareció la moda rápida, caracterizada por la oferta abundante, incesante y barata. En el siglo XXI hemos ido un paso más allá: no contentos con la moda rápida, dimos paso a la moda ultrarrápida nacida al calor de las redes sociales y capaz de incorporar a sus canales *online* unas 500 prendas diarias[15]. Con abanderados procedentes de Asia (Shein, Temu), muchas de estas empresas ya están siendo inspeccionados por las condiciones laborales a las que someten a quienes trabajan en sus fábricas, además de por sus prácticas ilícitas en materia de competencia o por infracciones de la propiedad intelectual[16].

El 5 de marzo de 2024, el Consejo y el Parlamento Europeo llegaron a un acuerdo para prohibir los productos realizados con trabajo forzoso. Dicho acuerdo introduce una serie de modificaciones que aclaran las responsabilidades de la Comisión y de las autoridades nacionales competentes en el proceso de investigación y decisión. La propuesta abarca todos los productos fabricados mediante trabajo forzoso que se introduzcan o comercialicen en la Unión Europea o se exporten desde la misma. La nueva legislación abarcará todos los sectores industriales.

El Acuerdo de París cifró en un 4,2 por 100 la reducción necesaria de emisiones anuales de gases de efecto invernadero por parte de la industria de la moda para 2030, con el objetivo global de limitar el calentamiento a 1,5ºC por encima de los niveles preindustriales. Un publicado por el New Climate Institute y la plataforma Carbon Market Watch prevé que estas empresas solo habrán conseguido alcanzar en esa fecha dos tercios del total de las reducciones que necesitan para cumplir con los objetivos del Acuerdo de París. La Agencia Europea de Medio Ambiente prevé que en 2030 se produzcan 145 millones de toneladas de textiles. La venta de artículos de segunda mano creció hasta un 79 por 100 en España en 2022, según datos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), y un 54 por 100 de los consumidores nacionales está dispuesto a adquirir artículos de segunda mano, un porcentaje que se eleva hasta el 58 por 100 entre los más jóvenes.

---

[15] Riezu, cit., pp 18-19.

[16] *https://www.modaes.com/entorno/shein-y-temu-bajo-la-lupa-de-eeuu-por-posibles-violaciones-de-trabajo-forzoso-en-china,https://www.thefashionlaw.com/a-new-lawsuit-lifts-the-lid-on-sheins-ai-powered-ultra-fast-fashion-model/,https://www.thefashionlaw.com/uniqlo-is-suing-shein-in-japan-over-copycat-bag-design/*

Francia pagará una prima para animar a los ciudadanos a reparar su ropa y calzado en lugar de tirarlos a la basura, además de plantar cara a la moda rápida destructiva: el Gobierno francés también tiene bajo la lupa a la china Shein, que presume de eficiencia en la cadena de suministro y en el desarrollo de productos a costa de utilizar fábricas donde explotan a trabajadores mal pagados y causar daños generalizados al medioambiente, además de promover el consumo excesivo y vender ropa de calidad más que cuestionable. El país galo pondrá en marcha un sistema que evaluará la huella contaminante de la ropa en un momento en el que las emisiones asociadas a la producción textil han aumentado en todo el mundo[17].

En nuestro país, el porcentaje de empresas que aseguran tener un horizonte sostenible es del 72,1 por 100 frente al 75 por 100 de la pasada edición del informe. El objetivo de Inditex para el año 2040 son las cero emisiones netas; H&M prevé reducir un 56 por 100 las emisiones de gases de efecto invernadero hasta 2030 y al menos el 90 por 100 hasta 2040; Tendam, por su parte, se ha marcado el objetivo de conseguir la descarbonización total para 2050, y ha puesto en marcha medidas como la adquisición de energía renovable[18].

¿El equilibrio moda-medio ambiente es imposible? A la vista de lo expuesto, quizá no estén equivocados quienes sostienen que la única prenda sostenible es la que no se fabrica[19], aunque según el último informe de la Asociación para la Gestión del Residuo Textil y el Calzado, seis de cada diez españoles utilizan textiles de segunda mano, y hasta uno de cada tres consumidores ha dado una segunda vida a más de cinco prendas en el último año[20].

V. BIBLIOGRAFÍA

Antón, I.(coord), *Cuestiones actuales de Derecho de la moda*, Aranzadi, 2023.

BBC worklife, *What France's crackdown on Shein and Temu means for global ultra-fast fashion*. *https://www.bbc.com/worklife/article/20240320-france-bill-crackdown-ultra-fast-fashion-shein-temu*

Carson, R., *Silent Spring*, Houghton Mifflin Company, 1962.

---

[17] La idea de este «*Ecoscore*» es concienciar al consumidor para que compre prendas más sostenibles. Según datos de la industria francesa, un kilo de textil consumido en el país genera 54 kilos de CO2 (teniendo en cuenta que la producción es importada en el 95,7 por 100). Sin embargo, ese mismo kilo «*Made In France*» genera la mitad de CO2. Así, el *Ecoscore* textil tendrá en cuenta las emisiones de la producción y distribución de una prenda, la contaminación del agua en su proceso de fabricación y la durabilidad de los materiales usados para evitar el «usar y tirar», *https://es.fashionnetwork.com/news/Francia-pondra-en-marcha-el-ecoscore-de-la-ropa-que-evaluara-su-huella-medioambiental,1620916.html*

[18] Informe *Shaking Sustainability in the Fashion Business*, 2023.

[19] Riezu, M., *La moda justa*, Anagrama, 2023.

[20] *https://gestionresiduotextil.org/*

COMISIÓN EUROPEA, *Estrategia para la circularidad y sostenibilidad de los productos textiles*, 2022.
— Directiva (UE) 2024/825 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero, por la que se modifican las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y mediante una mejor información.
— Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre, por la que se modifican el Reglamento (UE) núm. 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas.
— Directiva (UE) 2024/1306 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a los plazos de adopción de normas de presentación de información sobre sostenibilidad para determinados sectores y para determinadas empresas de terceros países.
EMBID IRUJO, J. M., *Discrecionalidad empresarial y responsabilidad social corporativa. Derecho de sociedades y de los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma,* 2018.
E&Y y MODAES, *Informe Shaking Sustainability in the Fashion Business*, 2023.
FASHION UNITED, *The latest news and innovations around sustainability in fashion*, *https://fashionunited.com/specials/sustainable-fashion-news*
GARCÍA, L., *Batallon de modistillas*, Carpe Noctem, 2022.
GERSHON, J., «Wearing Your Values», *Environmental Magazine*, 2005.
ASOCIACIÓN PARA LA GESTIÓN DEL RESIDUO TEXTIL Y EL CALZADO, «Usos, costumbres y nuevos desafíos en la industria textil», *https://gestionresiduotextil.org/*
INDITEX SOSTENIBILIDAD, *www.inditex.com/itxcomweb/es/sostenibilidad*
LEMA DEVESA, C., *La marca de garantía en la Ley Española de Marcas*, Marcial Pons, 2022.
MARTÍNEZ CABALLERO, E., VÁZQUEZ CASCO, A. I., *Marketing de la moda*, Ediciones Pirámide, 2006.
MIRANDA ANGUITA, A., «Declaraciones ambientales, competencia desleal y patrones en la jurisprudencia comparada: A propósito del blanqueo ecológico o *greenwashing*», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 16(1), 2024.
PARLAMENTO EUROPEO, *El impacto de la producción textil y de los residuos en el medio ambiente*, *www.europarl.europa.eu*
— Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937.
— Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la justificación y comunicación de alegaciones medioambientales explícitas (Directiva sobre alegaciones ecológicas).
— Propuesta de Reglamento de Ecodiseño para Productos Sostenibles.
— Reglamento Delegado (UE) 2023/2772 de la Comisión, de 31 de julio, por el que se completa la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas de presentación de información sobre sostenibilidad.

Peinado, J. I., «La sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores. Una primera reflexión sobre la sostenibilidad de la sociedad mercantil y la responsabilidad por falta de diligencia de los administradores», *Revista de derecho mercantil*, núm. 311, 2019.
Riezu, M., *La moda justa*, Anagrama, 2023.
Thomas, D., *Fashionopolis: El precio de la moda rápida y el futuro de la ropa*, Superflua, 2019.
Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, 1987.
Revista Modaes, núm. 50, 2024.
Salcedo, E., *Moda ética para un futuro sostenible*, Editorial GG, 2014.
United Nations, *Environment Programme: The Sustainable Fashion Communication Playbook*, 2023.

DESVINCULACIÓN DE LA DIRECTIVA DE FISCALIDAD ENERGÉTICA CON LOS OBJETIVOS CLIMÁTICOS ASUMIDOS POR LA UNIÓN EUROPEA: ESPECIAL REFERENCIA A LA TRIBUTACIÓN DEL QUEROSENO

THE DECOUPLING OF THE ENERGY TAXATION DIRECTIVE FROM THE EU'S CLIMATE GOALS: SPECIAL REFERENCE TO KEROSENE TAXATION

Maria Hurtado Benetó
Personal Investigador en el Departamento de Derecho Internacional[1]
Universidad de Valencia.

RESUMEN: La Directiva 2003/96/CE de fiscalidad de la energía actualmente rige la tributación de los combustibles pero está desactualizada y desalineada con los objetivos ambientales de la UE. Este capítulo explora la urgente necesidad de su reforma, incorporando a través del derecho financiero y tributario el principio «quien contamina paga» para que los impuestos reflejen el impacto medioambiental de la energía. Las modificaciones propuestas incluyen cambiar la aplicación de la base imponible al contenido energético de los combustible, la eliminación de las exenciones fiscales obsoletas como la aplicada al sector de la aviación y la clasificación impositiva basada en el desempeño ambiental. Se enfatiza

[1] Este artículo se ha financiado con fondos al Proyecto Investigo núm. GVA-INVEST/2022/61.I titulado: «La transformación del sector energético hacia las energías renovables a la luz del Pacto Verde Europeo: Las estrategias de la Comisión Europea para alcanzar la neutralidad climática».

la importancia de estas reformas en la consecución de una tributación energética que impulse la transición hacia fuentes de energía más limpias.

Palabras clave: Pacto Verde Europeo; impuesto energético; Directiva sobre Imposición Energética; impuesto queroseno; Objetivo 55.

ABSTRACT: Energy Taxation Directive (2003/96/EC) —commonly known as the ETD— currently governs the taxation of fuels but is outdated and decoupled from the EU's environmental objectives. This chapter explores the urgent need for its reform, incorporating the «polluter Pays» principle through financial and tax law so that taxes reflect the environmental impact of energy. The proposed modifications include changing the taxable base to the energy content of fuels, eliminating obsolete tax exemptions such as those applied to the aviation sector, and implementing tax classification based on environmental performance. The importance of these reforms in achieving energy taxation that drives the transition to cleaner energy sources is emphasized.

Keywords: European Green Deal; Energy Taxation; Energy Tax Directive; Kerosene Tax; Fit for 55.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. COMPROMISOS JURÍDICOS CLÍMATICOS ADQUIRIDOS POR LA UNIÓN EUROPEA. 1. Del Protocolo de Kyoto a la Ley Europea del Clima. 2. La responsabilidad ambiental a través del principio «quien contamina paga». 3. La estrategia para la integración del sistema energético. III. REGULACIÓN TRIBUTARIA DE LA ENERGÍA EN LA UE. 1. La energía como competencia compartida. 2. El impuesto especial sobre los productos energéticos. IV. DESVINCULACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE FISCALIDAD DE LA ENERGÍA CON LOS OBJETIVOS CLIMÁTICOS DE LA UNIÓN. 1. La discriminación tributaria de los combustibles alternativos. 2. El favorecimiento del uso de combustibles fósiles a través de subsidios energéticos. 3. Pérdida de función armonizadora de los tipos impositivos. V. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA DE FISCALIDAD DE LA ENERGÍA. 1. Imposición basada en el contenido energético de los combustibles. 2. Clasificación de los niveles mínimos de imposición basada en su uso y en el desempeño ambiental. 3. Sujeción a gravamen de los productos energéticos y la electricidad usados en el sector de la aviación. 3.1. Marco jurídico internacional tributario de la aviación. 3.2. Aplicación del Régimen de comercio de derechos de emisión de la Unión Europea. 3.3. La exclusión de la aviación extraeuropea del mercado del carbono. 3.4. Tributación del combustible utilizado en el sector de la aviación. 3.5. Incompatibilidad entre la tributación de la aviación y los objetivos climáticos perseguidos por la Unión Europea. 4. Posibles aplicaciones de exenciones y reducciones fiscales. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo se adentra en la urgente necesidad de reformar la regulación fiscal de la energía en la Unión Europea (UE) en respuesta a los compromisos jurídicos climáticos adquiridos. La regulación actual de los combustibles utilizados para calefacción y transporte, así como de la electricidad, queda establecida por la Directiva 2003/96/CE sobre la fiscalidad de la energía (DFE) [2], obsoleta y desalineada con la lucha en materia medioambiental emprendida por la UE.

En primer lugar, se hará referencia a las obligaciones climáticas contraídas a través del Acuerdo de París y de la Ley Europea del Clima, que establece objetivos ambiciosos para la reducción de emisiones y la transición hacia una economía descarbonizada. En la medida en que el sector energético es un gran responsable de la generación de dichas emisiones, la Estrategia para la integración del sistema energético plantea como uno de sus ejes de acción la reforma de la DFE. En este contexto, emerge la responsabilidad ambiental a través del principio «quien contamina paga», que busca internalizar los costos ambientales en las actividades económicas y promover prácticas sostenibles. Sin embargo, la regulación tributaria de la energía en la UE enfrenta desafíos importantes, principalmente debido a la reticencia de los Estados miembros a la cesión de competencias en materia de energía.

La propuesta de modificación de la propone tres principales núcleos de acción: cambiar la base impositiva del impuesto, actualmente configurada según el volumen de producto energético utilizado, por su contenido energético, eliminar los incentivos al uso de combustibles fósiles y clasificar los impuestos en función del desempeño ambiental. La Directiva ha de superar en definitiva la priorización que hace actualmente de la armonización del mercado interior de la electricidad y los productos energéticos, sobre la consecución de los objetivos climáticos de la Unión, que deberán ser prioritarios [3].

La actual DFE discrimina tributariamente a los combustibles alternativos, favoreciendo el uso de combustibles fósiles a través de subsidios energéticos. Ante este panorama, la propuesta de modificación por parte de la Comisión adquiere una importancia crucial. En el contexto específico de la aviación, se plantea la necesidad de revisar las exenciones aplicadas al queroseno como combustible utilizado en este sector.

---

[2] Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad. *DOUE* L 283/51 de 31 de octubre de 2003.

[3] Antón Antón, A., «EU Energy Taxation Framework Revision in the context of the Green Deal», *International Visual Culture Review*, 11(3), 2022, p. 6.

En conclusión, se subraya la trascendencia de estas reformas en la consecución de una regulación tributaria energética congruente con los imperativos climáticos y energéticos de la UE. Los Estados miembros tienen la responsabilidad de emitir, a través de los impuestos, incentivos y señales para reducir las emisiones, garantizar la disponibilidad de tecnologías energéticas eficientes y promover prácticas sostenibles[4]. Estratégicamente concebidos, los tributos energéticos pueden constituir incentivos económicos, propiciando la emisión de señales de precios correctas para la reducción de emisiones, la optimización de los recursos y el estímulo a la innovación en tecnologías sostenibles.

II. COMPROMISOS JURÍDICOS CLIMÁTICOS ADQUIRIDOS POR LA UNIÓN EUROPEA

1. Del Protocolo de Kyoto a la Ley Europea del Clima

En el marco de la lucha global contra el cambio climático y la subida de la temperatura media mundial, la UE como organización regional de integración, aspira a consolidarse como actor principal en la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) y en la descarbonización de su economía. En esta línea, la UE ha desplegado una estrategia de liderazgo transversal sustentada sobre un desarrollo legislativo reflejo de la incorporación a la legislación europea de las obligaciones contraídas en el plano internacional. Si bien la UE ya mostró inicialmente su compromiso con la lucha por el medioambiente después de la ratificación el 31 de mayo de 2002 del protocolo de Kioto, esta se ha consolidado con la ratificación por todos los Estados miembros del Acuerdo de París[5] en 2015, por el que se pretende limitar el aumento de la temperatura media mundial a 1,5ºC a través de la adopción de contribuciones determinadas a nivel nacional (NDC por sus siglas en inglés).

Por lo que respecta a la legislación surgida en el marco de la Unión, cabe destacar el Pacto Verde Europeo[6], que surgió en 2019 como un instrumento crucial para conseguir los ambiciosos objetivos de neutralidad climática propuestos por la UE. Pretende abordar una amplia gama de retos, *inter alia,* la pérdida de la biodiversidad, el mantenimiento de las temperaturas globales medias, la reducción de la contaminación o

---

[4] Pirlot, A., «Exploring the impact of EU law on energy and environmental taxation», en C. HJI Panayi, W. Haslehner, y E. Traversa (eds.), *Research Handbook in European Union Taxation Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2020, p. 24-26.

[5] Naciones Unidas (ONU), Acuerdo de París de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (UNFCCC) de 12 diciembre 2015.

[6] Comisión Europea. El Pacto Verde Europeo. Doc. COM (2019) 640 final, de 11 de diciembre de 2019.

el desarrollo de una agricultura sostenible. La Ley Europea del Clima[7] materializa estas obligaciones y convierte en jurídicamente vinculante el objetivo de alcanzar la neutralidad climática en la UE en 2015. Asimismo, eleva progresivamente el nivel de ambición para 2030 al establecer el objetivo de lograr una reducción del 55 por 100 de las emisiones netas de aquí a 2030 con respecto a los valores de 1990.

El legislador de la Unión, consciente de que el sector energético es responsable del 75 por 100 de emisiones de GEI a escala global[8], ha incidido especialmente en su regulación. El denominador común del sector energético de todos los Estados miembros es su dependencia a un modelo de producción de energía basado en el consumo masivo de combustibles fósiles. Según Eurostat[9], durante el año 2021 y principios del 2022 se produjo un aumento en la dependencia en el suministro de energía a fuentes como los productos derivados del petróleo, el gas natural, la energía nuclear o el carbón. Si bien es cierto que la EU produce casi la mitad de su consumo total de energía localmente, un 55,5 por 100 es suplida por importaciones, principalmente de gas natural y petróleo crudo[10].

2. La responsabilidad ambiental a través del principio «quien contamina paga»

La responsabilidad ambiental por la contaminación se ha encauzado históricamente a través del principio «quien contamina paga», constituyéndose como una premisa fundamental en el derecho internacional ambiental que obliga a asumir a los diversos actores implicados en la actividad contaminante, los daños ambientales derivados de esta. En el plano internacional esta principio se positiviza en el Principio 16 de la

---

[7] Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»). *DOUE* L 243/1, de 9 de julio de 2021.

[8] Agencia Internacional de la Energía. *Greenhouse Gas emissions from Energy Data Explorer: Understanding the contributions of specific fuels and sectors to GHG emissions associated with combustion of fuels from 1971 to 2021 for over 205 countries and 38 regions*, 2022. Disponible en: *https://www.iea.org/data-and-statistics/data-tools/greenhouse-gas-emissions-from-energy-data-explorer*. Última consulta: 20 de abril de 2024.

[9] Eurostat es la oficina de la Comisión Europea encargada de elaborar los datos estadísticos de la UE y promover la armonización estadística entre sus Estados Miembros. Los datos anuales de cada Estado se transmiten a Eurostat de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 1099/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, relativo a las estadísticas sobre energía. 12 meses después del final del período de referencia publica los datos oficiales finales anuales sobre energía en un formato armonizado.

[10] Eurostat, *Energy statistics – an overview*. Disponible en: *https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Energy_statistics_-_an_overview#Imports_and_exports*. Última consulta: 28 de abril de 2024.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD), también conocida como la «Cumbre para la Tierra» en 1992[11]. Se puede afirmar que la Declaración de Río mostró por primera vez la preocupación por parte de la comunidad internacional sobre los daños derivados de la contaminación, así como por la falta de utilización de energías renovables. Los países firmantes se comprometieron a fomentar la internalización de los costes de la contaminación ambiental producidos por sus actividades.

En el marco de la UE, este principio se incorporó a través de la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales[12], que adelantó la barrera protectora e incluyó la responsabilidad a la prevención y la reparación necesarias para sufragar los costes. Las consecuencias de la actividad dañosa se aprecian sobre la conservación de los recursos hídricos, el suelo y las especies y las hábitats naturales protegidos. Sin embargo, el escaso poder disuasorio de esta Directiva, así como de los instrumentos derivados de su trasposición, y la inexistente jurisprudencia al respecto, no ha impedido la realización de las actividad contaminantes, en la medida en que el coste derivado del daño se ha incorporado al precio final pagado por el consumidor[13].

No obstante, resulta fundamental considerar la idea de responsabilidad subyacente en este principio, ya que sirve como fundamento para alienar el sistema financiero y tributario con el desarrollo sostenible. La principal herramienta para conseguirlo son las reformas verdes fiscales que están ganando reconocimiento a nivel internacional y que pretenden influir en el comportamiento de ciudadanos, empresas y entidades estatales para la consecución de los objetivos de sostenibilidad[14].

En definitiva, el derecho financiero y tributario materializa el principio de «quien contamina paga» a través de la implementación de políticas fiscales y medidas regulatorias que pretenden internalizar los costos ambientales en las actividades económicas, incluyendo la producción y el consumo de energía. Así pues, el objetivo de reducción de las emisiones de GEI se puede perseguir garantizando que la

---

[11] Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 14 de junio de 1992.

[12] Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. *DOUE* L 143/56, de 30 de abril de 2004.

[13] Fluet, C., «Assurance de responsabilité, assurance de choses et dommages environnementaux: une analyse économique de la Directive 2004/35/ce», *Revue d'économie politique*, 126, 2016, p. 207-208. C. t.

[14] Rodrigues Aldeia, S. C., «Environmentally friendly tax measures in the portuguese jurisdiction. Enforcement of the polluter pays tax principle», *International Journal of Law and Management*, 65(6), 2023, p. 518.

imposición de los carburantes más contaminantes y con mayores tasas de emisión reflejen las consecuencias de su impacto ambiental.

3. La estrategia para la integración del sistema energético

En la búsqueda de soluciones sostenibles para abordar el desafío energético que supone la transición energética en la UE, la Comisión Europea ha elaborado y perfeccionado la estrategia para la integración del sistema energético[15]. Esta estrategia propone un conjunto de medidas políticas y legislativas específicas a nivel europeo para reformar gradualmente la estructura del sistema energético[16], mejorando la eficiencia y la seguridad energética y considerando al mismo tiempo las diferentes circunstancias iniciales de los Estados miembros.

Entre los ejes de acción de la estrategia se encuentra la electrificación de los sectores de uso final a través de las energías renovables, a fin de garantizar la adecuación del suministro a la escala global necesaria. Es por ello, que la Comisión prevé un aumento en la demanda de electricidad, del 23 por 100 del consumo de energía final actual, hasta el 30 por 100 en 2030 y el 50 por 100 en 2050. Asimismo, esta electricidad deberá provenir del incremento de cuotas de energías renovables hasta alcanzar el 84 por 100 en 2050, principalmente producida a través de la energías renovables marinas, energía solar o eólica. La diferencia restante cubierta por otras opciones con bajas emisiones de carbono así como por combustibles renovables para aplicar a los sectores de difícil descarbonización que no puedan funcionar con electricidad.

No obstante, resulta importante hacer referencia al reto que plantea el establecimiento de la electricidad como forma de energía. Las sociedades actuales se caracterizan por haber desarrollado unos sectores de uso final altamente dependientes (o incluso indisociables) del uso de líquidos energéticamente densos como el petróleo o el gas natural. Si bien la electricidad es una forma de energía de alto valor añadido, la realidad es que solo constituye un 20 por 100 del total de la energía final y que las sociedades industriales precisan energía en otras formas derivadas de carburantes más densos energéticamente[17].

---

[15] Comisión Europea, «Impulsar una economía climáticamente neutra: una estrategia de la UE para la integración del sistema energético», COM(2020) 299 final, de 8 de julio de 2020.

[16] La integración del sistema energético se define por la estrategia como «la planificación y el funcionamiento coordinado del sistema energético en su conjunto, incluyendo múltiples vectores energéticos, infraestructuras y sectores de consumo». La idea fundamental es lograr un enfoque holístico y eficiente en la gestión de la energía, incorporando la utilización de fuentes renovables, optimizando la eficiencia energética y adaptando la taxonomía de las finanzas sostenibles en la UE.

[17] Turiel, A., *Petrocalipsis. Crisis energética global y cómo (no) la vamos a solucionar*, Alfabeto, 2020, p. 86.

Otro eje de acción fundamental es impulsar una economía climáticamente neutra y adaptar los mercados de la energía a la descarbonización. Para ello, se intenta garantizar que los componentes no energéticos de los precios contribuyen a la descarbonización de todos los vectores energéticos. La estrategia pretende abordar de forma urgente el problema que supone la divergencia impositiva entre los tipos y gravámenes aplicados a la electricidad respecto a los combustibles fósiles tradicionales como el petróleo, el gas o el carbón. Resulta imprescindible compatibilizar la regulación fiscal de los sectores generadores de altas tasas de carbono o energía, exentos de impuestos actualmente, como la aviación y el transporte marítimo internacional, con los sectores y vectores energéticos sostenibles, que deben ser incentivados.

En consecuencia, la integración del sistema energético se convierte en un elemento crucial en la descarbonización del sector energético, que pretende eliminar las barreras y las rigideces de la infraestructura y de la gestión energética, logrando una mayor flexibilidad, eficiencia y sostenibilidad en la producción y el consumo de energía, promoviendo, a su vez, el crecimiento, la innovación y el liderazgo industrial a nivel mundial.

III. REGULACIÓN TRIBUTARIA DE LA ENERGÍA EN LA UNIÓN EUROPEA

1. La energía como competencia compartida

El art. 4.2.*i)* del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)[18] da cuenta de la existencia de competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros en el ámbito de la energía. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009[19], las ambiciones de la UE en materia energética han sido reforzadas. Las nuevas disposiciones en el ámbito de la política energética contenidas en el art. 194 del TFUE establecen como objetivos el fomento de la eficiencia energética, la conservación de la energía y el desarrollo de las fuentes de energía renovables.

No obstante, el art. 194 TFUE recalca en su apartado segundo la soberanía de los Estados respecto a la toma de decisiones sobre la explotación de sus recursos energéticos, incluyendo la capacidad de fijar las condiciones de extracción y uso. Por tanto, tienen autonomía para priorizar y seleccionar las fuentes de energía que estén en consonancia con sus intereses nacionales, su seguridad energética y sus objetivos

[18] Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. *DOUE* C 326/49 de 26 de octubre de 2012.

[19] Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. C-306/1 de17 de diciembre de 2007.

medioambientales. Sin embargo, la consecución de estas metas debe mantener un equilibrio y una coherencia con los objetivos energéticos globales de la UE.

La política de la UE en materia medioambiental queda definida en el art. 191 que establece los principios generales y objetivos de la política ambiental cuyo objetivo es alcanzar un nivel elevado de protección, adaptándose a la diversidad de situaciones presentes en las distintas regiones de la Unión. Se basa en principios como el de precaución y acción preventiva, así como en el principio de corrección de los daños ambientales, priorizando la intervención en la fuente misma. Su finalidad es orientar las decisiones políticas en este ámbito y proporcionar un marco para abordar los desafíos ambientales de manera efectiva y sostenible en todo su territorio considerando las realidades dispares de cada Estado miembro.

Consciente de la importancia que tiene la consecución de estos objetivos, el legislador establece, en el art. 192 apartado primero del TFUE, que las acciones emprendidas para ello, se decidirán a través del procedimiento legislativo ordinario, previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Sin embargo, en el apartado segundo, establece una cláusula específica que exceptúa la aplicación del procedimiento ordinario previsto en el apartado primero. De esta forma, para la adopción de las disposiciones cuyo carácter sea esencialmente fiscal, así como de medidas que afecten a la elección por un Estado miembro entre diferentes fuentes de energía y a la estructura general de su abastecimiento energético, se requerirá la unanimidad del Consejo siguiendo el procedimiento legislativo especial. Se exhibe así la negativa de los Estados miembros a la cesión de competencias a la UE en materia de política fiscal.

Como se ha señalado anteriormente, el sector energético constituye un pilar esencial en la transición hacia una economía con emisiones netas y sostenible, por lo que su regulación fiscal, deberá atender a los principios generales referidos en art. 191 TFUE. La tributación de la electricidad y los productos energéticos utilizados como carburantes destinados a la automoción o usados como combustible para calefacción se regula a través de impuestos indirectos. La regulación de este tipo de impuestos se articula en el Título VIII del TFUE, referente a las normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones, que autoriza a la Unión a establecer normas armonizadas para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior, evitando las distorsiones de la competencia. Concretamente, el art. 113, prevé el desarrollo de las disposiciones reguladoras de la armonización de los impuestos indirectos, estableciendo para ello, el requisito de unanimidad del Consejo para su adopción, de acuerdo con el procedimiento legislativo especial.

2. El impuesto especial sobre los productos energéticos

Por lo general, los impuestos energéticos adoptan la forma de impuestos especiales sobre el consumo de combustible y suelen aplicar una tasa impositiva por unidad física (como litros o kilogramos) o por unidad de energía (como kilovatios hora o gigajulios), como se explicará a continuación. En este contexto, la revisión de la DFE cobra particular relevancia en la medida en que es la base legislativa sobre la que deben operar todos los Estados miembros para la tributación de los productos energéticos utilizados en el transporte, la calefacción y la generación de electricidad. Los productos energéticos y la electricidad gravados en la DFE se someten a las disposiciones comunes aplicables a todos los productos sujetos a impuestos especiales, establecidas en la Directiva 2020/262 por la que se establece el régimen general de estos impuestos[20], más conocida como Directiva horizontal de impuestos especiales.

La DFE identifica los productos energéticos sujetos a normas armonizadas de impuestos especiales, fija niveles mínimos de imposición especificados en su Anexo I, establece condiciones para la aplicación de exenciones y reducciones fiscales, y proporciona reglas adicionales específicas que regulan su tributación. En este contexto, los Estados miembros pueden imponer tipos impositivos de impuestos especiales por encima de los niveles mínimos, según sus necesidades nacionales. Sin embargo, dichos niveles mínimos han sido superados por todos los Estados miembros, perdiendo su capacidad armonizadora, siendo la base imponible calculada sobre la unidad física del combustible utilizado, lo que genera una tributación desalineada con la lucha medioambiental asumida por la Unión.

IV. DESVINCULACIÓN DE LA DIRECTIVA DE FISCALIDAD DE LA ENERGÍA CON LOS OBJETIVOS CLIMÁTICOS DE LA UNIÓN

Desde la entrada en vigor de la DFE en octubre de 2003 se han constatado una evolución sustancial en los métodos de producción de la energía así como los carburantes disponibles para ello. Además, se ha asistido a una creciente concienciación a nivel mundial de las graves consecuencias provocadas por el cambio climático y la contaminación global. En consecuencia, la DFE enfrenta desafíos significativos en cuanto a su alineación con los objetivos climáticos actuales de la UE ya que no se ajusta al marco regulatorio actual en materia de clima y energía por varias razones.

---

[20] Directiva 2020/262 del Consejo de 19 de diciembre de 2019 por la que se establece el régimen general de los impuestos especiales. *DOUE* L 58/4 de 27 de marzo de 2020.

Es importante delimitar el ámbito de aplicación objetiva de la DFE, que excluye de su base imponible a los productos energéticos distintos cuyo uso no sea como carburante o combustible destinado a la calefacción. En términos generales, los impuestos energéticos se centran en gravar los productos utilizados para el transporte, como la gasolina, el diésel, el gas natural, el queroseno y el fueloil, así como en productos energéticos utilizados para aplicaciones estacionarias, como el carbón, el coque, los biocombustibles y la electricidad. A pesar de que, en sí mismos, estos impuestos no se consideran necesariamente impuestos ambientales, sí que son susceptibles de incluir elementos ambientales diferenciadores al favorecer positivamente a los combustibles más sostenibles mediante una política fiscal ventajosa[21].

1. La discriminación tributaria de los combustibles alternativos

En primer lugar, parte de un problema básico que es la menor carga impositiva aplicada a los productos energéticos más contaminantes frente a los combustibles alternativos, lo que desincentiva notablemente la inversión en tecnologías de producción de energía limpia y favorece *de facto* el uso de combustibles fósiles. Esto se debe a que la base imponible se calcula en función del volumen de producto energético utilizado, por lo que los combustibles alternativos acaban resultando poco competitivos, ya que su contenido energético por litro es inferior al del combustible fósil[22].

Además, el reciente desarrollo de nuevas formas de productos energéticos avanzados como el hidrógeno renovable o los combustibles sintéticos, cuyas emisiones de carbono son inferiores, ha ocasionado que no se contemplen como productos energéticos por la DFE. Así pues, los productos energéticos para el que la Directiva no especifique ningún nivel de imposición, deberán gravarse con el tipo impositivo aplicable al combustible equivalente utilizado para calefacción o como carburante[23]. Los nuevos combustibles con bajas emisiones de carbono se gravan de la misma manera que sus equivalentes fósiles, lo que desincentiva las inversiones en tecnologías limpias[24]. Esta imposición equivalente no resulta adecuada ya que se impone la misma

[21] Antón Antón, A., «EU energy taxation framework revision…», cit., p.5.

[22] *Vid.,* tablas 2 y 3 de Mahapatra, S., Kumar, D., Singh, B. y Sachan, P.K. «Biofuels and their sources of production: a review on cleaner sustainable alternative against conventional fuel, in the framework of the food and energy nexus», *Energy Nexus*, 4, 100036, 2021, p. 5.

[23] Art. 2 apartado 3 de la Directiva 2003/96/CE, del Consejo, de 27 de octubre, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad.

[24] Tribunal de Cuentas Europeo, «fiscalidad De La Energía, Tarificación De Las Emisiones De Carbono Y Subvenciones A La Energía. Análisis 01», 2022, pp. 35-37. Disponible

carga tributaria a combustibles más sostenibles con un menor impacto ambiental, e impide encauzar las señales de precios de forma correcta para el fomento de uso por los consumidores, así como para el fomento de su investigación y desarrollo.

2. El favorecimiento del uso de combustibles fósiles a través de subsidios energéticos

En segundo lugar, la existencia de un amplio espectro de subsidios energéticos a los combustibles fósiles, consistentes en reducciones y exenciones fiscales nacionales, entorpece su retirada y su sustitución por otros biocombustibles o fuentes de energía alternativas. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico diferencia entre los subsidios proporcionados por los Estados a los consumidores y a los productores y engloba dentro de estas prácticas a todas las formas de medidas financieras proporcionadas por los gobiernos, como transferencias presupuestarias y exenciones fiscales, que otorgan un beneficio o preferencia para la producción o consumo de combustibles fósiles en diferentes sectores[25].

Los subsidios implementados por la mayoría de los Estados miembros consisten principalmente en transferencias directas de fondos estatales así como en exenciones y reducciones previstas por sus políticas fiscales[26]. Después de la crisis energética generada por la guerra en Ucrania y por la dependencia europea del gas ruso, esta práctica ha sido adoptada por algunos Estados miembros para consolidar su seguridad energética interior. Un ejemplo de transferencia directa ha sido la línea de crédito de 13 mil millones de euros proporcionada por Alemania a Uniper[27] para asegurar su liquidez a corto plazo y su posterior nacionalización en diciembre de 2022. Esta crisis bélica también obligó a la renacionalización completa de la sociedad anónima Électricité de

---

en: *https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/RW22_01/RW_Energy_taxation_ES.pdf*. Última consulta: 21 de abril de 2024.

[25] Organización Europea de Cooperación al Desarrollo. «oecd Companion To The Inventory Of Support Measures For Fossil Fuels 2021», OECD Publishing, 2021, p.28. Disponible en: *https://www.oecd-ilibrary.org/deliver/e670c620-en.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fpublication%2Fe670c620-en&mimeType=pdf*. Última consulta: 18 de abril de 2024.

[26] Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). «measuring Fossil Fuel Subsidies In The Context Of The Sustainable Development Goals», UN Environment, p.41. Disponible en: *https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/28111/FossilFuel.pdf?sequence=1&isAllowed=y.* Última consulta: 18 de abril de 2024.

[27] Uniper SE opera en el mercado de la energía en Europa a través del almacenamiento y transporte de gas, carbón, petróleo y derechos de emisión en diferentes bolsas de valores y en el mercado extrabursátil. Financió el gasoducto Nord Stream 2 que transportaba gas desde Rusia hasta Alemania a través del Mar Báltico, inoperativo actualmente después de las sanciones aplicadas por la UE a Rusia.

France, por parte del Estado francés con el objetivo de reforzar su posición financiera y su capacidad energética nuclear.

En cambio, la presencia de exenciones o reducciones fiscales energéticas específicas por sector, especialmente en los sectores de aviación y el transporte marítimo, así como en las industrias intensivas en energía, debilita sustancialmente los incentivos para invertir el capital en procesos de producción energéticamente eficientes[28], generando una competencia desigual entre diferentes medios de transporte. En términos generales, según informan las estimaciones de la Agencia Internacional de la Energía (AIE), los subsidios para el consumo de gas natural y electricidad a nivel global se duplicaron respecto a los de 2021, mientras que los proporcionados al petróleo aumentaron aproximadamente un 85 por 100[29].

Como se ha referido anteriormente, esto se explica en gran medida por la inestabilidad política en Europa y el consecuente incremento en la volatilidad de los precio de los combustible fósiles, especialmente el gas, empeorado por la crisis energética global[30]. En definitiva, según el modelo económico predictivo desarrollado por Antimani *et al*. (2023)[31], la forma idónea de cumplir con el PVE implica eliminar por completo los subsidios a los combustibles fósiles, y destinar los ingresos de venta de derechos de emisión de carbono y los ahorros presupuestarios de los subsidios eliminados al desarrollo de tecnologías de energía baja en carbono a través del Fondo de Innovación[32].

3. Pérdida de función armonizadora de los tipos mínimos impositivos

En tercer lugar, los tipos mínimos impositivos han dejado de cumplir la función de convergencia y armonización entre los Estados

---

[28] Comisión Europea, «Evaluación de la Directiva 2003/96/ce del Consejo, de 27 de octubre, reestructuración del marco comunitario para la fiscalidad de los productos energéticos y electricidad», SWD (2019) 332 final, de 11 de septiembre de 2019, p. 2-3.

[29] Agencia Internacional de la Energía, «Fossil fuels consumption subsidies 2022», 2023, París. Disponible en: *https://www.iea.org/reports/fossil-fuels-consumption-subsidies-2022*. Última consulta: 19 de abril de 2024.

[30] Agencia Internacional de la Energía, «Fossil fuel subsidies in clean energy transitions: time for a new approach?», IEA, 2023, París. Disponible en: *https://www.iea.org/reports/fossil-fuel-subsidies-in-clean-energy-transitions-time-for-a-new-approach*. Última consulta: 19 de abril de 2024.

[31] Antimiani, A., Costantini, V. y Paglialunga, E., «Fossil fuels subsidy removal and the EU carbon neutrality policy», *Energy Economics*, 119, 106524, 2023, p. 11.

[32] El Fondo de Innovación de la UE, administrado por la Comisión Europea, es un instrumento crucial para alcanzar los objetivos de descarbonización establecidos en el Acuerdo de París y para la consecución de la neutralidad climática fijada para 2050. Su propósito es la financiación de la investigación y el desarrollo de tecnologías innovadoras bajas en carbono para la implementación a gran escala.

miembros. Con el paso del tiempo algunos han decidido aumentar la carga tributaria nacional a ciertos productos energéticos, elevándolo significativamente por encima del mínimo, mientras que otros no lo han considerado oportuno. Esto se ha traducido en divergencias en el mercado interior de la energía, generando un riesgo de distorsión de la competencia en la UE.

A lo largo de los años, las tasas y los gravámenes sobre la electricidad han aumentado, lo que ha creado una asimetría en los costos no energéticos entre la electricidad y el gas. No existe una relación directa entre las tasas mínimas de impuestos de los combustibles y su contenido energético o sus emisiones de dióxido de carbono (CO2). Dicha falta de homogeneidad en la aplicación de impuestos, provoca distorsiones que favorecen el uso de ciertos recursos energéticos, debilitando la emisión de señales de precios que fomenten la inversión en tecnologías limpias y sectores sostenibles. Todo lo anterior dificulta la transición hacia una matriz energética más sostenible y en línea con los objetivos climáticos asumidos por la UE.

En consecuencia, se debería efectuar una revisión de las tasas mínimas para los combustibles y reconsiderar la aplicación de exenciones fiscales previstas para ciertos combustibles fósiles y sectores económicos específicos. El objetivo no es otro que ajustar la fiscalidad energética de manera que incentive tanto a las empresas como a los consumidores a adoptar comportamientos más sostenibles desde el punto de vista ambiental.

V. PROPUESTA DE MOFICIACIÓN DE LA DIRECTIVA DE FISCALIDAD DE LA ENERGÍA

1. Imposición basada en el contenido energético de los combustibles

La primera modificación sustantiva de la propuesta consiste en basar la imposición fiscal de los carburantes en su contenido energético a través del poder calorífico neto, y no en su volumen o su masa. Este cambio posibilita una mejor comparación entre la eficiencia energética de los diferentes productos energéticos, y contribuye, en consecuencia, a mejorar su referencia respecto a su desempeño ambiental, eliminando así la posibilidad de que los biocarburantes reciban un tratamiento fiscal desfavorable.

El poder calorífico es la cantidad de energía que se libera por unidad de masa o volumen de un material cuando este se oxida en una reacción química, es decir, cuando un combustible se combina con un comburen-

te[33]. Los valores caloríficos son muy susceptibles al cambio dependiendo de los enlaces químicos de cada tipo de combustible, por lo que para conseguir la precisión en el cálculo de las emisiones de CO2 de la quema de cada combustible, la UE[34] expresa estos valores en carbono por unidad de energía (t CO2/Tj)[35]. Sin embargo, la tributación actual de los combustibles aplicados por la DFE no se basa en el poder calorífico neto sino en la masa o en el volumen de los mismos, lo que implica una falta de precisión en el gravamen aplicado a los combustibles más contaminantes.

Los combustibles alternativos renovables o con bajas emisiones de carbono, como el hidrógeno, los combustibles sintéticos o los biocarburantes avanzados, suelen tener un contenido energético por litro inferior al de los combustibles fósiles, por lo que el establecimiento de la base imponible según el volumen o la masa del producto energético resulta desfavorable para los primeros. Dichos combustibles tributan al tipo impositivo nacional aplicable al combustible fósil equivalente, basándose en las unidades de volumen utilizadas y sin considerar su menor contenido energético, lo que resulta en una mayor carga impositiva en detrimento de la reducción de contaminación. Como consecuencia, la actual imposición de la DFE no garantiza que el tratamiento fiscal de los combustibles usados como carburantes y para la calefacción sea coherentes con un ahorro real del carbono y la consiguiente protección a la biodiversidad[36].

La DFE especifica los productos sometidos a gravamen a través de los códigos de nomenclatura combinada (NC) establecidos en el Reglamento (CE) núm. 2031/2001[37]. En la medida en que este Regla-

---

[33] Se calcula restando la energía de enlace de las moléculas de combustible de la energía utilizada para formar nuevas moléculas durante la combustión. Dado que la mayoría de los combustibles fósiles se componen de carbono e hidrógeno, durante el proceso de combustión derivado de la aplicación de oxígeno, estos se transforman en CO2 y agua, produciendo en consecuencia una liberación de estos gases en el ambiente que resultan contaminantes.

[34] Esta es la metodología normalizada de cálculo prevista por la UE en el art. 24 del Reglamento de ejecución 2018/2066 de la Comisión sobre el seguimiento y la notificación de la emisiones de gases de efecto invernadero en aplicación de la Directiva 2003/87/CE, basándose en las Directrices del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC por sus siglas en inglés) para los inventarios nacionales de gases de efecto invernadero. Disponible en: *https://www.ipcc-nggip.iges.or.jp/public/2006gl/spanish/index.html*. Última consulta: 26 de abril de 2024.

[35] Grupo Consultivo de Expertos sobre las Comunicaciones Nacionales de las Partes no incluidas en el Anexo I de la Convención (GCE), «Manual del sector de la energía, quema de combustibles». Disponible en: *https://unfccc.int/sites/default/files/7-bis-handbook-on-energy-sector-fuel-combustion.pdf*. Última consulta: 26 de abril de 2024.

[36] *Vid.,* datos estadísticos sobre los tipos mínimos aplicados en la UE a los diferentes combustibles informados por la Comisión Europea. «Informe de evaluación de impacto que acompaña al documento propuesta de Directiva del Consejo por la que se reestructura el marco de la Unión para la imposición de los productos energéticos y la electricidad», de 14 de julio de 2021. COM (2021) 641 final.

[37] Reglamento (CE) núm. 2031/2001 de la Comisión por el que se modifica el Anexo I del Reglamento (CEE) núm. 2658/87 del Consejo relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística

mento ha sido modificado múltiples veces actualizando los códigos de NC, la Propuesta de modificación de la DFE, en su art. 2 apartado 8, entiende toda referencia a los códigos de NC dispuestos en el Reglamento de Ejecución 2020/1577 de la Comisión[38]. Así pues, el ámbito objetivo de aplicación de la Propuesta incluye una amplia variedad de productos energéticos destinados a ser puestos a la venta o utilizados como carburante o combustible para calefacción[39], incluyendo también la electricidad.

La propuesta prevé una sujeción a niveles específicos de imposición fiscal de los productos energéticos más sostenibles, como son los producidos a partir de biomasa, los combustibles renovables de origen no biológico y los combustibles de bajas emisiones de carbono. Los apartados 4 y 5 del art. 2 establecen los requisitos que deben cumplir para tributar de manera más favorable. En primer lugar, en el caso de los productos derivados de la biomasa, se deberá comprobar que las materias primas utilizadas para su producción son las enumeradas en el anexo IX de la Directiva 2018/2001 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables[40]. Por lo que respecta a los combustibles renovables de origen no biológico, se entenderá como tales aquellos distintos de los biocarburantes, biolíquidos o el biogás cuyo contenido energético proceda de fuentes renovables distintas a la biomasa. Finalmente, por combustibles de bajas emisiones de carbono se entenderá el hidrógeno de bajas emisiones de carbono, más conocido como «hidrógeno azul» producido con combustibles fósiles pero reduciendo las emisiones derivadas a través de la tecnología de la captura, uso y almacenamiento del carbono restante en el subsuelo[41].

Asimismo, se aplica una cláusula residual para suplir la imposición a productos que no sean energéticos pero cuyo destino sea la venta o el uso como carburante, el gravamen del cual se basa en el tipo impositivo aplicable al carburante equivalente. En definitiva, la

---

y al arancel aduanero común. DO L 279 de 23 de octubre de 2001.

[38] Reglamento de Ejecución (UE) 2020/1577 de la Comisión, de 21 de septiembre, por el que se modifica el Anexo I del Reglamento (CEE) núm. 2658/87 del Consejo, relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común. DO L 361 de 30 de noviembre de 2020.

[39] De forma ejemplificativa, estarían incluidos, los aceites vegetales (como el de soja, cacahuete, oliva, girasol, coco, etc.), el alcohol etílico sin desnaturalizar, la hulla, el lignito, la turba, los aceites de petróleo, el gas de petróleo, el coque, el betón de petróleo, el amoníaco anhidro, los hidrocarburos acíclico y los cíclicos, la leña, la madera, el aserrín, los aglomerados, briquets y «pellets», etcétera.

[40] Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables. *DOUE* L 328/82 de 21 de diciembre de 2018.

[41] Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Estrategia del Hidrógeno para una Europa climáticamente neutra, de 8 de julio de 2020. COM(2020) 301 final.

Propuesta prevé el cambio de la base imponible del impuesto según el volumen o la masa del producto energético consumido por la de su desempeño ambiental, expresando los tipos mínimos de imposición en EUR/gigajulio de acuerdo con la modificación aplicada a los mismos en el Anexo I.

2. Clasificación de los niveles mínimos de imposición basada en su uso y en el desempeño ambiental

La propuesta establece una modificación de los tres cuadros del Anexo I de la DFE, instando a clasificar los tipos mínimos impositivos dependiendo del uso previsto de los combustibles, así como atendiendo al desempeño ambiental derivado de la emisión de GEI.

En primer lugar, el cuadro A propone la distinción de los tipos mínimos aplicados a los carburantes según los usos previstos por el art. 7, es decir, fines de combustión en cualquier tipo de motor, principalmente utilizados en el sector del transporte. En segundo lugar, el cuadro B clasifica el gravamen mínimo impuesto a los carburantes utilizados para labores agrarias, hortícolas, de acuicultura, para motores estacionarios, para plantas y maquinaria utilizada en construcción, ingeniería civil y obras públicas, así como para vehículos cuyo destino no sea la vía pública. En tercer lugar, el cuadro C prevé la imposición a los combustibles utilizados para la calefacción. Finalmente, el cuadro D fija un único tipo impositivo para la electricidad, notablemente inferior a todos los anteriores.

La finalidad es garantizar una coherencia con la conducta proambiental de dichos combustibles. Según esta clasificación, los combustibles fósiles tradicionales, como el gasóleo, la gasolina o el queroseno, serán gravados con el tipo impositivo más alto (10,75 EUR/Gj en el caso del transporte y 0,9 EUR/Gj en el caso de las actividades relacionadas con el sector primario o la calefacción).

La siguiente categoría incluye a los combustibles fósiles menos perjudiciales medioambientalmente, como el gas natural, el gas licuado de petróleo (GLP) y los combustibles no renovables de origen no biológico, que quedaran gravados con dos tercios del tipo impositivo de referencia durante un período transitorio de diez años (7,17 Eur/Gj en el caso ser usado como carburante en el transporte y 0,6 EUR/Gj si se usa como carburante en actividades del sector primario o como combustible para calefacción).

Los biocarburantes sostenibles pero no avanzados se encuentran en la siguiente categoría y se les aplicará la mitad del tipo impositivo para reflejar su contribución a la descarbonización. En esta categoría se

encuentran los biocarburantes o el biogás sostenibles, que pueden ser obtenidos de cultivos alimentarios y forrajeros (cuyo tipo impositivo es de 5,38 EUR/Gj en los usos del Cuadro A y 0,45 EUR/Gj en los usos de los cuadros B y C).

La categoría con el gravamen más bajo incluye a la electricidad, gravada con 0,15 EUR/GJ no modificable por el periodo de transición, así como los combustibles con bajas emisiones de carbono, los combustibles renovables de origen no biológico y los biocarburantes sostenibles avanzados. Como se ha referido anteriormente, estos combustibles facilitan la transición de la UE hacia una energía más limpia en línea con los objetivos del PVE y del Objetivo 55. En los cuadros A, B y C se prevé la implementación de un periodo transitorio de diez años durante el cual los niveles mínimos de imposición se incrementarán a razón de una décima parte al año hasta el 1 de enero de 2023.

Su finalidad es ajustar gradualmente los niveles de imposición incrementándolos de manera progresiva hasta alcanzar los niveles óptimos para incentivar el desarrollo de estos productos energéticos. Esto permite a los Estados miembros adaptarse gradualmente a las nuevas normativas fiscales y proporciona tiempo para la reestructuración de los sectores afectados. Después de este período, el tipo impositivo se incrementará al tipo completo excepto en los carburantes avanzados y la electricidad en aras a fomentar su uso, especialmente en el sector del transporte.

Es esencial que, durante la trasposición en el ordenamiento interno de la Directiva, los Estados miembros reflejen dicha clasificación en los tipos impuestos a los diferentes productos energéticos, relacionándolos de manera paralela con su desempeño ambiental. Además, se deberá actuar armonizando los tipos mínimos impuestos, que están siendo excedidos en gran medida por la mayoría de los Estados miembros. Así pues, la preservación del valor real de dichos tipos mínimos es fundamental para atenuar la volatilidad derivada de los precios de la energía en contextos de crisis económica y gubernamental. Se propone por el considerando decimoprimero de la Propuesta, que se ajusten sobre la base de la variación del índice de precios de consumo armonizado a escala en la unión, publicándose por la Comisión en el *DOUE* de forma regular.

3. Sujeción a gravamen de los productos energéticos y electricidad usados en el sector de la aviación

3.1. *Marco jurídico internacional tributario de la aviación*

La sujeción a gravamen de los combustibles fósiles utilizados en el sector de la aviación y el sector marítimo en la UE, así como del carbo-

no emitido por estos, ha planteado desafíos para lograr integrar dichos sectores la lucha contra el cambio climático en la UE. Dichos medios de transporte fueron responsables del 2 por 100 de emisiones de CO2 en 2022 a escala mundial[42], por lo que su régimen fiscal resulta esencial para cumplir con los objetivos climáticos asumidos por la Unión en la Ley Europea sobre el Clima y el Acuerdo de París.

Así pues, se explica a continuación la regulación tributaria actual de la aviación civil, caracterizada por dos elementos, en primer lugar, la exención de gravamen de los combustibles utilizados en buques y aeronaves, de acuerdo con la actual DFE[43], y en segundo lugar, la exención que prevé la Directiva para el régimen para el comercio de derechos de emisión de GEI[44] de la aviación internacional.

El marco impositivo de la aviación internacional queda fuertemente condicionado por el Convenio sobre Aviación Civil Internacional de 1944[45], también conocido como el Convenio de Chicago, considerado como el tratado normativo más importante en relación con el derecho internacional aeronáutico y que trajo consigo la creación de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI). La Convención vincula a 193 Estados firmantes y diferencia entre los «derechos» aeroportuarios que un Estado contratante imponga por el uso de las instalaciones situadas en su territorio e «impuestos» aplicados por los Estados sobre cualquier combustible.

De este modo, su art. 15 regula los cargos destinados a la navegación aérea de un Estado contratante sobre las aeronaves de cualquier otro, no pudiendo discriminar a las aeronaves extranjeras a través de una mayor aplicación de cargos respecto a las nacionales. Además, prohíbe la imposición de gravámenes por el mero derecho de tránsito, entrada o salida de su territorio de cualquier aeronave de un tercer Estado, así como sobre las personas o bienes que se encuentren a bordo. Por otro lado, regula los derechos de aduana y exime de cualquier impuesto nacional o local, *inter alia,* al combustible y los aceites lubricantes que

---

[42] Agencia Internacional de la Energía (AIE), «Tracking clean energy progress 2023». Disponible en: *https://www.iea.org/energy-system/transport/aviation*. Última consulta: 30 de abril de 2024.

[43] Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad (vid., *supra* nota 8), considerando 23. Debido a las obligaciones internacionales contraídas por la Unión así como la necesidad de mantener la competitividad de las empresas europeas aconsejan aplicar exenciones para estos productos energéticos.

[44] 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 Europea. *DOUE* L 275/32 de 25 de octubre de 2003.

[45] Convenio sobre Aviación Civil Internacional. Chicago, 7 de diciembre de 1944. Ratificada por el Estado español el 21 de febrero de 1947.

se lleven en una aeronave de un Estado contratante cuando llegue al territorio de otro Estado.

En este sentido, el Consejo de la OACI, conformado por 36 Estados, ha formulado «políticas» que abogan por la supresión de los impuestos indirectos especiales sobre los productos energéticos utilizados en la aviación internacional, aunque dichas políticas no tienen fuerza jurídica vinculante. Por consiguiente, los criterios establecidos por la OACI en relación con los gravámenes aplicados al transporte aéreo internacional subrayan la singularidad inherente a la aviación civil y la imperiosa necesidad de otorgar exenciones fiscales a las operaciones concernientes al transporte aéreo internacional. El argumento principal era que, considerando el principio de reciprocidad entre Estados, el sometimiento a gravamen de los combustibles, los suministros técnicos y los impuestos sobre su venta y uso obstaculizaban el desarrollo de la aviación[46].

Durante el 41.º periodo de sesiones, transcurrido en octubre de 2022, la Asamblea volvió a remitirse a los Criterios anteriormente mencionados, instando a los Estados a evitar la aplicación de impuestos discriminatorios en el ámbito de la aviación y eludir así, una presunta doble imposición en el transporte aéreo[47]. No obstante, es dudoso que esto pueda suceder, ya que otras formas de transporte internacional suelen estar sujetas al IVA y a los impuestos especiales sin incurrir en doble imposición[48]. En contra de sus recomendaciones, algunos Estados han aplicado políticas fiscales para gravar el queroseno destinado a la aviación, como es el caso de Japón o Noruega, o han aplicado tasas a los pasajeros en función de la distancia recorrida, como Austria, Francia, Alemania, Noruega o Reino Unido, si bien constituyen una excepción a nivel mundial[49].

---

[46] Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional, «Criterios de la oaci impuestos en la esfera del transporte aéreo internacional», Doc. 8632, 3.ª ed., 2000. Aprobado por el Consejo el 24 de febrero del 2000, p.3, Disponible en: *https://www.icao.int/publications/Documents/8632_cons_es.pdf*. Última consulta: 3 de mayo de 2024. Se insta, por considerarse factible y conveniente, a la exención de otros fluidos y componentes técnicos semejantes como fluidos anticongelantes, refrigerantes, hidráulicos, lubricantes, etcétera.

[47] Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional, Resolución A41-27 Declaración consolidada de las políticas permanentes de la OACI en la esfera del transporte aéreo. Adoptada por el Consejo durante el 41.º período de sesiones de 27 de septiembre de 2022 a 7 de octubre de 2022, p. 117. Disponible en: *https://www.icao.int/Meetings/a41/Documents/Resolutions/a41_res_prov_es.pdf*. Última consulta: 30 de abril de 2024.

[48] Mayer, B. y Ding, Z, «Climate change mitigation in the aviation sector: a critical overview of national and international initiatives», *Transnational Environmental Law*, 12(1), 2023, p. 36.

[49] Larsson, J., Elofsson, A., Sterner, T. y Åkerman, J., «International and national climate policies for aviation: a review», *Climate Policy*, 19(6), 2019, p. 791.

3.2. *Aplicación del Régimen de comercio de derechos de emisión de la Unión Europea*

Analizado el marco jurídico internacional aplicado a la aviación y considerando la participación de todos los Estados miembros de la UE en el Convenio, se procederá a explicar la acción en el plano regional de la UE en este ámbito. La regulación principal que controla las emisiones de carbono derivadas de la aviación consiste en el Régimen de comercio de derechos de emisión (RCDE) de la UE establecido por la Directiva 2003/87/CE[50]. El RCDE se implantó en 2005 cubriendo inicialmente todos los Estados miembros de la Unión así como Noruega, Islanda y Liechtenstein, es decir, el Espacio Económico Europea (EEE). La motivación de su creación fue el compromiso de la Unión con sus objetivos asumidos en el Protocolo de Kyoto[51] mediante la mitigación de las emisiones de sus Estados.

Explicado brevemente, el RCDE está vinculado con el principio «quien contamina paga» y funciona según el sistema de fijación previa de límites máximos, conocido en inglés como *cap-and-trade*. El límite máximo se calcula anualmente según los objetivos climáticos contraídos por la UE, por lo que actualmente, el objetivo es la reducción de GEI en un 55 por 100 respecto a los niveles de 2050. Cada Estado miembro tiene asignada una determinada cantidad de derechos de emisión[52] en su Plan Nacional de Asignación a adquirir por las aerolíneas de forma obligatoria de manera que cubran las emisiones generadas por sus actividades en dicho periodo. De esta forma, si las emisiones exceden los derechos adquiridos, deberán comprar más certificados en un procedimiento de subasta, so pena de multas sustanciales, aunque también pueden vender los suyos en caso de excedente. Desde 2003, el límite máximo de emisiones para la aviación está fijado en un 95 por 100 de la media de emisiones del sector durante el transcurso del periodo comprendido entre 2004 y 2006 (periodo histórico de emisiones), siendo el 82 por 100 de los derechos de emisión adquiridos a título gratuito por las aerolíneas y solo un 15 por 100 a título oneroso en un procedimiento de subasta[53].

La mayoría de los ingresos se destinan principalmente a los presupuestos de los Estados miembros con el objetivo de sufragar los

---

[50] Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre, por la que se establece un régimen para el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero de la Unión y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo. DO L 275 de 25 de octubre de 2003.

[51] Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Naciones Unidas, Kyoto, 1997.

[52] Cada derecho de emisión otorga el permiso de emitir una tonelada de CO2eq.

[53] Scheelhaase, J., Maertens, S. y Grimme, W., «Options for improving the eu emissions trading scheme (eu ets) for aviation», *Transportation Research Procedia*, 59, 2021, p. 195.

gastos derivados del desarrollo de tecnologías bajas en carbono que ayuden a reducir las emisiones. Según Acción por el Clima de la UE, los ingresos totales generados por la subasta de derechos en 2022, ascendieron a 38.8 mil millones de euros, de los cuales 29,7 mil millones de euros fueron directamente para los Estados miembros de la UE. El resto se destinó al Fondo de Innovación (3,2 mil millones de euros) y al Fondo de Modernización (5,4 mil millones de euros)[54]. España es el tercer país que más ingresos por subastas de derechos de emisión ha generado en 2022, con un total de 3,2 mil millones de euros, detrás de Polonia, con 5 mil millones de euros y Alemania, con 6,8 mil millones de euros, sumando entre los tres Estados el 60 por 100 del total de ingresos derivados de las subastas y repartidos entre los demás Estados miembros[55].

3.3. *La exclusión de la aviación extraeuropea del mercado del carbono*

A pesar de que las instalaciones sujetas a este régimen eran inicialmente las plantas industriales y las centrales eléctricas, en la tercera fase del sistema de RCGE, desde 2012 a 2020, se incluyó la aviación civil a través de la Directiva 2008/101/EC[56]. En consecuencia, se pretendía el sometimiento a gravamen de todos los vuelos internacionales sin quedar limitados al EEE, requiriendo a las aerolíneas internacionales la adquisición de permisos de emisión de carbono para cualquier vuelo dentro o fuera de la UE. Esta decisión encontró una oposición considerable de la comunidad internacional, en la medida en que se consideró que obstaculizaba la libertad del mercado de la aviación y su se infringía la Convención de Chicago.

Sin embargo, en sede judicial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que las medidas de trasposición de la Directiva adoptadas por Reino Unido no colisionaban con los principios del Derecho internacional consuetudinario al imponer una especie de tasa sobre el consumo de queroseno en la aviación. En este caso, iniciado por la demanda interpuesta por Air Transport Association of America,

---

[54] Acción por el Clima de la Comisión Europea, «Progress report 2023. Shifting gears: increasing the pace of progress towards a green and prosperous future», 2023, p.20. Disponible en: *https://climate.ec.europa.eu/system/files/2023-11/com_2023_653_glossy_en_0.pdf*. Última consulta: 2 de mayo de 2024.

[55] Agencia Europea de Medio Ambiente, «Use of ets auctioning revenues – reporting year 2023 – govreg», 3 de diciembre de 2023. Disponible en: *https://www.eea.europa.eu/data-and-maps/data/external/use-of-ets-auctioning-revenues*. Última consulta: 2 de mayo de 2024.

[56] Directiva 2008/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE con el fin de incluir las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. *DOUE* L 8/3 de 13 de enero de 2009.

se alegó la vulneración del Acuerdo de Cielos Abiertos[57], celebrado entre EE.UU. y la UE, así como de la Convención de Chicago, del Protoclo de Kyoto y finalmente, de los principios consuetudinarios como la soberanía de los Estados sobre su espacio aéreo. El Tribunal realiza una interpretación teleológica sobre la pretensión de la Directiva y pondera la protección medioambiental con la carga pecuniaria impuesta sobre el operador de la aeronave.

En respuesta a la cuestión planteada sobre si el RCDE constituye una infracción a la obligación de eximir el combustible de impuestos, tasas y cargos contenida en la Convención de Chicago y en el Acuerdo de Cielos Abiertos, el Tribunal afirma que no existe un vínculo directo e inseparable entre la cantidad de combustible consumido por una aeronave y la carga impuesta a su operación a través de la obligada adquisición de derechos de emisión. Además, señala que la política de la UE sobre el medio ambiente tiene como objetivo un alto nivel de protección, por lo que el legislador de la UE tiene libertad para determinar los requisitos de operabilidad e imponer las condiciones que considere necesarias a los participantes en el negocio aéreo.

Finalmente, debido a la presión de la comunidad internacional, la EU adoptó la Decisión 377/2013/UE, conocida como *stop-the-clock*»[58] y suspendió temporalmente la aplicación de la Directiva 2003/87/CE, eximiendo a los vuelos internacionales de aplicación del RGDE, con el objetivo de facilitar las negociaciones para el desarrollo de un mecanismo mundial que abordara las emisiones de la aviación internacional.

Posteriormente, el Reglamento (UE) 2017/2392 prorrogó esta excepción hasta el 31 de diciembre de 2023[59] y la Directiva 2023/958 estableció que los Estados miembros no deberán tomar medidas contra los operadores de aeronaves cuyas emisiones se generen por vuelos con destino u origen en aeródromos situados en Estados no pertenecientes al EEE hasta el 31 de diciembre de 2026[60]. En definitiva, no existe hoy

---

[57] Acuerdo de Transporte Aéreo celebrado entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y los Estados Unidos de América, de 30 de abril de 2007. *DOUE* L 134/4 de 25 de mayo de 2007.

[58] Decisión núm. 377/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril, que establece una excepción temporal a la Directiva 2003/87/UE por la que se establece un régimen para el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero de la Unión. *DOUE* L 113/1 de 25 de abril de 2013.

[59] Art. 1 del Reglamento (UE) 2017/2392 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, por el que se modifica la Directiva 2003/87/CE con objeto de mantener las limitaciones actuales del ámbito de aplicación para las actividades de aviación y preparar la aplicación de una medida de mercado mundial a partir de 2021. *DOUE* L 350/7 de 29 de diciembre de 2017.

[60] Art. 1, modificación décima del 28 *bis* y *ter,* de la Directiva (UE) 2023/958 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE en lo que respecta a la contribución de la aviación al objetivo de la Unión de reducir las emisiones en el conjunto de la economía y a la adecuada aplicación de una medida de mercado mundial. *DOUE* L 130/115 de 16 de mayo de 2023.

en día ninguna sujeción impuesta por parte de la Unión a la aviación fuera del EEE que imponga una carga a las aerolíneas por la contaminación derivada de su actividad.

3.4. *Tributación del combustible utilizado en el sector de la aviación*

La segunda posible carga tributaria impuesta al sector de la aviación consiste en gravar el combustible utilizado por las aerolíneas. La OCDE estimó que en 44 miembros de la organización y del G20, los impuestos nacionales al queroseno utilizado eran rara vez gravados, mientras que el utilizado en la aviación internacional no se gravaba nunca[61]. En el contexto de la Unión, la Propuesta de modificación de la DFE prevé la modificación del actual art. 14 que exime de imposición los productos energéticos suministrados para su utilización como carburante en la navegación aérea que no sea de recreo privada. La propuesta parece positiva y alineada con la tendencia global de eliminar las exenciones a los combustibles fósiles y facilitar su abandono progresivo a través de una política fiscal que lo desaliente.

Las actuales posibilidades de gravamen que ofrece la DFE racaen sobre los vuelos privados, el tráfico aéreo comercial cuyo combustible no sea queroseno, el tráfico aéreo nacional, siempre que el Estado miembro lo haya provisto así, y el tráfico interno entre dos o más Estados miembros que hayan celebrado un acuerdo bilateral, pudiendo aplicar un nivel impositivo menor que el mínimo establecido en la DFE.

La nueva redacción propuesta del art. 14 somete a los productos energéticos utilizados por las aeronaves para su uso como combustible, a los mismos niveles de imposición aplicados a los demás carburantes y a la electricidad, siempre que la navegación aérea se produzca dentro del EEE y se trate de vuelos de negocio o de recreo. En cambio, continuarían quedando exentos los vuelos para el transporte de mercancías dentro de la UE así como los vuelos internacionales, sin perjuicio de que los Estados miembros los incluyeran dentro de su ámbito de aplicación y los sometan a su política fiscal.

No obstante, la realidad para materializar esta imposición no resulta sencilla, puesto que tal y como se establece de forma inicial en el artículo, deberá hacerse «sin perjuicio de las obligaciones internacionales» contraídas. Si bien es cierto que no hay nada en la Convención de Chicago que impida la imposición de gravámenes nacionales o a nivel de la UE, la cantidad de Acuerdos de Transporte Aéreo (ATA)

[61] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, «Taxing energy use 2019. Using taxes for climate action», 2019, p. 5. Disponible en: *https://www.oecd.org/tax/tax-policy/brochure-taxing-energy-use-2019.pdf*. Última consulta: 4 de mayo de 2024.

contraídos entre Estados miembros con terceros Estados, dificultan la consecución de este objetivo. Los ATA son tratados multilaterales o bilaterales que se sitúan en un estadio superior al derecho interno de los Estados miembros o al derecho de la Unión, eximiendo de imposición al carburante utilizado por las aeronaves en la mayoría de las ocasiones. En consecuencia, el art. 14 propone someter a gravamen al queroseno sin perjuicio de lo dispuesto en los ATA, con la finalidad de evitar una colisión que derive en el incumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por los Estados miembros de la Unión.

3.5. *Incompatibilidad entre la tributación de la aviación y los objetivos climáticos perseguidos por la Unión Europea*

La tributación del combustible en el sector de la aviación ha sido objeto de un encendido debate debido a su contribución al calentamiento global al emitir toneladas diarias de GEI. Resulta crucial que la UE adopte medidas sólidas para abordar este problema y promueva prácticas más sostenibles en la industria de la aviación que sean consonantes con los objetivos acordados en la Ley Europea del Clima, así como en el Acuerdo de París. Estas medidas implican indudablemente la revisión de las políticas fiscales para gravar de manera más efectiva el queroseno, incentivando así la transición hacia alternativas más ecológicas y sostenibles, ya sea mediante carburantes alternativos u otros medios de transporte.

La Directiva 2023/958, anteriormente referida, reconoce la importancia del cumplimiento del Acuerdo de París, que han firmado y ratificado la totalidad de Estados Parte de la Convención de Chicago, comprometiéndose a asumir NDC para limitar la subida de la temperatura global a menos de 2ºC. La Directiva advierte sobre la ultimidad de la excepción temporal al RCDE en caso de que la Asamblea de la OACI no fortalezca el Plan de Compensación y Reducción de Carbono para la Aviación Internacional[62] (CORSIA por sus siglas en inglés) antes del 1 de julio de 2026 y lo revise antes del 31 de diciembre de 2025, en aras al cumplimiento de los objetivos globales del Acuerdo de París. En consecuencia, se advierte de la futura aplicación del RGDE a

[62] Se trata de un sistema de compensación de emisiones, también conocido como *offsetting*, que implica equilibrar las emisiones producidas por la aviación reduciendo las emisiones en otros sectores y reduciendo anualmente los derechos de emisión disponibles. Este nuevo esquema global, aplicable únicamente a vuelos de ámbito internacional, comenzará a regir a partir del año 2027, aunque se ofrece un período de participación voluntaria desde el año 2021. Durante la fase obligatoria de participación (a partir de 2027), se otorgan exenciones a países con tráfico aéreo internacional reducido o a Estados con circunstancias especiales, como los países menos desarrollados (*Least Developed Countries*, LDCs), los pequeños estados insulares en desarrollo (SIDS) y los países en desarrollo sin litoral (LLDCs).

las emisiones de vuelos que tengas su origen en un tercer país que no implemente CORSIA a partir de 2027.

No obstante, si bien resultaría esencial mejorar la estructura del RCDE, esta medida debería ir acompañada de la modificación de la DFE y la imposición de tributos al combustible utilizado en los vuelos dentro del EEE. Tal y como señalan Mayer y Ding, el sometimiento a gravamen del carburante para las aeronaves constituye una herramienta más efectiva para la reducción de emisiones que la obligación impuesta a las aerolíneas de adquirir derechos en el mercado del carbono, incluso si esta aumenta su rigidez.

En la hipótesis asumida por estos autores, las aerolíneas que operan dentro de la UE pagaron en 2019 una media de 0,062 euros por litro de queroseno incluyendo los derechos de emisión adquiridos. Sin embargo, si se considera que el 85 por 100 de estos son adquiridos a título gratuito, el precio final resulta en 0,009 euros por litro de queroseno. En caso de someterse este carburante a los niveles de imposición previstos en la DFE, las aerolíneas tendrían que pagar un mínimo de 0,33 euros por litro, lo que sin duda incentivaría la transición hacia otros medios de transporte u combustibles más sostenibles[63]. Esta afirmación la respalda la Comisión Europea, quien afirma que concretamente reduciría las emisiones de CO2 en el sector de la aviación en un 11 por 100 e incrementaría el precio de los billetes de avión en un 10 por 100, desalentando la elección de este tipo de transporte y sustituyéndolo por otros más sostenibles[64].

Existe, por tanto, una tensión indudable entre el crecimiento del transporte aéreo civil propugnado por la ICAO[65] y la protección ambiental materializada en los instrumentos jurídicos asumidos por la UE. Esta dualidad es susceptible de solucionarse mediante dos enfoques cuyo nexo común será inevitablemente el decrecimiento en el uso de la aviación como transporte. En primer lugar, el desarrollo de combustibles alterativos susceptibles de sustituir al queroseno y en segundo lugar, la sustitución de la aviación como método de transporte por otro tipo más sostenibles y electrificadles como el tren o los vehículos eléctricos.

A nivel internacional, la tercera conferencia de la ICAO sobre aviación y combustibles alternativos, celebrada el pasado 24 de noviembre de 2023, adoptó el Marco Global para los Combustibles Sostenibles de Aviación (SAF por sus siglas en inglés), Combustibles de Aviación

---

[63] Mayer, B. y Ding, Z, «Climate Change Mitigation In The Aviation Sector…», cit., p. 33.

[64] Directorado General de Movilidad y Transporte de la Comisión Europea, «Taxes In The Field Of Aviation And Their Impact: Final Report», 2019, p. 11. Disponible en: *https://data.europa.eu/doi/10.2832/913591*. Última consulta: 6 de mayo de 2024.

[65] Art. 44 apartado *a)* de la Convención de Chicago, cit.

de Menor Carbono (LCAF por sus siglas en inglés) y otras Energías más Limpias para la Aviación[66]. Esta iniciativa pretende reducir las emisiones en la aviación internacional por parte de sus Estados miembros en un 5 por 100 para el año 2030 mediante el uso de SAF y otras energías limpias, sin concretar, no obstante, a qué otro tipo de energías se refiere.

La acción del legislador europeo en esta materia ha sido más contundente en la medida en que ha obligado mediante reglamento a la consecución de unos porcentajes mínimos de SAF en la aviación. El Reglamento 2023/2405 relativo a la garantía de unas condiciones de competencia equitativas para un transporte aéreo sostenible, más conocido como *Refuel Eu Aviation*, se aplicada exclusivamente a los vuelos comerciales dentro de la Unión[67]. Así pues, en el Anexo I, establece una serie de mínimos anuales en el uso de SAF que irán incrementándose progresivamente, del 2 por 100 a partir del 1 de enero de 2025, el 6 por 100 desde 2030, 20 por 100 en 2035, hasta llegar al 70 por 100 en 2050.

Sin embargo, la producción de combustibles ha dado lugar a una competencia directa con los recursos globales de alimentos, energía y agua, contribuyendo a la utilización extensiva de tierras. La producción de materias primas para los biocombustibles de primera y segunda generación implica una actividad agrícola intensiva que requiere considerables cantidades de agua y energía, recursos que podrían dirigirse, por ejemplo, hacia la mitigación de la desnutrición a nivel mundial, y no al fomento de un modo de transporte para el ocio o el turismo, por lo que las ventajas que presentan los biocombustibles respecto a los combustibles fósiles tradicionales deben realizarse con precaución[68].

Además, se ha demostrado que los cultivos para biocombustibles tienen un efecto negativo en la riqueza de especies locales y en la abundancia total de biodiversidad, concretamente los de primera generación, causando graves declives en la abundancia de vertebrados y de especies vegetales debido a la desforestación[69]. Consecuentemente,

---

[66] ICAO, «Marco global de la oaci para los saf, lcaf y otras energías limpias para la aviación», Aprobado por la tercera conferencia sobre aviación y combustibles alternativos el 24 de noviembre de 2023, p.3. Disponible en: *https://www.icao.int/Meetings/CAAF3/Documents/ICAO%20Global%20Framework%20on%20Aviation%20Cleaner%20Energies_24Nov2023.pdf?_gl=1%2animxfi%2a_ga%2aNjI0MTU4MzMzLjE2MTM1ODkzNTY.%2a_ga_992N3YDLBQ%2aMTcwODY5OTg5Ny4xMDczLjEuMTcwODcwMDAxNC4wLjAuMA*. Última consulta: 7 de mayo de 2024.

[67] Reglamento (UE) 2023/2405 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre, relativo a la garantía de unas condiciones de competencia equitativas para un transporte aéreo sostenible (ReFuelEU Aviation). *DOUE* de 31 de octubre de 2023.

[68] Mahapatra, S., Kumar, D., Singh, B. y Sachan, P. K., «Biofuels and their sources of production…» cit. p. 10.

[69] Tudge, S. J., Purvis, Andy, y de Palma, A., «The impacts of biofuel crops on local biodiversity: a global synthesis», *Biodiversity and Conservation*, 30, 2021, p. 2864.

el desarrollo de las políticas sobre biocombustibles deberá respetar la Estrategia sobre Biodiversidad[70], que subraya que el uso de árboles enteros y de cultivos alimentarios y forrajeros para la producción de energía deberá recudirse al mínimo.

Independientemente de las dos consideraciones anteriores, la sustitución íntegra o a gran escala del queroseno por los combustibles alternativos choca con los límites materiales de producción y de crecimiento. En otras palabras, debido al potencial limitado en términos de suministro de materia prima, los combustibles sostenibles encuentran problemas en cuanto a su producción masiva, resultando en consecuencia demasiado costosos y poco eficientes económicamente[71].

Ademas, los desafíos que enfrenta *Refueleu Aviation* radican en dos problemas esenciales en cuanto a su rentabilidad económica y energética. En primer lugar, la producción de SAF tiene un coste de 1,5 a 6 veces mayor que la producción convencional de queroseno y, en segundo lugar, la rentabilidad energética de los biocombustibles o del hidrógeno producido mediante el procedimiento *Fisher-Tropsh* es solo de un 15 por 100 en comparación con el queroseno[72]. No obstante, la introducción gradual de SAF resulta positiva, en la medida en que la electrificación del transporte aéreo no está prevista antes de 2050, debido a la falta de madurez de la tecnología requerida para ello[73]. Su incentivación fiscal, como se ha referido anteriormente, y tal y como prevé la Propuesta de modificación de la DFE, se basaría en su gravamen al tipo mínimo cero durante un periodo de diez años, por lo que esta política favorecería a las aerolíneas y a los suministradores de este tipo de carburantes[74].

Sin embargo, es necesario ser conscientes de que la solución que ofrecen los combustibles alternativos solo será temporal y su implementación reducida, ofreciendo en definitiva, una ligera mitigación por lo que respecta a los impactos climáticos relacionados con la aviación. El reto principal es la falta de potencial energético suficiente que pueda mantener los niveles de tránsito actuales, y mucho menos, aumentarlos

---

[70] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia de la UE sobre la biodiversidad de aquí a 2030. Reintegrar la naturaleza en nuestras vidas, de 20 de mayo de 2020. COM(2020) 380 final.

[71] Mayeres, I., Proost, S., Delhaye, E., Novelli, P., Conijn, S., Gómez-Jiménez, I. y Rivas-Brousse, D., «Climate ambitions for european aviation: where can sustainable aviation fuels bring us?» *Energy Policy*, 175, 113502, p. 12.

[72] Proost, S., «Looking for winning policies to address the climate issue in eu-aviation», *Journal of Air Transport Management*, 115, 102534, 2024, p. 5.

[73] Schäfer, A. W., Barrett, S. R. H., Doyme, K., Dray, L. M., Gnadt, A. R., Self, R., O'Sullivan, A., Synodinos, A. P. y Torija, A. J., «Technological, economic and environmental prospects of all-electric aircraft», *Nature Energy*, 4(2), 2019, pp. 160–166.

[74] Proost, S., «Looking for winning policies to address…», cit. p. 6.

tal y como prevé la ICAO. En consecuencia, una posible solución sería la reducción significativa del uso de la aviación y su sustitución por otras alternativas de transporte susceptibles de ser electrificadas, como el tren o el transporte por carretera, una opción que enfrenta desafíos políticos considerables.

4. Posibles aplicaciones de exenciones y reducciones fiscales

Las exenciones y reducciones fiscales son herramientas clave en la política energética y medioambiental de la Unión, y pueden ser utilizadas de forma estratégica para promover la eficiencia energética, fomentar el uso de fuentes renovables y proteger a los hogares vulnerables.

La aplicación de exenciones fiscales se prevé principalmente para la electricidad generada mediante fuentes renovables, así como a través de la generación combinada de calor y electricidad, siempre que estos generadores sean sostenibles. También se pretende aplicar exenciones a los combustibles renovables de origen no biológico, los biocarburantes, ilíquidos y biogás sostenibles avanzados, y los productos sostenibles avanzados de los códigos NC 4401 y 4402.

Por otro lado, las reducciones fiscales pueden ser necesarias por motivos de eficiencia energética o consideraciones sociales. La Propuesta incluye reducciones para productos energéticos utilizados como combustible para calefacción y electricidad en hogares, con un aumento gradual de los niveles mínimos durante un período transitorio de diez años. Además, se contempla la exención de productos energéticos y electricidad para hogares vulnerables, según una definición armonizada a nivel de la UE, durante un máximo de diez años desde la entrada en vigor de la Directiva propuesta. También se consideran reducciones del nivel de imposición para determinados sectores, como la agricultura, horticultura, acuicultura y silvicultura, así como para los productos energéticos utilizados como combustible para calefacción y electricidad.

VI. CONCLUSIONES

Desde su entrada en vigor en 2003, la actual Directiva 2003/96/CE sobre la fiscalidad de la energía ha quedado obsoleta y desalineada con la lucha de la UE contra el cambio climático. La transformación de la regulación fiscal de los mercados de energía es esencial para cumplir las obligaciones climáticas de la UE contraídas en el Acuerdo de París y la Ley Europea del Clima. Los tipos mínimos que prevé para los diferentes combustibles utilizados para la calefacción, carburantes para el transporte y para la electricidad han quedado sobrepasados por la mayoría de los Estados miembros perdiendo su función armonizadora del

mercado de la Unión. Asimismo, la equiparación a los tipos impositivos aplicados a los combustibles fósiles de los nuevos combustibles avanzados como el hidrógeno y de los biocombustibles, marca una señales de precios en detrimento del desarrollo y aplicación de estos últimos.

La reforma propuesta por la Comisión busca ajustar los impuestos energéticos aplicando la base imponible al contenido energético de los combustibles, lo que reflejaría de forma más precisa el verdadero coste ambiental de la energía. Esto incentivará la reducción de emisiones de GEI, la adopción de tecnologías energéticas eficientes y la promoción de prácticas sostenibles. La propuesta incluye tres ejes principales: cambiar la base impositiva al contenido energético de los combustibles, eliminar las exenciones fiscales para combustibles fósiles y armonizar los tipos impositivos mínimos entre los Estados miembros.

Especial importancia tiene el sector de la aviación, exento actualmente por la DFE de tributación. Puesto que contribuye significativamente a las emisiones globales de GEI, requiere, por ende, una atención particular en el tratamiento fiscal que recibe para abordar adecuadamente su impacto ambiental. En consecuencia, se propone eliminar la exención de gravamen del queroseno dentro del territorio de la Unión como combustible utilizado en el sector de la aviación. Aunque hay esfuerzos regulatorios y propuestas como *refueleu Aviation* para fomentar el uso de combustibles sostenibles y avanzados, la implementación de estas medidas enfrenta numerosos desafíos legales, económicos y políticos debido a los ATA suscritos por algunos Estados miembros.

En conclusión, es crucial seguir trabajando en soluciones que equilibren el crecimiento del sector de la aviación con la necesidad de reducir sus gravosos impactos ambientales. Diseñados inteligentemente, los impuestos sobre la energía pueden ofrecer incentivos a través del precio, ayudando a reducir emisiones, mejorar la eficiencia de recursos y fomentar la investigación en tecnologías sostenibles.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Antimiani, A., Costantini, V. y Paglialunga, E., «Fossil fuels subsidy removal and the EU carbon neutrality policy», *Energy Economics*, 119, 106524, 2023.

Antón Antón, Á., «EU energy taxation framework revision in the context of the green deal», *International Visual Culture Review*, 11(3), 2022, pp. 1–13.

Fluet, C., «Assurance de responsabilité, assurance de choses et dommages environnementaux : une analyse économique de la directive 2004/35/CE.», *Revue d'économie Politique*, vol. 126(2), 2016, pp. 193–211.

Larsson, J., Elofsson, A., Sterner, T. y Åkerman, J., «International and national climate policies for aviation: a review», *Climate Policy*, 19(6), 2019, pp. 787–799.

Mahapatra, S., Kumar, D., Singh, B. y Sachan, P. K., «Biofuels and their sources of production: A review on cleaner sustainable alternative against conventional fuel, in the framework of the food and energy nexus», *Energy Nexus*, *4*, 100036, 2021.

Mayer, B. y Ding, Z., «Climate Change Mitigation in the Aviation Sector: A Critical Overview of National and International Initiatives», *Transnational Environmental Law*, 12(1), 2023, pp. 14–41.

Mayeres, I., Proost, S., Delhaye, E., Novelli, P., Conijn, S., Gómez-Jiménez, I. y Rivas-Brousse, D., «Climate ambitions for European aviation: Where can sustainable aviation fuels bring us?», *Energy Policy*, *175*, 113502, 2023.

Pirlot, A., «Exploring the Impact of EU Law on Energy and Environmental Taxation», en C. HJI Panayi, W. Haslehner y E. Traversa (eds.), *Research Handbook in European Union Taxation Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2020.

Proost, S. (2024). Looking for winning policies to address the climate issue in EU-aviation. *Journal of Air Transport Management*, *115*, 102534.

Rodrigues Aldeia, S. C., «Environmentally friendly tax measures in the Portuguese jurisdiction. Enforcement of the polluter pays tax principle», *International Journal of Law and Management*, 65(6), 2023, pp. 511–522.

Schäfer, A. W., Barrett, S. R. H., Doyme, K., Dray, L. M., Gnadt, A. R., Self, R., O'Sullivan, A., Synodinos, A. P. y Torija, A. J., «Technological, economic and environmental prospects of all-electric aircraft», *Nature Energy*, 4(2), 2018, pp. 160–166.

Scheelhaase, J., Maertens, S. y Grimme, W., «Options for improving the EU Emissions Trading Scheme (EU ETS) for aviation», *Transportation Research Procedia*, 59, 2021, pp. 193–202.

Tudge, S. J., Purvis, A. y de Palma, A., «The impacts of biofuel crops on local biodiversity: a global synthesis», *Biodiversity and Conservation*, 30, 2021, pp. 2863–2883.

Turiel, A., *Petrocalipsis. Crisis energética global y cómo (no) la vamos a solucionar*, 9.ª ed., Madrid, Alfabeto, 2020.

SOSTENIBILIDAD EN EL TERCER SECTOR: UNA MIRADA A LAS ENTIDADES SIN FIN DE LUCRO DE VALENCIA

SUSTAINABILITY IN THE THIRD SECTOR: A LOOK AT NON-PROFIT ENTITIES IN VALENCIA

Ana Colomer Segura
Profesora Ayudante Doctora
Universitat de València

RESUMEN: Tomando como punto de partida el llamamiento de la ONU a todas las organizaciones para que asuman la sostenibilidad como eje principal de sus actividades, en conexión con los ODS, este trabajo presenta un análisis de la sostenibilidad de las entidades privadas sin ánimo de lucro que operan en la ciudad de Valencia. Desde la constatación de la necesidad de identificar y medir la realidad de estas entidades y el impacto de su actividad, se estudian diferentes variables de las mismas, tales como su forma jurídica, su tamaño o su población destinataria, poniendo en relación los diferentes datos obtenidos. Se ofrece una visión crítica y una serie de propuestas de mejora para que las entidades no lucrativas puedan avanzar en el reto de la sostenibilidad, para las cuales queda un largo camino por recorrer.

Palabras clave: Sostenibilidad; tercer sector; ODS; transparencia; impacto.

ABSTRACT: Taking as a starting point the UN call to all organizations to assume sustainability as the core of their activities, in connection with the SDGs, this work presents an analysis of the sustainability of private non-profit entities that operate in the city of Valencia. Confirming the need to identify and measure the reality of these entities and the impact of their

activity, different variables are studied, such as their legal form, their size, or their target population, putting in relation the different data obtained. A critical vision and a series of improvement proposals are offered so that non-profit entities can advance in the challenge of sustainability, for which there is a long way to go.

Keywords: Sustainability; third sector; SDGs; transparency; impact.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS ENTIDADES NO LUCRATIVAS VALENCIANAS. 1. Forma jurídica. 2. Presupuesto anual. 3. Ingresos y gastos. 4. Ámbito de actuación. 5. Sostenibilidad. III. CONCLUSIONES. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La idea de la responsabilidad que las entidades privadas tienen con el impacto que su actividad genera es una preocupación relativamente reciente, pero que, en pocos años, ha alcanzado relevancia mundial y es respaldada por los más importantes actores internacionales.

En el Foro de Davos de 1999, el entonces secretario general de la ONU, Kofi Annan, hizo una propuesta de colaboración de Naciones Unidas con el sector empresarial para «dar a la globalización un rostro humano»[1]. El Pacto Mundial, la iniciativa de Naciones Unidas encargada de catalizar los esfuerzos del sector privado por la sostenibilidad, lleva, desde su fundación en 2004, haciendo llamamientos, fijando directrices e impulsando proyectos y alianzas para las empresas, por tal de que trabajen por la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible[2].

Desde la adopción de los ODS en 2015, estas iniciativas se han ido ampliando a todo tipo de organizaciones, incluyendo también aquellas sin fin de lucro. En este sentido, la Red Española de Pacto Mundial publicó en 2019 *Las ONG ante los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, un informe en que se afirma el «protagonismo decisivo» de estas organizaciones, por su papel en la gestación de la Agenda 2030 y su rol «fundamental» en la consecución de los ODS[3]. Así, se resalta la «importancia de la sociedad civil» en la consecución de la Agenda 2030, pues, en su trabajo para acabar con la pobreza, reducir desigualdades y apoyar a colectivos vulnerables, las entidades no lucrativas (en

---

[1] Red Española de Pacto Mundial, *El sector privado ante los ODS. Guía práctica para la acción*, 2016, p. 8. Disponible en *https://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2017/02/Guia_ODS_PM_20170215_web.pdf*.

[2] Cfr., por ejemplo, la página web de la Red Española de Pacto Mundial: *https://www.pactomundial.org/* (consultada 20 de enero de 2024).

[3] Red Española de Pacto Mundial, *Las ONG ante los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, 2019, p. 5. Disponible en *https://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2019/05/Las-ONG-ante-los-Objetivos-de-Desarrollo-Sostenible.pdf*.

adelante, ENL) tienen un indudable «impacto positivo» en su entorno. Añadido a esto, se trata de «excelentes canales de comunicación» para trasladar el mensaje de la Agenda 2030 a la ciudadanía, cumpliendo una importante función de sensibilización e incidencia política. En este informe, además, se subraya la necesidad de «identificar y medir este impacto», por tal de evaluar el desempeño de las entidades no lucrativas y establecer objetivos a largo plazo[4].

Así pues, igual que el mundo empresarial está avanzando en una mayor y mejor comprensión y realización de la sostenibilidad, fundamentalmente a través de programas de RSE, se hace patente que también las ENL deben empezar a conocer y evaluar sus impactos.

En el presente trabajo nos hemos enfocado en las ENL de la ciudad de Valencia, para sacar algunas conclusiones en cuanto a su funcionamiento y sostenibilidad. El universo de estas entidades es amplio y variado; encontramos fundaciones públicas y privadas, organizaciones no gubernamentales dedicadas a la cooperación al desarrollo, entidades de tipo político, cultural o deportivo, algunas dedicadas a personas en riesgo de exclusión social, otras dedicadas a la investigación científica, y un largo etcétera. El universo se amplía aún más si se consideran las entidades lucrativas, pero con un fin social: empresas sociales, cooperativas, etc. Por ello, para que el presente estudio ofreciera unos resultados de cierto interés y calidad, se ha acotado la muestra a aquellas ENL que cumplen con todos estos requisitos: 1) ser entidades privadas sin fin de lucro, concretamente fundaciones o asociaciones; 2) con origen y sede central en la ciudad de Valencia; 3) con proyectos llevados a cabo en la ciudad de Valencia; 4) que tienen como actividad principal algún tipo de acción directa para personas en situación de desventaja (personas con discapacidad, desempleadas, migrantes, infancia, personas con alguna enfermedad, etcétera)[5].

Las ENL que cumplen todos estos parámetros son 68, y esta es la muestra que se ha utilizado para el trabajo. Como se verá, se trata de una muestra relativamente homogénea, que se puede analizar con cierto grado de atención y permite obtener resultados de valor.

---

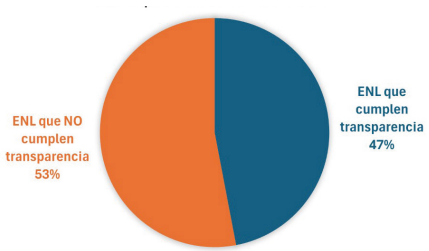
[4] *Ibid.*, p. 7.

[5] Quedan fuera del estudio, por un lado, entidades que, aunque no tienen fin de lucro, no se dedican a atender a una población con algún tipo de circunstancia que les hace enfrentar desventajas. Esto es, se han excluido asociaciones de tipo vecinal, deportivas o culturales, así como asociaciones y fundaciones dedicadas principalmente a la política, la investigación o la cultura. Por otro lado, también se excluyen del estudio las entidades que se dedican a desarrollar proyectos en otras ciudades o países, esto es, muchas de las ONGDs (sí se han incluido, sin embargo, las que tienen proyectos tanto locales como en países en vías de desarrollo). Tampoco han sido incluidas en el estudio las entidades de tipo ambientalista o animalista.

II. LAS ENTIDADES NO LUCRATIVAS DE LA CIUDAD DE VALENCIA

De la muestra analizada, únicamente el 47 por 100 de las entidades cumple unos requisitos mínimos de transparencia económica, los cuales hemos fijado en ofrecer una memoria económica que cumpla los siguientes parámetros: 1) pública: accesible directamente a través de la página web de la entidad; 2) actualizada: se han analizado memorias de máximo dos años de antigüedad; 3) concreta: que contenga cifras reales, no únicamente porcentajes (figura 1)[6].

FIGURA 1. **Transparencia**[7]



Pasamos a una descripción de los datos que se consideran más relevantes respecto de las ENL analizadas:

1. Forma jurídica

De las ENL estudiadas, el 62 por 100 son asociaciones y el 38 por 100 son fundaciones (figura 2).

El 50 por 100 de las asociaciones cumplen el requisito de transparencia al que nos hemos referido (memoria económica pública, actualizada y concreta), mientras que, en el caso de las fundaciones, lo cumple el 42 por 100. En cuanto a las cuentas auditadas, las ofrecen el 33 por 100 de las asociaciones y el 34 por 100 de las fundaciones (figura 3).

[6] Un elemento que aporta mayor calidad y fiabilidad a las memorias económicas es el hecho de ofrecer las cuentas anuales auditadas. De las ENL analizadas, el 33 por 100 publica un informe de auditoría (o, dicho de otro modo, el 71 por 100 de las ENL que cumplen el requisito de transparencia ofrecen las cuentas auditadas).

[7] Todas las tablas son de elaboración propia.

FIGURA 2. **ENL analizadas**

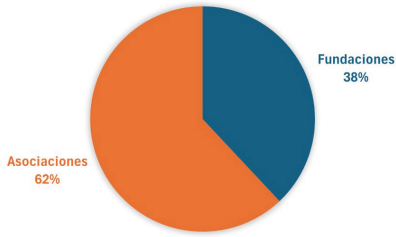
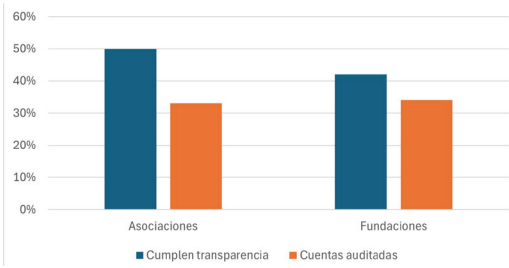


FIGURA 3. **Transparencia según forma jurídica**



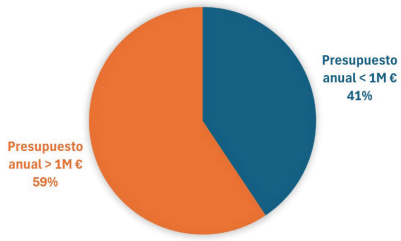
De estos datos iniciales se puede observar que, paradójicamente, pese a quizás tener menos recursos y estabilidad financiera[8], las asociaciones cumplen mejor el requisito de transparencia que las fundaciones. En todo caso, aun siendo menos las fundaciones que cumplen con la transparencia, sí ofrecen sus cuentas auditadas en una ligera mayor medida que las asociaciones.

2. Presupuesto anual

Analizando los presupuestos de las ENL de las cuales se han podido obtener datos, observamos que un 59 por 100 funciona con más de un millón de euros anuales, y un 41 por 100 con menos (figura 4).

[8] Para el establecimiento de una fundación la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, exige de manera general una dotación fundacional de 30 000 € (art. 12.1), mientras que, para la constitución de una asociación, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, no se exige ninguna cantidad mínima (art. 5).

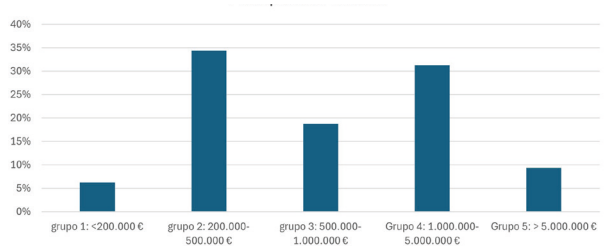
FIGURA 4. **Presupuestos anuales**



De las ENL del primer grupo (en naranja), las cifras oscilan entre el millón y los 6.7 M €, con una media de 2.6 M €/año. De las ENL señaladas en azul, la media de ingresos anuales es de 449 000 €, superando el 89 por 100 de las mismas los 200 000 €.

Para observar más en detalle, se han dividido las ENL con datos económicos en cinco grupos: 1) aquellas con presupuestos inferiores a los 200 000 € anuales (el 7 por 100 de las ENL); 2) con presupuestos entre 200 000 y 500 000 € anuales (el 35 por 100); 3) entre 500 000 y 1 M € (el 16 por 100); 4) entre 1 M y 5 M € (el 32 por 100), y 5) con presupuestos superiores a los 5 M € anuales (el 10 por 100) (figura 5).

FIGURA 5. **Presupuestos anuales**



Los dos grupos con mayor cantidad de ENL son el segundo y el cuarto, con cierta representación en todos los grupos, lo que da cuenta de la diversidad de las ENL en este aspecto, pues no hay un único grupo que destaque especialmente sobre todos los demás.

Probablemente la mayoría de las ENL que no proveen de información económica son de pequeño tamaño. Esto se puede deducir de otros datos, como el aspecto y contenido de sus páginas web, su actividad en redes sociales o el tipo de proyectos que llevan a cabo, así como su alcance y difusión.

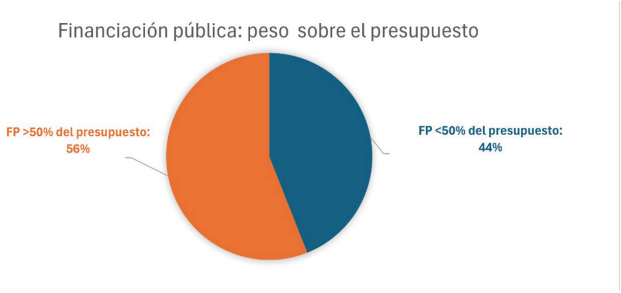
De la información analizada se puede inferir que no hay una diferencia sustancial en cuanto al tamaño a la hora de informar de las cuentas, aunque sí parece ser necesaria una estructura mínima.

3. Ingresos y gastos

El 93 por 100 de las ENL estudiadas cuentan con algún con algún tipo de financiación pública[9], siendo la media de un 54 por 100 sobre el total del presupuesto.

Agrupando las ENL en dos grandes grupos, un 44 por 100 de las ENL depende de la financiación pública en menos de la mitad de su presupuesto anual, mientras que para el 56 por 100 de las ENL, las subvenciones públicas suponen más de la mitad de sus ingresos (figura 6).

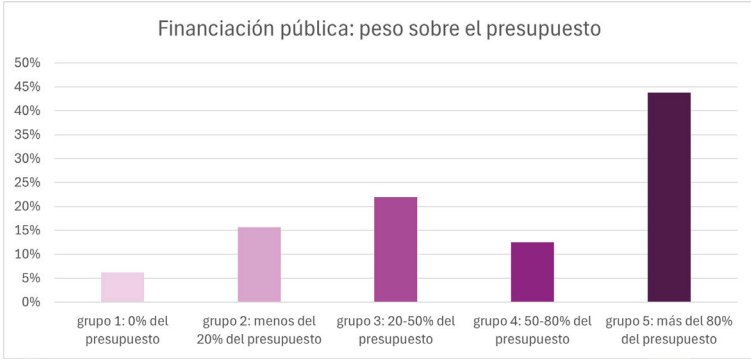
FIGURA 6. **Peso de la financiación pública sobre el presupuesto anual de las ENL I**



Pasamos a dividir las ENL en cinco grupos: 1) aquellas que no cuentan con ninguna financiación pública (el 6 por 100 de las ENL); 2) aquellas en las que la financiación pública supone menos del 20 por 100 del presupuesto anual (el 16 por 100 de las ENL); 3) aquellas en las que el peso de la financiación pública oscila entre el 20 por 100 y el 50 por 100 del presupuesto (el 22 por 100 de las ENL); 4) aquellas en las que el peso de la financiación pública oscila entre el 50 por 100 y el 80 por 100 del presupuesto (el 12 por 100 de las ENL), y aquellas dependientes en más de un 80 por 100 de la financiación pública (el 44 por 100 de las ENL) (figura 7).

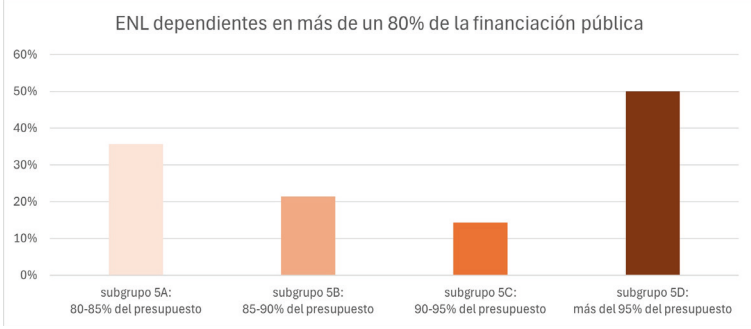
[9] En cuanto a las subvenciones públicas, en ocasiones se pueden distinguir con facilidad, y en otras están mezcladas en un apartado de título «Subvenciones, donaciones y legados». En algunas memorias económicas este ítem está desglosado y en otras no. Esto dificulta saber si los ingresos corresponden solo a subvenciones públicas o tienen origen privado. En el caso de no estar detalladas, se las ha considerado subvenciones públicas.

FIGURA 7. **Peso de la financiación pública sobre el presupuesto anual de las ENL II**



Es de señalar también que, entre las ENL que dependen en más de un 80 por 100 de la financiación pública, para más de la mitad este ítem supone más del 90 por 100 de los ingresos, y para la mitad, el 95 por 100 (figura 8).

FIGURA 8. **Peso de la financiación pública sobre el presupuesto anual de las ENL III**

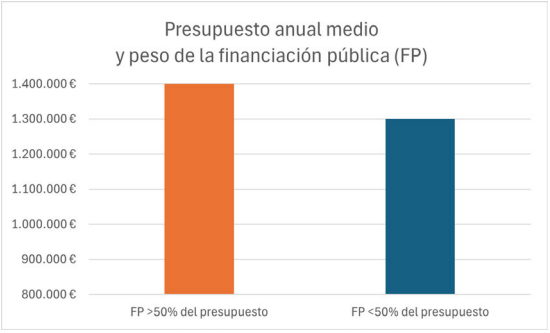


Es decir, de los cinco grupos enunciados, el más numeroso de ENL lo componen aquellas con financiación pública superior al 80 por 100 de sus presupuestos, y, dentro de estas, para la mitad supone más del 95 por 100.

Si cruzamos los datos del peso de la financiación pública junto con los presupuestos medios, observamos que aquellas que dependen de la financiación pública en menos de un 50 por 100 (el 44 por 100 de ENL señalado en la figura 4) manejan un presupuesto medio de 1,3 M €, trabajando alrededor de la mitad (el 53 por 100) con presupuestos inferiores al millón de euros anuales. Por su parte, el 56 por 100

restante (las ENL que obtienen más de la mitad de sus ingresos de las subvenciones públicas) maneja un presupuesto medio de 1,4 M €, funcionando más de la mitad (el 63 por 100) con presupuestos inferiores al millón de euros anuales (figura 9).

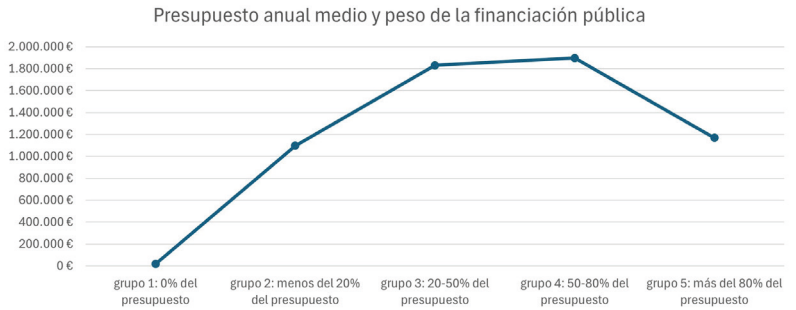
FIGURA 9. **Presupuesto anual según peso de la financiación pública I**



Por tanto, inicialmente no se observan grandes diferencias al cruzar el peso de la financiación pública junto con los presupuestos medios.

Volviendo a los cinco grupos mostrados en la figura 5, el grupo 1 (ENL que no cuentan con ninguna financiación pública) maneja un presupuesto medio de 19 000 €/año; el grupo 2 (hasta 20 por 100 de financiación pública en el presupuesto anual), funciona con un presupuesto de 1,1 M €; el grupo 3 (entre el 20 por 100 y el 50 por 100 de financiación pública en el presupuesto anual), con un presupuesto medio de 1.8 M €; el grupo 4 (entre el 50 por 100 y el 80 por 100 financiación pública en el presupuesto anual), con un presupuesto también de 1.8 M €, y el grupo 5 (aquellas dependientes en más de un 80 por 100 de la financiación pública) trabaja con un presupuesto de 1.2 M € de media (figura 7).

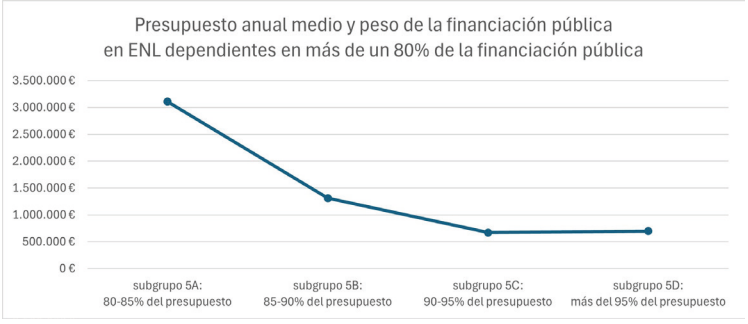
FIGURA 10. **Presupuesto anual según peso de la financiación pública II**



De estos datos no cabe inferir una clara relación directa entre el volumen de ingresos y la dependencia de la financiación pública, pues la información que se obtiene es bastante variada; hay entidades tanto pequeñas como medianas muy poco o nada dependientes de la financiación pública, y otras grandes que tienen una alta dependencia, aunque aquellas con mayor dependencia de fondos públicos no son las más grandes. En el rango de entre un 20 por 100 y un 80 por 100 de la financiación pública se encuentran las entidades de mayor presupuesto. En definitiva, hay una alta dependencia de la financiación pública en la mayoría de las ENL, y esta dependencia parece poco relacionada con el volumen de ingresos[10].

En todo caso, si volvemos a las ENL analizadas en la figura 8, esto es, aquellas dependen en más de un 80 por 100 de la financiación pública, sí se puede observar que, a menos ingresos, más dependencia de las aportaciones públicas, pues el presupuesto medio de las ENL dependientes entre un 80 por 100 y un 85 por 100 de la financiación pública es de 3.1 M €, y para aquellas dependientes en más de un 95 por 100 de las aportaciones públicas, el presupuesto anual es de 700 000 € de media (figura 11).

FIGURA 11. **Presupuesto anual según peso de la financiación pública III**

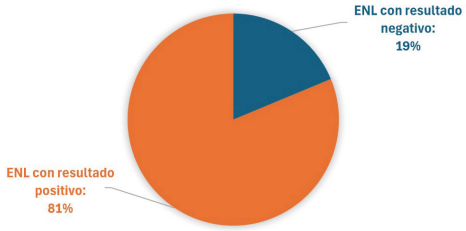


De lo observado se puede afirmar que, aunque en un principio el tamaño de la ENL no tiene una relación directa con el peso de la financiación pública en sus presupuestos, sí es cierto que, entre aquellas ENL con más dependencia de los fondos públicos (más de un 80 por 100 sobre el total del presupuesto), cuanto menor es el presupuesto, mayor es el peso de la financiación pública; todas las ENL que tienen subvenciones públicas superiores al 90 por 100 manejan presupuestos inferiores al millón de euros.

[10] Incluso pudiera parecer que entidades más pequeñas dependen menos de la financiación pública, pero conviene recordar en el estudio se están analizando entidades de relativamente poco presupuesto (la más grande no supera los 6,7 M €), precisamente por su origen y alcance local.

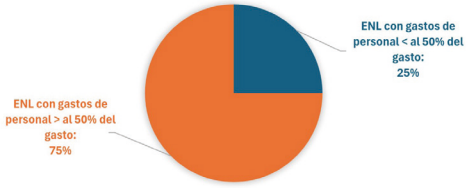
En cuanto a los gastos, en general, las ENL muestran un volumen equilibrado de gastos respecto de los ingresos. Así, el 81 por 100 de las ENL muestran un resultado de la actividad positivo (figura 12).

FIGURA 12. **Resultado de la actividad de las ENL**



En cuanto a los gastos de personal[11], suelen ser el apartado que ocupa la mayor parte del presupuesto anual. Son mayoría las ENL que dedican más del 50 por 100 de sus gastos a los gastos de personal (figura 13); de media, las ENL dedican el 59 por 100 de su presupuesto a gastos de personal.

FIGURA 13. **ENL según el peso de los gastos de personal sobre el total del gasto**

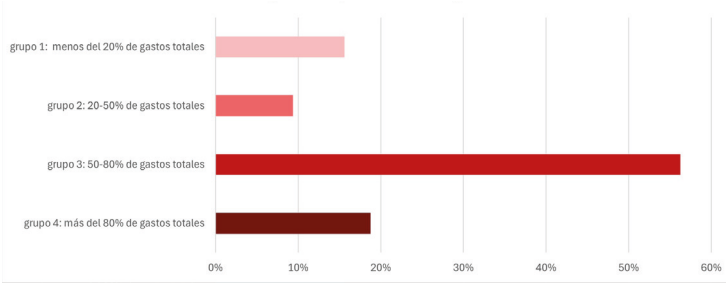


De manera más concreta, hemos dividido las ENL en cuatro grupos: 1) aquellas en que la media de gastos de personal es menor al 20 por 100 del gasto total (el 16 por 100 de las ENL); 2) aquellas en que la media de gastos de personal oscila entre el 20 por 100 y el 50 por 100 del total (el 9 por 100 de las ENL); 3) las que tienen una media de

[11] En este punto, las cuentas auditadas constituyen una herramienta sumamente útil. En algunos casos de cuentas no auditadas, hay ENL que muestran que alrededor del 90 por 100 del presupuesto va a «proyectos», sin más detalle. En las cuentas auditadas sí se muestra el desglose fidedigno, sin perjuicio de que esos gastos de personal estén insertos, efectivamente, en los proyectos. En todo caso, en el análisis global no se ha observado una gran variación respecto del peso de los gastos de personal: en las ENL que ofrecen cuentas sin auditar, la media es del 56 por 100, y en las que ofrecen cuentas auditadas, del 59 por 100. Si se observan las ENL con presupuestos inferiores al millón de euros, las diferencias sí son mayores, con unos gastos de personal del 58 por 100 sobre el total de gasto en el caso de ENL que sí ofrecen cuentas auditadas, frente a un 35 por 100 en aquellas que ofrecen cuentas sin auditar.

gastos de personal correspondiente a entre un 50 por 100 y un 80 por 100 del gasto total (el 56 por 100 de las ENL), y 4) las ENL con una media de gastos de personal superior al 80 por 100 del gasto total (el 19 por 100 de las ENL) (figura 14).

FIGURA 14. **Peso de los gastos de personal sobre los gastos totales**



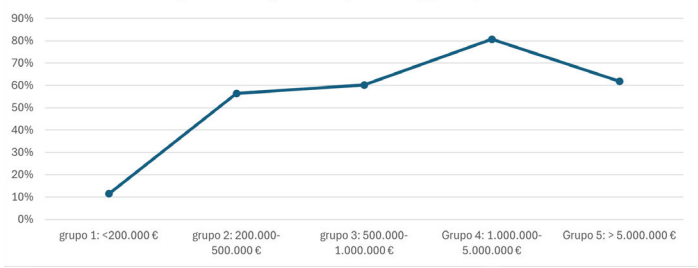
El grupo más numeroso es sin duda el de las ENL que gastan de media entre un 50 por 100 y un 80 por 100 de su presupuesto en contratación de personal. Son datos que en todo caso consideramos razonables, por la naturaleza de estas ENL[12].

Volviendo a la división de la figura 5, esto es, de las ENL en cinco grupos según sus presupuestos anuales, y cruzando los datos de la media de gastos de personal respecto del presupuesto total, obtenemos algunos resultados de interés (figura 15).

Encontramos que las ENL de mayor presupuesto, las de los grupos 4 y 5, tienen de media unos gastos de personal superiores al 60 por 100; las de mediano tamaño, en los grupos 2 y 3, superan el 50 por 100, y esta proporción cae en picado al tratarse de ENL pequeñas (grupo 1). La razón, con toda probabilidad es que, en el caso de las ENL del grupo 1, se trata de entidades muy poco profesionalizadas, que funcionan casi enteramente con voluntariado, una realidad que va cambiando conforme estas crecen, se estructuran, contratan a personas con dedicación completa, etc. Sin embargo, a partir de un cierto tamaño (grupo 5), parece observarse una leve tendencia contraria, pues ENL con mucha relevancia y capacidad de sensibilización pueden llegar a manejar grandes presupuestos sin requerir un gran crecimiento de sus gastos de personal.

[12] Por ejemplo, cerca de la mitad de las ENL analizadas se dedican a personas con discapacidad y/o enfermedad. Aunque en general buscan apoyo en el voluntariado, para el desarrollo de sus proyectos requieren de profesionales cualificados con una cierta dedicación y compromiso (profesionales de la medicina, psicología, el trabajo social o la fisioterapia, entre otros).

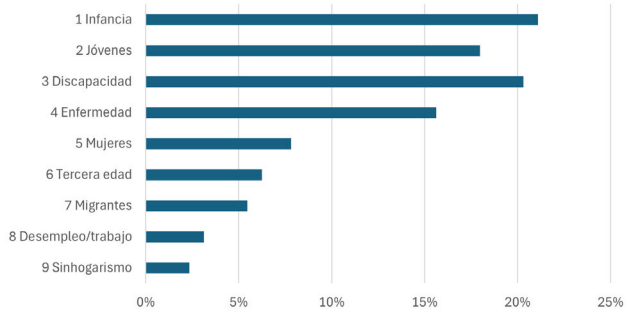
FIGURA 15. **Media del peso de los gastos de personal y presupuestos anuales**



4. Ámbito de actuación

Se han dividido los ámbitos de actuación de las ENL de acuerdo con la población beneficiaria. De este modo, distinguimos estos nueve grupos: 1) Infancia, 2) Jóvenes, 3) Personas con discapacidad, 4) Personas con enfermedad, 5) Mujeres, 6) Tercera edad, 7) Personas migrantes/refugiadas, 8) Personas trabajadoras o en búsqueda de trabajo, 9) Personas sin hogar. Como es de suponer, a menudo una misma ENL realiza trabajos para más de uno de estos colectivos. Un 70 por 100 de las entidades analizadas se dedica a uno o varios de los cuatro primeros colectivos, esto es, infancia, juventud, personas con discapacidad o con enfermedad (figura 16).

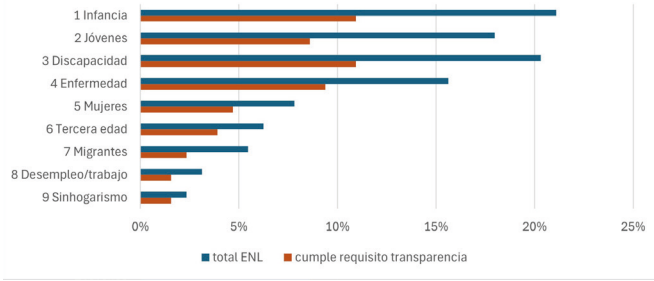
FIGURA 16. **Distribución de las ENL según población beneficiaria**



En cuanto al cumplimiento del requisito de transparencia, no se observan grandes diferencias según el ámbito de actividad de las ENL, aunque sí parecen cumplir este requisito en mayor medida las entida-

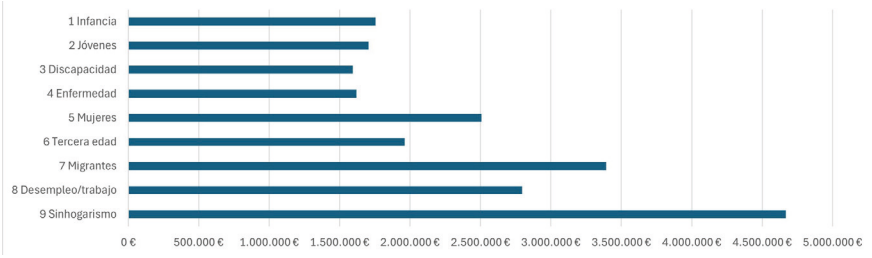
des dedicadas al sinhogarismo y a la tercera edad, y en menor medida aquellas dedicadas a las personas migrantes/refugiadas y la juventud (figura 17).

FIGURA 17. **Cumplimiento del requisito de transparencia por actividad**



Analizando los presupuestos medios de las ENL según la actividad a la que se dedican, nos encontramos los siguientes resultados (figura 18):

FIGURA 18. **Presupuesto medio por ámbito de actividad**

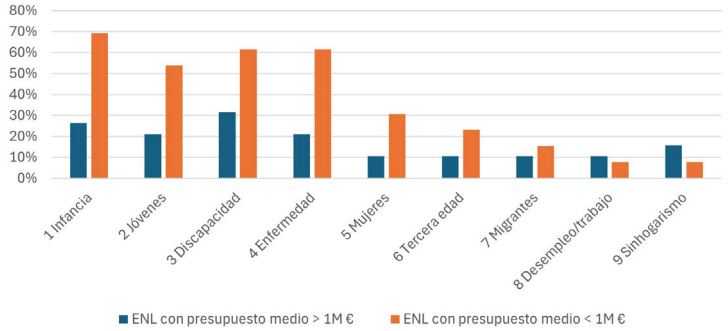


Los presupuestos medios superan en todos los casos los 1.5 M €, pues hay ENL de tamaño mediano y grande que se dedican prácticamente a todos los grupos incluidos aquí. Es frecuente que las ENL más grandes puedan abarcar ámbitos de actividad a los que otras ENL más pequeñas no llegan, por eso sucede que, en los ámbitos donde encontramos un número reducido de ENL, esas ENL tienden a ser de gran tamaño. [13]

[13] Por ejemplo, hay ENL grandes, de más de 6 M €/año, que tienen proyectos en prácticamente todos los ámbitos de actividad, mientras que las más pequeñas, de menos de 500 000 €/año se dedican todas a dos o tres ámbitos de actividad como mucho. Por ello, ciertas poblaciones beneficiarias quedan cubiertas en su mayoría por ENL grandes.

Seguimos con el cruce de datos entre ámbito de actividad y presupuestos (figura 19).

FIGURA 19. **Ámbito de actividad y presupuestos**



Teniendo en mente que muchas entidades se dedican a más de un tipo de actividad (por ello los porcentajes suman más de cien), encontramos que el grupo más grande de ENL que funcionan con más de un millón de euros de presupuesto anual son las dedicadas a las personas con discapacidad (grupo 4) con una media 3.1 M €/año; por su parte, el grupo más numeroso dentro de las entidades de menos de un millón de euros de presupuesto son dedicadas a la infancia (grupo 1), con presupuestos de 400 000 €/año de media.

En un análisis de las actividades cubiertas en mayor medida por las ENL en la ciudad de Valencia, nos detenemos a continuación en los cuatro primeros grupos.

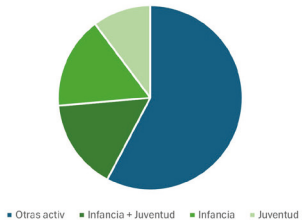
Casi la mitad de las ENL analizadas (un 48 por 100) tiene entre sus actividades, bien la atención y ayuda a personas con alguna discapacidad (grupo 3, un 20 por 100 de las ENL), bien a aquellas que enfrentan alguna enfermedad (grupo 4, un 16 por 100 de las ENL), bien a ambos grupos (un 12 por 100 de las ENL) (figura 20).

FIGURA 20. **ENL por actividad I**

Se trata en general de entidades de apoyo a personas con alguna enfermedad (p. ej., párkinson, alzhéimer) o condición discapacitante (p. ej., síndrome de Down, parálisis cerebral), en muchos casos lideradas por las propias familias de las personas destinatarias de los proyectos.

Por otro lado, un 42 por 100 de la muestra tiene entre sus actividades la dedicación a la infancia (grupo 1, un 16 por 100 de las ENL), la juventud (grupo 2, un 10 por 100) o ambos (un 16 por 100).

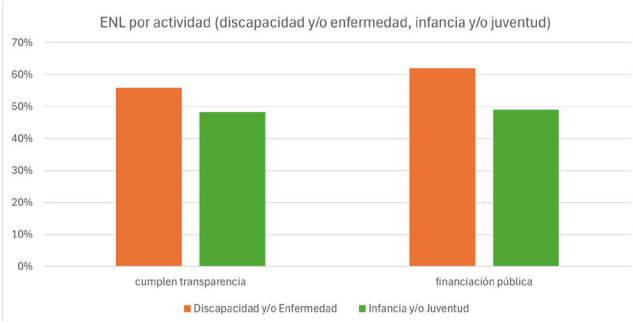
FIGURA 21. **ENL por actividad II**



Se trata en general de entidades de apoyo a niños/as, adolescentes y jóvenes en riesgo de exclusión y/o con discapacidad, orientadas a la educación, la formación y el empleo, con programas de acompañamiento familiar, apoyo escolar, formación profesional, becas, etcétera.

Cruzando los datos de la figura 20 y la figura 21, observamos que, de las entidades de los grupos 3 y 4 (discapacidad y/o enfermedad, en naranja), un 57 por 100 cumple con la transparencia. Trabajan con una media de 1,4 M € de presupuesto anual, y dependen de la financiación pública en un 62 por 100 de media. Por su parte, de las entidades de los grupos 1 y 2 (infancia y/o juventud, en verde), un 48 por 100 cumple con el requisito de transparencia, con una media de 1,7 M € de presupuesto anual, y una media de financiación pública de un 49 por 100 sobre los ingresos totales (figura 21).

FIGURA 21. **ENL por actividad III**



Así pues, de manera general y aunque sin grandes diferencias, las entidades que se dedican a las personas con discapacidad/enfermedad cumplen con la transparencia en mayor medida que aquellas dedicadas a la infancia/juventud. Por otro lado, las entidades dedicadas a las personas con discapacidad/enfermedad son en general más dependientes de la financiación pública y trabajan con un presupuesto algo más reducido que aquellas dedicadas a la infancia/juventud[14].

5. Sostenibilidad

Este trabajo analiza solo uno de los ámbitos en los que opera la sostenibilidad, que es el puramente económico. Entendemos que una parte importante para lograr entidades responsables con el entorno es que estas sean transparentes, estables y que realicen un trabajo auténticamente en beneficio de los colectivos que se proponen apoyar, y esta información se puede obtener, al menos en parte, del análisis de los datos económicos. Sin embargo, la sostenibilidad va mucho más allá de la transparencia y/o la mera sustentabilidad económica. Se trata de un reto amplio que abarca la consideración de todos los impactos, no solo económicos, sino medioambientales y sociales, de todas las organizaciones[15].

A lo largo del estudio, se ha podido observar que algunas ENL, siempre habiendo cumplido con los requisitos de transparencia, cuentan además con otros mecanismos de control e información, que muestran cierto entendimiento más amplio de la sostenibilidad[16]. Por ejemplo, se encuentran documentos relativos a compromisos por la igualdad, política medioambiental, tablas salariales, e incluso dos de las ENL incluyen el llamado «balance social», un instrumento interesante para medir el impacto social y medioambiental de las entidades[17].

---

[14] Estos datos vienen respaldados por otra observación: de las entidades para las cuales la financiación pública representa menos del 20 por 100 de los ingresos totales, más de la mitad se dedica a la infancia y/o juventud. A su vez, de las entidades que cuentan con más de un 80 por 100 de financiación pública, más de la mitad se dedica a personas con algún tipo de discapacidad o enfermedad.

[15] Solanes, Á., «La implementación de la Agenda 2030 desde el enfoque basado en derechos humanos», *Derechos y libertades*, núm. 43, Época II, junio 2020, p. 45.

[16] Se trata de alrededor de un 20 por 100 de las que cumplen con el requisito de transparencia fijado. En todo caso, este dato es difícil de concretar porque hay una cantidad incierta y una calidad muy desigual en cuanto a los instrumentos y la información que las ENL aportan en este sentido. En este sentido, es interesante el sello de la Fundación Lealtad, que se otorga a ENL que cumplen una serie de requisitos de transparencia, gobernabilidad y responsabilidad con el entorno. El 8 por 100 de las ENL analizadas tienen este sello. Para las ONGDs existe el sello «transparencia y buen gobierno» otorgado por la Coordinadora de Organizaciones para el Desarrollo. En este caso, dos de las ENL analizadas tienen este sello. Cfr. *https://www.fundacionlealtad.org/* y *https://coordinadoraongd.org/* (consultadas 20 de enero de 2024).

[17] Cfr. Oliveros, M., «El balance social como herramienta de responsabilidad social empresarial: una aproximación teórica», *Sapienza Organizacional*, vol. 3, núm. 6, 2016, pp. 93-106.

El informe del Pacto Mundial dedicado a las ONGs, que se mencionaba al principio de este trabajo, habla de una serie de pasos que deben tomar estas entidades para poder conocer y mejorar su impacto; uno de estos pasos es reportar y comunicar adecuadamente. Este informe propone a las entidades mostrar en todas sus comunicaciones un alineamiento con los ODS, por ejemplo, declarando un compromiso específico con los ODS, eligiendo determinados objetivos como prioritarios por su relación con el trabajo de la ENL, relacionando cada proyecto con uno o varios ODS y sus correspondientes indicadores, etc. Entre otras, la razón por la que se recomienda esto es que los ODS proporcionan un «lenguaje común» que nos permitiría entender y comparar las contribuciones de diferentes actores[18].

Concretamente, igual que las empresas pueden unirse al Pacto Mundial si cumplen una serie de requisitos, las entidades no empresariales tienen también la posibilidad de unirse a este, asumiendo el compromiso de comunicar sus acciones de alineamiento con los ODS a través de un informe de compromiso, que se reporta de forma bianual. Esta iniciativa ha tenido cierta acogida entre ENL de envergadura[19], pero, de las entidades analizadas en el presente trabajo, no hemos encontrado ninguna que forme parte del Pacto Mundial ni elabore este tipo de informes.

En todo caso, para una ENL, asumir el compromiso con una buena comunicación, sea alineada con el Pacto Mundial y los ODS, o desde otra perspectiva, repercutiría sin duda en su funcionamiento interno, en sus proyectos y personas involucradas, trabajadoras, socias y beneficiarias, y en su imagen externa, de cara a su proyección y percepción como agente de cambio positivo en la sociedad. Además, como se comentaba anteriormente y también recuerda el informe, las ENL son «actores fundamentales para sensibilizar a la población en torno al desarrollo sostenible»[20], por lo que una ENL que asuma compromisos medibles y comunique de manera adecuada y transparente también influirá a otras ENL y a la sociedad en general a la hora de avanzar en sostenibilidad.

---

[18] Red Española de Pacto Mundial, *Las ONG…*, cit., p. 15.

[19] Actualmente forman parte 95 ENL en toda España, de las cuales únicamente cuatro son de la Comunidad Valenciana. Cfr. *https://www.pactomundial.org/participantes/* (consultada el 24 de enero de 2024).

[20] Red Española de Pacto Mundial, *Las ONG…*, cit., p. 15.

III. CONCLUSIONES

Los ODS han supuesto un punto de inflexión en cuanto al entendimiento de la sostenibilidad a nivel global, y del papel que no solo los Estados, sino los actores privados deben jugar en ella[21].

El Pacto Mundial llama al «compromiso de todos los actores del planeta»[22] en la consecución de la Agenda 2030.

Es preciso poner el acento en la necesidad de concretar y cuantificar el desarrollo sostenible, pues para poder lograr una auténtica sostenibilidad es necesario conocer y medir la realidad[23]. Por ello, todas las ENL deben avanzar, en primer lugar, en transparencia económica, pero no únicamente: por el momento solo unas pocas ENL han tomado conciencia de que su actividad tiene un impacto que va más allá de su población beneficiaria y que se amplía a los aspectos medioambiental, social y económico, dentro y fuera de la propia organización.

Un aspecto a felicitar es que las ENL tienen un gran camino recorrido en cuanto a comunicación. Prácticamente todas las entidades analizadas tienen memorias anuales muy completas donde dan cuenta de sus actividades y proyectos. Es un primer paso, aunque no suficiente.

La Agenda 2030 llama a que todos los actores de la sociedad tomen conciencia de su responsabilidad para lograr un mundo más sostenible.

Como se afirma desde la Red Española del Pacto Mundial, «es esencial que los actores que forman parte del tercer sector […] asuman plenamente los desafíos de la agenda, ya que su papel es crucial para que esta sea viable en todos los niveles: local, autonómico, estatal y global»[24].

La mayoría de las ENL son efectivamente responsables y tienen una gran conciencia social. Sin embargo, deben trabajar por lograr una mejor transparencia, comunicación y medición de sus impactos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Camarán, M., Barón, L. y Rueda, M., «La responsabilidad social empresarial y los objetivos del desarrollo sostenible (ods)», *Revista Científica Teorías, Enfoques y Aplicaciones en las Ciencias Sociales*, núm. 24, 2019, pp. 41-52.

---

[21] Sanahuja, J. A., «De los objetivos del milenio al desarrollo sostenible: Naciones Unidas y las metas globales post-2015», *Anuario CEIPAZ*, núm. 7, 2014, p. 49.

[22] Red Española de Pacto Mundial, *Las ONG…*, cit., p. 7.

[23] Camarán, M., Barón, L. y Rueda, M., «La responsabilidad social empresarial y los objetivos del desarrollo sostenible (Ods)», *Revista Científica Teorías, Enfoques y Aplicaciones en las Ciencias Sociales*, núm. 24, 2019, p. 41.

[24] Red Española de Pacto Mundial, *Las ONG…*, cit., p. 7.

Oliveros, M., «El balance social como herramienta de responsabilidad social empresarial: una aproximación teórica», *Sapienza Organizacional*, vol. 3, núm. 6, 2016, pp. 93-106.

Red Española de Pacto Mundial, *El sector privado ante los ODS. Guía práctica para la acción*, 2016. Disponible en *https://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2017/02/Guia_ODS_PM_20170215_web.pdf*. Fecha de consulta: 20 de enero de 2024.

— *Las ONG ante los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, 2019. Disponible en *https://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2019/05/Las-ONG-ante-los-Objetivos-de-Desarrollo-Sostenible.pdf*. Fecha de consulta: 20 de enero de 2024.

Sanahuja, J. A., «De los objetivos del milenio al desarrollo sostenible: Naciones Unidas y las metas globales post-2015», *Anuario CEIPAZ*, núm. 7, 2014, pp. 49-84.

Solanes, Á., «La implementación de la Agenda 2030 desde el enfoque basado en derechos humanos», *Derechos y libertades*, núm. 43, Época ii, junio 2020, pp. 19-53.

1. Páginas web (consultadas el 20 de enero de 2024)

Acaronar: *https://acaronar.org/*
Acción Social La Cambra: *http://www.aslacambra.org/web/*
Arca de Noé: *https://elarcanazaret.org/*
Asindown: *https://www.asindown.org/*
Asociación Asperger Valencia - TEA: *https://www.aspergervalencia.org*
Asociación contra la Fibrosis Quística de la Comunidad Valenciana: *https://fqvalenciana.com/*
Asociación Dar al Karama: *https://www.daralkarama.org*
Asociación de Enfermedades Neuromusculares de la Comunidad Valencian, ASEMCV: *http://www.asemcv.org/*
Asociación de Familiares Pro-personas con Discapacidad Intelectual, ASPRONA: *http://asprona.es/*
Asociación de familiares y enfermos neuromusculares de Valencia, AFENMVA: *https://afenmva.org/*
Asociación de la Comunidad Valenciana de Esclerosis Múltiple, ACVEM: *https://www.acvem.org/*
Asociación de Miastenia de España, AMES: *https://miastenia.ong/*
Asociación de Padres de niños con cáncer de la Comunidad Valenciana, ASPANION: *https://aspanion.es/*
Asociación de Voluntarios de Acogimiento Familiar, AVAF: *http://www.avaf.org.es/*
Asociación Española de Fundaciones, AEF: *https://www.fundaciones.org/es/inicio*
Asociación Familiares Alzheimer Valencia, AFAV: *http://www.afav.org/*
Asociación para la Cooperación entre comunidades,ACOEC: *http://www.acoecongd.org*
Asociación Parkinson Valencia: *http://www.parkinson-valencia.com/*
Asociación Proyecto Autismo, ASPAU: *http://www.aspau.org/*
Asociación Valenciana de Empresas de Inserción, AVEI: *http://www.aveiweb.es.*
Asociación Valenciana de Espina Bífida, AVEB: *https://espinabifidavalencia.com.*

Asociación Valenciana de Fundaciones, AVFCV: *https://avfcv.com/*
Banco de Alimentos Valencia: *http://bancodealimentosdevalencia.org/*
Cáritas Diocesana de Valencia: *http://www.caritasvalencia.org/*
Casa Caridad: *https://casacaridad.com/*
Colectivo de Tiempo Libre y Acción Social, COTLAS: *http://www.cotlas.org/*
Coordinadora de Asociaciones de Lucha contra el Sida de la Comunidad Valenciana, CALCSICOVA, *http://www.calcsicova.org*
Coordinadora de Personas con Discapacidad Física de la Comunitat Valenciana, CODIFIVA: *http://codifiva.org/*
Coordinadora de Organizaciones para el Desarrollo: *https://coordinadoraongd.org/*
Coordinadora Valenciana de ONGDs, CVONGD: *https://www.cvongd.org/es/*
Down Valencia Treballant Junts: *https://www.downval.es/*
European Anti-Poverty Network, EAPN: *https://www.eapn.es/*
Federació Valenciana d'Associacions de Familiars de Persones amb Alzheimer, FEVAFA: *http://www.fevafa.org/*
Federación de Personas Sordas de la Comunitat Valenciana, FESORD: *https://www.fesord.org/*
Fundació Cívica Novessendes: *http://www.novessendes.org/*
Fundación Acavall: *http://www.fundacionacavall.com/*
Fundación Amigos de los Mayores, AGM, *https://amigosdelosmayores.org/es*
Fundación Arzobispo Miguel Roca Proyecto Hombre Valencia: *http://www.proyectohombrevalencia.org/index.php*
Fundación Cañada Blanch: *https://www.fundacioncanadablanch.org/*
Fundación de la Comunidad Valenciana estudio y cultura, ESYCU: *https://www.fundacionesycu.org/*
Fundación Desarrollo de Acciones Sociales y Culturales, DASYC: *http://www.fundaciondasyc.org/*
Fundación Divina Pastora: *http://www.divinapastora.com/fundacion/*
Fundación Don Juan de Dios Montañés y Álvarez: *http://www.fundacion-montanes.org/*
Fundación Española de Senología: *https://www.sespm.es/fundacion-sespm/fundacion/*
Fundación Fontilles: *https://fundacionfontilles.org/la-fundacion/*
Fundación Iniciativa Solidaria Ángel Tomás, FISAT: *https://www.fisat.es/*
Fundación J. A. Gómez Cerezo: *https://www.fundacion-gomezcerezo.org/*
Fundación Juan Arizo Serrulla: *http://fundacionjuanarizo.com/*
Fundación Juntos Mejor, FJMED: *http://fundacionjuntosmejor.com/*
Fundación Lealtad: *https://www.fundacionlealtad.org/*
Fundación Manuel Broseta: *https://www.fundacionbroseta.org/*
Fundación Novaterra: *https://www.novaterra.org.es/*
Fundación por la Justicia, FxJ: *http://www.fundacionporlajusticia.org/*
Fundación Proyecto Vivir: *https://www.proyectovivir.es/*
Fundación Tomás Pascual: *https://www.fundacionpascualtomas.org/*
Fundación Tribunal Arbitral del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia: *http://www.tav.icav.es/index.php?idioma=es*
Imagen en Acción: *http://imagenenaccion.org/*
Iniciatives Solidàries: *http://www.iniciativessolidaries.com/*
Instituto Valenciano de Juventud, IVAJ: *https://ivaj.gva.es/es/*
José María Haro – Intra: *http://www.fundacionintra.org/*

Jóvenes hacia la Solidaridad y el Desarrollo: *https://jovesolides.org/*
Juntos por la vida: *https://www.juntosporlavida.org/*
La Casa Grande: *https://www.lacasagrande.org/*
La Tenda De Tot El Món: *http://www.la-tenda.org/*
Mamás en Acción: *https://mamasenaccion.es/*
Monestudi: *http://monestudiong.blogspot.com/*
Nueva Opción : *https://www.nuevaopcion.es/*
Payasospital: *http://www.payasospital.org/*
Plena Inclusión CV: *http://plenainclusioncv.org/*
Por ti mujer: *https://asociacionportimujer.org/*
Psicólogas y Psicólogos sin Fronteras, PSF: *http://www.psicologossinfronteras.org/*
Rastro Solidario: *https://www.rastrosolidario.org/*
San Vicente Ferrer: *https://www.colegioimperialsanvicente.es/index.php*
Sant Joan de Déu Serveis Socials: *https://www.sanjuandediosvalencia.org/*
Unió Pobles Solidaris: *http://www.upsolidaris.org/*

IMPLEMENTACIÓN DE PLATAFORMAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LÍNEA (ODR) PARA RESOLVER ACCIONES DE TUTELA EN COLOMBIA, COMO MOTOR DE EFICIENCIA Y SOSTENIBILIDAD PARA LA RAMA JUDICIAL

Claudia Fernanda Solarte Salomón
Docente Programa de Derecho - Universidad San Buenaventura Cali
Doctoranda en Derecho Privado Universidad de Salamanca

RESUMEN: Implementación de plataformas de Resolución de Disputas en Línea (ODR) para la gestión de acciones de tutela en Colombia, se presenta como una solución para mejorar la eficiencia y sostenibilidad del sistema judicial. Para lograrlo es importante que se incluya inteligencia artificial, para que la plataforma logre ser una herramienta realmente transformadora y de verdadero apoyo al sistema judicial. Actualmente, con el avance de la inteligencia artificial se puede garantizar el apoyo de estas herramientas desde la recepción de la acción de tutela hasta la emisión del fallo. Esta innovación no solo optimizaría el sistema judicial, sino que también contribuiría al cumplimiento del Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 16, promoviendo sociedades pacíficas e inclusivas con acceso a la justicia para todos y construyendo instituciones responsables y eficaces.

Palabras claves: Resolución de disputas en línea; inteligencia artificial; Administración de Justicia; acciones de tutela.

ABSTRACT: Implementation of Online Dispute Resolution (ODR) platforms for the management of tutela actions in Colombia is presented as a solution to improve the efficiency and sustainability of the judicial system. To achieve this, it is important to include artificial intelligence, so that

the platform can be a truly transformative tool and a true support to the judicial system. Currently, with the advancement of artificial intelligence, the support of these tools can be guaranteed from the receipt of the tutela action to the issuance of the ruling. This innovation would not only optimize the judicial system but would also contribute to the fulfillment of Sustainable Development Goal (SDG) 16, promoting peaceful and inclusive societies with access to justice for all and building accountable and effective institutions.

Keywords: Online dispute resolution; artificial intelligence; administration of justice; tutela actions.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. NECESIDAD DE INNOVACIÓN EN EL PANORAMA ACTUAL DEL SISTEMA JUDICIAL COLOMBIANO. 1.Problemáticas generalizadas de la Administración de Justicia. III. PLATAFORMAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LÍNEA (ODR). 1. Definición de plataformas ODR. 2. Funcionamiento de las plataformas ODR. 2.1. Plataformas ODR operadas mediante Inteligencia Artificial. 2.2. Funcionamiento de las plataformas ODR inteligentes. 2.3. Alcance de la inteligencia artificial en la etapa de negociación. IV. LA IMPLEMENTACIÓN DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. 1. Propuesta de funcionamiento de una ODR para la aceptación y resolución de las acciones de tutela en Colombia. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La acción de tutela, introducida en Colombia por la Constitución de 1991, ha sido un mecanismo crucial para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Desde su implementación con la Constitución de 1991, la acción de tutela ha permitido a los colombianos recurrir rápidamente a la justicia para salvaguardar sus derechos constitucionales, convirtiéndose en una herramienta esencial del sistema judicial colombiano. Sin embargo, la concepción misma de esta acción y el volumen creciente de tutelas genera una presión considerable sobre los recursos judiciales, subrayando la necesidad de soluciones innovadoras que mejoren la eficiencia y sostenibilidad del sistema.

En este artículo, se examina la implementación de plataformas de Resolución de Disputas en Línea (ODR, por sus siglas en inglés) como un motor potencial de eficiencia y sostenibilidad para la rama judicial en Colombia, específicamente en el contexto de la acción de tutela. Inicialmente, se proporciona una explicación sencilla del procedimiento de la acción de tutela en Colombia, respaldada por estadísticas de la Corte Constitucional que ilustran la cantidad de acciones presentadas desde 1992 y las categorías más frecuentes, destacando el derecho de petición y el derecho a la salud como los derechos más reclamados.

A continuación, se definen las plataformas ODR y se explica su funcionamiento, diferenciando entre aquellas que utilizan inteligencia artificial (IA) y las que no, lo que permite entender la importancia de incluir inteligencia artificial en el desarrollo de estas herramientas, siendo este el elemento realmente transformador y que aporta a la descongestión del sistema judicial. Posteriormente, se analiza la importancia de la inclusión de IA en la Administración de Justicia en general, considerando los beneficios potenciales en términos de eficiencia, accesibilidad y reducción de cargas laborales para el sistema judicial.

El artículo concluye con una propuesta específica para el funcionamiento de una plataforma ODR diseñada para la aceptación y resolución de acciones de tutela en Colombia, ofreciendo un modelo que podría transformar significativamente la gestión de estas acciones, contribuyendo a un sistema judicial más ágil, accesible y sostenible.

II. NECESIDAD DE INNOVACIÓN EN EL PANORAMA ACTUAL DEL SISTEMA JUDICIAL COLOMBIANO

El ejercicio jurídico, como una rama antigua, ha mantenido una presencia continua a lo largo de la historia, arraigada en principios legales establecidos y procedimientos estables.

Hoy por hoy el mundo está siendo testigo de la llegada de la Cuarta Revolución Industrial, un fenómeno caracterizado por la convergencia de tecnologías digitales, físicas y biológicas. La influencia de la automatización, la inteligencia artificial y la analítica de datos está transformando el mundo, y con esto, una transformación sin precedentes, con la característica que ninguna de las situaciones quedan por fuera de la influencia de este salto digital, desde la transformación de nuestros hogares en hogares inteligentes, hasta la totalidad de las profesiones, así, cada una de las profesiones está experimentando el cambio generado con la cuarta revolución industrial, médicos, arquitectos, ingenieros, pilotos, y en general todas las profesiones, están siendo permeadas por los cambios generados en la actualidad.

Por supuesto el derecho no puede ser ajeno a esta transformación, experimentando cambios trascendentales que involucran desde la forma de educación en las facultades de derecho, hasta el ejercicio mismo de la abogacía, todo en torno a los cambios generados por la implementación de la tecnología en el derecho. En su lugar, la Administración de Justicia no puede ser ajena a estos cambios, siendo esta la que más clama el apoyo de herramientas de digitalización, automatización procedimental, e inclusión de herramientas de inteligencia artificial, como apoyo a la ardua labor de la Administración de Justicia.

1. Problemáticas generalizadas de la Administración de Justicia

Como sabemos, la dilación de los procesos, derivadas de los problemas estructurales que padecen numerosos órganos jurisdiccionales, las elevadas cargas de trabajo, sumado a la falta de recursos en los tribunales, la complejidad de las leyes procesales al interior de los estados, que están creadas de forma rigurosa y ritualista que, por sí mismas generan la demora en los procesos judiciales.

En un estudio realizado por Buscaglia y Dakolias, en 1996, se concluyó que algunos de los factores más importantes que influyen en la larga duración de los procesos judiciales son el número de casos asignados a la instancia judicial, la gestión y la complejidad de los casos[1]. Finalmente, los autores lograron identificar que, para ese entonces, los juzgados que invertían en tecnología, si mostraban mejoras en la celeridad y descongestión judicial, frente a los que no lo hacían.

Delante de este cuadro, hacer que el derecho se torne efectivo implica adoptar una postura de compromiso social y de enfrentamiento serio de las dificultades típicas de sociedades complejas[2], esto incluye el apoyo a la rama judicial con herramientas que le permitan celeridad y con ello descongestión judicial, más aún en países que claman justicia para la protección de los derechos básicos de sus habitantes, pues es en estos lugares en los que se impone la carga a la Administración de Justicia de intentar mantener la provisión de sus servicios básicos a partir de acciones judiciales.

En el caso de Colombia, los ciudadanos pueden acudir a la acción de tutela, este es un mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales, establecida en la Constitución de 1991. Su propósito es garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando estos se vean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad o de particulares en ciertas circunstancias. El procedimiento judicial es sencillo y está diseñado para brindar una protección efectiva y oportuna. Puede ser interpuesta por cualquier persona, independientemente de su capacidad económica o condición social, lo cual la convierte en una herramienta accesible para la defensa de los derechos fundamentales. La situación es que por la forma en la que está concebida, la acción de tutela puede ser presentada ante cualquier juez de la República, y una vez presentada, el juez debe decidir

---

[1] Buscaglia, E. y Dakolias, M., «Judicial reform in Latin American Courts: The experience in Argentina and Ecuador», *World Bank Technical Paper* 350, Banco Mundial, 1996, pp. 29-41.

[2] Callegari, J. «Celeridad procesal y razonable duración del proceso», *Revista Derecho y Ciencias Sociales,* núm. 5, 2011, pp. 114-129.

sobre su admisión dentro de los dos días siguientes, una vez admitida, el juez dispone de diez días hábiles, contados a partir del día siguiente a la admisión, para resolver la tutela. Durante este periodo, se pueden solicitar pruebas y realizar audiencias sumarias si es necesario. Como vemos, esta acción, se presenta:

— Sin ningún tipo de formalidad, y sin necesidad de intervención de apoderado judicial.
— Para proteger derechos fundamentales.
— Se presenta ante cualquier juez de la república, independientemente de lo congestionado que esté el despacho, y este tiene dos días para admitir la acción de tutela, y por supuesto esta admisión tiene que estar fundamentada, por lo que, al recibir acciones de tutela, el juzgado debe dar prioridad a esta, dejando a un lado los demás procesos que no tienen términos perentorios tan inmediatos como esta acción, porque se trata de proteger derechos fundamentales.

Como podemos ver, tenemos dos necesidades contrapuestas, por una parte, está la necesidad de los ciudadanos frente a la protección de sus derechos, cuando estos estén en peligro de ser vulnerados o estén efectivamente siendo vulnerados, por otra parte, requerimos descongestión en la Administración de Justicia y apoyo para lograr la celeridad de los procesos, y esto se traduce en materialización del acceso a la justicia.

Si bien, el trámite de la acción de tutela como está planteado no es el único causante de la congestión judicial, lo cierto es que, si es uno de los factores que influyen, en el retraso de los procesos, e incluso, por la forma en la que está concebido este procedimiento termine siendo resuelto en horarios no laborales por parte de los funcionarios que laboran en los despachos, por la necesidad de argumentar la admisión o inadmisión de las acciones de tutela. Es por ello, que vemos oportuno incluir apoyo tecnológico en la etapa de resolución de la acción de tutela y por ello, nos permitimos proponer la inclusión de una plataforma ODR como mecanismos de apoyo para resolver en primera medida los conflictos que se susciten y que sean derivados en acciones de tutela.

Desde enero de 1992 a hasta febrero de 2024, los despachos de Colombia han dado trámite a 2 896 754 acciones de tutela, siendo este, un mecanismo que año a año incrementa, lo que resulta un panorama poco optimista, porque significa que se está cargando a la rama judicial la satisfacción de los derechos fundamentales, cada vez más.

A continuación, se presentan estadísticas[3] de la Corte Constitucional, con los indicadores respecto a:

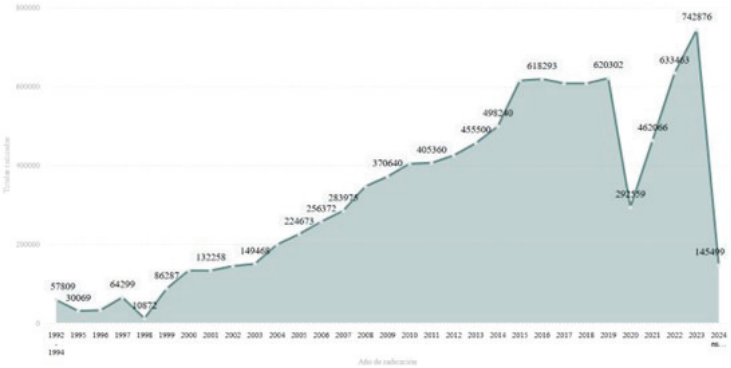
[3] *https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php* (Consultado el 4 de abril de 2024)

— Acciones de Tutela presentadas por año, para proteger los derechos fundamentales en general. (Figura 1)

— Acciones de tutela presentadas entre enero de 2019 y febrero de 2024, que resultan improcedentes en primera instancia y en segunda instancia se confirma la decisión. (Figura 2)

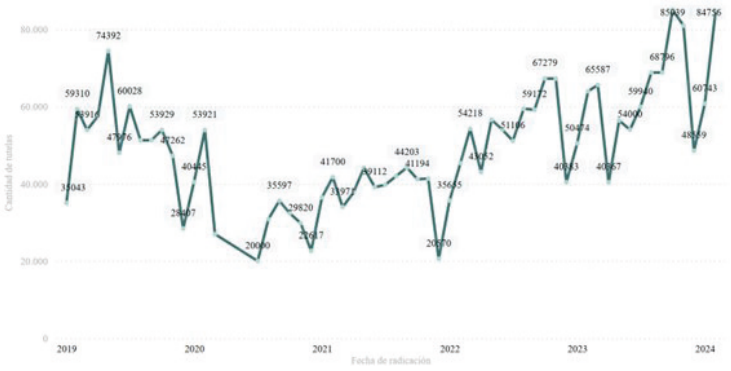
— Acciones de tutela presentadas entre enero de 2019 y febrero de 2024, que conceden el recurso en primera instancia y en segunda instancia se confirma. (Figura 3)

FIGURA 1. **Cantidad de tutelas radicadas en la Corte Constitucional**.
Periodo de reporte: 1992 – febrero 2024



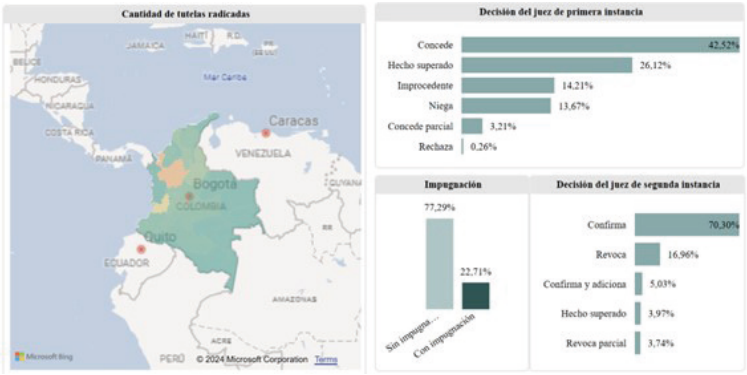
Fuente: Tomado de la Corte Constitucional

FIGURA 2. **Tutelas por fecha de radicación**.
Periodo de reporte: enero 2019 – febrero 2024



Fuente: Tomado de la Corte Constitucional

FIGURA 3. **Decisión de los jueces de primera y segunda instancia**. Periodo de reporte: enero 2019 – febrero 2024



Fuente: Tomado de la Corte Constitucional.

Para 2023, según la Corte Constitucional, se recepcionaron 742 876 acciones de tutela, de estas 42,54 por 100 fueron concedidas, 14,21 improcedentes, 26,12 se constituyeron como hecho superado, el 13, 67 por 100 niega el amparo, 3,21 por 100 concede parcial, y el 0,26 por 100 rechaza[4].

Como se mencionó anteriormente, la acción de tutela es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales, y como tal, es una herramienta que utilizan los ciudadanos cuando sus derechos están siendo vulnerados o están en riesgo de ser vulnerados.

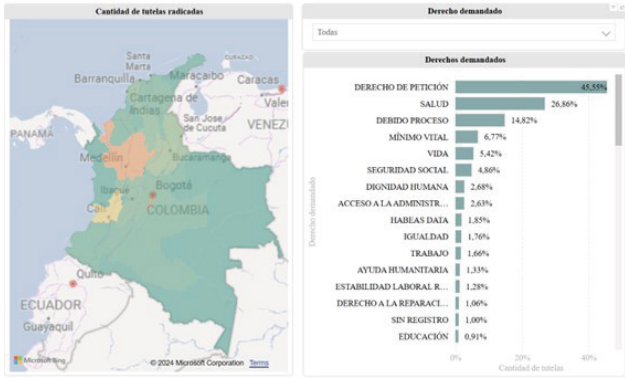
Los derechos fundamentales están concebidos en la Constitución Política de Colombia, y están enmarcados en unos artículos específicos, de tal suerte que, si se trata de la vulneración de alguno de los derechos establecidos entre los arts. 11 y 41 de la constitución política de Colombia, los ciudadanos pueden acudir de manera inmediata ante cualquier juez de la república, para solicitar el amparo de tutela de sus derechos.

El derecho que más resulta vulnerado, y por el que los ciudadanos acuden en su mayoría es el derecho de petición, establecido en el art. 23 de la Constitución y que establece que «Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución». El siguiente derecho por el cual se solicita protección es el Derecho a la Salud y el debido proceso. En la tabla 4, se indica cuáles son los derechos de-

[4] *https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php* (Consultado el 4 de abril de 2024).

mandados entre el periodo de 2019 y hasta febrero de 2024, y que son objeto de protección de acción de tutela.

FIGURA 4. **Derechos demandados.**
Periodo de reporte: enero 2019 – febrero 2024



Fuente: Tomado de la Corte Constitucional.

Llama la atención, que el derecho fundamental, que en su mayoría requiere ser tutelado sea el de petición, ello implica que se está acudiendo a la Administración de Justicia para que una entidad pública o privada, de respuesta a una petición de un particular.

Se trata entonces, de una situación en la que se acude ante un juez de la república para solicitar que ordene a la entidad contestar una petición concreta, por lo que si pensáramos en una herramienta tecnológica de apoyo para la admisión y resolución de este conflicto bien podría pensarse en una plataforma ODR, que recepcione la acción de tutela, solicite pruebas, contacte a la otra parte y permita allegar la prueba de la respuesta que brindó al peticionario, que en caso de no contar con esta respuesta, la herramienta puede generar el fallo confirmando el amparo e instando a la parte accionada a contestar en el término establecido en la ley.

Situación similar, si hacemos el mismo ejercicio con los demás derechos fundamentales, en lo que hoy por hoy se está involucrando a la rama judicial y específicamente a los funcionarios de los juzgados y que claramente pueden ser resueltos con apoyo de una herramienta de Resolución de Disputas en Línea.

Una de las inquietudes que se puede plantear respecto a la propuesta de la implementación de plataformas ODR como herramientas de apoyo para la resolución de acciones de tutela, sin que sea necesario que estas sean resueltas por los despachos judiciales en Colombia, se puede presentar en torno a que estas plataformas de resolución de disputas en

línea son pensadas inicialmente como apoyo a los métodos alternativos de solución de conflictos. Frente a esto, cuando hablamos de acciones de tutela y de derechos fundamentales no estamos hablando de métodos alternativos de solución de conflictos, pero si estamos hablando de conflictos que se suscitan entre un particular y una entidad pública o privada y que tienen que ver, nada más y nada menos, que con la necesidad de protección de sus derechos fundamentales, es decir que, a esto si se le puede llamar conflicto, por lo que resulta plenamente viable pensar en plataformas ODR, para la resolución de los conflictos que se presenten, y que involucren derechos fundamentales.

A continuación, nos permitimos hacer un análisis de las plataformas de resolución de disputas en línea, su definición, funcionamiento, y la forma en la que estas plataformas apoyan en la resolución de los conflictos.

III. PLATAFORMAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LÍNEA (ODR)

1. Definición de plataformas ODR

Los Métodos Alternativos de Resolución de Disputas (ODR, por sus siglas en inglés) son un conjunto de procedimientos y técnicas utilizados para resolver conflictos de manera extrajudicial, especialmente en el ámbito de la resolución de disputas en línea. Estos métodos, en contraste con el sistema judicial tradicional, se centran en facilitar la comunicación, la negociación y la resolución de disputas de manera eficiente, rápida y económica. El ODR abarca una amplia gama de enfoques, que van desde la mediación y la conciliación hasta el arbitraje y la resolución colaborativa, y hace uso de herramientas tecnológicas para facilitar el proceso de resolución de disputas. Mas allá de eso, los ODR, tienen un potencial transformador cuando se desarrollan con inteligencia artificial, esto nos permite estar en total acuerdo con el planteamiento de Calderón Marenco «Los ODR, son la combinación de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC´S) y los MASC tradicionales, sin embargo, en la actualidad se suelen confundir con la simple permisión de la utilización del medio electrónico en algunos MASC»[5].

2. Funcionamiento de las plataformas ODR

Como sabemos, las plataformas ODR integran diversas herramientas y metodologías que permiten a las partes involucradas resolver sus

[5] Calderon Marenco, E. *et al., ODR: Validez y eficacia en Argentina, Colombia y Nicaragua para aportarle al ODS 16.,* Espacio Editorial Institucional UCU, 2022, p. 21.

disputas de manera eficiente, accesible y, en muchos casos, más económica que los métodos tradicionales. El funcionamiento general de estas plataformas se centra en servir de apoyo al desarrollo de los métodos alternativos de solución de conflictos, en el sentido de permitir a las partes un espacio de presentación de su disputa, seleccionar el método de resolución de conflictos, hacer seguimiento de los casos con las notificaciones y programación de las sesiones en las que se desarrollarán las audiencias, y la resolución de caso, con el acta de cierre.

Si bien, esta es la forma en la que se desarrollan las ODR, lo cierto es que, este funcionamiento no representa gran ventaja, por cuanto únicamente sirve de apoyo tecnológico, en cuanto a digitalización y automatización de unos pasos, sin embargo, sigue requiriendo para la etapa de análisis de las pruebas y resolución del conflicto a un tercero encargado de esta gestión, lo que en últimas no soluciona el problema de fondo en lo que refiere a descongestión judicial.

Lo cierto, es que estas plataformas tienen la posibilidad de incluir inteligencia artificial en los pasos que actualmente se desarrollan por medio de mediadores, conciliadores y árbitros, y en este punto se puede vislumbrar el verdadero poder transformador de la herramienta. Esto sucede cuando se involucra la inteligencia artificial como apoyo en la resolución central del conflicto, Fanfeig acertadamente indica que los ODR no son un simple mecanismo que utiliza el medio electrónico, sino que introduce una aplicación (*software*) por medio de la cual se realiza el litigio[6]. Ahora bien, el ODR está relacionado directamente con la existencia y el uso de una plataforma. Con la evolución de la tecnología, ahora puede verse como la inteligencia artificial apoya estos procesos, toda vez que permiten facilitar directamente la resolución de disputas[7].

No es de extrañarse que la mayoría de los autores atribuyen a las plataformas ODR, únicamente los beneficios de digitalización automatización sin incluir la inteligencia artificial. Si vemos, la normativa europea Reglamento (UE) núm. 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, que establece la plataforma de resolución de litigios en línea, que facilita la resolución extrajudicial de litigios entre consumidores y comerciantes en línea, limita la plataforma a: los litigios derivados de transacciones en línea iniciados por consumidores residentes en la Unión frente a comerciantes establecidos en la Unión, y teniendo como principales beneficiarios de la plataforma de resolución de litigios en línea a los consumidores y los comerciantes que efectúen operaciones transfronterizas en línea, y de acuerdo a los establecido en el art. 16 del reglamento «La plataforma debe permitir a consumido-

---

[6] Fanfeig Wang, F. *Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US and China*, Cambridge University Press, 2010.

[7] Quek Anderson, D., «Ethical Concerns in Court-Connected Online Dispute Resolution», *International Journal of Online Dispute Resolution,* 5 (1/2), 2018, pp. 20-38.

res y comerciantes presentar reclamaciones rellenando un formulario electrónico de reclamación disponible en todas las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión, y adjuntar los documentos pertinentes». Debe transmitir las reclamaciones a una entidad de resolución alternativa competente para conocer del litigio en cuestión.

La plataforma debe ofrecer gratuitamente un sistema electrónico de tramitación de asuntos que permita a las entidades de resolución alternativa tramitar el procedimiento de resolución del litigio con las partes a través de la plataforma de resolución de litigios en línea. Lo que implica que esta plataforma sirve de apoyo a la tramitación de los MASC, pero continúa con la necesidad de intervención humana en las etapas de desarrollo de la tramitación del conflicto, es decir, la plataforma de acuerdo con el art. 9 numeral 6, conecta a las partes con una entidad de resolución de conflictos, para que sea esta quien se encargue de resolver «La plataforma de resolución de litigios en línea transmitirá la reclamación automáticamente y sin demora a la entidad de resolución alternativa a la que las partes hayan acordado someter el litigio», quienes de acuerdo al art. 8 de la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo, tienen un plazo de 90 días naturales, para resolver el conflicto «el resultado del procedimiento de resolución alternativa se dé a conocer en un plazo de noventa días naturales contados desde la fecha en que la entidad de resolución alternativa haya recibido el expediente completo de reclamación»[8].

Como vemos, una plataforma de resolución de conflictos en línea con la característica de la necesidad de vinculación de seres humanos para la resolución del conflicto no sería una solución viable para el caso que nos atañe de congestión judicial, pues si vemos, en esta plataforma «El usuario se registra, presenta la reclamación, las partes involucradas son contactadas y se pone a su servicio un listado de entidades acreditadas en la solución de conflictos ante la UE»[9]. Como podemos ver, esta plataforma ODR opera mediante una serie de pasos en los que la inteligencia artificial no desempeña un papel activo en la resolución del conflicto. En su lugar, la intervención humana sigue siendo fundamental, ya que la plataforma actúa únicamente como un medio de conectividad entre las partes, facilitando la documentación del caso y permitiendo la comunicación de manera asincrónica. Además, su función principal es delegar la resolución del conflicto a un árbitro, centrándose exclusivamente en disputas comerciales entre los países miembros de la UE, para aquellas situaciones derivadas del comercio electrónico.

---

[8] Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo). Art. 8 numeral e.

[9] Cardenas Caycedo, O. «Nuevos horizontes en los ODR: el *oversight board* de Facebook». *Justicia digital: avances y retrocesos*, 2011, p. 162.

La mayoría de plataformas que son diseñadas como ODR públicas no vinculan en la resolución de conflictos inteligencia artificial, contrario a lo que sucede con las privadas por ejemplo eBay, Rappi, Amazon, son plataformas que no podrían subsistir con la llegada de sus procesos día a día si no tuvieran apoyo de la inteligencia artificial en estas plataformas hay un cuarto interviniente: la inteligencia artificial, que se encarga de tramitar y resolver conflicto, o en su caso, se encarga de proponer soluciones a las partes, para que lleguen a un acuerdo, y es aquí donde encontramos el verdadero valor que las herramientas pueden aportar a la Administración de Justicia.

2.1. *Plataformas ODR operadas mediante Inteligencia Artificial*

Las plataformas de Resolución de Disputas en Línea (ODR) que utilizan inteligencia artificial (IA) incorporan tecnologías avanzadas para mejorar la eficiencia, accesibilidad y precisión en la resolución de conflictos. Sirviendo a las partes que se encuentran en un conflicto desde el registro del caso hasta la resolución del conflicto con inteligencia artificial, haciendo nula la intervención de seres humanos profesionales del derecho en la resolución del conflicto.

Ejemplos de estas plataformas son las de uso privado que sirven al comercio electrónico, Ebay, Amazon, Paypal, que cuentan con estas plataformas que de manera exitosa han logrado la sostenibilidad del negocio on line, atendiendo miles de reclamos y dando trámite a los mismos de manera oportuna. Al respecto, Collin, creador de estas plataformas se refiere al éxito de las mismas debido a las soluciones algorítmicas «en la actualidad en la actualidad se encargan de evitar las disputas legales al solucionar problemas y lograr acuerdos de manera rápida y justa en plataformas como Amazon, AliExpress, eBay y Airbnb, entre otras. Para lograr lo anterior, estos sistemas usan algoritmos que permiten a los usuarios indicar su problema e inmediatamente seleccionar la solución que prefieren. Estas resoluciones instantáneas se denominan soluciones algorítmicas o como lo llamamos en Resolución en Línea: Solución Directa»[10], con lo que se ha logrado resolver de manera exitosa 60 millones de reclamos al año, una cifra que sería imposible con la necesidad de intervención de seres humanos.

Las cifras son tan impresionantes que, posterior a la implementación de estas ODR, el 90 por 100 de los casos lograron resolverse sin la intervención de un ser humano y 50 por 100 de las disputas lograron

[10] *https://empresas.resolucionenlinea.com/blog/2023/08/29/gestion-de-reclamos-como-ebay-y-paypal-lograron-resolver-de-forma-exitosa-60-millones-de-reclamos-al-ano/* (Consultado el 10 de mayo del 2024).

ser resueltas amistosamente entre el vendedor y el cliente. Caso similar, lo vemos con la introducción del asistente de arbitraje de inteligencia artificial de la Comisión de Arbitraje de Guangzhou (China), herramienta de IA no se trata solo de acelerar la resolución de disputas. Es un punto de inflexión que mejora la precisión y la agilidad de todo el proceso. Este importante hito subraya el potencial transformador de la tecnología en el panorama jurídico, se trata de un robot inteligente que logra dar solución a las disputas, gestionar la presentación de casos y brindar consultas, llegando a la cifra de más de 14 000 consultas y cerca de 300 casos presentados[11].

La inteligencia artificial en estas plataformas, resulta una herramienta que logra resultados sorprendentes, otro caso que merece destacar es el Smartsettle ONE, utilizado en 2019, para lograr un acuerdo de mediación «el uso de este robot mediador a partir de la inteligencia artificial (IA) permitió resolver un conflicto de tres meses en menos de una hora»[12] una cifra que por lo menos debe ponernos a pensar en la posibilidad de implementar este tipo de tecnologías al servicio de la rama judicial, y como respuesta a los múltiples problemas que se presentan en la labor de administrar justicia.

2.2. *Funcionamiento de las plataformas ODR inteligentes*

Como mencionamos anteriormente, las plataformas ODR, tienen la posibilidad de servir de apoyo para la conectividad, siendo las plataformas ODR de primera generación «estamos hablando de ODR que fueron fruto de la Tercera Revolución Industrial, que ya hace años —en la década de 1950— comenzaba a transformar paulatinamente la sociedad analógica en digital. En este sentido llegaron medidas como la sustitución del documento en papel por el documento electrónico, los convenios y laudos arbitrales electrónicos, las comunicaciones por correo electrónico, la práctica de pruebas mediante videoconferencia e, inclusive, la celebración completa de vistas virtuales telemáticas o *virtual hearings* algo que en principio era impensable»[13].

Aun cuando esta es la concepción generalizada de estas plataformas, y su uso institucional ha sido limitado a este apoyo, no podemos perder de vista que comienza a ser una realidad la incorporación de inteligencia artificial a la resolución de conflictos (nos encontramos, pues, ante los llamados «ODR de segunda generación», «Smart ODR»

---

[11] *https://www.cryptopolitan.com/es/asistente-de-arbitraje-impulsado-por-ia/* (Consultado el 10 de mayo de 2024).

[12] Oderlin Font, J. El uso de la inteligencia artificial en la mediacion: ¿quimera o realidad?, *Revista del Instituto de Ciencias Juridicas de Puebla, Mexico,* vol. 15, 2021, p. 2.

[13] Marcos Francisco, D. «Sistema Arbitral de Consumo: algunas propuestas "inteligentes" de *lege ferenda*», *InDret 1*, 2024, p. 117.

u «ODR+»)[14] y es que, somos testigos de la transformación digital que estamos viviendo, en cada una de las esferas de nuestra vida, la inteligencia artificial está transformando la forma en la que interactuamos con nuestras profesiones y nuestros quehaceres diarios, en palabras de Klau Schwab, estamos en una Cuarta Revolución Industrial y esto «implica una sociedad en la que todo gira en torno a la tecnología (donde la inteligencia artificial tiene un papel protagonista) y en la que se produce una verdadera metamorfosis a nivel tecnológico en incontables sectores o ámbitos de la vida»[15].

Estos sectores no pueden desconocer al sector justicia, por lo que el sector privado de plataformas electrónicas, que hoy por hoy frente a los vacíos legales y la falta de reglamentación respecto al trámite de sus conflictos, ha tenido que convertir sus plataformas en espacios en los que el mismo sistema cumple la labor legislativa (a partir de la redacción de sus propios términos y condiciones) y judicial, en lo referente a ser las plataformas de gestión y de solución de conflictos, lo que ha derivado en los increíbles sistemas de Resolución de Disputas en Línea Inteligentes, que pueden lograr el trámite y la resolución de los miles de conflictos que se presentan día a día, sin la intervención de seres humanos, lo que se gestiona en su totalidad con inteligencia artificial, que a su vez trabaja con tres elementos: los macrodatos (*big data*), los algoritmos (secuencias ordenadas y finitas de operaciones que permiten obtener un resultado) y los equipos o máquinas informáticas que sirven físicamente de soporte a los otros dos elementos (*hardware*)[16].

Los ODR inteligentes operan desde el primer momento con inteligencia artificial, y sirven a las partes desde el momento del Registro a la plataforma, mediante un proceso automatizado de verificación de identidad. Una vez registradas, la IA puede realizar un análisis preliminar de los datos proporcionados para clasificar la disputa según su naturaleza y complejidad, categorizando el conflicto, y realizando una evaluación preliminar de los documentos aportados por los solicitantes.

Seguido a ello, con apoyo de un formulario en línea, tipo chatbot, que también funciona con inteligencia artificial y procesamiento del lenguaje natural, la plataforma recibe la reclamación, validando que toda la información esté debidamente diligenciada y completa, lo que se puede denominar la etapa de presentación de la disputa.

Una vez se ha agotado este paso, continúa la evaluación de la disputa, es en este punto en el que la inteligencia artificial basada en

---

[14] *Ibid.*

[15] Schwab, K. «Cuarta Revolución Industrial», *Debate,* 2016.

[16] de Hoyos Sancho, M. «El proyecto de reglamento de la Unión Europea sobre inteligencia artificial, los sistemas de alto riesgo y la creación de un ecosistema de confianza», *Justicia poliédrica en periodo de mudanza: Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad*, 2022, pp. 406- 407.

algoritmos analiza la documentación para identificar patrones, precedentes legales y una vez los analice procede a proporcionar a las partes posibles soluciones. Para el caso de las plataformas de comercio electrónico las soluciones e incluso el análisis de los datos surge a partir de los términos y condiciones de la plataforma, esto debido a que se ha programado la plataforma con esta información, lo que no obsta, para que pensemos que en el sistema judicial se pueda utilizar los datos específicos para este tipo de conflictos.

2.3. *Alcance de la inteligencia artificial en la etapa de negociación*

En los últimos años, la inteligencia artificial, ha alcanzado estándares que resultaban inimaginables únicamente en las películas de ciencia ficción, a tal punto que si hoy realizamos el test de Turing a las inteligencias artificiales que están en el mercado, podemos decir que pueden llegar al punto de confundirnos sobre quien es la máquina y quien es el ser humano.

Sorprendidos con los avances, hoy podemos decir que tenemos inteligencias artificiales con la que podemos interactuar con voz, imágenes, texto y video, que logran hacer análisis tan complejos como el ser humano, con increíble nivel de asertividad, lo que facilita el apoyo en la comunicación de las partes, mediando en tiempo real, destacando los puntos clave y ayudando a mantener el enfoque en la resolución del conflicto. Así mismo, puede generar propuestas, basándose en datos históricos y patrones reconocidos, sugerir soluciones potenciales que han funcionado en casos similares, ayudando a las partes a alcanzar un acuerdo.

Como vemos, estas herramientas que hoy por hoy ya tienen un campo de funcionamiento bastante desarrollado en el campo de las aplicaciones de comercio electrónico, pueden ser de gran utilidad al sector justicia, siendo un instrumento de apoyo para la tan anhelada descongestión judicial, logrando consecuentemente celeridad en los procesos.

IV. LA IMPLEMENTACIÓN DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En el contexto de la evolución tecnológica, el papel de la Inteligencia Artificial en la Administración de Justicia ha adquirido una importancia significativa, siendo el uso de sistemas de IA en este ámbito, objeto de atención y estudio durante años. En este sentido, Martínez

Bahena destaca la relevancia de los sistemas de expertos jurídicos, basados en el conocimiento, como una de las principales aplicaciones de la inteligencia artificial en el campo del Derecho y en la toma de decisiones judiciales. Estos sistemas poseen una característica distintiva en su capacidad para abordar conflictos con peculiaridades particulares, lo que subraya su potencial para mejorar la eficiencia y la precisión en el ámbito judicial, brindando «posibles soluciones a determinados asuntos jurídicos aplicando el conocimiento experto en la materia, así como explicar sus razonamientos»[17].

Todo esto, por supuesto apoyado en el poder de los datos, sobre el particular, Oderlin Font, hace referencia a la importancia de lograr justificar cualquier decisión que se haya tomado en el ámbito judicial, por medio de inteligencia artificial, por lo que de acuerdo al autor, al utilizar este tipo de herramientas, resulta indispensable el registro de la totalidad de los datos de las operaciones efectuadas, así como los pasos que llevan a la toma de decisiones, resultando en todo caso, relevante que quienes van a someter su litigio a estas herramientas conozcan la forma de resolución de su disputa, pues en últimas, de acuerdo al autor «Es decisión de las partes someterse o no a este tipo de procedimiento de manera informada, teniendo en cuenta no solo aspectos de la tecnología utilizada sino también las propias características del procedimiento. En todos los supuestos es imprescindible que las partes conozcan y consientan el uso de una decisión totalmente automática»[18].

Particularmente, la inclusión de la Inteligencia Artificial en los procesos judiciales resulta crucial en la actualidad debido a su potencial para mejorar la eficiencia, la precisión y la imparcialidad de las decisiones legales. La IA puede ayudar a acelerar la resolución de casos, identificar patrones y tendencias en grandes volúmenes de datos legales, y reducir sesgos cognitivos que puedan surgir en la toma de decisiones judiciales.

Asimismo, la implementación de sistemas basados en IA en el ámbito judicial puede contribuir a una mayor transparencia y acceso a la justicia para todos los ciudadanos, si lo vemos, el uso de inteligencia artificial en el proceso judicial, puede ser una labor que genere demasiadas inquietudes, lo que ha llevado a la inclusión tan tímida en la Administración de Justicia de este tipo de tecnologías. Suárez Xavier, explica el contexto histórico que ha llevado a la inclusión de estas tecnologías, que inicia con la denominada administración electrónica 1.0 a finales de los noventa, «caracterizada por la disposición de servicios en línea y creación de sitios web gubernamentales y sistemas informáticos

[17] Martínez Bahena, G., «La Inteligencia artificial y su aplicación al campo del Derecho», *Alegatos*, núm. 82, 2012, p. 833.

[18] Oderlin Font, J., «El uso de la inteligencia artificial...», cit. p. 376.

en las administraciones públicas»[19] reemplazando algunas de las transacciones que se venían realizando en papel, sin embargo aun cuando se hayan digitalizado algunos procedimientos el modo de operar de las administraciones no cambió.

A partir de ahí, se ha intentado llegar al gobierno digital y específicamente al gobierno electrónico 4.0, como herramienta para construir instituciones efectivas, inclusivas y responsables, en el que se dé una transformación tecnológica de fondo, siendo este el enfoque principal de la Organización de las Naciones Unidas, en los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) como herramienta para construir instituciones efectivas, inclusivas y responsables.

Lo anterior, nos lleva a entender el planteamiento de Suarez Xavier, en el que manifiesta que el sistema de digitalización en sí, no brinda una mejora sustancial en la prestación del servicio de justicia, simplemente «desplaza el medio donde se realizan las actividades»[20] por lo que de acuerdo al planteamiento de este autor los cambios que se manifiestan en la administración pública, como consecuencia de la transformación digital del sector deben centrarse en «atender al principio básico de que toda mejora debe dirigirse a atender el derecho fundamental a la buena administración»[21] lo que en últimas puede resultar satisfactorio si se brinda un apoyo a la Administración de Justicia con herramientas tecnológicas que mediante el uso de sistemas de inteligencia artificial, sean capaces de resolver las necesidades de los ciudadanos particularmente en lo referente a resolución de sus problemáticas, basándose en las mismas soluciones que anteriormente fueron emitidas por la misma entidad, es decir brindar soluciones algorítmicas, basadas en datos de la misma Administración de Justicia, es decir, la respuesta puede estar en aprovechar el poder de los datos que durante décadas ha emitido el sistema judicial, y alimentar la máquina para que esta mediante el denominado aprendizaje automático logre ser un verdadero soporte para las demandas que actualmente tiene la Administración de Justicia,

Sobre el particular Oderlin Font hace referencia al aprendizaje a partir de datos «La automatización de datos brinda respuesta en dependencia de los datos facilitados, ello incide preponderantemente en el "aprendizaje" de la máquina y por supuesto, está en estrecha relación con lo que de ella se demanda. Los bancos de datos son particularmente importantes para realizar las pruebas de errores y la consecuente rectificación de la tecnología»[22] en el caso específico de la Administración de Justicia, los datos son las normas y la jurisprudencia que a lo largo de

---

[19] Suarez Xavier, P., *Transformación digital de la Administración de Justicia: Viejos paradigmas, nuevos horizontes*. Editorial Colex, 2021, p. 178.

[20] *Ibid*., cit. p. 188.

[21] *Ibid*., cit. p. 192.

[22] Oderlin Font, J., «El uso de la inteligencia artificial…», cit., p. 371.

los años ha brindado soluciones a las diferentes situaciones planteadas por los ciudadanos.

1. Propuesta de funcionamiento de una ODR para la aceptación y resolución de las acciones de tutela en Colombia

Como mencionamos anteriormente, nada obsta para que se incluya inteligencia artificial en los procesos judiciales, y ya conocemos los beneficios de las plataformas ODR con sistemas de inteligencia artificial utilizadas como una antesala previa al ingreso de las partes al despacho judicial, como un mecanismo que no solo se encargará de dar solución a las situaciones que requieren de una rápida acción, por tratarse de derechos fundamentales en riesgo, sino que además sirve al aparato judicial como herramienta de descongestión judicial.

Entendido esto, podemos decir que la inclusión de plataformas ODR en las acciones de tutela facilita un acceso más amplio y equitativo a los mecanismos de protección judicial, contribuye a descomprimir el aparato judicial y a optimizar los recursos del sistema judicial, permitiendo una mayor celeridad en la tramitación de las solicitudes, mejorando la transparencia del proceso y ofreciendo soluciones adaptadas a las necesidades de los usuarios en un entorno cada vez más digitalizado.

Es por ello, que se propone incluir plataformas ODR con inteligencia artificial desde la recepción de la acción de tutela, y esta funcionaria de la siguiente manera:

Recepción del recurso:

La plataforma ODR, tiene la posibilidad de recibir el recurso y hacer un análisis de los hechos planteados, para verificarla procedencia, y posterior admisión de la acción de tutela.

En este paso, lo que se requiere validar es: 1. Si se trata de un derecho fundamental en riesgo, para ello, basta con que la herramienta valore los hechos y los enmarque entre los arts. 11 al 42 de la Constitución.

Para lograrlo, la herramienta debe proporcionar un formulario en línea que guíe al solicitante a través de los campos necesarios para presentar una acción de tutela, asegurándose de que toda la información relevante esté incluida.

Una vez recepcionada la información, se procede a la validación automática de datos: La plataforma puede implementar algoritmos que verifiquen automáticamente la completitud y coherencia de la información proporcionada, alertando al usuario sobre posibles omisiones o inconsistencias antes de enviar la solicitud. Al culminar con este paso, la plataforma puede proceder a la Legitimación y Verificación de Iden-

tidad, mediante sistemas de Autenticación Segura: Utilizando métodos de verificación digital, para verificar que la persona que presenta la acción de tutela es efectivamente quien dice ser, ya sea el titular del derecho afectado o su representante legal, y puede apoyar esta validación haciendo una comparación de documentos oficiales con bases de datos gubernamentales.

Evaluación de la Inmediatez:

La herramienta debe verificar que la acción de tutela haya sido presentada dentro de un plazo razonable desde que ocurrió la violación del derecho fundamental o desde que el peticionario tuvo conocimiento de esta. Esto se puede lograr mediante:

Uso de herramientas de registro de tiempos: En este caso, la herramienta puede registrar automáticamente la fecha y hora de presentación de la solicitud, facilitando la evaluación del cumplimiento del requisito de inmediatez. A su vez la herramienta puede emitir «Alertas de Plazo» incluyendo sistemas de alerta para informar a los usuarios si están presentando la acción dentro de un plazo razonable desde la ocurrencia de los hechos.

Subsidiariedad: Teniendo en cuenta que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario, y que solo procede cuando no existen otros medios judiciales idóneos para la protección del derecho invocado o cuando esos medios no son eficaces en el caso concreto. La herramienta debe verificar que no existen otros medios judiciales idóneos para la protección del derecho en el caso planteado. Esto lo puede lograr haciendo una evaluación de idoneidad, e informando a los usuarios sobre las vías alternas con las que cuentan:

Evaluación de Idoneidad: Los algoritmos pueden evaluar si los medios judiciales alternativos son realmente ineficaces en el caso concreto, basándose en la información proporcionada por el solicitante.

Información sobre Vías Alternativas: La plataforma puede proporcionar información sobre otros medios judiciales disponibles y preguntar al solicitante si ha intentado utilizarlos, solicitando documentación o evidencia de estos intentos.

Cuando se presenta una acción de Tutela, una vez analizada la documentación presentada y realizado el análisis de la petición, el juez puede tomar las siguientes decisiones: (i) declarar improcedente la acción de tutela; (ii) declarar la carencia actual de objeto, ya sea por hecho superado, daño consumado o el acaecimiento de una situación sobreviniente; (iii) tutelar los derechos fundamentales vulnerados o amenazados o (iv) negar la protección solicitada[23]. En el primer even-

[23] Corte Constitucional, *ABECÉ de la acción de Tutela*, 2023

to al declararla improcedente se notifica a la parte accionante, en los siguientes eventos se continúa con el trámite establecido.

Una vez validados estos requisitos la plataforma ODR, puede emitir la declaración de improcedencia de la acción de tutela. Para ello, se puede valer del apoyo de Algoritmos de Validación, para revisar automáticamente los requisitos formales de la solicitud de tutela, verificar la completitud de la información, la autenticidad de los documentos adjuntos y la coherencia de los datos proporcionados, para ello puede hacer uso de tecnologías como el reconocimiento óptico de caracteres y la validación de firmas digitales.

Una vez verificada la información, la herramienta puede generar un documento de la procedencia de la acción de tutela, utilizando plantillas predefinidas que pueden ser adaptadas automáticamente según la información del caso, para proceder a la notificación de las partes con una herramienta de «automatización de envío de notificaciones», en este caso se puede proceder de la siguiente manera:

La plataforma puede enviar automáticamente notificaciones electrónicas a todas las partes involucradas (demandante, demandado, y cualquier tercero relevante) mediante correos electrónicos, y en el mismo paso se solicita la confirmación de recepción de las notificaciones, para proceder a la recepción de respuestas (en la plataforma) de las partes involucradas, mediante un sistema de respuesta automatizado que funcione en la plataforma ODR, y que cuente con Portal de Respuestas y Proceso de Validación de Respuestas:

Portal de Respuestas: La plataforma ODR puede proporcionar un portal donde el demandado tenga la posibilidad de subir la respuesta y los medios probatorios que pretenda hacer valer.

Validación Automática: La herramienta valida que las respuestas y documentos estén completos y en el formato correcto.

Al recibir la respuesta, procede el análisis de los hechos manifestados por las partes, y estudio de los medios probatorios allegados, para identificar si, efectivamente se está vulnerando un derecho fundamental al accionante, en este caso, la herramienta ODR, puede generar un estudio a partir del uso de algoritmos de decisión jurídica, mediante comparación con Jurisprudencia, en este caso la herramienta compara los hechos y pruebas del caso con jurisprudencia relevante y casos anteriores para identificar patrones de vulneración de derechos, y una vez se agote ese paso, se puede proceder al análisis de derechos fundamentales, en este caso, mediante el uso de algoritmos especializados se puede evaluar si los hechos presentados y las pruebas indican una posible vulneración de derechos fundamentales del accionante.

Al realizar estos pasos, la herramienta puede generar una posible solución a la problemática planteada, y se procede a la redacción au-

tomatizada de la sentencia a partir de uso de plantillas jurídicas, el documento redactado, debe ser una plantilla con las formalidades de la sentencia.

Consideramos que, para evitar las problemáticas derivadas del uso de inteligencia artificial sin supervisión humana, en situaciones tan complejas como la tutela de derechos fundamentales, por lo menos en principio, se debe vincular al juez en el cierre del proceso y firma de la sentencia, es decir, la herramienta puede preparar toda la resolución del caso, hasta la redacción de la sentencia, para entregar el documento listo para revisión y firma del juez. Decimos en principio, primero porque los algoritmos para este tipo de decisiones aprenden y se perfeccionan con el uso y el tiempo, y segundo, porque es necesario hacer un análisis del nivel de asertividad de la herramienta para generar confianza, porque finalmente los usuarios deben saber cómo se desarrolla la decisión que tutelará o no sus derechos fundamentales.

Lograr, este tipo de transformaciones nos acercaría más al cumplimiento del ODS, el 16, Paz, Justicia e Instituciones Sólidas, de la proclamación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que está centrado en «la promoción de sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, la provisión de acceso a la justicia para todos y la construcción de instituciones responsables y eficaces a todos los niveles». En palabras de Marenco, al hacer referencia a la inclusión de plataformas ODR para asuntos adicionales al consumo: «en ese sentido, adquiere total vigencia el reconocimiento y aplicación de los *Online Dispute Resolution* (ODR) como una apuesta sólida para generar un mayor acceso a la justicia»[24] y nosotros incluiríamos a esta frase: una apuesta sólida que lograría la tan anhelada celeridad y descongestión judicial.

V. CONCLUSIONES

En el presente artículo, se logró identificar cómo la implementación de plataformas de Resolución de Disputas en Línea (ODR) para el manejo de acciones de tutela en Colombia se presenta como una solución innovadora y necesaria para afrontar los desafíos actuales del sistema judicial. Este estudio ha mostrado la presión significativa que las acciones de tutela, particularmente aquellas relacionadas con el derecho de petición y el derecho a la salud, ejercen sobre los despachos judiciales, por la forma en la que está concebida la acción, a lo que se suma el incremento de estas acciones año tras año, lo que nos lleva a plantear soluciones que partan de un enfoque más eficiente y sostenible en su gestión.

---

[24] Calderon Marenco, E. *et al. ODR: Validez y eficacia en Argentina, Colombia y Nicaragua para aportarle al ODS 16.* cit. p. 24.

Las plataformas ODR ofrecen una solución prometedora al integrar tecnologías avanzadas, incluyendo la inteligencia artificial (IA), para mejorar la eficiencia del proceso judicial. Estas plataformas no solo facilitan la resolución rápida y accesible de disputas, sino que también ayudan a reducir la carga de trabajo de los juzgados, permitiendo a los jueces y otros funcionarios judiciales enfocarse en casos más complejos que requieren intervención humana. En este artículo, se hizo referencia a la eficacia de las plataformas ODR con IA en el sector privado, con ejemplos significativos como eBay y Amazon, donde estas tecnologías han logrado resolver millones de disputas de manera eficiente y satisfactoria para los usuarios.

El análisis realizado destaca varios beneficios clave de las ODR, tales como la mejora en la accesibilidad para los ciudadanos, la celeridad y la descongestión judicial, y nos acerca más al cumplimiento del Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 16, Paz, Justicia e Instituciones Sólidas, de la proclamación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, centrado en «la promoción de sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, la provisión de acceso a la justicia para todos y la construcción de instituciones responsables y eficaces a todos los niveles».

En este artículo, se presentó una propuesta de funcionamiento de una plataforma ODR, específicamente diseñada para la aceptación y resolución de acciones de tutela en Colombia. Esta propuesta demuestra que, en todos los pasos, desde la recepción de la acción de tutela hasta el fallo, se pueden utilizar la inteligencia artificial y herramientas de automatización. No obstante, se concluye que para evitar las problemáticas derivadas del uso de IA sin supervisión humana en situaciones tan complejas como la tutela de derechos fundamentales se debe vincular al juez en el cierre del proceso y la firma de la sentencia, al menos inicialmente. La herramienta puede preparar toda la resolución del caso, incluyendo la redacción de la sentencia, para entregar el documento listo para revisión y firma del juez.

Este enfoque mixto se justifica en primera medida porque los algoritmos para este tipo de decisiones aprenden y se perfeccionan con el uso y el tiempo, y segundo, porque es necesario analizar el nivel de asertividad de la herramienta para generar confianza entre los usuarios. Finalmente, los ciudadanos deben entender cómo se desarrolla la decisión que tutelará o no sus derechos fundamentales.

En conclusión, la adopción de plataformas ODR, especialmente aquellas que incorporan IA, es una estrategia esencial para mejorar la eficiencia y sostenibilidad del sistema judicial colombiano. Esta innovación no solo atendería las necesidades actuales, sino que también prepararía al sistema para futuros desafíos, asegurando que la justicia en Colombia sea accesible, eficiente y equitativa para todos los ciudadanos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Bolívar, S., «Análisis de los sistemas de solución de conflictos en línea en el mundo y propuesta para su implementación en Colombia», *Revista Chilena de Derecho y Tecnología,* 2022

Buscaglia, E. y Dakolias, M., *Judicial reform in Latin American Courts: The experience in Argentina and Ecuador*, World Bank Technical Paper 350, Banco Mundial, 1996

Calderon Marenco, E. *et al. ODR: Validez y eficacia en Argentina, Colombia y Nicaragua para aportarle al ODS 16,* Espacio Editorial Institucional UCU, 2022.

Callegari, J., «Celeridad procesal y razonable duración del proceso», *Revista Derecho y Ciencias Sociales,* núm. 5, 2011, pp. 114-129.

Cardenas Caycedo, O. «Nuevos horizontes en los odr: el *oversight board* de Facebook», *Justicia Digital: avances y retrocesos*, 2011, p. 162.

Corte Constitucional, *ABECÉ de la acción de Tutela*, 2024.

de Hoyos Sancho, M., «El proyecto de reglamento de la Unión Europea sobre inteligencia artificial, los sistemas de alto riesgo y la creación de un ecosistema de confianza», *Justicia poliédrica en periodo de mudanza: Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad*, 2022, pp. 406- 407.

Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo), art. 8 numeral e.

Eckholt Nilo, G., *Blog Resolución en Línea*, «Cómo eBay y PayPal lograron resolver de forma exitosa 60 millones de reclamos al año», 2023. *https://empresas.resolucionenlinea.com/blog/2023/08/29/gestion-de-reclamos-como-ebay-y-paypal-lograron-resolver-de-forma-exitosa-60-millones-de-reclamos-al-ano/* (Consulado el 10 de mayo de 2024).

Eslava Rincón, J., Ciappi, S., Padovani, A., Torres Quintero, A., Herrera Rodríguez, R., Bracalenti, R., Müller, V., *Mediación Social: Teorías y Enfoques de Intervención,* Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2016. *https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/41017*

Fanfeig Wang, F., *Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US and China*, Cambridge University Press, 2010.

Fenolli, J., *Inteligencia Artificial y Proceso Judicial,* Marcial Pons, 2018. *https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788491235835.pdf*

Gómez, C., «Alternativa de solución de controversias jurídicas, a través del *online dispute resolution* ODR en Colombia», *Derecho Global Estudios sobre Derecho y Justicia Universidad de Guadalajara,* vol. 6, núm. 17, 2021. *https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S2448-5136202100010 0015&script=sci_abstract*

Gonzáles Rivera, T., Calderón Marenco, E., Torres Buelvas J., Iriarte Angel, J. y Mena Mosqueda, M., «Resolución de disputas en línea (ODR): estándares éticos en el ciber espacio», *Revista electronica de estudios internacional* (REEI), núm. 46, 2023. *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9261860https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php* (Consulado el 4 de abril de 2024).

https://www.cryptopolitan.com/es/asistente-de-arbitraje-impulsado-por-ia/

Kanana, B., *Blog Criptopolitan*, «Asistente de Arbitraje impulsado por IA resuelve con exito el primer caso», 2023. *https://www.cryptopolitan.com/es/asistente-de-arbitraje-impulsado-por-ia/* (Consulado el 11 de mayo de 2024).

Marcos Francisco, D., «Sistema Arbitral de Consumo: algunas propuestas "inteligentes" de *lege ferenda*», *InDret,* 1, 2024, p. 117.

Martínez Bahena, G., «La Inteligencia artificial y su aplicación al campo del Derecho», *Alegatos*, núm. 82, 2012, p. 833.

Naciones Unidas. *Informe Naciones Unidas. La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible son una oportunidad para América Latina y el Caribe*, 2018. *https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/cb30a4de-7d87-4e79-8e7a-ad5279038718/content*

Oderlin Font, J. El uso de la inteligencia artificial en la mediacion: ¿quimera o realidad?, *Revista del Instituto de Ciencias Juridicas de Puebla, Mexico.* Volumen 15, 2021, p. 2.

Quek Anderson, D., «Ethical Concerns in Court-Connected Online Dispute Resolution», *International Journal of Online Dispute Resolution,* 5 (1/2), 2018, pp. 20-38.

Rodríguez, A., «Inteligencia Artificial y ética de la responsabilidad*», Cuestiones De Filosofía*, 4 (22), pp. 141-170, 2018.

Schwab, K., *Cuarta Revolución Industrial*, *Debate,* 2016.

Suarez Xavier, P., *Transformación digital de la Administración de Justicia: Viejos paradigmas, nuevos horizontes*, Editorial Colex, 2021.

LA ECONOMÍA INDIGENA COMO UNA ALTERNATIVA SOSTENIBLE, CON ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LAS IDEAS DEL PUEBLO MAPUCHE

THE INDIGENOUS ECONOMY AS A SUSTAINABLE ALTERNATIVE, WITH SPECIAL CONSIDERATION TO THE IDEAS OF THE MAPUCHE PEOPLE

Sergio Ehijos Mardones
Abogado, doctorando en derecho
Universidad de Valencia

RESUMEN: El objeto de este ensayo es presentar las particulares ideas económicas de los pueblos indígenas y en especial del pueblo mapuche. Para ello se parte del análisis histórico, para explicar el origen de la discriminación de los pueblos indígenas y de sus ideas económicas. Luego se analizan los principios que forman lo que se entiende por economía indígena y se estudia la particular visión que en esta materia tiene el pueblo mapuche. Posteriormente se revisa la legislación chilena para evidenciar que en ella no se encuentran reflejadas las ideas económicas indígenas y que el derecho positivo se inspira en el pensamiento y la cultura occidental. Se destaca la necesidad de reconocer no solamente la existencia de los pueblos indígenas, sino que además sus ideas económicas defendiendo la posibilidad de incorporar en la Constitución económica chilena la figura del pluralismo económico.

Palabras clave: Economía indígena; buen vivir; pueblo mapuche; ley indígena; reciprocidad.

ABSTRACT: The purpose of this essay is to present the particular economic ideas of indigenous peoples and especially of the Mapuche People. To do this, we start from historical analysis, to explain the origin of discrimination against indigenous peoples and their economic ideas. Then the principles that form what is understood as indigenous economy are analyzed and the particular vision that the Mapuche People have in this matter is studied. Subsequently, Chilean legislation is reviewed to show that indigenous economic ideas are not reflected in it and that positive law is inspired by Western thought and culture. The need to recognize not only the existence of indigenous peoples, but also their economic ideas is highlighted, defending the possibility of incorporating the figure of economic pluralism into the Chilean economic Constitution.

Keywords: Indigenous Economy; good living; Mapuche people; indigenous law; reciprocity.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA EXPANSIÓN COLONIAL EUROPEA Y LA INVISIBILIZACIÓN DEL MUNDO INDIGENA. 1. El Imperio Español un poder global en expansión. 2. El choque con los indígenas chilenos. 3. Los cambios económicos en la sociedad mapuche desde la llegada de los españoles. 4. La ocupación del territorio mapuche por el Estado chileno. III. ¿A QUÉ NOS REFERIMOS COMO ECONOMÍA INDÍGENA? 1. El principio de relacionalidad. 2. El principio de correspondencia. 3. El principio de complementariedad. 4. El principio de la reciprocidad. IV. LAS IDEAS ECONÓMICAS DEL PUEBLO MAPUCHE. 1. La influencia de las ideas económicas de los pueblos andinos en el pueblo mapuche. 2. Algunas ideas mapuches sobre economía. V. LA ECONOMÍA INDÍGENA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA. 1. La comunidad indígena. 2. Las tierras indígenas. 3. La protección de las tierras indígenas. 4. El fondo de tierras y aguas indígenas. 5. El fondo de desarrollo indígena. 6. Áreas de desarrollo indígena. 7. Las asociaciones indígenas. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La crisis climática y los desastres naturales que se han acrecentado durante los últimos años nos llaman la atención sobre la necesidad de cambiar la conducta humana relacionada con la sobre explotación y el uso abusivo de los recursos naturales. La idea que se manifiesta detrás de este problema es que el crecimiento es ilimitado y se alcanza en la medida que se explotan los recursos naturales convirtiendo a estos en mercancías destinadas a satisfacer las necesidades del mercado global. Esta idea representa un camino sin salida de la cual la humanidad ya comienza a sufrir sus consecuencias.

La economía de los pueblos indígenas americanos puede representar una alternativa sostenible al modelo capitalista global que se impuso en América Latina como pensamiento único desde la época de la con-

quista. Si bien es complejo delimitar lo que se entiende por «economía indígena» si es posible identificar sus principios como la búsqueda del «buen vivir» y la identificación del ser humano como parte integrante de la naturaleza.

Por otro lado, el pensamiento decolonial identifica al año 1492 como el inicio de la globalización capitalista para América Latina y el Caribe ya que desde esa fecha nuestro continente se incorporó a la economía mundial en su rol, todavía vigente, de exportador de materias primas para los centros imperiales. En este mismo sentido, la idea de desarrollo racionalista pasa por encima de las tradiciones o las ideas económicas indígenas locales. Sistemáticamente se discriminó cualquier modelo de progreso que no tuviera en cuenta las ideas capitalistas de desarrollo. Se impuso en los territorios conquistados una visión de superioridad de los hombres, presentando a estos como «señores y dueños» de la naturaleza y de la tierra.

En Latinoamérica, distintos esfuerzos teóricos buscan recuperar y dar valor a la cosmovisión indígena. En este sentido, se pueden destacar ideas como el pensamiento crítico latinoamericano y el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Estas corrientes de pensamiento se han plasmado en constituciones como la del Estado Plurinacional de Bolivia o la Constitución de la República del Ecuador. Los resultados de ambos procesos constituyentes son dispares y en Ecuador se nota una tendencia a retroceder en algunos conceptos de avanzada como el reconocimiento del pluralismo jurídico.

Si bien este trabajo trata sobre la economía indígena, marca la opción de referirse principalmente al pueblo mapuche. Lo anterior también considerando el hecho de que los pueblos indígenas americanos tienen distintas tradiciones, pero se puede identificar ciertos patrones comunes, por ejemplo, en los pueblos andinos. El objetivo de este trabajo es presentar algunas ideas económicas propias del pueblo mapuche y su particular cosmovisión. En este mismo sentido, la pregunta de investigación que se pretende responder es ¿puede la economía indígena, en especial la mapuche, convertirse en una alternativa económica sostenible?

Mi hipótesis de trabajo es que la economía indígena puede ser una alternativa, pero ha sido sistemáticamente menospreciada a lo largo de la historia americana debido al empuje avasallador de las ideas de progreso capitalista que acompañaban a los conquistadores. Nuestra condición, determinada desde la conquista, de exportadores de material primas, no era compatible con el desarrollo local de otras economías basadas en principios como la solidaridad y el trabajo colaborativo.

En base a todas están consideraciones se pretende en el desarrollo de este trabajo exponer un conjunto de características económicas particulares que se plasman en el paradigma del buen vivir. Como ya se

ha adelantado, si bien este trabajo menciona las ideas económicas de los pueblos andinos, se enfoca principalmente en las ideas económicas del pueblo mapuche.

Lo primero que se pretende exponer en este trabajo es como el pueblo mapuche llegó a la situación actual. Es importante analizar cómo se fue delimitando el territorio que hoy comprenden las provincias de Arauco y la región de La Araucanía en Chile. Para eso de debe partir hablando de la expansión europea y la incorporación de lo que hoy es Chile al Imperio español. Luego, es importante referirse al cambio fundamental que significó la incorporación de los territorios mapuches al Estado de Chile a finales del siglo XIX y el efecto económico que eso provocó.

Luego este trabajo busca presentar, someramente debido al espacio, lo que entiende por Economía Indígena. Si bien es un problema delimitar este concepto considerando la multiplicidad de pueblos indígenas de nuestra América, se pondrá la mirada en los pueblos andinos y en el pueblo mapuche y se analizarán algunas de sus tradiciones económicas propias.

Para concluir la parte expositiva se revisará la legislación indígena chilena y sus principales instituciones. También en esta parte se mencionará ley extranjera, sobre todo argentina, sin que ello signifique un estudio de legislación comparada. En esta parte del trabajo resultará interesante constatar que las principales ideas económicas del pueblo mapuche no se encuentran presentes en la legislación positiva chilena.

Ya se ha mencionado que las ideas expuestas en este ensayo se refieren al pueblo mapuche, pero es bueno aclarar en este punto que se estudiará la legislación chilena, lo que es de la mayor relevancia ya que los mapuches habitan tanto en Chile como también en el sur de Argentina. Por otro lado, como quien escribe es abogado, el análisis de la materia de este estudio se realizará desde una óptica más jurídica que económica y, por tanto, se analizarán principalmente en este trabajo normas, costumbres jurídicas y doctrina.

II. LA EXPANSIÓN COLONIAL EUROPEA Y LA INVISIBILIZACIÓN DEL MUNDO INDIGENA

1. El Imperio Español un poder global en expansión

Con la llegada de los europeos a lo que hoy es la zona del caribe en el año 1492 comienza la invasión y conquista de todos los territorios americanos por parte de los imperios europeos en ascenso lo que significó en pocos años la ocupación de prácticamente toda la américa. Los invasores venían buscando oro, plata, especias u otros recursos

naturales que consideraban de valor. El Imperio Español se disputó Sudamérica con Portugal correspondiéndole al primero el territorio de lo que hoy es Chile. Un asunto que ha sido objeto de polémica es determinar qué tipo de sistema económico trajo España a América con la conquista. Se discute el carácter feudal o capitalista de la conquista y explotación de américa. Según la descripción de España que hace el historiador Jorge Abelardo Ramos «reuníase en España en la época del descubrimiento un feudalismo que no se resignaba a morir, abrazado a un capitalismo enclenque que solo aspiraba a sobrevivir»[1]. Según el mismo Ramos España no trajo el feudalismo a las Américas a pesar de imponer algunas instituciones feudales como la encomienda, «no podría decirse que españa exportará a las indias su feudalismo putrefacto, puesto que el feudalismo español era un régimen social filantrópico, si se lo compara con el capitalismo mercantil-colonial con fuertes rasgos de parasitismo señorial que implantó el imperio hispánico en el nuevo mundo»[2]. En la misma línea argumental Luis Vitale señala que «conclusivamente, podemos caracterizar a la España del siglo de la conquista americana, como un país en transición del feudalismo al capitalismo; una nación de desarrollo desigual y combinado en la que, junto a instituciones feudales, coexiste una burguesía relativamente poderosa que trabaja para el mercado externo»[3]. Si bien a América se trajeron instituciones feudales como la encomienda, el territorio siempre tuvo por finalidad explotar sus recursos con miras a trasladar sus beneficios a los centros capitalistas imperiales. Las empresas de conquista eran contratos para explorar zonas determinadas con la finalidad de explotar sus recursos. Por tanto, la conquista de américa siempre se enmarcó en una expansión capitalista. La misión de las nuevas colonias era la de proveer materias primas para los centros capitalistas en formación.

El avance hacia el territorio que hoy se denomina Chile se realizó desde el Perú luego de someter exitosamente al imperio Inca. El imperio Inca era en esos tiempos rico en oro y cubría una extensión considerable que alcanzaba a lo que en la actualidad es el norte de Chile. La organización política de los Incas y sus esplendidas ciudades son todavía dignas de admiración. Las técnicas de la guerra, sin embargo, eran muy favorables a los invasores que usaban la pólvora, el caballo y las formaciones militares practicadas en las guerras europeas.

Los invasores soñaban con encontrar en el sur del Perú, en el territorio de Chile, abundante oro y también abundante mano de obra esclava para poder trabajar en los yacimientos. Con esa finalidad se organizaron «empresas de conquista» que reclutaron a hombres dispuestos a aventurar hacia el sur con la idea de explotar los yacimientos

[1] Ramos J., *Historia de la nación Latinoamericana*, p. 51.
[2] *Idem.* p. 81.
[3] Vitale Cometa, L., *Interpretación marxista de la historia de Chile*, p. 97.

minerales que pudieran encontrar. Chile ya se perfilaba como un territorio de explotación de recursos minerales para su posterior exportación.

No queda clara la intención de los Incas al convencer a los invasores sobre las grandes riquezas que se encontraban en las regiones del sur, la versión más creíble es que con ello se pretendía dividir las fuerzas españolas ya que los Incas preparaban una gran sublevación. Diego de Almagro que es considerado como el descubridor de Chile organizó un numeroso grupo de hombres que emprendió camino hacia el sur en búsqueda de las grandes riquezas. Luego de una desastrosa marcha que llegó hasta el actual valle de Copiapó, Almagro quedó decepcionado con lo que encontró. La vuelta de Almagro hacia el Perú realizada esta vez por el desierto de Atacama fue igualmente desastrosa. Se dice que las tropas de Almagro venían en tan malas condiciones y vestidos en harapos que allí se popularizó la frase de los «rotos de Chile»[4] para referirse a ellos.

Almagro no encontró oro en abundancia en Chile y además se percató que los indígenas del sur no estaban dispuestos a ser esclavizados como le había ocurrido a otros pueblos nativos del continente. Una columna enviada por Almagro se enfrentó con los mapuches en el rio Itata en el que sería el primero de muchos choques entre ambas fuerzas. La mala experiencia de Diego de Almagro acarrearía un bajo interés por organizar nuevas expediciones a los conquistadores españoles. Chile se ganó la fama de territorio frio, pobre y habitado por indígenas que estaban dispuestos a defenderse de las invasiones que venían desde el norte.

2. El choque con los indígenas chilenos

A pesar de la mala experiencia de Almagro, Pedro de Valdivia se atrevió a organizar una nueva expedición hacia el sur, pero esta vez con vistas a quedarse en el territorio y asentarse de manera permanente. El sueño de Valdivia era llegar con su excursión hasta el estrecho de Magallanes y ser nombrado Capitán General de este nuevo reino. En Chile, Pedro de Valdivia fundó las principales ciudades entre ellas Santiago y Concepción y avanzó hacia el sur hasta el territorio del pueblo mapuche. Los invasores se maravillaron al encontrar en el sur un lugar fuertemente poblado. Se estima que en ese momento la población mapuche era de aproximadamente un millón de personas[5]. «Todos los historiadores nos describen a los indígenas de Chile como una nación de agricultores que Vivian en caseríos reunidos a las orillas de los ríos con preferencia en las vegas dedicadas al cultivo de sus tierras y al

[4] Este término es todavía ampliamente usado y representa un símbolo de identidad nacional. Tiene también una connotación clasista ya que diferencia al «roto» del aristócrata.

[5] Bengoa Cabello, J., *Historia de los antiguos mapuches del sur*, p. 29

cuidado de sus ganados» comenta Fray Gerónimo de Amberga[6]. Era como la ha descrito José Bengoa una sociedad ribereña que florecía a orillas de los grandes ríos. Los mapuches, como se ha comentado, eran un pueblo guerrero que había derrotado al imperio Inca y no estaban dispuestos a transformarse en esclavos en los lavaderos de oro que pretendían explotar los conquistadores, por lo que comenzó una guerra que duraría varios siglos. Como señala Bengoa «Los españoles tratan de transformar a los mapuches en mano de obra y estos se oponen, rebelan, huyen, atacan y, finalmente, se enfrentan»[7].

La guerra fue dura para ambos bandos. Sin embargo, es necesario reconocer que para los mapuches significó la posibilidad de su supervivencia y su libertad personal y la de sus familias. Los españoles buscaban en el sur de Chile riquezas minerales y mano de obra esclava para trabajar en los yacimientos y posteriormente en sus haciendas. La lucha a muerte de los mapuches era por su sobrevivencia, los españoles en cambio buscaban riquezas naturales y posteriormente ocupar el territorio para asegurar las rutas comerciales en disputa con otros poderes globales. La guerra cambió definitivamente la sociedad mapuche anterior a la invasión y significó la muerte violenta de mucha gente entre ellos el propio Pedro de Valdivia ajusticiado por los mapuches luego de la batalla de Tucapel (1553).

3. Los cambios económicos en la sociedad mapuche desde la llegada de los españoles

La sociedad mapuche sufrió una profunda transformación con la invasión española. La vida que se organizaba en la ribera de los grandes ríos del sur y que era agrícola y ganadera[8] se tuvo que adecuar a la nueva realidad de la guerra que pretendía como se ha mencionado, transformar a los mapuches en mano de obra esclava en los lavaderos de oro que se fueron descubriendo. La formidable resistencia del pueblo mapuche, que rápidamente adoptó las tácticas de su enemigo, llevó a que los conquistadores terminaran por aceptar que era imposible imponerse por vías militares a los nativos del sur de Chile.

De esta forma se llegó a establecer por el imperio español una nueva política que consistió en establecer acuerdos duraderos con los líderes mapuches a través de la organización de «Parlamentos» o reuniones que no solamente reconocían a ambas partes sino que además lograban pactos como el de la alianza militar en contra de terceras potencias. El parlamento general de Quilín de 1641 estableció compromisos

[6] *Idem.* p. 44.
[7] *Idem.* p. 247.
[8] Los mapuches domesticaron y criaron un animal hoy extinto llamado chilihueque.

que periódicamente se fueron renovando y fue la base sobre la que se establecieron todos los demás acuerdos que se celebraron durante el periodo de la colonia de Chile. Según el historiador José Bengoa «Lo ocurrido en los llanos de Quilín, en el sur de Chile, fue de una enorme significación para la historia posterior de la sociedad chilena… Dividió el territorio, de lo que más adelante vendría a ser el país, en dos partes, estableciendo como frontera el rio Biobio, de manera que en esos territorios los mapuches vivieron independientes durante doscientos cuarenta años, hasta 1881»[9]. Bengoa hace referencia con esta última fecha a la ocupación militar llevada a cabo por el ejército de Chile.

La época de los parlamentos permitió que los mapuches pasaran a otra etapa económica producto de la paz lograda con el imperio lo que permitió que volvieran a trabajar en sus cultivos. Sin embargo, desde el punto de vista económico el mayor cambio para los mapuches significó la adopción de las nuevas especies vegetales y animales traídas por los conquistadores en las que se destacan el ganado mayor de vacunos y caballos. A finales del siglo XIX la sociedad mapuche se había transformado en una sociedad ganadera y agrícola rica en este tipo de recursos. El comercio con las ciudades del sur de Chile generó toda una red de funcionarios e infraestructura creadas para dichos efectos. A pesar de los cambios y el contacto con la cultura europea, los mapuches mantuvieron sus tradiciones e ideas económicas debido al reconocimiento de su territorio y de su autonomía. Según el mismo José Bengoa «El último siglo de colonia y sobre todo los últimos cincuenta años, vieron transformarse a la sociedad mapuche del sur. La frontera era una realidad estable que separaba conflictiva y pacíficamente a dos pueblos, criollos y los mapuches»[10].

4. La ocupación del territorio mapuche por el Estado chileno

Con el avance del Estado chileno sobre los territorios de los mapuches en el sur de Chile (y lo propio hecho por Argentina) a finales del siglo XIX, se crea una nueva realidad totalmente diferente a la anterior. Los mapuches en Chile son reducidos a reducciones pequeñas que no permiten el mismo uso ganadero que realizaban en el periodo anterior. Se les reconoce a los reducidos la propiedad colectiva de una propiedad individualizada a través de documentos denominados Títulos de Merced. La cantidad asignada en promedio es de seis hectáreas por persona[11]. De esta manera luego de la ocupación chilena se transformó a los mapuches en campesinos pobres o emigrantes en las ciudades dejando

[9] Bengoa Cabello, J., *El Tratado de Quilín*, p. 7.
[10] Bengoa Cabello, J., *Historia del pueblo mapuche*, p. 43.
[11] Saavedra Peláez, A, *Los Mapuche en la sociedad chilena actual*, p. 66.

atrás el pasado ganadero y de abundancia. El proceso de radicación se produjo entre los años 1865 a 1927 y en este periodo se reconocieron a través de títulos de merced la propiedad sobre aproximadamente 450 000 hectáreas.

Hacia finales de la década de los sesenta del siglo xx los estudios mostraban que prácticamente un tercio de las propiedades reconocidas en los Títulos de Merced habían salido de las manos de los indígenas en condiciones ilegales[12]. El crecimiento demográfico también influyó en la disminución de las tierras disponibles para las familias. Según la opinión del sociólogo Alejandro Saavedra «El crecimiento demográfico, en una situación de tierras escasas y limitadas, fue históricamente acompañado de un significativo proceso de usurpación de tierras mapuche»[13].

La reforma agraria chilena emprendida hacia finales de la década de los sesenta del siglo xx, dejaba a los mapuches fuera, ya que se trataba de un proceso impulsado al interior de los grandes fundos de la zona central. Sin embargo, el reclamo por la restitución de las tierras mapuches tuvo que ser considerado al estallar el conflicto de manera violenta con la ocupación de predios en conflicto. El «Cautinazo» fue un movimiento de protesta comenzado en los primeros días del gobierno del presidente socialista Salvador Allende. Este instruyó al ministerio de agricultura que se trasladara de trabajar a la Araucanía y que se tomaran medidas concretas como restituir primeramente las tierras indígenas en conflicto al realizarse una expropiación producto del proceso de reforma agraria. La ley indígena 17 729 del año 1972 no llegó a aplicarse producto del golpe de estado de 1973. La legislación protectora y de recuperación de derechos de la época de la reforma agraria fue reemplazada por otra de carácter desprotector y homogeneizante plasmada en los Decretos-Leyes del periodo militar. El Decreto-Ley 2 568 de 1979 llegó incluso a dictaminar la eliminación de las tierras indígenas y de los propios indígenas. Establecía el inciso final del art. 1 que «A partir de la fecha de su inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, las hijuelas resultantes de la división de las reservas, dejarán de considerarse tierras indígenas, e indígenas a sus dueños o adjudicatorios»[14]. Las protestas fueron tales que la dictadura militar se vio obligada a modificar esta norma por medio del Decreto-Ley 2 750 de julio de 1979. Este comenzaba indicando en su considerando único que las materias complejas tratadas en la norma modificada «…ha significado que algunas de sus disposiciones no hayan sido integralmente comprensibles para la población indígena a quien está destinado a favorecer»[15].

---

[12] *Idem.*
[13] *Idem.*
[14] Decreto-Ley 2.568 de 1979, disponible en *https://bcn.cl/2p0lv*
[15] Decreto-Ley 2.570 de 1979 disponible en *https://bcn.cl/3kbi0*

Hacia finales de la dictadura militar el liderazgo opositor organizó en la ciudad de Nueva Imperial en la región de La Araucanía un gran encuentro al que algunos incluso nombraron como un nuevo «parlamento» tal como aquellos organizados en la época de la colonia. En este encuentro el liderazgo opositor a la dictadura militar se comprometió a impulsar dos iniciativas. La primera, el reconocimiento constitucional de la existencia de los pueblos indígenas chilenos y la segunda la dictación de una nueva ley indígena de carácter protector.

La actual ley indígena chilena fue el resultado del compromiso asumido en el encuentro de «Nueva Imperial». Reconoce la existencia del pueblo mapuche y otros pueblos originarios de Chile. Esta ley fue promulgada en el año 1993 y no ha sido modificada en profundidad. Hubo sin embargo un intento fallido durante el año 2019 con un proyecto que buscaba principalmente flexibilizar las normas de protección de las tierras indígenas. Este proyecto de «Nueva Ley Indígena 2019» fue tan mal recibido por sus destinatarios que no pasó ni siquiera el proceso de consulta previa contemplada en el Convenio 169 de la OIT vigente en Chile.

Es importante también mencionar en materia de legislación indígena los dos proyectos fallidos de nueva Constitución chilena de los años 2022 y 2023. En especial el primer proyecto es destacable por el reconocimiento que hacía de los pueblos indígenas sus tradiciones y su cultura. El art. 1 de este proyecto definía a Chile como «plurinacional, intercultural, regional y ecológico». El art. 3 que reconocía la existencia de los pueblos indígenas señalaba «Es deber del Estado respetar, promover, proteger y garantizar el ejercicio de la libre determinación, los derechos colectivos e individuales de los cuales son titulares y su efectiva participación en el ejercicio y distribución del poder...»[16]. En el mismo sentido el art. 34 señalaba que «Los pueblos y naciones indígenas y sus integrantes, en virtud de su libre determinación, tienen derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales» en materia económica señalaba que tienen derecho además «…al reconocimiento y protección de sus tierras, territorios y recursos, en su dimensión material e inmaterial y al especial vinculo que mantienen con estos»[17]; El proyecto constitucional de 2023 reconocía la existencia de los pueblos indígenas pero como parte de la nación chilena sin considerar su particularidad. Señalaba el art. 5 «La Constitución reconoce a los pueblos indígenas como parte de la Nación chilena, que es una e indivisible»[18]. Al revisar ambos proyectos de Constitución se constata la diferencia que ha atravesado toda la legislación chilena en cuanto a

[16] Proyecto de Constitución 2022 (rechazado), disponible en *https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf*

[17] *Idem.* art. 34.

[18] Proyecto de Constitución 2023 (rechazado), disponible en *https://www.procesoconstitucional.cl/docs/Propuesta-Nueva-Constitucion.pdf*

una tendencia a asimilar a la población indígena al resto de la población y por otro lado la tendencia a reconocer su particularidad y establecer mecanismos de protección.

Por otra parte, se evidencia una lucha que atravesó todo el siglo XX y que continúa en lo que va del siglo XXI que es por la recuperación de los territorios perdidos luego de la radicación, pero también de los denominados territorios antiguos que quedaron fuera del proceso de radicación.

III. ¿A QUÉ NOS REFERIMOS COMO ECONOMÍA INDÍGENA?

La historia de resistencia del pueblo mapuche es la historia de todos los pueblos indígenas de nuestro continente que se niegan tenazmente a desaparecer. En este contexto es fundamental el mantenimiento de la cultura entre ella su lengua, pero también de sus tradiciones económicas que son distintas a las impuestas desde el periodo de la invasión y conquista. En este sentido, debemos detenernos a analizar que es la economía indígena o cuáles son sus elementos distintivos. Un primer problema se presenta ya que al hablar de pueblos indígenas americanos nos encontramos con muchas diferencias. A pesar de la existencia de distintas culturas y tradiciones, los estudios han identificado macrozonas con características similares, una de las cuales es la zona andina. Se encuentran, sin embargo, en todos los pueblos ideas comunes como la noción de reciprocidad.

A diferencia de la concepción antropocena, los pueblos andinos asumen una concepción cosmocentrica. Las derivaciones de esta cosmovisión indígena son radicalmente distintas y se manifiestan principalmente en su relación con la naturaleza y la tierra. Esta idea difiere del concepto occidental de propiedad que ve a la naturaleza como un medio susceptible de apropiación y de explotación. La tierra y los recursos naturales son dispuestos para su uso, goce y disposición en el pensamiento económico occidental.

Según el Instituto Interamericano de Derechos Humanos «El elemento central identificado como propio de la economía indígena está basado en el poder de dar y recibir, dentro de las normas culturales de intercambio recíproco.»[19] El mismo Instituto define a la Economía Indígena señalando que ella «Es una economía basada en la apreciación personal, como fuente de obligación recíproca. Así como para la economía de mercado el eje ordenador o principio lógico es la acumulación, para la economía indígena el eje ordenador es la distribución»[20].

---

[19] Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Economía Indígena y mercado*, p. 18.
[20] *Idem*.

Pero no solamente aparece la idea de reciprocidad en las culturas indígenas americanas, sino que también la idea de redistribución, que se entiende como una participación equitativa en el reparto de los bienes. También está presente la idea de dar bienes y recibir más allá de la noción del mercado. Otros principios destacables son la cooperación, la solidaridad, el trabajo colaborativo y colectivo.

El Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (FILAC) en su trabajo para la escuela de capacitación intercultural, organizado en la ciudad de La Paz, Bolivia (año 2007), propone, dentro de los elementos de una cosmovisión indígena andina, cuatro principios sustentados en una nueva «racionalidad andina»[21], cuyo principio fundamental es la búsqueda del Buen Vivir o Sumak Qamaña (en lengua Aymara). Este trabajo destaca cuatro principios rectores de la economía de los pueblos indígenas andinos:

1. El principio de relacionalidad

«Se fundamenta en las relaciones y vínculos de los seres humanos con todo lo que manifieste vida»[22]. En este sentido aparece la idea de que todos los seres vivos son parte integrante de la misma creación y deben desarrollarse en armonía con el conjunto de esta. Los seres humanos son una misma cosa con todo lo que los rodea y deben ayudar a mantener el equilibrio universal. También aparece la idea de Pachamama o madre tierra, que se manifiesta en una diosa que representa toda la creación. En la cultura Quechua y Aymara se considera a la Pachamama una deidad a la que se debe adoración. En la cultura mapuche esta la noción de la Ñuke Mapu (madre tierra) pero con una significación distinta a la de los pueblos andinos.

2. El principio de correspondencia

«Se manifiesta en la dimensión del micro y macrocosmos, acción vinculante entre fenómenos del mundo de los astros que genera ocurrencias en nuestro mundo humano, igual sucede con la etapa o mundo de los muertos»[23]. En la cultura indígena el hombre se considera como parte integrante de toda la creación y en este sentido le afectan fenómenos relacionados con los astros. Este principio está fuertemente presente también en la cultura mapuche.

---

[21] Principios destacados por el profesor Fabián Sánchez Ramos, en su trabajo «La cosmovisión quichua en Ecuador: una perspectiva para la economía solidaria del Buen Vivir». Disponible en *http://www.cialc.unam.mx/cuadamer/textos/ca142-39.pdf*

[22] *Idem.* p. 45.

[23] *Idem.*

3. El principio de complementariedad

Establece que «…lo absoluto consiste en encontrar los complementos en una evolución eterna: el día sucede a la noche, la claridad se complementa con la oscuridad, el cielo con la tierra…»[24]. En este sentido los distintos actores económicos cooperan y se coordinan para lograr sus objetivos. Así se explica por ejemplo la obligación moral de realizar trabajo colectivo o colaborativo. También explica la idea de «dar y recibir» como una práctica económica que busca satisfacer las necesidades básicas sin la intervención del mercado. Este intercambio o trueque no se realiza únicamente entre las familias, sino que además con miembros de otras comunidades más distantes y que tengan bienes que se necesite usar y que se puedan intercambiar con bienes propios o de producción local. En algunos sectores se ha llegado a implementar ferias de trueque sin la necesidad del uso de dinero.

4. El principio de la reciprocidad

«Postula que la vida se manifiesta como tal porque existe una justicia cósmica»[25]. En materia económica aparece la obligación moral de compensar los bienes recibidos, la participación en el trabajo colaborativo y el trabajo colectivo. La reciprocidad es entonces un principio de justicia que ordena la vida en sociedad. Al recibir bienes nace igualmente la obligación de dar otros que sean necesarios para la economía de quienes hayan realizado el obsequio. También con el trabajo colaborativo nace la obligación de participar posteriormente en trabajos que vayan en beneficio de quienes participaron con sus esfuerzos en las tareas solicitadas por quién organizó el trabajo colaborativo. Por otro lado, también existe una obligación moral de participar de trabajos colectivos que vayan en beneficio de toda la comunidad o de otras comunidades dependiendo de las circunstancias. En la cultura mapuche aparece la noción de Azmapu como un sistema normativo y que identifica a la reciprocidad como un principio ordenador de la vida en sociedad.

[24] *Ibid.*
[25] *Ibid.*

IV. LAS IDEAS ECONÓMICAS DEL PUEBLO MAPUCHE

1. La influencia de las ideas económicas de los pueblos andinos en el pueblo mapuche

Sin lugar a duda, las ideas económicas de los pueblos andinos influyeron fuertemente en el pueblo mapuche e incluso en sus técnicas de producción. Como ya se ha señalado, las ideas económicas de los pueblos andinos tienen varias similitudes dentro de las cuales se puede destacar la idea de concebir a la tierra como una madre de la que dependen todos los seres vivientes y entre ellos los seres humanos.

Antes de la llegada de los españoles, el pueblo mapuche enfrentó de manera exitosa la invasión del imperio inca. A pesar del conflicto, el pueblo mapuche tomó muchas de las ideas de los incas y también algunas técnicas productivas como el uso de métodos de regadío. Según lo que señala José Bengoa «El conocimiento de la agricultura y la domesticación de animales se realizó mediante un aprendizaje que recorrió de norte a sur el territorio»[26]. El mismo Bengoa señala en otra de sus obras que «En los valles del norte y centro de Chile comenzaba a desarrollarse una agricultura propiamente tal bajo la influencia de la dominación incaica. En los valles del Mapocho y Quillota había sistemas de regadíos a la llegada de los españoles»[27]. En las regiones del sur de Chile no eran necesarios los sistemas de regadío, pero si fue fundamental para la producción agrícola la incorporación de plantas traídas por los incas. También con respecto a la ganadería algunos historiadores señalan que la especie nativa de auquénido llamado Chilihueque, criado por los mapuches a la llegada de los españoles y hoy extinta, tiene su origen en las invasiones incas a los valles centrales de Chile[28]. Otros investigadores por el contrario señalan que se trataba de una especie autóctona domesticada por los mapuches.

Por otra parte, la forma de producción Inca influyó fuertemente en las ideas del pueblo mapuche. El historiador Luis Vitale identifica al modo de producción incaico como modo de producción *comunal tributario. «*Por comunal entendemos la actividad conjunta que efectuaban las unidades domesticas —aylluso o altépetles— dentro de la tribu»[29] señala Vitale, y agrega que «Estos núcleos familiares trabajaban la parcela que en usufructo les había repartido la comunidad, pero realizaban tareas comunes de manera colectiva y ayudaban a otras familias

---

[26] Bengoa Cabello, J., *Historia de los antiguos mapuches del sur*, p. 34.
[27] Bengoa Cabello, J., *Historia del pueblo mapuche*, p. 22.
[28] GAY Mouret, C., *Usos y costumbres de los araucanos*, p. 181.
[29] Vitale Cometa, L., *Interpretación marxista de la historia de Chile*, p. 78.

a través de un sistema cooperativo o de "minga"[30]. Hasta el día de hoy el pueblo mapuche mantiene la tradición del trabajo cooperativo llamado minga».

Por otro lado, también hasta hoy los mapuches identifican con la palabra «huinca» a quienes no son mapuches ya que estiman que vinieron de la misma zona norte de que vinieron en su momento los incas. Según José Bengoa la palabra huinca es una derivación de *pu inca* que significa «los incas» en lengua mapuche[31].

La llegada de los españoles significó además para los mapuches la incorporación de las especies vegetales traídas desde Europa y sobre todo las especies animales que significaron que para finales del siglo XIX los mapuches se habían transformado en una rica sociedad ganadera.

2. Algunas ideas mapuches sobre economía

Una idea económica fundamental para los pueblos andinos es, como ya se mencionó, la identificación de los seres humanos como parte integrante de la creación e hijos de la divinidad Pachamama. A diferencia de los pueblos quechua y aymara, el pueblo mapuche no identifica a la tierra como una divinidad, sino que como una madre. La Ñuke Mapu (madre tierra), a contrario de la Pachamama, es una madre a la que se debe respeto y no una diosa a la que no se debe veneración. También para los mapuches la Ñuke Mapu representa un concepto amplio de naturaleza que va más allá de la tierra y que entrega la vida y mantiene el equilibrio.

El azmapu o sistema jurídico mapuche, consiste en una seria de reglas de convivencia organizado sobre la idea de equilibrio y armonía cósmica «Se trata de pautas de conducta que se transmiten de generación en generación por la vía oral y que regulan las relaciones sociales y su vinculación con el entorno natural»[32]. En este sistema se evidencian los cuatro principios destacados como propios de los pueblos andinos. Este azmapu reglamenta las relaciones económicas y de convivencia entre los mapuches. Si bien es un conocimiento que se traspasa de forma oral de generación en generación se manifiesta a través de los juicios de los jefes o loncos.

El trabajo colaborativo o colectivo es otra característica que se destacó como propia de los pueblos andinos. En el pueblo mapuche existe la tradición de la Minga o Mingaco, que tiene por objeto satisfacer necesidades sociales o de ayuda reciproca. Una finalidad de este trabajo

---

[30] *Idem*.

[31] Bengoa Cabello, J., *Historia de los antiguos mapuches del sur*, p. 40.

[32] Melin Pehuen, M., Coliqueo Collipal, P., Curihuinca Neira, E. y otra, *Azmapu Una aproximación al sistema normativo mapuche desde el rakizuam y el Derecho Propio*, p. 34.

colaborativo puede consistir en ayudar a un particular con la construcción de una casa (rucan) o la realización de una siembra o cosecha. En estos últimos casos el favorecido por el trabajo colaborativo, adquiere un compromiso de realizar labores similares con sus ayudantes voluntarios. Si bien puede haber una finalidad social, como la construcción de caminos o de áreas de uso colectivo, en este caso estaríamos ante la figura que se puede definir como de trabajo colectivo. En la minga o mingaco no hay ningún tipo de retribución monetaria, solo está presente la obligación moral de participar en actividades productivas similares con los participantes en base al principio de reciprocidad.

La tradición económica de dar y recibir que se podría definir como de intercambios voluntarios de productos también es una práctica común en el mundo mapuche. Como se enfatizó, igualmente es una práctica que está presente en los pueblos andinos y se enmarca en el principio de reciprocidad. Es destacable esta práctica debido a que los bienes intercambiados satisfacen necesidades económicas y es difícil medir su impacto real debido a que no se emplea dinero.

Otra práctica económica común es el uso del trueque que consiste en intercambiar productos sin el uso del dinero. A diferencia de la donación en esta figura existe la obligación de pagar los productos con otras especies de similar valor. En la zona mapuche este mecanismo de intercambio puede usarse en los más variados productos como animales, bienes agrícolas, etc. En algunos lugares se ha retomado la tradición de la realización de ferias del trueque.

De mucha importancia económica se ha vuelto también la mediaría agrícola que es un mecanismo por el que el propietario de un terreno se asocia con un agricultor que cultiva el predio en sociedad con el dueño. Esta práctica de cooperación ha cobrado gran importancia en la actualidad debido al fenómeno del minifundio, la expansión de los monocultivos que han acarreado desmejoramiento de suelos debido a la sequía y la necesidad de plantaciones de forraje para mantener la actividad ganadera[33].

Todas las ideas económicas del pueblo mapuche se podrían resumir en el anhelo de alcanzar el «buen vivir» o Küme Mogen. El «buen vivir» es un modo de vida y de relación con la naturaleza y el entorno basado en el principio del equilibrio. Es también la búsqueda de la armonía con los seres humanos, los seres espirituales y la naturaleza representada como Ñuke Mapu. La búsqueda del equilibrio constituye además una norma de conducta que se manifiesta en el Az Mapu o

[33] Codoceo Tapia, R., «La importancia de la mediería agrícola como mecanismo de cooperación al interior de la economía mapuche rural contemporánea en el contexto de la comunidad Valentín Marín de Nueva Imperial, IX Región, Chile», disponible en *https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-27892019000100131,* última visita 3 de junio de 2024.

sistema jurídico mapuche, que regula toda la relación de los mapuches con su medio social y natural.

Si bien el proyecto de nueva constitución chilena de 2022 reconocía el principio de pluralismo jurídico y de esta manera le dio valor al concepto mapuche de Azmapu, no recogió de la misma manera la idea de pluralismo económico que podría darle valor al modo distinto de economía mapuche reconociendo sus formas económicas particulares que se han descrito en este trabajo.

Vale la pena también revisar y constatar que estas ideas económicas indígenas no se encuentran presentes en la legislación chilena vigente. No están presentes en la Constitución, pero tampoco están presenten en la ley especial indígena 19 253 de 1993 que se revisará en detalle en el apartado siguiente.

V. LA ECONOMÍA INDÍGENA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

Hacia finales de la dictadura de Augusto Pinochet el entonces candidato único de la oposición, Patricio Aylwin, se reunió con las organizaciones indígenas en la ciudad de Nueva Imperial, en la región de La Araucanía. De esa reunión realizada en el año 1989 surgió la promesa de reconocer constitucionalmente la existencia de los Pueblos Indígenas chilenos y promulgar una nueva ley que regule los asuntos indígenas. Luego de más de 30 años pasados desde la realización de aquel encuentro, el reconocimiento constitucional continúa siendo una promesa incumplida. Sin embargo, la Nueva Ley indígena se hizo realidad en el año 1993.

La Constitución chilena no menciona a los pueblos indígenas y mucho menos a su economía. Sin embargo, la ley 19 253 de 1993 (actualmente vigente) regula los principales asuntos relacionados con los pueblos indígenas. Hay que partir criticando que esta ley regula de la misma manera a pueblos tan distintos como los mapuches y los rapanui, estos últimos un pueblo polinésico. Por otro lado, se debe aclarar de entrada que en Chile la propiedad indígena no está relacionada necesariamente con la propiedad colectiva, ya que existe la propiedad indígena individual de la tierra. Este último punto es importante ya que la Constitución argentina, que rige a los mapuches del otro lado de la frontera se refiere expresamente a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras de las comunidades indígenas que el congreso debe reconocer como preexistentes al Estado Argentino[34]. En este sentido la ley indígena chilena reconoce «…que los indígenas de Chile son los

[34] Constitución de la Nación Argentina, 1994, art. 75.

descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos» lo que claramente es diferente a la legislación trasandina».

1. La comunidad indígena

La Ley 19 253 reconoce a las comunidades indígenas como «toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena» y que «provengan de un mismo tronco familiar» o que «reconozcan una jefatura tradicional» o que «posean o hayan poseído tierras indígenas en común» o que por último «provengan de un mismo poblado antiguo». Como ya se ha aclarado, comunidad indígena no necesariamente se refiere a la posesión de propiedad común, por lo que pueden existir comunidades sin propiedades rurales, incluso pueden existir en zonas urbanas. Lo anterior es de la mayor relevancia ya que comúnmente se confunde y se entiende que las comunidades indígenas son propietarias de una propiedad común. Los medios de comunicación más importantes al hablar de los mapuches de zonas rurales suelen referirse a ellos como «comuneros indígenas» lo que ayuda a confundir a la opinión pública sobre este tema.

2. Tierras indígenas

El titulo segundo de la ley 19 253 se refiere al «reconocimiento, protección y desarrollo de las tierras indígenas». El párrafo primero del título segundo se refiere a «La protección de las tierras indígenas». El art. 12 señala que son tierras indígenas «aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión» y que provengan de: *a)* Títulos de comisario[35], *b)* Títulos de merced[36], *c)* Cesiones gratuitas de dominio[37], *d)* Otras formas que el Estado ha usado para ceder, regularizar, entregar o asignar tierras a indígenas[38], *e)* Aquellas que los beneficiarios indígenas de las leyes núm. 15 020, de 1962, y núm. 16 640, de 1967 […] inscriban en el Registro de Tierras Indígenas[39]. También se reconocen como tierras indígenas «aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades

[35] De la ley de 10 de junio de 1823.

[36] De las leyes de 4 de diciembre de 1866; de 4 de agosto de 1874, y de 20 de enero de 1883. Leyes que reglamentaron el proceso de radicación y reducción.

[37] Efectuadas conforme a la ley núm. 4.169, de 1927; ley núm. 4.802, de 1930; decreto supremo núm. 4.111, 1, de 193 1; ley núm. 14.511, de 1961, y ley núm. 17.729, de 1972, y sus modificaciones posteriores.

[38] De la ley núm. 16.436, de 1966; decreto ley núm. 1.939, de 1977, y decreto ley núm. 2.695, de 1979.

[39] Leyes de reforma agraria.

mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, diaguitas, changos, kawashkar y yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley»[40]. El numeral tercero del art. 12 reconoce la propiedad sobre «aquellas que, proviniendo de los títulos y modos referidos en los números precedentes se declaren a futuro pertenecientes en propiedad a personas o comunidades indígenas por los Tribunales de Justicia». Por último, se señala la propiedad indígena sobre «aquellas que indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito del Estado». En esta última condición se encuentran las tierras compradas por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). El mismo art. 12 señala que la propiedad reconocida a los indígenas tendrá por titular a personas naturales indígenas o comunidades con lo que se consagra la posibilidad de la propiedad indígena individual. Las compras de tierra que realiza la CONADI pueden hacerse para beneficio de una persona natural, de una comunidad indígena o para una parte de una comunidad indígena. En el caso de compras colectivas ellas pueden realizarse bajo la figura de copropiedad o propiedad colectiva.

3. Protección de las tierras indígenas

El art. 13 de la ley 19 253 consagra la protección de estas tierras indígenas y establece que «las tierras a que se refiere el art. precedente, por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de esta ley y no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia». Esta última disposición ha sido fuertemente cuestionada por algunos gobiernos llegando incluso a identificar esta protección con la fuente de la pobreza de las comunidades indígenas. El inciso segundo del art. 13 señala «Igualmente las tierras cuyos titulares sean comunidades indígenas no podrán ser arrendadas, dadas en comodato, ni cedidas a terceros en uso, goce o administración». Tratándose de tierras de personas naturales indígenas se establece sin embargo que «podrán serlo (arrendadas o cedidas en comodato) por un plazo no superior a cinco años»[41]. En este punto cabe recordar el mecanismo espurio de enajenación popularizado antes de la entrada en vigor de esta ley, que consistía en arrendar predios indígenas por 99 años y cuya renovación era automática. El actuar permisivo de las autoridades hizo a este mecanismo popular y de alcance masivo.

A pesar de la protección establecida, el mismo art. 13 consagra la posibilidad de que las tierras indígenas sean enajenadas a través de la figura de la permuta. En este caso, las tierras no indígenas, deben

[40] Ley 19.253 ya mencionada.
[41] *Ibid.* art. 13.

ser de similar valor comercial a las de los indígenas lo que deberá ser debidamente acreditado ante la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI).

También en lo referente a tierras indígenas y su protección, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena se obliga a llevar un registro público de tierras indígenas. Este registro acredita la calidad de indígena de las tierras inscritas. Con respecto a la división de las comunidades provenientes de un título de merced esta debe ser solicitada por la mayoría absoluta de sus miembros. De la subdivisión de predios indígenas no pueden resultar predios de menos de tres hectáreas de extensión. En el derecho común se permite la división de predios agrícolas con predios resultantes de una extensión de a lo menos media hectárea.

Por otro lado, de manera excepcional se permite la constitución de derechos reales de uso en favor de los ascendientes o descendientes para efectos de que estos últimos accedan a beneficios habitacionales. También se reconoce para fines habitacionales el derecho de goce sobre tierras comunes a favor de un miembro de la comunidad. Este derecho es trasmisible solo al cónyuge o a quién tenga reconocida la posesión notoria del estado civil.

Con respecto a la sucesión de predios indígenas se establece que para el caso de predios indígenas individuales se estará a las normas de derecho común establecidas en el Código Civil. Para el caso de tierras comunitarias se considerará la costumbre que el pueblo indígena tenga en materia de herencia, o en subsidio se regulará por la ley común. Este último asunto ha sido objeto de un fuerte debate ya que no existen reglas claras de sucesión y las comunidades han interpretado esta norma de diferentes maneras lo que ha llevado muchas veces a disputas debido a la falta de reconocimiento de derechos sucesorios en base a lo que se establece en la ley común.

4. El fondo de tierras y aguas indígenas

El párrafo segundo del título 2° de la ley establece un fondo para tierras y aguas indígenas. Existen en este caso dos posibilidades: compras individuales o en favor de una comunidad o parte de una comunidad. El art. 20 establece que el fondo puede «*a)* Otorgar subsidios para la adquisición de tierras por personas, Comunidades Indígenas o una parte de estas cuando la superficie de las tierras de la respectiva comunidad sea insuficiente». La adjudicación de este subsidio será diferente en el caso de personas individuales o comunidades. Tratándose de personas se tomará en cuenta el ahorro previo, la situación socioeconómica y el grupo familiar. Para el caso de la adjudicación de fondos para comunidades o parte de comunidades se toma en con-

sideración además de los criterios definidos para las postulaciones individuales, la antigüedad y el número de beneficiados. La letra *b)* del art. 20 se refiere a enfrentar problemas derivados del cumplimiento de transacciones o resoluciones judiciales o extrajudiciales sobre tierras «…provenientes de los títulos de merced o reconocidos por títulos de comisario u otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado en favor de los indígenas». Por último, la letra *c)* de este art. busca «Financiar la constitución, regularización o compra de derechos de aguas o financiar obras destinadas a obtener este recurso».

5. El fondo de desarrollo indígena

El art. 23 de la ley crea un «fondo de desarrollo indígena» cuya finalidad es financiar proyectos de desarrollo de comunidades o personas individuales indígenas. La idea de este fondo es financiar proyectos de crédito, capitalización o subsidios. Entre sus objetivos está el de «administrar líneas de crédito para el funcionamiento de programas de superación del minifundio»[42]. Además, busca «financiar planes para la recuperación de la calidad de las tierras indígenas degradadas o diversificar su uso y producción»[43]. También «financiar la obtención de concesiones y autorizaciones de acuicultura y pesca, y la compra de utensilios de pesca artesanal»[44].

La ley no contempla la idea de un «banco indígena» o la creación de una entidad similar a la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO) que ha tenido históricamente excelentes resultados.

6. Áreas de desarrollo indígena

El art. 26 de la ley establece que el Ministerio de Planificación y Cooperación, actualmente Ministerio de Desarrollo Social y Familia, a propuesta de la CONADI podrá proponer áreas de desarrollo indígena que «serán espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades»[45]. También la ley establece que la CONADI «en beneficio de las áreas de desarrollo indígena, podrá estudiar, planificar, coordinar y convenir planes, proyectos, trabajos y obras con ministerios y organismos públicos; gobiernos regionales y municipalidades»[46].

---

[42] Art. 23, ley 19.253.
[43] *Ibid.*
[44] *Ibid.*
[45] Art. 26, ley 19.253.
[46] *Idem.*

El impacto de la creación de estas áreas de desarrollo indígena ha sido muy limitado. Esto se explica debido a que su creación no esta ligada con la disponibilidad de recursos nuevos para atender las necesidades de la comunidad. Se establece que en estas áreas los distintos organismos públicos focalizarán recursos lo que en la práctica es complicado debido a los diferentes tiempos y requisitos exigidos por cada órgano en particular. Otro problema que se ha manifestado es la falta de coordinación entre las instituciones publicas para el desarrollo de estas áreas de desarrollo indígena[47].

7. Las asociaciones indígenas

La ley 19 253 por otro lado establece la posibilidad de crear «asociaciones indígenas» que son organismos que tienen por finalidad representar intereses comunes. Estas asociaciones no pueden atribuirse la representación de los indígenas que es propio de las comunidades. Al crearse estas asociaciones la ley indica que se deben definir de manera «precisa y determinada» sus objetivos, los que pueden consistir en desarrollar actividades «económicas que beneficien a sus integrantes tales como agricultores, ganaderos, artesanos y pescadores» también desarrollar otras actividades económicas como «operar economatos, centrales de comercialización, unidades de prestación de servicios agropecuarios, técnicos, de maquinarias y otras similares». Estas asociaciones cuando se dediquen a actividades económicas deberán practicar un balance al 31 de diciembre de cada año.

Llama la atención en esta materia que no se creara una figura de cooperativa indígena que estuviera bajo el amparo del Ministerio de Economía como la figura de las cooperativas agrícolas, campesinas. Tampoco que se reconocieran otras experiencias de economía social y solidaria.

A modo de conclusión del estudio de este apartado que se dedicó al análisis de la ley indígena vigente, se constata que la economía indígena y sus principios se encuentran totalmente ausentes de la legislación positiva y que todas las normas tienen como base una concepción jurídica occidental. Si bien se reconoce la existencia de comunidades, algunas de las cuales son propietarias de predios de manera colectiva, su existencia se fundamenta en el hecho de ser previamente reconocidas en actos estatales como el otorgamiento de Títulos de Merced. No se reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas ni su propiedad ancestral ni su economía propia. El derecho positivo occidental racionalista es la fuente de toda la normativa indígena. El etnocentrismo

[47] Rubilar Palma, G., Roldan Tonioni, A., *Áreas de desarrollo indígena: Estudio de caso del ADI Puel Nahuelbuta, como estrategia de las políticas públicas en el mundo mapuche.*

heredado desde los tiempos de la colonia y su idea de pensamiento único está plenamente vigente en la legislación positiva chilena.

VI. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se presentaron resumidamente las ideas que conforman lo que se denomina economía indígena, con especial atención a las particularidades de las ideas económicas propias del pueblo mapuche. Si bien no se considera, por quien escribe, a la economía indígena como un modelo excluyente del modelo económico capitalista, si se considera que sus principios deben considerarse una práctica económica diferente y válida al modelo único impuesto en nuestros países desde la colonia y cuyas bases se encuentran consagradas constitucionalmente por nuestros Estados.

Se optó por comenzar señalando el origen violento de nuestras sociedades latinoamericanas como resultado de la expansión del imperio más poderoso de la tierra durante la época de conquista. La explotación económica de las colonias tuvo distintos efectos, pero su denominador común fue satisfacer las necesidades de materias primas y de otras mercancías de valor para las metrópolis imperiales. El avance hacia Chile tuvo por objeto explotar recursos minerales preciosos que se suponía existían en abundancia y apoyarse en la mano de obra esclava para realizar esas actividades. Esto significó una guerra a muerte con el pueblo mapuche que estaba dispuesto a defenderse. La ocupación permanente de los territorios y las disputas con otras potencias imperiales llevó a que los españoles optaran por la idea de negociar con los mapuches condiciones de convivencia a través de los «Parlamentos». Estos pactos ordenaron la convivencia entre las partes durante la época de la colonia. Con la independencia de Chile se impone la idea de la asimilación de la población indígena a la población criolla chilena. Es así como hacia finales del siglo XIX se rompen los compromisos asumidos en los Parlamentos y se procede a la ocupación militar de los territorios mapuches. Ello trae consigo la invisibilización y la discriminación del mundo indígena. Las ideas racionalistas de la época de la ocupación menospreciaban el pensamiento indígena asimilándolo a la condición de barbarie. La opinión de las clases dominantes de esa época (y de la actual) era que Chile (como también Argentina) se encontraban ante la disyuntiva de la civilización o la barbarie, idea expuesta por Domingo Faustino Sarmiento en su célebre libro *Facundo*. Los indígenas y todo lo relacionado con ellos representaban la barbarie, mientras que las ideas europeas eran la civilización.

Luego de esta contextualización se analizaron los principios que forman la economía indígena. Después de advertir sobre las diferencias

entre los distintos pueblos se identificaron los principios formadores comunes dentro de los que se encuentran las ideas de relacionalidad, correspondencia, complementariedad y reciprocidad. Se evidencia una notoria similitud entre las ideas de los pueblos indígenas andinos que influyeron en las ideas mapuches de economía. El concepto de desarrollo sostenible es propio de la cosmovisión de los pueblos indígenas andinos y del pueblo mapuche en particular. En este sentido, la idea de «buen vivir» o *Küme Mogen* resume la concepción económica propia de los mapuches que ven a la vida y la producción de bienes económicos en armonía con la naturaleza, con los espíritus y los demás seres vivientes. Atraviesa todas estas ideas la concepción de equilibrio que se identifica como una norma de conducta, el llamado Azmapu, también conocido como sistema normativo mapuche. El rompimiento de este equilibrio es la fuente de los males e incluso de las enfermedades.

Sin duda que este pensamiento económico y esta filosofía de vida constituye una alternativa al modelo de desarrollo propio de la cultura occidental. También nos muestra otro modo de relación con la naturaleza basado en el respeto y la conservación que puede ayudarnos a dejar atrás la depredación constante y progresiva de los recursos naturales. La sobre explotación de los recursos del planeta puede llevarnos incluso a la extinción de la vida humana en la tierra con fenómenos nuevos y peligrosos como el descontrol de los incendios forestales o el avance de la desertificación. La revalorización del pensamiento económico de los pueblos indígenas puede darnos una alternativa para evitar esta catástrofe.

El análisis de la legislación chilena nos muestra que los principios económicos de los pueblos indígenas no se encuentran reconocidos constitucionalmente y tampoco están presentes en la ley especial indígena. Si bien se reconoce la particularidad de la propiedad no existen mecanismos que promuevan el desarrollo de iniciativas inspiradas en la idea de economía indígena. Además, en los trabajos revisados se evidencia que las «áreas de desarrollo indígena» que establece la ley 19 253 no han tenido el impacto esperado debido especialmente a que no cuenta con recursos para implementar planes de desarrollo. Tampoco han sido un aporte desde el punto de vista económico las asociaciones indígenas.

Respondiendo a la pregunta de investigación formulada en la introducción ¿puede la economía indígena, en especial la mapuche, convertirse en una alternativa económica sostenible? Se concluye que, si bien no se puede hablar de una alternativa excluyente al sistema económico actual, si debe considerarse como una opción reconocida y valida de producción y trabajo, sobre la que se construya otra economía de carácter solidario y que tenga en el centro generar las condiciones para alcanzar el «buen vivir».

A modo de conclusión final y sugerencia se propone que la Constitución Económica chilena consagre el principio del pluralismo económico. Esto significaría reconocer otra forma de hacer economía consagrando los principios que forman la economía indígena, lo que también llevaría a organizar las instituciones que promuevan y colaboren al desarrollo de este tipo de economía. En términos prácticos, por ejemplo, esto posibilitaría el trabajo productivo de las comunidades que son propietarias de predios agrícolas y que hoy están totalmente desamparadas o de la alternativa real de fortalecer a las entidades de la llamada economía social y solidaria.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Abreut de Begher, L., *Propiedad Indígena*, Buenos Aires, Facultad de Derecho UBA - La Ley, 2010.

Alterini, J., Corna, P., Vázquez, G., *Propiedad Indígena*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2005.

Aylwin, J., Meza-Lopehandia, M., Yañez, N., *Los pueblos indígenas y el derecho*, Santiago de Chile, Lom Editores, 2013.

Aylwin, J., *Materializaciones y Conflictos. Aplicación de la Ley 19.253 en el Territorio Mapuche (1996 - 1997)*, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, Temuco, Chile, 2000.

Bengoa Cabello, J., *Historia del pueblo mapuche*, 7.ª ed., Santiago de Chile, Editorial Lom, 2008.

— *Historia de un conflicto. El Estado y los Mapuches en el siglo xx*, Santiago de Chile, Editorial Planeta, 1999.

— *El Tratado de Quilín*, Santiago de Chile, Editorial Catalonia, 2007.

— *Historia de los antiguos mapuches del sur*, Santiago de Chile, Catalonia, 2007.

Centro de Estudios Públicos, (2023), «Apruebo y rechazo en septiembre 2022. Expectativas, decepciones y horizontes comunes para el nuevo proceso constitucional», disponible en *https://www.cepchile.cl/investigacion/apruebo-rechazo-septiembre-2023-expectativas-decepciones-horizontes-para-el-nuevo-proceso-constitucional/.* Última visita 1 de junio de 2024.

Codoceo Tapia, R., «La importancia de la mediería agrícola como mecanismo de cooperación al interior de la economía mapuche rural contemporánea en el contexto de la comunidad Valentín Marín de Nueva Imperial, ix Región, Chile», disponible en *https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-27892019000100131,* última visita 3 de junio de 2024.

de Sousa Santos, B., *Descolonizar el Saber, Reinventar el Poder*, Santiago de Chile, Editorial LOM, 2013.

— (2011) *Introducción: Las epistemologías del sur*, disponible en *https://www.boaventuradesousasantos.pt/media/INTRODUCCION_BSS.pdf.* Última visita, 3 de junio de 2024.

Días Ocampo, E., Antúnez Sánchez, A., (2016) «La justicia indígena y el pluralismo jurídico en Ecuador, el constitucionalismo en América Latina», en *Derecho y Cambio Social*, 2016. Disponible en *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456253.* Última visita 3 de junio de 2024.

Ehijos Mardones, S., «Activación de los circuitos económicos solidarios: un desafío de la política pública desde el pago de los beneficios sociales en las zonas rurales», *Revista Economía*, vol. 72, núm. 116, Quito, 2020. Disponible en *https://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/ECONOMIA/article/view/2585.* Última visita 8 de junio de 2024.

Gay Mouret, C., *Usos y Costumbres de los Araucanos*, Santiago de Chile, Penguin Random House Grupo Editorial S.A., 2018.

Instituto Nacional de Estadisticas, Chile, 2017, disponible en *https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/genero/documentos-de-an%C3%A1lisis/documentos/radiografia-de-genero-pueblos-originarios-chile2017.pdf?sfvrsn=7cecf389_8.* Última visita 6 de junio de 2024.

— Argentina, 2012, disponible en *https://web.archive.org/web/20161009201256/http://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/poblacion/censo2010_tomo1.pdf p. 281*. Última visita 2 de junio de 2024.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Economía Indígena y mercado,* San José de Costa Rica, 2007, disponible en *https://www.corteidh.or.cr/tablas/25144.pdf*, última visita 7 de junio de 2024.

Lopera García, L. (2009), «Los circuitos económicos solidarios: espacios de relaciones y de consensos», en *Semestre Económico*, vol. 12, núm. 25, Universidad de Medellín, Medellín, 2009, pp. 81-93.

Macarón, P., (2017) *Propiedad Indígena. Reivindicación de tierras ancestrales*, Buenos Aires, Editorial Astrea.

Melin Pehuen, M., Coliqueo Collipal, P., Curihuinca Neira, E. y otra (2016), *Azmapu, Una aproximación al sistema normativo mapuche desde el Rakizuam y el Derecho Propio*, disponible en *https://bibliotecadigital.indh.cl/server/api/core/bitstreams/1d561f02-5b7a-4093-9c4a-00af8fd93d06/content* última visita 10 de junio de 2024.

Ministerio de Desarrollo Social y Familias, «Encuesta Casen de caracterización socioeconómica nacional», disponible en *http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/fichas-regionales/2020/region_araucania.pdf.* Última visita, 2 de junio de 2024.

Ministerio de Economía de Chile, «División de asociaciones y de cooperativas». Disponible en: *https://asociatividad.economia.cl/.* Última visita 20 de mayo de 2024.

Pairican Padilla, F., *Nueva Constitución y Pueblos Indígenas*, Santiago de Chile, Editorial Pehuen, 2016.

Proyecto Nueva Constitución, (2022), Chile, disponible en *https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf*

— (2023), Chile, disponible en *https://www.procesoconstitucional.cl/docs/Propuesta-Nueva-Constitucion.pdf*

Ramos, J., *Historia de la Nación Latinoamericana,* Buenos Aires, Ediciones Continente, 2011.

Razeto Migliaro, L., «El concepto "solidaridad"», en *Pensamiento Crítico Latinoamericano*, vol. III, Ediciones Universidad Católica Silva Henríquez, Santiago, Chile, 2005, pp. 971-985.

Rubilar Palma, G., Roldán Tonioni, A., «Áreas de desarrollo indígena: Estudio de caso del ADI Puel Nahuelbuta, como estrategia de las políticas públicas en el mundo mapuche», disponible en *https://www.scielo.cl/scielo.*

php?script=sci_arttext&pid=S0718-23762014000200017 última visita 3 de junio de 2024.

Saavedra Peláez, A., *Los Mapuche en la sociedad chilena actual*, Santiago de Chile, Lom Editores, 2002.

Salazar Vergara, G., *Ferias libres: espacio residual de soberanía ciudadana*, Ediciones Sur, Santiago de Chile, 2003, p. 109.

Sánchez Ramos, F., «La cosmovisión quichua en Ecuador: una perspectiva para la economía solidaria del buen vivir», *Cuadernos Americanos* 142, México, 2012, pp. 39-51, disponible en *http://www.cialc.unam.mx/cuadamer/textos/ca142-39.pdf.* Última visita 8 de junio de 2024.

Vitale Cometa, L., *Interpretación marxista de la Historia de Chile*, Lom Ediciones, 1.ª ed., 2011.

Wolkmer, A. C., *Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico*, Bogotá, Ediciones ILSA, 2003.

Zabala Cepeda, J., *Los Parlamentos Hispano-Mapuches (1593-1803). Textos Fundamentales*, Ediciones de la Universidad Católica de Temuco, Santiago, 2018.

1. Documentación

Constitucion de la Nación Argentina, (1994), disponible en *https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24430-804*. Última visita 28 de mayo de 2024.

Constitucion política de la República de Chile, (1980), disponible en *https://bcn.cl/2ff4c.* Última visita 1 de junio de 2024.

Convenio 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Fecha de promulgación 2 de octubre de 2008 (Chile), disponible en *https://bcn.cl/2fx8e* última visita 28 de mayo de 2024.

Decreto-Ley 2.568 de 28 de marzo de 1979, disponible en *https://bcn.cl/2p0lv* última visita 8 de junio de 2024.

Decreto-Ley 2.570 de 10 de julio de 1979, disponible en *https://bcn.cl/3kbi0* última visita 8 de junio de 2024.

Ley núm. 19.253 (1993), que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, Chile, disponible en *https://bcn.cl/2f7n5.* Última visita 6 de junio de 2024.

Ley núm. 23.302 (1985), que creó el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, (INAI), Argentina, disponible en *https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/23790/actualizacion.* Última visita 3 de junio de 2024.

EL PRIVILEGIO DEL AGRICULTOR A LA LUZ DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2023 EN EL PROCESO 384-IP-2019[1]

Juan Antonio Vives Vallés
Profesor Titular de Derecho Privado, Universitat de les Illes Balears
Instituto de Investigaciones Agroambientales y de Economía del Agua (INAGEA)

RESUMEN: En el presente capítulo se analiza el art. 26 de la Decisión núm. 345 de la Comisión de la Comunidad Andina, a la luz de la reciente Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de 6 de noviembre de 2023 en el proceso 384-IP-2019, centrando la atención en los problemas interpretativos y de encaje legal que suscitan. Se espera que el análisis y sugerencias ofrecidos contribuyan a la mejor interpretación y regulación de esta cuestión en el ámbito de la Comunidad Andina, en pro de la sostenibilidad regional del sistema de derechos de obtención y de la innovación agraria.

Palabras clave: privilegio del agricultor; exención agrícola; Comunidad Andina; fitomejoramiento; propiedad industrial; UPOV.

---

[1] Agradecimientos: A Don Francesco Mattina, Presidente de la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales, por compartir la decisión y animarme a escribir sobre la cuestión. Al Prof. Juan Bataller Grau, Catedrático de Derecho mercantil de la Universitat de València, por su amable invitación. Financiación y proyectos: Proyecto de investigación TED2021-129992A-I00, Programa de ayudas para la asistencia a congresos y estancias de trabajo de la UIB. En este capítulo se ha utilizado el estilo de cita «*spanish Legal (spanish)*» [*Rafael Palomino (rpalominolozano@gmail.com*)], proporcionado por la plataforma Mendeley. Descargo de responsabilidad: Las opiniones expresadas en este documento son responsabilidad de su autor y no representan necesariamente los puntos de vista y opiniones de las personas e instituciones anteriormente mencionadas.

ABSTRACT: This chapter discusses Art. 26 of Decision No. 345 of the Commission of the Andean Community, in the light of the recent Prejudicial Interpretation of the Court of Justice of the Andean Community of November 6, 2023 in the case 384-IP-2019, focusing on the interpretative problems and of legal fit that they raise. It is hoped that the analysis and suggestions offered can contribute to better interpret and regulate this matter in the Andean Community in favour of the regional viability of the plant breeders' rights system and of agricultural innovation.

Keywords: farm saved seed; farmers' privilege; Andean Community; plant breeding; intellectual property; UPOV.

SUMARIO: I. EL ART. 26 DE LA DECISIÓN NÚM. 345 DE LA COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. II. ANÁLISIS DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2023. 1. Sobre el «considerando» o sección «d. Temas objeto de interpretación» de la Sentencia. 2. Sobre el apartado 3.2. de la Sentencia. 3. Sobre los apartados 3.3. y 3.4. de la Sentencia. 4. Sobre los apartados 3.6. y 3.7. de la Sentencia. III. CONCLUSIONES. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL ART. 26 DE LA DECISIÓN NÚM. 345 DE LA COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA

Según el art. 26 de la Decisión núm. 345 de la Comisión de la Comunidad Andina (CAN)[2] sobre «régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales»:

«Artículo 26.- No lesiona el derecho de obtentor quien reserve y siembre para su propio uso, o venda como materia prima o alimento el producto obtenido del cultivo de la variedad protegida. Se exceptúa de este artículo la utilización comercial del material de multiplicación, reproducción o propagación, incluyendo plantas enteras y sus partes, de las especies frutícolas, ornamentales y forestales».

El precepto sigue al art. 25, que recoge excepciones análogas a las contenidas en el art. 15(1), letras i) («actos realizados en un marco privado con fines no comerciales»), ii) («actos realizados a título experimental»), y iii) («actos realizados a los fines de la creación de

[2] En adelante, Decisión núm. 345 de la CAN o, simplemente, Decisión núm. 345. El art. 26 de la Decisión núm. 345 no parece haber recibido una especial atención por parte de la literatura española especializada. Cabe mencionar la observación del García Vidal, en Á. García Vidal, «El material vegetal protegido por una patente o un derecho de obtentor y el empleo del producto de su cosecha con fines de propagación: agotamiento y privilegio del agricultor en Europa y en los ee.Uu.», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, 1, 2016, p. 93, fecha de consulta 3 agosto 2019, en *https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3020/1726*, a raíz del «art. 15 [Reserva de la cosecha] de la Resolución 970 de 10 de marzo de 2010 del Instituto Colombiano Agropecuario (ica)». *Ibid.*

nuevas variedades […]»), del Acta de 1991 del Convenio de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV).

Según el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en su Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de 6 de noviembre de 2023 en el proceso 384-IP-2019[3]), el art. 26 de la Decisión núm. 345 recoge «el privilegio del agricultor» (apartado 3.3.1º). Pero, como se verá a lo largo del presente capítulo, el precepto va mucho más allá.

Lo que se presenta en este capítulo es un análisis de la citada sentencia y, por ende, también del art. 26 de la Decisión núm. 345, complementado con la interpretación del autor sobre el respeto por parte de ambos (p.ej., el art. 26 y la interpretación del Tribunal de la Can en su Sentencia sobre dicho precepto) del Acta de 1978 del Convenio de la UPOV, y algunas reflexiones en relación con sus impactos sobre el propio sistema de la UPOV y el fitomejoramiento. Para ello, se toman como base del análisis los apartados relevantes de la citada sentencia, y se comentan en el contexto de las referencias normativas mencionadas (art. 26 de la Decisión núm. 345 y las Actas de 1978 y 1991 del Convenio de la UPOV).

II. ANÁLISIS DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2023

1. Sobre el «considerando» o sección «D. Temas objeto de interpretación» de la Sentencia

Según el «considerando» o sección «D. Temas objeto de interpretación» de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la CAN de 6 de noviembre de 2023, esta versa sobre tres cuestiones, una de ellas[4] ajena al contenido sustantivo de la Decisión núm. 345, y otras dos estrechamente relacionadas con el mismo, en particular: los «[d]erechos del obtentor de variedades vegetales» (2) y la «[l]imitación a los derechos de obtentor de variedades vegetales conferido a su titular en virtud del "privilegio del agricultor" sobre la reserva de su cosecha» (3). El presente análisis se centra en el último punto que, como se demostrará, transciende el citado privilegio.

---

[3] Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de 6 de noviembre de 2023 en el proceso 384-IP-2019: «limitación a los derechos de obtentor de variedades vegetales conferido a su titular en virtud del "privilegio del agricultor" sobre la reserva de su cosecha». En adelante, «la Sentencia del Tribunal de Justicia de la CAN de 6 de noviembre de 2023», o, simplemente, «la Sentencia».

[4] «1. El criterio jurídico interpretativo del acto aclarado es aplicable al mecanismo procesal de la interpretación prejudicial del ordenamiento jurídico comunitario andino». De la citada sección D de la Sentencia.

2. Sobre el apartado 3.2. de la Sentencia

Recoge el apartado 3.2., párrafo 1º, de la Sentencia:

> 3.2. La primera oración (postulado) del artículo 26 de la Decisión 345 establece una excepción a la norma general del artículo 24 ibídem, que enumera las acciones que el obtentor está facultado a realizar, respecto del material vegetal protegido, en ejercicio de los derechos que le confiere un certificado de obtentor emitido por la autoridad competente del País Miembro.

En realidad, esta «primera oración (postulado) del art. 26 de la Decisión 345»[5] no solo contiene (como afirma el Tribunal) «una excepción a la norma general del art. 24», sino que, además, parte de esta se refiere al «[a]lcance del derecho de obtentor»[6] ajenas al privilegio. Así, el fragmento «reserve y siembre para su propio uso» concierne al privilegio del agricultor (eso sí, de forma sintética y un tanto ambigua), mientras que el fragmento «venda como materia prima o alimento» lo hace al alcance del derecho (obviamente, los fragmentos: «no lesiona el derecho de obtentor quien […] el producto obtenido del cultivo de la variedad protegida», son comunes a ambos extremos). O, dicho de otro modo, de acuerdo (estrictamente) con esa parte del art. 26 de la Decisión núm. 345, en tanto en cuanto el destino de la *venta* sea «como materia prima o alimento», entonces el «el producto obtenido del cultivo de la variedad protegida»[7] queda fuera del *alcance* de la protección conferida por el *derecho de obtentor* (lo que no se produciría si la *venta implicara*, por ejemplo, la «[p]roducción, reproducción, multiplicación o propagación»[8]). La situación descrita es independiente de la adopción, como marco interpretativo, del Acta del Convenio de la UPOV de 1991, o las previas de 1978 o 1961. Es cierto que instituciones como el privilegio del agricultor han ido evolucionando con las diferentes Actas[9], pero, como se desprende claramente

---

[5] En el metido superior, literal, la redacción del Tribunal de Justicia de la CAN en la Sentencia, apartado 3.2., párrafo 1º.

[6] Tenor adoptado del título del art. 14 del Acta de 1991 del Convenio de la UPOV.

[7] Del art. 26 de la Decisión núm. 345 de la CAN.

[8] Del art. 24.*a)* de la Decisión núm. 345 de la CAN.

[9] *Vid.* sobre el particular, J.A. Vives-Vallés, *The Farm-Saved Seed in the UPOV Convention: delimitation of the exception under the earliest UPOV Acts*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020 o *id*., *The scope of the Farm-Saved Seed under the UPOV Acts of 1961 and 1978 (September 12, 2018)*, 2020, fecha de consulta 18 septiembre 2020, en *https://ssrn.com/abstract=3663897*, así como, para una visión en ocasiones distinta a la ofrecida por el autor, la bibliografía en ellas referenciada y, en particular, a B. Dhar, *Sui Generis Systems for Plant Variety Protection*, 2002, en *http://homepages.3-c.coop/tansey/pdfs/sg-col1.pdf*, o G. Dutfield, «Food, biological diversity and intellectual property: the role of the international union for the protection of new varieties of plants (upov)», *Global Economic Issue Publications, Intellectual Property Issue Paper*, vol. 9, 2011, en *http://www.quno.org/sites/default/files/resources/UPOV+study+by+QUNO_English.pdf*, entre otros. Parece claro, como sostienen un gran número de autores, que en el marco de las primeras Actas

del Convenio de la UPOV, el privilegio del agricultor puede considerarse «[*i*]*mplicitly allowed*». L. R. Helfer, *FAO Legislative Study 85: Intellectual property rights in plant varieties: International legal regimes and policy options for national governments*, FAO, Rome, 2004, pp. 32, 53, en *http://www.fao.org/3/a-y5714e.pdf*. Adaptado de J. A. Vives-Vallés, *The Farm-Saved Seed...* cit., pp. 55, 104, 120, 17-18; J. A. Vives-Vallés, *The scope of the Farm-Saved...*, cit., pp. 43, 92, 107, 8; Obras en las que se recogen otras muchas referencias de autores que también defienden o recogen esta interpretación. Algunos de los trabajos relativos o más próximos a la realidad del privilegio en el ámbito de la CAN también defienden o recogen esta postura. *Vid.*, p.ej., M. Uribe Arbeláez, *Propiedad intelectual sobre semillas: UPOV-Derechos de los agricultores*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2017, fecha de consulta 27 mayo 2024, p. 119 en *https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/81118/9789587830682.pdf?sequence=1&isAllowed=y*; A. M. Hernández, «Biodiversidad y variedades vegetales i», *Boletín Informativo* vol. 22, 2000, fecha de consulta 27 mayo 2024, p. 2, en *http://repository.humboldt.org.co/handle/20.500.11761/32638*; A. M. Hernández Salgar, *Biodiversidad y variedades vegetales. La protección de las nuevas variedades vegetales y su relación con la diversidad biológica*, Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt, 2000, p. 13, en *http://hdl.handle.net/20.500.11761/31365*. *Vid.* asimismo, M. Uribe Arbeláez, «Derechos de los agricultores y convenio Upov/91», *Revista La Propiedad Inmaterial*, 21, 2016, p. 162. Algunos de los autores llegan a sostener incluso que el privilegio del agricultor en su concepción original y/o de las primeras Actas permite a los agricultores *intercambiar* e incluso *vender* semillas. *Vid.*, p.ej., B. Dhar, *Sui Generis Systems for Plant Variety Protection*, cit., pp. 10-11, 15, 18-19. De J. A. Vives-Vallés, *The Farm-Saved Seed...* cit., p. 78; J. A. Vives-Vallés, *The scope of the Farm-Saved...*, cit., p. 66; remitiéndose nuevamente a estas obras donde se relacionan otros muchos autores que también defienden o recogen esta interpretación. Nuevamente, trabajos próximos a la materia del presente capítulo también secundan esta posición: M. Uribe Arbeláez, *Propiedad intelectual sobre semillas...*, cit., pp. 103, 104, 134. Comenta inteligentemente Uribe Arbeláez: «es de perogrullo que una excepción es una salvedad o no aplicación de la regla general y mal puede haberla cuando la norma no afecta su ejercicio». *Ibid.*, p. 119. Sin embargo, a pesar de la acerada observación, a juicio del autor del presente trabajo —en J. A. Vives-Vallés, *The Farm-Saved Seed...* cit.; J. A. Vives-Vallés, *The scope of the Farm-Saved...*, cit.— el art. 5 de las Actas de 1961 y 1978 sí incide sobre la práctica en cuestión. En resumen, aunque no puede negarse la preexistencia del privilegio del agricultor al Acta de 1991, con frecuencia se exagera su extensión o amplitud bajo las primeras Actas, obviándose el efecto limitador del art. 5 y el de otros elementos interpretativos relevantes. También es cierto que se ha llegado a sostener que «no obstante estar consagrado en la decisión 345 de 1993, el privilegio de agricultor no puede ser aplicado en Colombia. Revisado el Convenio UPOV 1978 se encuentra que tal institución no fue prevista y que ella solo se encuentra consagrada en el Convenio UPOV 1991, el cual Colombia no ha ratificado». P. F. Robledo del Castillo, «Protección de los derechos de obtentor de variedades vegetales en Colombia», *Revista la propiedad inmaterial*, 3, p. 28. Recogido por N. Arias Gutiérrez, «El error sobre elementos normativos del tipo penal: el caso de la usurpación de derechos de obtentores de variedades vegetales (Art. 306 Cp)», *Nuevo Foro Penal*, vol. 11, 85, 2015, p. 149; y por A. Acevedo Escallón, «Títulos de obtención vegetal y licencias de explotación en Colombia», 2010, p. 29. En la misma línea (y también sobre la legislación colombiana y la Decisión de la CAN), Acevedo Escallón: «así, y teniendo en cuenta que el Convenio UPOV de 1978 no contempla esta situación, es totalmente contraria esta disposición a lo establecido tanto en la normativa internacional como en la regulación interna. La única manera en que podría ser aplicable tal circunstancia sería mediante la adhesión de Colombia a la convención upov de 1991, la cual consagra la excepción facultativa de restringir el derecho respecto de las actividades agrícolas propias del auto sostenimiento o de las obtenciones (producción) realizadas privadamente y sin fines comerciales». A. Acevedo Escallón, «Títulos de obtención vegetal y licencias de explotación en Colombia», 2010, p. 29. El autor del presente capítulo no comparte esta interpretación, pero sin duda debe reconocerse la valentía de estos autores al apostar en este caso por la defensa de los derechos del obtentor y la innovación en el ámbito de la CAN, en un clima,

de la Decisión núm. 345[10], en aquel momento histórico (posterior a la aprobación del Acta de 1991 del Convenio de la UPOV) el legislador andino era plenamente consciente de la realidad de tales conceptos (*privilegio del agricultor*, *alcance del derecho*, etc.), y, además y sobre todo, ni siquiera durante la Conferencias diplomáticas de 1957 a 1961, y menos aún durante la elaboración del Acta de 1978, la práctica del privilegio del agricultor se entendía como lo define el legislador andino. En efecto, incluso en uno de los supuestos más controvertidos durante las Conferencias diplomáticas conducentes a las Actas de la UPOV de 1961 y 1978 —el de la compra de semillas con finalidades industriales, su cesión a terceros, multiplicación, posterior utilización en la industria, y venta para consumo finalista[11]— se dan una serie de actos intermedios, entre ellos el cambio de manos o transacción y la siembra, que no se desprenden de la redacción del fragmento relevante del art. 26 de la Decisión núm. 345 (p.ej., Se «venda como materia prima o alimento»). Sin embargo, no es cierto que del tenor literal del art. 26 pueda inferirse que el privilegio del agricultor en él incluido permita el *intercambio* ni la *venta* de semillas o material de reproducción con fines de «producción o la reproducción (multiplicación)»[12] o de «[p]roducción, reproducción, multiplicación o propagación»[13], como en ocasiones se afirma[14]. En efecto, esta interpretación expansiva no se desprende de ninguna de las *oraciones* del precepto ni del precepto en su conjunto. Además, sería contraria al Acta de 1991 (de la que Perú es miembro)[15], pero también

además, tremendamente sesgado hacia posturas no solo contrarias sino incluso enfáticamente beligerantes con el Acta de 1991 de la UPOV.

[10] *Vid.*, p.ej., su art. 25, y el subapartado del presente capítulo «1. Sobre el "considerando" o sección "d. Temas objeto de interpretación" de la sentencia del apartado ii. Análisis de la interpretación prejudicial del tribunal de justicia de la comunidad andina de 6 de noviembre de 2023».

[11] Descritas, p.ej., en UPOV, *Actes des Conférences Internationales pour la Protection des Obtentions Végétales 1957-1961 (publication UPOV núm. 316)*, Geneva, 1974, p. 44, en *http://www.upov.int/edocs/pubdocs/fr/upov_pub_316.pdf*, y nuevamente en UPOV, *Records of the Geneva Diplomatic conference on the Revision of the International Convention for the Protection of New Varieties of Plants 1978 (publication UPOV núm. 337)*, Geneva, 1981, pp. 94, 178, en *http://www.upov.int/edocs/pubdocs/en/upov_pub_337.pdf*. *Vid.,* asimismo, J.A. Vives-Vallés, *The Farm-Saved Seed...* cit., pp. 39, 90-91, o J.A. Vives-Vallés, *The scope of the Farm-Saved...* cit., pp. 51, 102-103.

[12] Adoptando en este caso el tenor literal del art. 14.1.*i)* del Acta de 1991 del Convenio de la UPOV

[13] Del art. 24.*a)* de la Decisión núm. 345 de la CAN.

[14] *Vid.*, p.ej., M. Uribe Arbeláez, *Propiedad intelectual sobre semillas...*cit., p. 123.

[15] Cf. CAN, «Países Miembros», *Quiénes somos*, fecha de consulta 19 mayo 2024, en *https://www.comunidadandina.org/quienes-somos/paises-miembros/* y UPOV, «members of the international union for the protection of new varieties of plants [...] Status on february 2, 2024», 2024, fecha de consulta 19 mayo 2024, en *https://www.upov.int/edocs/pubdocs/en/upov_pub_423.pdf*. De hecho, como comenta Lapeña, «ha sido necesario incorporar las exigencias de upov 91 en la interpretación del privilegio del agricultor […]», I. Lapeña, «La propiedad intelectual sobre las semillas y sus implicaciones para la agricultura familiar en el Perú», *Serie de Política y Derecho Ambiental*, 25, 2012, p. 11, fecha de consulta 27 mayo 2024, en *https://orgprints.org/25051/*.

al Acta de 1978[16]. Podría llegar a argumentarse que el legislador andino en su fuero interno, de forma soterrada, lo que pretendía en realidad era dar pie a esos *intercambios* o *ventas* bajo el subterfugio de los fines de «materia prima o alimento»[17], pero ello no deja de ser una elucubración no sostenida por la literalidad del precepto, y, además, y como se comentaba, es incompatible con la UPOV y con su *interpretación* «*in good faith in accordance with the ordinary meaning*»[18]. Desgraciadamente, en el marco de la redacción del presente capítulo no se ha tenido ocasión de analizar los trabajos preparatorios relativos a la Decisión núm. 345 ni otros elementos relevantes específicos[19], pero en cualquier caso y como recuerda Gardiner, «*the ordinary meaning is the starting point*»[20].

3. Sobre los apartados 3.3. y 3.4. de la Sentencia

El apartado 3.2. reafirma la confusión entre el privilegio del agricultor y el alcance del derecho del obtentor:

> 3.3. Sin embargo, *el «privilegio del agricultor», contenido en la primera oración del art. 26 de la decisión 345*, autoriza al agricultor a guardar, almacenar o preservar el producto obtenido del cultivo de

---

[16] Sobre el alcance del privilegio del agricultor en el marco de las Actas de 1961 y 1978 del Convenio de la UPOV, *vid.* J. A. Vives-Vallés, *The Farm-Saved Seed...* cit. o *id*., *The scope of the Farm-Saved...* cit.

[17] Del art. 26 de la Decisión núm. 345 de la CAN. Los equilibrios de la Decisión núm. 345 de la CAN entre las Actas del Convenio de la UPOV de 1978 y 1991 han sido reconocidos por la literatura especializada. Así, según Grupo Semillas: la «decisión andina 345 de 1993 […] se basa principalmente en upov 78 proteger los derechos de los fitomejoradores públicos y privados» pero, «[i]ncluye aspectos más lesivos de upov 91[…]». Grupo semillas, «Las normas de semillas, un instrumento para el despojo de los derechos de comunidades étnicas y campesinas», fecha de consulta 27 mayo 2024, p. 8 en *https://www.semillas.org.co/apc-aa-files/353467686e6667686b6c676668f16c6c/10-grupo-semillas.pdf*. Otros autores también han señalado la confluencia de aspectos de las Actas de 1978 y de 1991 del Convenio de la UPOV en la Decisión núm. 345. *Vid.*, M. Uribe Arbeláez, *Propiedad intelectual sobre semillas...* cit., pp. 83, 103, 122. Conviene asimismo apuntar que la crítica al Acta de 1991 del Convenio de la UPOV, presente en las anteriores referencias (y no compartida por el autor del presente capítulo), es común en buena parte de los trabajos analizados centrados en el privilegio del agricultor en el ámbito de la CAN.

[18] Del art. 31.1 del Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Sobre la aplicación de la Convención de Viena al Convenio de la UPOV, y, especialmente, a la interpretación del art. 5.1 y del privilegio del agricultor en las Actas del Convenio de 1961 y 1978, se remite, en general, a: J. A. Vives-Vallés, *The Farm-Saved Seed...* cit.; *id*., *The scope of the Farm-Saved...* cit.

[19] Tampoco se analizan, de forma pormenorizada y por razones obvias, los problemas de encaje del art. 26 de la Decisión núm. 345 con el Acta de 1991 del Convenio de la UPOV y la Recomendación relativa al art. 15.2). Sobre los problemas de la configuración del privilegio del agricultor en el sistema de la UE con la citada Recomendación, se remite a J. A. Vives-Vallés, «The farm-saved seed under the community plant variety rights system in the light of the "recommendation relating to article 15(2)" of the upov act of 1991 and article 39(1)(a) tfeu», en Rafał Sikorski, Zaneta Zemła-Pacud (eds.), *Patents as an Incentive for Innovation*, Kluwer Law International BV, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2021.

[20] R. Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 185, 430.

> una variedad protegida para ser sembrado nuevamente para el propio uso del agricultor *o para ser vendido como materia prima o alimento.* (Énfasis añadido.)

También introduce, sin mencionarlo, el 3.4.:

> *Nos encontramos, entonces, frente a una excepción de una regla general*, donde la regla general es el derecho del obtentor a impedir los actos descritos en el art. 24 de la decisión 345; y la excepción a esta regla es el «privilegio del agricultor», consagrado en la primera oración (postulado) del art. 26. (Énfasis añadido.)

El apartado 3.4. de la sentencia se refiere a «la segunda oración (postulado) del art. 26»[21], que, según el tribunal «consagra una salvedad a la excepción»[22] y que por su interés en el contexto del presente análisis se transcribe a continaución:

> 3.4. Por otra parte, *la segunda oración (postulado) del art. 26 consagra una salvedad a la excepción*, la cual está relacionada con la utilización comercial del material de multiplicación, reproducción o propagación, incluyendo plantas enteras y sus partes, de las especies frutícolas, ornamentales y forestales.
>
> De esta manera, interpretadas en conjunto las normas de los arts. 24 y 26 de la decisión 345, se concluye que el obtentor no podrá ejercer los derechos que le otorga el certificado de obtentor respecto de quien utilice para su propio uso o venda como materia prima o alimento el producto de la multiplicación, reproducción o propagación de una variedad protegida.
>
> De manera complementaria, el agricultor no podrá en ningún caso ampararse en la excepción prevista en la primera oración (postulado) del citado art. 26 Para utilizar comercialmente el material de multiplicación, reproducción o propagación, incluyendo plantas enteras y sus partes, de las especies frutícolas, ornamentales y forestales, de las variedades protegidas por los derechos del obtentor. (Énfasis añadido.)

Pero la realidad de la segunda parte del art. 26 De la decisión núm. 345 dista mucho de lo aseverado por el tribunal.

El esquema regla general, excepción y excepción a la excepción, requiere de un nexo lógico (p.ej., que la primera excepción lo sea de la regla general y la segunda de la primera). Sin embargo, eso no ocurre, pues, para empezar «[l]a primera oración (postulado)»[23] contiene en realidad una excepción (la facultativa o privilegio del agricultor) y otras cuestiones ajenas al privilegio; pero, además, no existe relación

---

[21] Redacción del Tribunal de Justicia de la CAN en la Sentencia, apartado 3.4., párrafo 1º.

[22] *Ibid*.

[23] Redacción del Tribunal de Justicia de la CAN en la Sentencia, apartado 3.2., párrafo 1º.

lógica entre la segunda excepción o «salvedad»[24] contenida en «la segunda oración (postulado) del art. 26»[25] y el privilegio del agricultor. De hecho, los actos de «[p]roducción, reproducción, multiplicación o propagación»[26], ni se mencionan en la segunda parte del precepto. La relación entre el segundo enunciado del art. 26 y el fragmento «venda como materia prima o alimento» del primer enunciado del mismo precepto es, además, débil, confusa, y, cuestionable.

4. Sobre los apartados 3.6. y 3.7. de la Sentencia

Según el apartado 3.6. de la Sentencia:

> 3.6. De conformidad con la primera parte del art. 26 (La excepción), el agricultor que ha celebrado un contrato con el obtentor, que en el ejemplo previo ha comprado esquejes de plantas ornamentales (flores), puede realizar las siguientes acciones, que son independientes al contrato:
>
> A) puede reservar y sembrar esquejes para su propio uso.
>
> Como parte de la siembra puede estropearse (p.ej., debido a una inundación), la reserva de esquejes le permitirá evitar pérdidas (ocasionadas por la inundación). La reserva de esquejes en este caso sirve, no para tener ganancias adicionales, sino para compensar las pérdidas sufridas durante la siembra.
>
> También es uso propio el hecho de que el agricultor siembre esquejes aparte para utilizar las flores para su uso personal, como sería el caso de adornar su casa con las flores, o simplemente para tener un jardín privado.
>
> B) puede vender las flores como materia prima. Por ejemplo, a una empresa que prepara perfumes.
>
> C) puede vender las flores como alimento. Por ejemplo, a un restaurante que usa las flores en la gastronomía o preparación de licores, o a una empresa que utiliza las flores para alimentar animales de crianza.
>
> Los tres supuestos antes mencionados tienen en común que son actividades que no lesionan los derechos del obtentor, pues son actividades ajenas a la venta de las flores como plantas ornamentales, son actividades ajenas al objeto del contrato entre el obtentor y el agricultor.
>
> Si en lugar de plantas ornamentales, hablamos de árboles frutícolas, es claro que el «uso propio» incluye el consumo personal. El agricultor (y su familia) tiene derecho a consumir los frutos de las variedades protegidas por el derecho de obtentor.

Según el apartado 3.7. de la Sentencia:

---

[24] Como se refiere a ella el Tribunal de Justicia de la CAN en la Sentencia, apartado 3.4., párrafo 1º.

[25] *Ibid*.

[26] Del art. 24.*a)* de la Decisión núm. 345 de la CAN.

> 3.7. La segunda parte del art. 26 (La salvedad a la excepción), en cambio, tiene que ver con el objeto del contrato entre el obtentor y el agricultor. Este solo puede revender los esquejes, o vender las flores como plantas ornamentales, con el consentimiento del obtentor, lo que implica el pago de las regalías correspondientes. Además, esta segunda parte solo se aplica respecto de las variedades frutícolas, ornamentales y forestales.
>
> De esta forma, la salvedad a la excepción denominada como «privilegio del agricultor» encuentra sustento en evitar que el obtentor pierda sus legítimas expectativas de obtener regalías de su variedad vegetal en el mercado.

Como se comentaba anteriormente[27], el esquema lógico (excepción, seguido de la excepción a la excepción) que contiene el precepto en su conjunto no se ve correspondido por una conexión de sentido sólida y unívoca desde una perspectiva substantiva entre sus elementos (p.ej., entre la excepción y la excepción a esa excepción). El problema puede resolverse, bien atendiendo a la literalidad, o bien al ajuste entre el juego lógico y el contenido sustantivo (en este último caso tomando como punto de apoyo para la interpretación de la excepción a la excepción, exclusivamente, la primera parte de la excepción primera, p.ej.: «Reserve y siembre para su propio uso»). Es decir, o se interpreta que «la utilización comercial del material de multiplicación, reproducción o propagación, incluyendo plantas enteras y sus partes, de las especies frutícolas, ornamentales y forestales» del art. 26 *in fine* se encuentra vetada por el precepto, o que lo que no permite la norma es la «reserv[a] y siembr[a] para su propio uso» de tal «material» de esas «especies». Pero ambas soluciones presentan fisuras y debilidades.

El tribunal, viene a adoptar la interpretación literal, con todas sus consecuencias (p.ej., expresamente excluye la interpretación alternativa antes ofrecida y que imposibilitaría la «reserv[a] y siembr[a] para su propio uso» de tal «material» de esas «especies frutícolas, ornamentales y forestales»). Para ello el tribunal se ve obligado a desatender el esquema «salvedad a la excepción»[28] por el mismo reconocida, pero, además, somete indebidamente el alcance de los derechos de obtención (recuérdese, derecho de la propiedad industrial) al derecho contractual, y confunde el privilegio del agricultor con el «uso personal» o «consumo personal»[29], p.ej., con lo que en el acta de 1991 del Convenio de la UPOV configura como «actos realizados en un marco privado con fines no comerciales» [art. 15(1)I] y que la decisión núm. 345 de la can recoge en su art. 25.A) («en el ámbito privado, con fines no comerciales»).

---

[27] *Vid.* el apartado del presente capítulo «3. Sobre los apartados 3.3. y 3.4. de la Sentencia».

[28] Redacción del Tribunal de Justicia de la CAN en la Sentencia, apartado 3.4., párrafo 1º.

[29] Literal, del apartado 3.6., párrafo 3º de la Sentencia.

III. CONCLUSIONES

La redacción del art. 26 de la Decisión núm. 345 de la CAN se separa en exceso de las Actas relevantes del Convenio de la UPOV, hasta el extremo de confundir el privilegio del agricultor con el alcance del derecho de obtentor en aspectos ajenos al privilegio. Además, la lógica y sistemática del precepto no guarda correspondencia con su contenido.

Con estos mimbres, el Tribunal de Justicia de la CAN, en su Interpretación Prejudicial de 6 de noviembre de 2023, intenta encontrarle sentido al desaguisado (que Robledo Del Castillo calificaba como «barbaridad»[30]). Parece decantarse por una interpretación literal del precepto (lo que necesariamente le obliga a desatender su esquema lógico), pero da entrada al Derecho contractual como elemento delimitador del derecho de obtentor, e inserta, también indebidamente, cuñas ajenas al privilegio del agricultor y ya amparadas por otros preceptos tanto bajo el Acta de 1991 del Convenio de la UPOV como bajo la Decisión núm. 345 de la CAN.

Afortunadamente, el Tribunal no parece recoger las posturas que defienden, sin base en el art. 26 de la Decisión núm. 345 (pero tampoco en el Acta de 1978 del Convenio de la UPOV[31]), que el citado precepto incluya el *intercambio* e incluso a la *venta* de semillas y/o material reproductivo (que ni siquiera menciona).

A la luz de todo lo anterior, y, en particular, de los problemas interpretativos que el art. 26 de la Decisión núm. 345 suscita, es muy recomendable, como sugiere Robledo Del Castillo, que la Comunidad Andina adapte la Decisión núm. 345 al Acta de 1991 del Convenio de la UPOV[32] y lo haga, además, adecuadamente.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Acevedo Escallón, A., «Títulos de obtención vegetal y licencias de explotación en Colombia», 2010.

Arias Gutiérrez, N., «El error sobre elementos normativos del tipo penal: el caso de la usurpación de derechos de obtentores de variedades vegetales (art. 306 Cp)», *Nuevo Foro Penal*, vol. 11, núm. 85, 2015, pp. 122-156.

[30] P.F. Robledo del Castillo, «Protección de los derechos...», cit., p. 29. Fragmento relevante transcrito parcialmente en la nota al pie 32.

[31] Sobre el alcance del privilegio del agricultor en el marco de las Actas de 1961 y 1978, *vid.* J.A. Vives-Vallés, *The Farm-Saved Seed...*, cit. o J.A. Vives-Vallés, *The scope of the Farm-Saved...*, cit.

[32] «El privilegio del agricultor consagrado en la norma comunitaria es una barbaridad (en la práctica acaba con todos los derechos del obtentor) y sobrepasa los límites de reglamentación permitidos por el Convenio UPOV 1991, […]». P.F. Robledo del Castillo, «Protección de los derechos de obtentor de variedades vegetales en Colombia», cit., p. 29.

Can, «Países Miembros», *Quiénes somos*, fecha de consulta 19 mayo 2024, en *https://www.comunidadandina.org/quienes-somos/paises-miembros/*.

Dhar, B., *Sui Generis Systems for Plant Variety Protection*, 2002, en *http://homepages.3-c.coop/tansey/pdfs/sg-col1.pdf*.

Dutfield, G., «Food, biological diversity and intellectual property: the role of the international union for the protection of new varieties of plants (upov)», *Global Economic Issue Publications, Intellectual Property Issue Paper*, vol. 9, 2011, en *http://www.quno.org/sites/default/files/resources/UPOV+study+by+QUNO_English.pdf*.

Esa, «Position on farmers' rights», 2018, p. 4, fecha de consulta 6 junio 2024, en *http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/faoweb/plant-treaty/submissions/FRs_ESA.pdf*.

García Vidal, Á., «El material vegetal protegido por una patente o un derecho de obtentor y el empleo del producto de su cosecha con fines de propagación: agotamiento y privilegio del agricultor en Europa y en los ee.Uu.», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 1, 2016, pp. 76-100, fecha de consulta 3 agosto 2019, en *https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3020/1726*.

Gardiner, R., *Treaty Interpretation*, 2, Oxford, Oxford University Press, 2015.

Grupo Semillas, «Las normas de semillas, un instrumento para el despojo de los derechos de comunidades étnicas y campesinas», p. 8, fecha de consulta 27 mayo 2024, en *https://www.semillas.org.co/apc-aa-files/353467686e6667686b6c676668f16c6c/10-grupo-semillas.pdf*.

Helfer, L. R., *FAO Legislative Study 85: Intellectual property rights in plant varieties: International legal regimes and policy options for national governments*, FAO, Rome, 2004, en *http://www.fao.org/3/a-y5714e.pdf*.

Hernández, Salgar, A. M., «Biodiversidad y variedades vegetales I», *Boletín Informativo*, vol. 22, 2000, p. 4, fecha de consulta 27 mayo 2024, en *http://repository.humboldt.org.co/handle/20.500.11761/32638*.

— *Biodiversidad y variedades vegetales. La protección de las nuevas variedades vegetales y su relación con la diversidad biológica*, Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt, 2000, en *http://hdl.handle.net/20.500.11761/31365*.

Kochupillai, M., *Promoting Sustainable Innovations in Plant Varieties*, vol. 5, 1, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2016.

Lapeña, I., «La propiedad intelectual sobre las semillas y sus implicaciones para la agricultura familiar en el Perú», *Serie de Política y Derecho Ambiental*, núm. 25, 2012, pp. 1-20, fecha de consulta 27 mayo 2024, en *https://orgprints.org/25051/*.

Robledo del Castillo, P. F., «Protección de los derechos de obtentor de variedades vegetales en Colombia», *Revista la propiedad inmaterial*, núm. 3, pp 15-30, fecha de consulta 21 marzo 2016, en *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3985775*.

Upov, *Actes des Conférences Internationales pour la Protection des Obtentions Végétales 1957-1961 (publication UPOV núm. 316)*, Geneva, 1974, en *http://www.upov.int/edocs/pubdocs/fr/upov_pub_316.pdf*.

— «Members of the international union for the protection of new varieties of plants[.] Status on february 2, 2024», 2024, fecha de consulta 19 mayo 2024, en *https://www.upov.int/edocs/pubdocs/en/upov_pub_423.pdf*.

— *Records of the Diplomatic Conference for the Revision of the International Convention for the Protection of New Varieties of Plants - Geneva 1991 [publication UPOV núm. 346 (E)]*, Geneva, 1992, en *http://www.upov.int/edocs/pubdocs/en/upov_pub_346.pdf*.
— *Records of the Geneva Diplomatic conference on the Revision of the International Convention for the Protection of New Varieties of Plants 1978 [publication UPOV núm. 337 (E)]*, Geneva, 1981, en *http://www.upov.int/edocs/pubdocs/en/upov_pub_337.pdf*.
— *Actos realizados en un marco privado con fines no comerciales y el privilegio del agricultor en el Acta de 1991 del Convenio de la UPOV. CAJ/48/3*, Ginebra, 2003, fecha de consulta 18 mayo 2024, en *https://www.upov.int/edocs/mdocs/upov/es/caj/48/caj_48_3.pdf*.
Uribe Arbeláez, M., «Derechos de los agricultores y Convenio UPOV/91», *Revista La Propiedad Inmaterial*, núm. 21, 2016, pp. 139-171.
— *Propiedad intelectual sobre semillas: UPOV-Derechos de los agricultores*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2017, fecha de consulta 27 mayo 2024, en *https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/81118/9789587830682.pdf?sequence=1&isAllowed=y*.
Vives-Vallés, J. A., «The farm-saved seed under the community plant variety rights system in the light of the "recommendation relating to article 15(2)" of the upov act of 1991 and article 39(1)(a) tfeu», en Rafał Sikorski, Zaneta Zemła-Pacud (eds.), *Patents as an Incentive for Innovation*, Kluwer Law International BV, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2021, pp. 181-207.
— *The Farm-Saved Seed in the UPOV Convention: delimitation of the exception under the earliest UPOV Acts*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020.
— *The scope of the Farm-Saved Seed under the UPOV Acts of 1961 and 1978 (September 12, 2018)*, 2020, fecha de consulta 18 septiembre 2020, en *https://ssrn.com/abstract=3663897*.

EL *ENFORCEMENT* DE LOS OBJETIVOS CLIMÁTICOS MEDIANTE LA LITIGACIÓN: DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL A LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

ENFORCING CLIMATE OBJECTIVES THROUGH LITIGATION: FROM STATE TO CORPORATE RESPONSIBILITY

Juan Manuel Ramírez Cirera[1]
Contratado Predoctoral FPU (Derecho Mercantil)
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN: Este trabajo analiza la litigación dirigida al *enforcement* de objetivos climáticos. Para ello, se distingue entre la responsabilidad estatal y empresarial en la materia, estudiándose los caminos más habituales que han seguido, hasta la fecha, los demandantes. Asimismo, se apuntan algunas ideas en torno a cuáles pueden ser las nuevas fuerzas que rijan este fenómeno.

Palabras clave: litigación; sostenibilidad; cambio climático; ESG; cadenas de suministro; ecopostureo.

ABSTRACT: This paper analyses litigation aimed at the enforcement of climate objectives. To this end, it distinguishes between state and corporate responsibility in this area, examining the most common paths taken

[1] Doctorando en Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid. Beneficiario de una ayuda FPU del Ministerio de Universidades. Este capítulo es parte de los proyectos de I+D+i PID2020-114549RB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033, y TED2021-130293B-100, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y la Unión Europea NextGenerationEU/PRTR.

to date by claimants. Further, some ideas are explained as to what may be the new forces governing this phenomenon.

Keywords: *litigation; sustainability; climate change; ESG; supply chains; greenwashing*.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. El cambio climático como realidad física. 2. La lucha contra el cambio climático desde el Derecho: litigando por un clima «estable». II. APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA LITIGACIÓN CLIMÁTICA. 1. Concepto. 2. Evolución cuantitativa y cualitativa. III. EL *ENFORCEMENT* FRENTE A ESTADOS: LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO. 1. Las obligaciones de los estados en materia de lucha contra el cambio climático: un régimen «difuso» a examen por la Corte de Justicia Internacional. 2. Los caminos «conocidos» en la litigación climática frente a estados. 3. Los caminos «incipientes» en la litigación climática frente a estados. IV. EL *ENFORCEMENT* FRENTE A SUJETOS DE NATURALEZA PRIVADA: LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO. 1. Las obligaciones de las empresas en materia de lucha contra el cambio climático. 2. Los caminos «conocidos» en la litigación climática frente a empresas. 3. Los caminos «incipientes» en la litigación climática frente a empresas. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

1. El cambio climático como realidad física: un problema de ineludible respuesta

El cambio climático es uno de los principales retos a los que se enfrenta la humanidad[2]. El fenómeno ha sido provocado por el exceso de emisiones de gases de efecto invernadero a la atmósfera. Es cierto que la mejor ciencia señala que el origen de tales emisiones no es único, pero también lo es que existe consenso en torno a que la mayor parte del problema deriva de las emisiones antropogénicas; esto es, de aquellas causadas por la actividad humana, particularmente desde la Revolución Industrial (siglo XVIII)[3].

Las consecuencias a corto y medio plazo de este fenómeno tienen el potencial de impactar extraordinariamente en la vida de las diversas especies en la Tierra, y especialmente en la del ser humano[4]. El pro-

---

[2] Asamblea General de las Naciones Unidas, res. A/76/L.75, de 28 de julio de 2022, p. 3.

[3] Mayer, B., *The international law on climate change*, Cambridge University Press, 2018, pp. 2-4.

[4] Así, por ejemplo, entre estas consecuencias pueden señalarse el incremento de las temperaturas medias globales (este es el efecto más directo del exceso de emisiones de gases de efecto invernadero), la elevación del nivel del mar (debido al derretimiento de los polos derivado

blema se ha enquistado; su solución, aunque parece aparente —recortar drásticamente el número de emisiones nocivas e introducir medidas de adaptación—, es de difícil ejecución.

2. La lucha contra el cambio climático desde el Derecho: litigando por un clima «estable»

La gravedad y urgencia del problema determinan que la lucha frente a él se esté librando desde diversos planos; particularmente, del científico, que trata de encontrar caminos viables desde un punto de vista técnico para mitigar el cambio climático y adaptarnos[5] a él, pero, como no podía ser de otro modo, también desde el jurídico. Así, el Derecho, en este ámbito, se erige como el marco idóneo para articular mecanismos[6] que, sobre la base del mejor conocimiento científico disponible, vinculen a diversos sujetos con la finalidad última de lograr una serie de objetivos en la materia. Pero, una vez establecidos tales instrumentos, resulta imprescindible contar con herramientas adecuadas para lograr su *enforcement*, pues el Derecho que resulta generalmente inobservado es, evidentemente, estéril.

Entre estos mecanismos de *enforcement*, la litigación climática goza, como veremos *infra*, de un protagonismo creciente[7]. Desde hace ya algunos años, se han explorado caminos que están sirviendo para impulsar la acción climática a través de la litigación. En los últimos tiempos, junto a estos caminos *«conocidos»*, parecen atisbarse otros, *«incipientes»*, auspiciados, entre otras cosas, por la gran evolución legislativa que se está produciendo en la materia. Unos y otros senderos serán analizados en este trabajo.

---

del aumento de la temperatura) y la mayor presencia de eventos climáticos extremos (como inundaciones y tornados) (ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, res. A/RES/70/1, de 25 de septiembre de 2015).

[5] Mitigación y adaptación son los dos frentes en los que se libra la batalla contra el cambio climático. La mitigación se refiere a la «reducción» del fenómeno, mediante un descenso sensible y progresivo de las emisiones de gases de efecto invernadero, hasta —como mínimo— alcanzar la neutralidad de emisiones. Por su parte, la adaptación determina la introducción de mecanismos que hagan compatible la vida del ser humano con los efectos del cambio climático que ya se han manifestado —y que continuarán haciéndolo a corto y medio plazo—, como la elevación del nivel del mar o la mayor frecuencia de eventos climáticos extremos (Mayer, B., *The international law on climate change*, cit., pp. 10-12).

[6] Resultan relevantes, entre otros instrumentos, determinados tratados internacionales, disposiciones de Derecho comunitario, leyes «climáticas» y «extraclimáticas» (así, por ejemplo, numerosos casos en esta materia están basados en las normas generales sobre responsabilidad civil), así como normas con rango infralegal. *Vid*. §§ III y IV de este trabajo.

[7] De acuerdo con el Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC, Naciones Unidas), la litigación «climática» está incidiendo sensiblemente en el resultado y ambición de la gobernanza climática (Calvin, K. *et al*., *IPCC, 2023: 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*, 2023, p. 110).

II. APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA LITIGACIÓN CLIMÁTICA

1. Concepto

La litigación climática, aun cuando presenta una muy variada tipología[8], puede acotarse terminológicamente definiéndola, en línea con lo defendido por el *Sabin Center for Climate Change Law* (Universidad de Columbia)[9] y el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), por referencia a aquellos casos en los que la legislación, la política o la ciencia del cambio climático son una cuestión fáctica o jurídica[10].

Así, la litigación climática se ha erigido en una gran herramienta para, sobre la base de las obligaciones jurídicas existentes en esta materia, tratar de dar respuesta a aquellas situaciones en las que los esfuerzos de los gobiernos y el sector privado son insuficientes o, en general, inadecuados[11]. En efecto, aunque, como veremos, no en todos los casos climáticos se persigue lo mismo[12], sí cabe razonablemente concluir que, en la generalidad de ellos, los demandantes pretenden incrementar la ambición pública y privada en materia de mitigación y adaptación al cambio climático[13].

---

[8] Las disputas climáticas pueden clasificarse de muy diversas maneras: así, por ejemplo, en función de la naturaleza de los sujetos demandantes y demandados, la ley aplicable a la controversia, las solicitudes formuladas por los demandantes o el foro ante el que se sigue el litigio. Un examen profuso de la taxonomía de la litigación climática resulta inabarcable para este trabajo. A este respecto, *vid*. la clasificación propuesta por el Prof. Moreno Molina (Moreno Molina, Á. M., *El Derecho del cambio climático: retos, instrumentos y litigios*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 543 y ss.).

[9] Este centro de investigación ofrece al público —y actualiza regularmente— dos bases de datos («*Climate Change Litigation Databases*») que indexan los principales casos climáticos existentes: la primera de ellas está especializada en los casos estadounidenses, mientras que la segunda lo está en los del resto del mundo. Los casos citados en este trabajo han sido, en su mayor parte, extraídos de tales fuentes, ofreciéndose el enlace correspondiente a ellos. Puede accederse a ambas bases de datos a través del siguiente enlace: *https://climatecasechart.com/*

[10] En este mismo sentido, *vid*. Setzer, J.; Higham, C., *Global trends in climate change litigation: 2023 snapshot*, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, 2023, p. 8.

[11] Programa de Naciones Unidas para el Medioambiente; Sabin Center for Climate Change Law, *Global climate litigation report: 2023 status review*, Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2023, p. 7.

[12] En efecto, como veremos (§§ III y IV), en otras ocasiones lo que se pretende es obtener un resarcimiento por los daños sufridos por determinados sujetos como consecuencia del cambio climático o dotar de mayor credibilidad a la acción climática.

[13] No obstante, también encontramos casos «simétricamente inversos», en los que lo que se persigue es justamente lo contrario: esto es, reducir la ambición climática de gobiernos y empresas. Se tratan estos de los casos conocidos en la jerga como «*backlash cases*». El número de disputas en esta materia se está incrementando en los últimos años (Setzer, J.; Higham, C., *Global trends in climate change litigation*…, cit., p. 2).

2. Evolución cuantitativa y cualitativa

Como adelantamos *supra*, la litigación climática está expandiéndose notablemente en los últimos años. En efecto, de acuerdo con el Informe Mundial sobre Litigios Climáticos del año 2023, elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y el *Sabin Center for Climate Change Law*, en diciembre de 2022 se habían presentado 2 180 demandas «climáticas» (esto es, que caen dentro de la definición esbozada en este trabajo)[14] en 65 foros distintos, incluyendo la litigación ante tribunales nacionales[15], tribunales internacionales o regionales e instituciones *cuasi* judiciales[16] (como los Puntos Nacionales de Contacto de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, así como tribunales arbitrales)[17].

Estos datos, puestos en comparación con los de finales del año 2017, cuando se habían presentado 884 demandas en 24 foros, revelan un incremento notable del fenómeno: en tan solo cinco años (esto es, los transcurridos entre diciembre de 2017 y el mismo mes de 2022), el número de litigios climáticos se ha multiplicado dos veces y media, mientras que el número de foros en los que se han presentado tales reclamaciones lo ha hecho en casi tres veces[18]. Así las cosas, el crecimiento cuantitativo de los casos es extraordinario[19].

---

[14] Sin embargo, no todos los casos, como es lógico, merecen la misma atención. Así, algunos de ellos revisten un interés especial, pues han servido como catalizadores del fenómeno: se trata de los pleitos «estratégicos», que han impulsado demandas análogas en diversas jurisdicciones. Así, señaladamente, esto ha sucedido, en el ámbito de la litigación contra estados, con el caso *Fundación Urgenda* c. *Países Bajos*, y, en el de la litigación frente a empresas, con el caso *Milieudefensie et al.* c. *Royal Dutch Shell plc*. Me referiré a ambos más adelante (§§ III y IV).

[15] En España, constan registrados en las «*Climate Change Litigation Databases*» un total de 18 casos. El último de ellos es el que enfrenta a *Iberdrola et al* c. *Repsol* (2024-Presente), en materia de competencia desleal. Esta controversia se analizará sucintamente más adelante (§ IV).

[16] Así, el foro ante el que se presentan las disputas depende, entre otras cosas, de las relaciones entre las partes, los costes asociados, el Derecho aplicable y los objetivos concretos perseguidos por los demandantes (Perales Viscasillas, M. P., «Financial disputes and climate change: typology and risks», en Arias, D. (coord.), *Arbitraje y jurisdicción: homenaje a Miguel Ángel Fernández-Ballesteros*, La Ley, 2024, p.1738).

[17] Por su parte, los datos correspondientes a 2023 (actualizados a fecha de 15 de diciembre de 2023) reflejan que, en este año, se registraron un total de 184 casos nuevos: 114 en Estados Unidos y 70 en otros foros. El total de foros también se incrementó, pasando de los 65 en diciembre de 2022 a 75 a finales de 2023. Entre otras jurisdicciones, se sumaron al listado las de Estonia, Panamá, Portugal y Rumanía (Tigre, M. A.; Barry, M., *Climate Change in the Courts: A 2023 Retrospective*, Sabin Center for Climate Change Law, 2023, p. 3).

[18] Por lo que se refiere la distribución geográfica de los casos, el 31,2 por 100 de ellos se concentran en Europa; el 23,2 por 100, en Oceanía; el 19,2 por 100 se refieren a tribunales internacionales, regionales y *cuasi* judiciales; el 9,5 por 100 se ubican en Sudamérica; el 7,9 por 100, en Norteamérica; el 6,6 por 100, en Asia; y, en fin, tan solo el 2,3 por 100 en África (Programa de Naciones Unidas para el Medioambiente; Sabin Center for Climate Change Law, *Global climate litigation report*…, cit., p. 18).

[19] En torno a un 55 por 100 de los casos en los que ya se ha dictado una decisión se han resuelto favorablemente a la acción climática. En todo caso, incluso aquellos en los que el fallo

Este despegue en el plano cuantitativo ha venido acompañado de un crecimiento igualmente notable en el plano cualitativo, con una diversificación de la naturaleza de las partes en contienda, las materias a las que se refieren sus casos y las solicitudes que formulan a los distintos órganos encargados de la resolución de la disputa.

En este sentido, resulta aquí digno de destacar, en primer lugar, que se observa una caída en la proporción de casos contra estados. Así, si bien históricamente solían representar un 70 por 100 del total, en el periodo comprendido entre junio de 2022 y mayo de 2023 descendieron, en favor de los casos frente a sujetos privados, hasta un 54 por 100. Este dato parece desvelar que estamos transicionando progresivamente, en el ámbito climático, de la «responsabilidad estatal» a la «responsabilidad empresarial»[20]. En segundo lugar, por lo que se refiere a las materias de los casos, como veremos, en los últimos años se han producido desarrollos especialmente notables en los ámbitos de la defensa de un pretendido derecho humano a un «clima estable»[21], la lucha contra el «ecopostureo» (*greenwashing*) y el engaño a inversores y consumidores en torno a las consecuencias climáticas de determinados productos comercializados por algunas empresas (particularmente, de combustibles fósiles)[22].

Delimitada terminológicamente la litigación climática y expuesta su evolución cuantitativa y cualitativa, a continuación, se estudiará el fenómeno desde la óptica de la responsabilidad estatal o pública, apuntando cuáles pueden ser las nuevas vías para la expansión de la litigación en este ámbito.

---

del tribunal ha sido desestimatorio de las pretensiones de los demandantes impactan, siquiera indirectamente, en la ambición climática, incrementando la sensibilización social, empresarial y gubernamental, incluyendo la de los reguladores financieros (Setzer, J.; Higham, C., *Global trends in climate change litigation*…, cit., p. 28). Además, se ha reseñado que la litigación contra empresas está impactando en el precio de sus acciones (*Ibid.*, pp. 4-5).

[20] Setzer, J.; Higham, C., *Global trends in climate change litigation*…, cit., p. 3; Perales Viscasillas, M. P., «Financial disputes and climate change: typology and risks», cit., p. 1747.

[21] A falta del reconocimiento expreso en un tratado internacional de un derecho humano a un «clima estable», los demandantes están tratando de incardinarlo, entre otros, en los derechos a la vida, a la salud, a la libertad y a la vida privada y familiar, consagrados en diversos textos en materia de derechos humanos (Programa de Naciones Unidas para el Medioambiente; Sabin Center for Climate Change Law, *Global climate litigation report*…, cit., p. 26). En el ámbito europeo, como veremos, la vía de los arts. 2, 8 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos («CEDDHH») ha sido especialmente explorada en los últimos tiempos.

[22] En este ámbito, se han indexado un total de 82 casos entre 2015 y 2022, de los cuales 27 fueron presentados en 2021 y 26 en 2022 (Setzer, J.; Higham, C., *Global trends in climate change litigation*…, cit., p. 4).

III. EL ENFORCEMENT FRENTE A ESTADOS: LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO

1. Las obligaciones de los estados en materia de lucha contra el cambio climático: un régimen «difuso» a examen por la Corte de Justicia Internacional

Existe un buen consenso en la literatura y la jurisprudencia en torno a que las fuentes del Derecho Internacional Público son las recogidas en el art. 38 del Estatuto de la Corte de Justicia Internacional[23], que se refiere a (i) los tratados internacionales, (ii) la costumbre internacional, (iii) los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones y, (iv) como medio auxiliar, las decisiones judiciales y la mejor doctrina. Así las cosas, es en estas mismas fuentes donde se ha tratado de encontrar respuesta a cuáles sean las obligaciones de los estados en materia de lucha contra el cambio climático.

1.1. *El rol de los tratados internacionales*

En la precisa materia de la lucha contra el cambio climático, se han suscrito algunos tratados internacionales por un muy notable número de estados: nos estamos refiriendo aquí, particularmente, al régimen emanado del paraguas de las Naciones Unidas, que, entre otros, está compuesto por el Convenio Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático («CMNUCC», 1992) y, como derivados de él, el Protocolo de Kioto (1997) y, más recientemente, el Acuerdo de París (2015).

Todos ellos establecen ciertas obligaciones que los estados que han ratificado estos instrumentos deben cumplir. Sin embargo, la doctrina ha criticado que resultan demasiado ambiguas (con la excepción del Protocolo de Kioto —que, sin embargo, tampoco ha resultado exitoso—), estableciendo objetivos colectivos loables[24], pero que cierta-

---

[23] Por todos, *vid*. Crawford, J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2019, pp. 18-19.

[24] En efecto, tanto la CMNUCC —cuyo art. 2, sin embargo, nada cuantifica— como el Acuerdo de París establecen objetivos colectivos de limitar el incremento de las temperaturas medias globales —de acuerdo con el art. 2.1.a) del Acuerdo de París, idealmente, a 1,5ºC—. Estos tratados internacionales han dado lugar a la promulgación de disposiciones comunitarias y de normas nacionales que prevén objetivos y disponen el marco institucional necesario para cumplirlos. No podemos pararnos sobre ellas en este trabajo. Baste aquí con señalar que ya se han aprobado cerca de 60 normas «marco» nacionales. En España, *vid*. la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética. Dada la más o menos reciente aprobación de las normas nacionales en esta materia, existe poca evidencia empírica en cuanto a su impacto. Un reciente análisis del éxito de estas disposiciones en Alemania, Irlanda y Nueva Zelanda puede encontrarse en Averchenkova, A.; Higham, C.; Chan, T.; y Keuschnigg, I., *Impacts of*

mente dejan un ámbito discrecional demasiado amplio a los estados parte, que son libres de decidir en qué medida contribuirán al logro de la meta colectiva[25].

Por otro lado, existen tratados internacionales que, aun no teniendo por objeto específico el cambio climático, se han revelado útiles en la lucha contra él. En este sentido, pueden identificarse, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, así como, especialmente, tratados en materia de protección de los derechos humanos[26], como la CEDDHH o la Convención sobre los Derechos del Niño.

1.2. *La costumbre internacional y los principios generales del Derecho*

A) La opinión de la doctrina: el principio de «no dañar» debe impulsar las obligaciones climáticas de los estados

La doctrina ha señalado que los tratados internacionales en materia climática no establecen obligaciones suficientes para los estados como para cumplir con el estándar que se deriva del Derecho internacional general[27]. Así, se ha sostenido que el principio de «no dañar», que deriva del principio de igualdad soberana, constituye la piedra angular del Derecho internacional medioambiental. La relevancia de este principio en materia climática se torna evidente si tenemos en cuenta que unos pocos estados son responsables de un muy alto porcentaje de las emisiones globales, dañando así a otros, cuya propia integridad territorial —en el caso de los pequeños estados insulares— podría verse comprometida[28]. En todo caso, en el esclarecimiento de cuáles sean las obligaciones estatales bajo el Derecho Internacional general parece

---

climate framework laws: lessons from Germany, Ireland and New Zealand, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, 2023. El *Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment* (de la *London School of Economics and Political Science*) ha puesto en marcha una base de datos que indexa y ofrece el texto completo de las distintas regulaciones climáticas aprobadas a lo largo y ancho del globo —siendo posible desagregar los datos por país—, incluyendo más de 5 000 referencias en la fecha de cierre de este trabajo. Esta base de datos puede encontrarse en el siguiente enlace: *https://climate-laws.org/*.

[25] Sobre la naturaleza del contenido obligacional del Acuerdo de París, *vid*. Rajamani, L., «The 2015 Paris Agreement: interplay between hard, soft and non-obligations», *Journal of Environmental Law*, vol. 28, núm. 2, 2016, pp. 352-357.

[26] En este sentido, la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución núm. 76/300, de 28 de julio de 2022, reconoció el derecho humano a un medioambiente limpio, sano y sostenible. Esta resolución tuvo como antecedente la núm. 48/13, de 8 de octubre de 2021, del Comité de Derechos Humanos de la propia Naciones Unidas.

[27] Mayer, B., *The international law on climate change*, cit., p. 236.

[28] *Ibid.*, pp. 15-16.

que el rol de la Corte de Justicia Internacional reviste una relevancia extraordinaria.

B) La solicitud de la Asamblea General de Naciones Unidas para que la Corte de Justicia Internacional aclare las obligaciones estatales en la materia

En efecto, podemos estar cerca de lograr una aclaración de este régimen «difuso», en la medida en la que la Asamblea General de Naciones Unidas cursó, *ex* art. 96 de la Carta de Naciones Unidas y por iniciativa de la República de Vanuatu —pero con el apoyo de numerosos países[29]—, el 29 de marzo de 2023[30], una solicitud a la Corte de Justicia Internacional para que, *ex* art. 65 de su Estatuto, se pronuncie sobre las obligaciones de los estados en materia de lucha contra el cambio climático[31].

Es cierto que la opinión consultiva que emita el tribunal no será vinculante para ningún estado, pero también lo es que la *auctoritas* internacional de la que goza el brazo judicial de Naciones Unidas debería servir como catalizador de la acción climática global, y muy probablemente será tenida en cuenta por los tribunales que, en el futuro, deban decidir controversias en la materia[32].

Por otro lado, con un ámbito territorial y material algo más limitado, se han cursado solicitudes similares[33] a la Corte Interamericana

---

[29] En la resolución consta la existencia de un total de 105 estados patrocinadores de la solicitud, incluyendo el Reino de España.

[30] Res. A/77/L.58, de 29 de marzo de 2023.

[31] En particular, la Asamblea General de Naciones Unidas ha pedido a la Corte que se pronuncie sobre lo siguiente: «a) ¿Cuáles son las obligaciones que tienen los Estados en virtud del derecho internacional de garantizar la protección del sistema climático y otros elementos del medio ambiente frente a las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero en favor de los Estados y de las generaciones presentes y futuras?; b) ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de esas obligaciones para los Estados que, por sus actos y omisiones, hayan causado daños significativos al sistema climático y a otros elementos del medio ambiente, con respecto a: i) Los Estados, incluidos, en particular, los pequeños Estados insulares en desarrollo, que, debido a sus circunstancias geográficas y a su nivel de desarrollo, se ven perjudicados o especialmente afectados por los efectos adversos del cambio climático o son particularmente vulnerables a ellos; ii) Los pueblos y las personas de las generaciones presentes y futuras afectados por los efectos adversos del cambio climático?».

[32] En efecto, la importancia potencial de estos dictámenes, a pesar de su carácter no vinculante, no es desdeñable. En este sentido, Bodansky, D., «The role of the International Court of Justice in addressing climate change: some preliminary reflections», *Arizona State Law Journal*, vol. 49, 2017, p. 24.

[33] Se ha aducido que la coincidencia temporal de las solicitudes a la Corte de Justicia Internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar podría suponer un problema en caso de que se emitan dictámenes divergentes. Sin embargo, la doctrina señala que las diferencias materiales de las cuestiones planteadas contribuyen a que, en realidad, tales opiniones puedan ser complementarias (Setzer, J.; Higham, C., *Global trends in climate change litigation*…, cit., p. 18).

de Derechos Humanos[34], aún pendiente de decisión, y al Tribunal Internacional del Derecho del Mar[35]. El 21 de mayo de 2024, este emitió su dictamen[36].

---

[34] Solicitud de Opinión Consultiva sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la República de Colombia y la República de Chile, 9 de enero de 2023. Accesible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_1_2023_es.pdf*

A esta Corte se le ha pedido que aclare cuáles son (i) las obligaciones estatales derivadas de los deberes de prevención y garantía en derechos humanos frente a la emergencia climática, (ii) las obligaciones estatales de preservar el derecho a la vida y la supervivencia frente a la emergencia climática, (iii) las obligaciones diferenciales de los Estados con respecto a los derechos de los niños y las nuevas generaciones frente a la emergencia climática, (iv) las obligaciones estatales emergentes de los procedimientos de consulta y judiciales dada la emergencia climática, (v) las obligaciones convencionales de protección y prevención a las personas defensoras del ambiente y del territorio, así como las mujeres, los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes en el marco de la emergencia climática y (vi) las obligaciones y responsabilidades compartidas y diferenciadas en derechos de los Estados frente a la emergencia climática.

En 2019, la Corte emitió su dictamen núm. OC-23/17, en el que razonó que el derecho a un entorno saludable es un derecho humano bajo los arts. 1(1), 4(1) y 5(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sobre esta opinión consultiva, *vid*. Tigre, M. A.; Urzola, N., «The 2017 Inter-American Court's Advisory Opinion: changing the paradigm for international environmental law in the Anthropocene», *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 12, núm. 1, 2021. A este dictamen le siguió la resolución núm. 3/21 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que relacionó las obligaciones de derechos humanos de los estados parte de la Convención en el contexto de la crisis climática.

[35] Solicitud de opinión consultiva cursada el 12 de diciembre de 2022 por la Comisión de los Pequeños Estados Insulares sobre el Cambio Climático y el Derecho Internacional (COSIS), que cuenta con seis estados parte (incluyendo la República de Vanuatu), con base en una decisión de la Comisión adoptada en su reunión de 26 de agosto de 2022. En concreto, los solicitantes pidieron al Tribunal que se pronunciase sobre cuáles son las obligaciones específicas de los Estados parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (i) para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino en relación con los efectos dañinos que resultan o pueden resultar del cambio climático, como el calentamiento del océano, el aumento del nivel del mar y la acidificación del océano, causados por las emisiones de gases de efecto invernadero de origen humano a la atmósfera; y (ii) para proteger y preservar el medio marino frente a los impactos del cambio climático, incluyendo el calentamiento del océano, el aumento del nivel del mar y la acidificación del océano.

[36] Accesible en el siguiente enlace: *https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/Advisory_Opinion/C31_Adv_Op_21.05.2024_orig.pdf.*

En lo esencial, el Tribunal ha defendido que (i) las emisiones de gases de efecto invernadero antropogénicas son consideradas contaminación del medio marino según la Convención; (ii) los estados deben tomar todas las medidas necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación marina causada por las emisiones de gases de efecto invernadero de origen antropogénico, basándose en la mejor ciencia disponible y en tratados internacionales como la CMNUCC y el Acuerdo de París; (iii) los estados deben actuar con la debida diligencia debido a los altos riesgos de daños graves e irreversibles al medio marino; (iv) las partes deben asegurar que las emisiones de gases de efecto invernadero bajo su jurisdicción no dañen a otros Estados y que no se propaguen más allá de sus áreas de soberanía; y (v) los estados deben adoptar leyes para prevenir, reducir y controlar la contaminación marina por gases de efecto invernadero.

2. Los caminos «conocidos» en la litigación climática frente a estados

Como adelantamos al inicio de este trabajo (§ II), influir en los Estados ha sido, tradicionalmente, el principal objetivo de los demandantes en los casos de litigación climática. Ello no es de extrañar a la luz de que estos detentan, a través de sus poderes legislativo y ejecutivo, la facultad de modificar los regímenes regulatorios relevantes. En efecto, a través de la aprobación o novación de las normas en esta materia se influye en los sujetos que materialmente están detrás de las emisiones nocivas[37].

En la litigación climática frente a estados pueden distinguirse dos grandes bloques de casos. En primer lugar, aquellos que persiguen directamente el incremento de la ambición climática, en general, de uno o más estados, solicitando la fijación o intensificación de objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero. A estos efectos, los demandantes impugnan leyes, aprobadas por el parlamento nacional, así como omisiones, actos, normas o planes de naturaleza administrativa, aprobados por el gobierno, aduciendo su ambición insuficiente[38]. En este ámbito, los principales obstáculos que se han presentado se refieren a problemas de legitimación activa y al entendimiento de que el principio de separación de poderes determina, ante la insuficiente claridad del contenido obligacional derivado de los tratados internacionales relevantes[39], que los jueces no puedan condenar al gobierno o al parlamento a incrementar la acción climática del país.

En segundo lugar, existen otros casos en los que lo que se persigue es algo más concreto, como, por ejemplo, la paralización de proyectos no sostenibles. Esto puede realizarse, entre otras maneras, impugnando las correspondientes autorizaciones administrativas o evaluación ambiental, o bloqueando la financiación pública necesaria para acometerlos.

---

[37] Setzer, J.; Higham, C., *Global trends in climate change litigation*…, cit., p. 20.

[38] Lo que pueden hacer, por ejemplo, mediante la retirada de subvenciones a determinados sectores o la introducción de prohibiciones, como está ocurriendo, destacablemente, en el sector del automóvil en la Unión Europea (*vid*., entre otras normas relevantes, el Reglamento 2023/851, que refuerza las normas de comportamiento en materia de emisiones de CO2 de los turismos nuevos y de los vehículos comerciales ligeros nuevos, en consonancia con la mayor ambición climática de la Unión).

[39] Por ello, los demandantes han basado sus peticiones, en numerosas ocasiones, en otras fuentes, tales como los derechos fundamentales bajo la correspondiente Constitución nacional y, sobre todo, los derechos humanos reconocidos en textos como la CEDDHH. Así, en estos casos, los litigantes presentan a los tribunales la ardua tarea de interpretar, a la luz de las problemáticas que presenta el cambio climático, textos que no incorporan expresamente previsiones en esta materia (Setzer, J.; Higham, C., *Global trends in climate change litigation*…, cit., p. 13).

2.1. *Casos que persiguen el incremento de la ambición climática de los estados*

A pesar de los problemas procesales que pueden presentarse (*vid. supra*), esta tipología de pleitos se ha revelado especialmente fecunda, con algunas victorias importantes para los sujetos demandantes. En este ámbito, debemos distinguir aquellos casos que se presentan ante los propios tribunales nacionales de aquellas otras reclamaciones que se instan ante tribunales de carácter internacional o regional (destacablemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

2.1.1. Litigación seguida ante los tribunales nacionales

El caso por antonomasia en este subgrupo es el de *Fundación Urgenda* c. *Países Bajos*[40], paradigma de la litigación climática estratégica. En él, siguiendo la demanda de la *Fundación Urgenda* y 900 ciudadanos holandeses, el Tribunal de Distrito de La Haya condenó al gobierno de Países Bajos a limitar sus emisiones en un 25 por 100 para 2020 respecto de los niveles de 1990, considerando que el objetivo inicialmente establecido —del 17 por 100— resultaba insuficiente para dar cumplimiento a las obligaciones nacionales bajo el Acuerdo de París. A tal efecto, el tribunal consideró el art. 21 de la Constitución holandesa, la política climática de la Unión Europea, el CEDDHH y los principios de la CMNUCC. Tras los correspondientes recursos, en 2018, el Tribunal de Apelación de La Haya confirmó el fallo de primera instancia, defendiendo, además, que el Estado estaba violando los arts. 2 y 8 CEDDHH. Esta decisión fue ratificada, en diciembre de 2019, por el Tribunal Supremo de Países Bajos.

Similarmente, puede destacarse el caso *Neubauer et al.* c. *Alemania*[41], seguido ante el Tribunal Constitucional Federal de Alemania. En 2020, varios jóvenes alemanes impugnaron la Ley Federal sobre Cambio Climático aduciendo que el objetivo global de reducción de emisiones que contenía (p.ej., reducción de un 55 por 100 para 2030 respecto de los niveles de 1990, con ausencia de objetivos más allá de 2030) resultaba insuficiente desde la óptica de la protección de sus derechos fundamentales bajo la Constitución alemana; principalmente, desde el prisma del respeto de la dignidad humana, *ex* art. 1(1), y del

---

[40] *Fundación Urgenda* c. *Países Bajos* (2015-2019), accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/urgenda-foundation-v-kingdom-of-the-netherlands/*

Un análisis de este importante caso puede encontrase en Parejo Navas, T., «La victoria de Urgenda: el inicio de la lucha judicial frente al cambio climático», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 177, 2016.

[41] *Neubauer et al.* c. *Alemania* (2020-2021), accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/neubauer-et-al-v-germany/*

derecho a la vida y a la integridad física, *ex* art. 2(2), en relación con la obligación de proteger a las generaciones futuras, *ex* art. 20(a). En este sentido, los demandantes solicitaban que tal objetivo se elevase a una reducción del 70 por 100.

En este contexto, el 29 de abril de 2021, el Tribunal estimó la demanda, aduciendo que el art. 20(a) de la Constitución alemana protege a las generaciones futuras de que se les trasfieran injustificadamente cargas desproporcionadas de reducción de gases de efecto invernadero, y que, así las cosas, los objetivos incluidos en la Ley Federal sobre Cambio Climático resultan insuficientes (particularmente, la inexistencia de objetivos claros más allá de 2030). En este sentido, los magistrados ordenaron al poder legislativo el establecimiento de objetivos de reducción claros más allá de 2030.

Más recientemente, destaca el caso *VZW Klimaatzaak* c. *Reino de Bélgica et al*.[42], que aglutinó a 58 000 demandantes y la organización *Klimaatzaak*. La Corte de Apelación de Bruselas sentenció, el 30 de noviembre de 2023, que los demandados no habían actuado con suficiente diligencia en el establecimiento de sus objetivos en materia de lucha contra el cambio climático, sobre la base de los arts. 2 y 8 CEDDHH y del art. 1382 del Código Civil Belga. Así, impuso al gobierno federal y a los gobiernos de Flandes y Bruselas (con la excepción de la Región Valona) un objetivo de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero del 55 por 100 para el año 2030 respecto de 1990. El objetivo inicialmente fijado era del 47 por 100, mientras que los demandantes pedían que se elevase a un 61 por 100.

Finalmente, con resultado desfavorable, deben destacarse los primeros casos españoles en esta materia: los denominados «juicios por el clima», en los que nuestro Tribunal Supremo defendió, mediante sus sentencias de 18 y 24 de julio de 2023, que el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC) español para el periodo 2021-2030 es congruente con los compromisos asumidos por España en el marco del Acuerdo de París y el Derecho Comunitario[43].

---

[42] *VZW Klimaatzaak* c. *Reino de Bélgica et al.* (2014-2023), accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/vzw-klimaatzaak-v-kingdom-of-belgium-et-al/*

[43] *GreenPeace* c. *España I y II* (2020-2023, accesibles en *https://climatecasechart.com/non-us-case/greenpeace-v-spain/* y *https://climatecasechart.com/non-us-case/greenpeace-v-spain-ii/*). En relación con estas sentencias, *vid*. Ramírez Cirera, J. M., «El Tribunal Supremo confirma que el PNIEC 2021-2030 se ajusta a los compromisos asumidos por España en el marco del Acuerdo de París», *Climate Strategic Initiative*, 2023, accesible en *https://climate.uc3m.es/2023/09/21/el-tribunal-supremo-confirma-que-el-pniec-2021-2030-se-ajusta-a-los-compromisos-asumidos-por-espana-en-el-marco-del-acuerdo-de-paris/?lang=es* (fecha de última consulta: 3 de junio de 2024). También con resultado desfavorable, *vid*. el caso *Klimatická žaloba ČR* c. *República Checa* (2021-2023, accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/klimaticka-zaloba-cr-v-czech-republic/*). En esta disputa, los demandantes adujeron que la República Checa estaba violando sus derechos a la vida, la salud y el medio ambiente bajo la Constitución checa, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y la CEDDHH por su acción

2.1.2. Litigación seguida ante tribunales regionales e internacionales

En este segundo subgrupo habitualmente encontramos casos en los que los demandantes aducen la infracción de sus derechos humanos. En este ámbito, deben destacarse las doce demandas[44] presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las que se argumenta, por lo general, la infracción de los arts. 2 (derecho a la vida), 6 (derecho a la tutela judicial), 8 (derecho a la vida privada y familiar) y/o 14 (interdicción de la discriminación) de la CEDDHH. La Gran Sala ha resuelto recientemente tres de ellos[45]:

En primer lugar, en el caso *KlimaSeniorinnen c. Suiza*[46], en el que se discutía el ajuste con la CEDDHH de los objetivos de mitigación y las medidas adoptadas por el gobierno suizo en la lucha contra el cambio climático, el Tribunal ha defendido, en su sentencia de 9 de abril de 2024, que Suiza ha violado, al margen del derecho a la tutela judicial efectiva de las demandantes (art. 6), el art. 8 CEDDHH, al no establecer a tiempo un marco normativo nacional suficiente y no cumplir sus objetivos de reducción de emisiones. En este sentido, el Tribunal reconoció que el art. 8 CEDDHH incluye el derecho a que las autoridades nacionales protejan eficazmente a los ciudadanos de los graves efectos del cambio climático en la vida, la salud y el bienestar.

---

insuficiente contra el cambio climático. En este sentido, alegaron que la política de protección del clima aprobada por el gobierno excedía en dos veces y media su presupuesto de carbono bajo el Acuerdo de París. El 15 de junio de 2022, el Tribunal estimó la demanda, ordenando al Estado la adopción de las medidas necesarias para alcanzar el 55 por 100 de reducción de emisiones para 2030 respecto de los niveles 1990, con base en la normativa comunitaria relevante en conexión con el Acuerdo de París. Tras el recurso presentado ante el Tribunal Supremo Administrativo de la República Checa, este, reconociendo el carácter colectivo y no individual de la obligación de la Unión Europea de reducir sus emisiones en un 55 por 100 para 2030, anuló la decisión de primera instancia y reenvió el caso al Tribunal Municipal de Praga. El Tribunal Municipal, finalmente, desestimó la demanda en octubre de 2023. Finalmente, en el caso *A Sud et al. c. Italia* (2021-2024, accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/a-sud-et-al-v-italy/*), seguido ante el Tribunal Civil de Roma, se pretendió que se ordenase a Italia (i) reducir sus emisiones en un 92 por 100 para 2030 en comparación con 1990, con base en el Acuerdo de París, el Derecho comunitario y los informes del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático, y (ii) una indemnización de daños, sobre la base de los arts. 2043 y 2051 del Código Civil italiano. En su sentencia de 26 de febrero de 2024, el Tribunal inadmitió la demanda por falta de jurisdicción, reconociendo el principio de separación de poderes.

[44] Una relación de ellos puede encontrarse en el siguiente enlace: *https://climatecasechart.com/non-us-jurisdiction/european-court-of-human-rights/*

[45] Sobre estas tres importantes sentencias, *vid*. González Merinero, S.; Moreno-Cervera de La Cuesta, P., «El derecho a un medioambiente adecuado como un derecho humano: consideraciones a propósito de los últimos litigios climáticos en el TEDH», *Climate Strategic Initiative*, 2024, accesible en *https://climate.uc3m.es/2024/05/21/el-derecho-a-un-medioambiente-adecuado-como-un-derecho-humano-consideraciones-a-proposito-de-los-ultimos-litigios-climaticos-en-el-tedh/?lang=es* (fecha de última consulta: 3 de junio de 2024).

[46] *KlimaSeniorinnen* c. *Suiza* (2020-2024), accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/union-of-swiss-senior-women-for-climate-protection-v-swiss-federal-council-and-others/*

En segundo lugar, en el caso *Duarte Agostinho et al.* c. *Portugal y otros 32 estados*[47], en el que se debatía si 33 países habían violado los derechos bajo la CEDDHH al no tomar suficientes medidas en la lucha contra el cambio climático, el Tribunal, mediante su sentencia de 9 de abril de 2024, inadmitió la demanda: frente a Portugal, por no haberse agotado los recursos internos; frente al resto de estados, por considerar que carecía de competencia extraterritorial.

En tercer lugar, finalmente, en el caso *Carême* c. *Francia*[48], en el que se dilucidaba la infracción del art. 8 CEDDHH sobre la base de la insuficiente ambición del gobierno francés en materia de cambio climático, el Tribunal ha decidido, mediante su sentencia de 9 de abril de 2024, inadmitir la demanda, entendiendo que, al residir fuera de Francia, el demandante había perdido su condición de víctima bajo el Convenio.

2.2. *Casos que persiguen objetivos concretos en la lucha contra el cambio climático*

En este segundo grupo de casos, encontramos disputas muy variadas, en las que se persiguen objetivos más concretos. Así, desde el punto de vista de la defensa de intereses privados, encontramos litigios en los que se alega, por ejemplo, que la autoridad pública le ha concedido a una empresa o sector de actividad una cantidad insuficiente de «derechos de emisión», o incluso que le ha limitado injustificadamente determinadas subvenciones[49]. Desde la óptica de la defensa de intereses públicos en la lucha contra el cambio climático, pueden reseñarse, al margen de aquellos casos que se refieren a la paralización de proyectos no sostenibles en su fase de autorización administrativa[50], las siguientes disputas:

> En primer lugar, en los casos *PSB et al.* c. *Brasil*[51], sobre el Fondo Amazonia y el Fondo del Clima, los demandantes, cuatro partidos políticos brasileños, demandaron al gobierno nacional ante el Tribunal Supremo Federal para que este obligase a aquel a reanudar la actividad

---

[47] *Duarte Agostinho et al.* c. *Portugal y otros 32 estados* (2020-2024), accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/youth-for-climate-justice-v-austria-et-al/*

[48] *Carême* c. *Francia* (2021-2024), accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/careme-v-france/*

[49] Moreno Molina, Á. M., *El Derecho del cambio climático*…, cit., pp. 547-551.

[50] Así, *Sierra Club Canada Foundation et al.* c. *Ministro de Medio Ambiente y Cambio Climático de Canadá et al.* (2022-2023; Tribunal Supremo de Canadá, desestimado; accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/sierra-club-canada-foundation-et-al-v-minister-of-environment-and-climate-change-canada-et-al/*) y *ClientEarth* c. *Secretario de Estado de Empresa, Energía y Estrategia* (2020-2021; Tribunal de Apelación, desestimado; accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/clientearth-v-secretary-of-state/*).

[51] *PSB et al.* c. *Brasil (sobre el Fondo Amazonia)* y *PSV et al.* c. *Brasil (sobre el Fondo del Clima)* (2020-2022), accesibles en *https://climatecasechart.com/non-us-case/psb-et-al-v-brazil/* y *https://climatecasechart.com/non-us-case/psb-et-al-v-federal-union/*

de dos fondos públicos destinados a promover proyectos sostenibles en el marco de la CMNUCC. Los fondos llevaban parados desde 2019, a pesar de la existencia de recursos. Los demandantes adujeron una violación del art. 225 de la Constitución brasileña, que se refiere al deber del Estado de, entre otras cosas, proteger los procesos ecológicos. En 2022, el Tribunal ordenó al gobierno reactivar ambos fondos, declarando la inconstitucionalidad de los decretos que alteraron su funcionamiento.

En segundo lugar, en el caso *Deutsche Umwelthilfe (DUH)* c. *Alemania*[52], el Tribunal Administrativo Superior de Berlín-Brandeburgo está analizando si el programa de acción inmediata presentado por el Ministerio Federal de Transporte, que debe elaborarse cuando las emisiones sectoriales superan el límite anual permitido —para demostrar cómo va a cumplirse con tal límite durante los años siguientes—, se ajusta al art. 8 de la Ley Federal sobre Cambio Climático. Los demandantes alegan que tal plan conduciría a un déficit acumulado de 261 millones de toneladas equivalentes de CO2 para el año 2030. Las medidas propuestas por los demandantes impactarían gravemente sobre el sector del automóvil[53].

En tercer lugar, puede destacarse el caso *Amigos de la Tierra et al.* c. *Secretario de Estado de Transporte de Reino Unido*[54], relativo a la expansión del aeropuerto de Heathrow (Londres). En él, la ONG demandante alegó que el gobierno británico no tuvo suficientemente en consideración las obligaciones climáticas nacionales asumidas bajo el Acuerdo de París a la hora de aprobar su política nacional en materia de aviación. Tras la bendición del plan en sede administrativa, el Tribunal de Apelación razonó que el plan de expansión del aeropuerto era ilegal. Sin embargo, el 16 de diciembre de 2020, el Tribunal Supremo de Reino Unido defendió su legalidad.

En cuarto lugar, finalmente, es digno de reseñar que, en el caso *ClientEarth* c. *Banco Nacional Belga*[55], el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas desestimó la demanda de la ONG *ClientEarth* en una disputa en que se trataba de dilucidar si la compra de deuda corporativa de empresas dedicadas a la extracción y explotación de combustibles fósiles por el Banco Nacional Belga, acometida a través de su participación

---

[52] *Deutsche Umwelthilfe (DUH)* c. *Alemania* (2022-Presente), accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/deutsche-umwelthilfe-duh-v-germany/*

[53] Un caso análogo lo encontramos en la disputa entre *DUH y BUND* c. *Alemania* (2023-Presente, accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/bund-v-germany/)*, en la que los demandantes, alegando que los sectores de la construcción y el transporte superan el límite de emisiones anuales admisibles con base en el art. 8 de la Ley Federal sobre Cambio climático (que impone a estos sectores, para 2030, una reducción de sus emisiones en un 65 por 100 respecto de los niveles de 1990), exigieron ante el Tribunal Administrativo Superior de Berlín-Brandeburgo la elaboración de un programa de acción inmediata para los años 2024 a 2030. El 30 de noviembre de 2023, el Tribunal estimó la demanda, que ha sido objeto de recurso ante el Tribunal Administrativo Federal alemán.

[54] *Amigos de la Tierra et al.* c. *Secretario de Estado de Transporte de Reino Unido* (2018-2020), accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/plan-b-earth-v-secretary-of-state-for-transport/*

[55] *ClientEarth* c. *Banco Nacional Belga* (2021), accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/clientearth-v-belgian-national-bank/*

en el Programa de Compras del Sector Empresarial del Banco Central Europeo, estaba en línea con el art. 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el art. 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

3. Los caminos «incipientes» en la litigación climática frente a estados

Los casos climáticos frente a estados han estado marcados por la indefinición del estándar obligacional que estos sujetos deben cumplir en la lucha contra el cambio climático. Aunque, como hemos visto, existen algunos tratados internacionales específicos en la materia, estos, para lograr un consenso internacional amplio, dejan, en buena medida, a la discreción de los estados la determinación concreta de sus compromisos. Ello ha provocado que buena parte de los litigios climáticos en la materia se hayan sustentado en los derechos humanos reconocidos en textos protectores de ellos y en los derechos fundamentales protegidos bajo las respectivas constituciones nacionales. En este contexto, existen algunas fuerzas que, a mi juicio, pueden resultar idóneas para abrir nuevos «caminos» en este ámbito.

A) El esclarecimiento por la Corte de Justicia Internacional de las obligaciones estatales en materia de lucha contra el cambio climático

La indefinición en torno a cuáles sean las obligaciones estatales en materia de cambio climático es una cuestión que, como ya se ha sostenido, está siendo estudiada, desde el año pasado, por la Corte de Justicia Internacional. A la hora de emitir su dictamen, la Corte deberá tener en cuenta todas las fuentes del Derecho Internacional, recogidas en el art. 38 de su Estatuto. Esto significa, especialmente, que tendrá que pronunciarse sobre si se derivan obligaciones en esta materia de la costumbre internacional, y, en su caso, si estas son más exigentes que las ya previstas bajo el paraguas del régimen de Naciones Unidas en materia de lucha contra el cambio climático.

Aunque el dictamen que emita la Corte no será vinculante, si, en línea con lo que viene sosteniendo la doctrina[56], determina que las obligaciones bajo el Derecho Internacional general son efectivamente más severas, parece evidente que se abrirá un nuevo camino en la litigación climática frente a estados.

---

[56] No obstante, la doctrina también ha mostrado cierta preocupación en torno al dictamen que emitirá la Corte de Justicia Internacional. En efecto, si esta se muestra especialmente cauta, defendiendo una interpretación conservadora del Derecho Internacional general, el efecto podría ser el contrario, desincentivando la litigación climática frente a estados (Mayer, B., *The international law on climate change*, cit., p. 241).

B) El reconocimiento de un derecho humano a un «clima estable» bajo los principales textos en materia de protección de los derechos humanos

Como se ha expuesto, los principales textos en materia de derechos humanos y, muy destacablemente, la CEDDHH, no recogen expresamente el derecho a un clima estable. Es por ello por lo que los demandantes han sostenido que tal derecho se incardina en el núcleo de otros, como el derecho a la vida (art. 2 CEDDHH), a la vida privada y familiar (art. 8 CEDDHH) y a la ausencia de discriminación (art. 14 CEDDHH).

En este sentido, como se ha apuntado, recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz* c. *Suiza*, ha emitido un fallo reconociendo, bajo el art. 8 CEDDHH, la obligación estatal de proteger a los ciudadanos de los efectos adversos que el cambio climático provoca sobre las vidas, la salud y, en general, el bienestar de los ciudadanos. Esta decisión parece abrir la puerta a nuevas victorias en los casos pendientes de decisión y en disputas venideras[57].

C) El despegue de la litigación entre estados

El fenómeno del cambio climático está marcado por fuertes notas de desigualdad. Por un lado, son las naciones económicamente más desarrolladas quienes, a través de sus industrias, han contribuido en mayor medida a la generación del problema[58]. Sin embargo, algunos de los países que menos emisiones han vertido a la atmósfera, como la República de Vanuatu —impulsora de la solicitud de opinión consultiva a la Corte de Justicia Internacional, recuérdese—, dada su situación geográfica, son los más vulnerables. De hecho, en algunos casos, la elevación del nivel del mar como consecuencia de —entre otras cosas— el derretimiento de los polos pone en jaque su propia existencia como naciones[59].

En este sentido, si la Corte de Justicia internacional concluye, en su dictamen consultivo, que, el Derecho internacional general impone a los estados la obligación de luchar suficientemente contra el cambio climático para no perjudicar a otras naciones, parece evidente que se

---

[57] En este sentido, el Comité de Ministros del Consejo de Europa emitió una recomendación a los estados parte, con fecha 27 de septiembre de 2022 [Recomendación CM/REC(2022)20], animándoles a reconocer nacionalmente el derecho a un medioambiente sostenible como un derecho humano.

[58] En este sentido, el propio Preámbulo de la CMNUCC reconoce el principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas: «la naturaleza mundial del cambio climático requiere la cooperación más amplia posible de todos los países y su participación en una respuesta internacional efectiva y apropiada, de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas, sus capacidades respectivas y sus condiciones sociales y económicas».

[59] Mayer, B., *The international law on climate change*, cit., p. 69.

abriría el camino a la litigación entre estados en esta materia[60]; especialmente, ante la propia Corte de Justicia Internacional[61].

D) El incremento de la litigación nacional como consecuencia de la elevación de los objetivos climáticos y de la necesidad de avanzar en la adaptación

El avance de la urgencia climática y el impacto, entre otros factores, de la litigación climática frente a estados va a determinar, probablemente, un redoblamiento de los esfuerzos estatales en materia de lucha contra el cambio climático. Esto, esperablemente, derivará en la fijación de objetivos más ambiciosos de reducción de emisiones y adaptación a los efectos adversos del cambio climático en las correspondientes leyes marco nacionales.

Como consecuencia de ello, parece previsible que se dificultará el cumplimiento por parte de los propios estados de sus objetivos renovados, dado que unas metas más ambiciosas conllevan medidas restrictivas más amplias y rápidas. En este sentido, los problemas de implementación de las nuevas medidas darán lugar, con una buena probabilidad, a nuevos casos de litigación climática, en línea con lo que ya han venido sosteniendo algunos autores[62]. Asimismo, el incremento de los impactos climáticos, con efectos cada vez más severos, determinará que el foco de la litigación se ponga también en las medidas de adaptación —las gran olvidadas hasta el momento—, lo que daría lugar a un incremento de los casos en esta materia.

---

[60] Esto supondría un verdadero cambio cualitativo en la tipología de la litigación climática, en la medida en la que la litigación entre estados en esta materia es un área aún por explorar (Savaresi, A., «Inter-State Climate Change Litigation: "Neither a Chimera nor a Panacea"», en ALOGNA, BAKKER Y GAUCI (eds.): *Climate change litigation: global perspectives*, Koninklijke Brill NV, 2021, p. 367).

[61] En esta materia, pueden resultar de especial interés los *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* y los *Draft Principles on the Allocation of Loss in the Case of Transboundary Harm Arising out of Hazardous Activities*, elaborados por la Comisión de Derecho Internacional (Naciones Unidas).

[62] Programa de Naciones Unidas Para El Medioambiente; Sabin Center For Climate Change Law, *Global climate litigation report*…, cit., p. 42.

IV. EL ENFORCEMENT FRENTE A SUJETOS DE NATURALEZA PRIVADA: LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO

1. Las obligaciones de las empresas en materia de lucha contra el cambio climático

El poder de los estados para hacer frente a la realidad del cambio climático es limitado. En efecto, si bien estos, como es evidente, detentan el poder regulatorio, en última instancia resulta absolutamente necesario contar con la colaboración de los sujetos de naturaleza privada y, muy particularmente, de los empresarios, que son quienes, a través de su actividad, mayoritariamente materializan las emisiones de gases de efecto invernadero. Esto supone, en última instancia, la incorporación a la actividad empresarial de objetivos que inicialmente corresponde perseguir a los estados[63].

Como se ha expuesto *supra*, el régimen aplicable a la responsabilidad estatal en materia de cambio climático, protagonizado por algunos tratados internacionales y el Derecho internacional general, es difuso, lo que genera incertidumbre y se erige en ocasiones en un obstáculo para el avance de la litigación climática. En el ámbito de la responsabilidad empresarial en esta materia nos encontramos con la problemática de que carecemos, por lo general, de normas de *hard law ad hoc* que la regulen.

Es cierto que existen algunas regulaciones específicas con indudable influencia en las empresas —sobre todo, en el ámbito comunitario[64]— y también lo es que hace ya algunos años que contamos con textos de *soft law* relevantes, como los Principios Rectores sobre las

---

[63] En esta materia, *vid*., Michaels, R.; Ruiz Abou-Nigm, V.; y van Loon, H. (eds.), *The private side of transforming our world: UN Sustainable Development Goals 2030 and the role of private international law*, Intersentia, 2021, obra en la que se hace especial énfasis en los aspectos de Derecho Internacional Privado en materia de desarrollo sostenible. Asimismo, *vid*., en general, Verbruggen, P., «Regulatory governance by contract: The rise of regulatory standards in commercial contracts in "Regulatory Governance"», *Recht der Werkelijkheid*, vol. 35, núm. 3, 2014. De hecho, el art. 6.8.b) del Acuerdo de París reconoce la necesidad de aumentar la participación del sector privado en la mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero, mientras que el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas reconoció, en una declaración de octubre 2018 (accesible en *https://www.ohchr.org/en/statements/2018/10/committee-releases-statement-climate-change-and-covenant*), que el cumplimiento de los derechos humanos en el contexto del cambio climático es un deber tanto de actores estatales como no estatales.

[64] Por ejemplo, la Directiva 2023/959 (régimen de comercio de derechos de emisión), la Directiva 2023/2413 (promoción de las energías renovables) y, quizá de forma más importante, la Directiva 2022/2464 (presentación de información sobre sostenibilidad por las empresas).

Empresas y los Derechos Humanos (Naciones Unidas) —que, sin embargo, son genéricos en materia de derechos humanos— y, sobre todo, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable (actualizadas en 2023[65]). No obstante, no parece menos cierto que, hasta el momento, salvo en algunos países (destacablemente, Francia y Alemania, que aprobaron normas nacionales que imponen obligaciones de diligencia debida en materia de sostenibilidad), no hemos contado con normas específicas «duras» que obliguen a las empresas a incorporar suficientemente a su actividad consideraciones climáticas[66].

2. Los caminos «conocidos» en la litigación climática frente a empresas

La realidad de que son las empresas[67] quienes, en el fondo, están detrás del grueso de emisiones de gases de efecto invernadero ha determinado que la litigación frente a ellas —particularmente, frente a algunas de ellas— se haya erigido en otro tipo de litigación «estratégica»[68]. En efecto, hace ya décadas desde que algunos sujetos pusieron su foco en la responsabilidad de un puñado de empresas en materia de cambio climático, a la luz de que aproximadamente cien (las denominadas

---

Además, también puede destacarse la existencia de abundante normativa sectorial, particularmente, en el ámbito de las finanzas «verdes».

[65] Estas líneas directrices constituyen recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales que operan en o desde estados adheridos a la Declaración de 1976 sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales. Su objetivo es el de fomentar la contribución de las empresas al progreso económico, ambiental y social minimizando el impacto negativo de la actividad empresarial. A pesar de su amplia difusión y relevancia práctica, su naturaleza de *soft law* le priva de carácter vinculante. No obstante, los gobiernos firmantes de la declaración de 1976 (los 38 estados miembros de la OCDE y 13 estados no miembros de la OCDE) están obligados a promoverlas. Algunos autores han criticado estas directrices aduciendo que las obligaciones en materia de cambio climático deberían haber sido integradas en el ámbito de la responsabilidad corporativa sobre derechos humanos (Aristova, E.; Higham, C.; Higham, I.; y Setzer, J., «Corporate climate change responsibilities under the OECD Guidelines for multinational enterprises», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 73, núm. 2, 2024, p. 511).

[66] Como veremos *infra*, esta situación, sin embargo, podría cambiar prontamente en la Unión Europea, con base en la Directiva 2024/825, que persigue proteger a los consumidores de las prácticas desleales en esta materia («*greenwashing*»), y, probablemente de manera más importante, de la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, recentísimamente aprobada (el 24 de mayo de 2024) por el Consejo europeo.

[67] Los sectores en los que participan los empresarios demandados se han diversificado mucho desde 2015: inicialmente, las demandas se focalizaron en empresas dedicadas a la exploración de combustibles fósiles, la agricultura y el transporte; sin embargo, hoy día el elenco es mucho más amplio, incluyendo a los sectores de la construcción, textil y químico, entre otros (Setzer, J.; Higham, C., *Global trends in climate change litigation*…, cit., p. 21).

[68] Siguiendo la clasificación propuesta por Setzer, J.; Higham, C., *Global trends in climate change litigation*…, cit., p. 20.

«Carbon Majors»[69]) están, según defienden algunos autores, detrás del 80 por 100 de las emisiones globales de gases de efecto invernadero[70].

Hasta el momento, la insuficiencia regulatoria expuesta *supra* ha determinado que habitualmente los demandantes hayan basado sus reclamaciones en normas «extraclimáticas», como destacablemente las que regulan la responsabilidad civil extracontractual, la competencia empresarial desleal y la publicidad engañosa. En otras ocasiones, se ha esgrimido el carácter vinculante (a veces, como veremos, con éxito) para las empresas del régimen internacional emanado de las Naciones Unidas (particularmente, de la CMNUCC y del Acuerdo de París) y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Sea como fuere, los casos en este ámbito pueden ser agrupados en cuatro categorías[71]. La primera de ellas concierne a aquellos que pretenden incrementar la ambición climática de las empresas demandadas, incluyendo consideraciones de sostenibilidad climática en su actividad[72] (casos «prospectivos»). La segunda, por su parte, aglutina aquellas disputas en las que los demandantes pretenden obtener un resarcimiento de daños por los perjuicios sufridos por el cambio climático (casos «retrospectivos», basados en el principio «quien contamina, paga»), sobre la base de la contribución histórica de las empresas demandadas al fenómeno. La tercera categoría se refiere a las controversias que mezclan demandas «prospectivas» y «retrospectivas», recientemente estrenada. La cuarta, en fin, incorpora aquellos casos, particularmente en ebullición, que tratan de luchar contra el «ecopostureo» y la publicidad e información engañosa en materia climática.

---

[69] La base de datos «*Carbon Majors*» ofrece información en materia de emisiones de gases de efecto invernadero atribuibles, como consecuencia de sus actividades, a los 122 mayores productores mundiales de petróleo, gas, carbón y cemento. Esta fuente es accesible en el siguiente enlace: *https://carbonmajors.org/*

[70] De hecho, en la actualidad, constan registradas 59 demandas globalmente frente a estas compañías (Setzer, J.; Higham, C., *Global trends in climate change litigation*…, cit., p. 35). Un estudio sobre la contribución de algunas de estas empresas al cambio climático puede encontrarse en Heede, R., «Tracing anthropogenic carbon dioxide and methane emissions to fossil fuel and cement producers, 1854–2010», *Climatic Change*, núm. 122, 2014.

[71] Setzer, J.; Higham, C., *Global trends in climate change litigation*…, cit., p. 35.

[72] Esto involucra las distintas fases del desarrollo de la actividad empresarial, incluyendo la financiación de la misma. En este sentido, el foco también puede ponerse en las entidades financieras, que tienen el poder de canalizar sus fondos hacia actividades más o menos sostenibles desde un punto de vista climático. En la concreta materia de disputas en el sector financiero relacionadas con el cambio climático, *vid*. Perales Viscasillas, M. P., «Financial disputes and climate change: typology and risks», cit., quien hace hincapié (p. 1740) en que, para evitar las peores consecuencias del cambio climático, se requiere un incremento de al menos un 590 por 100 anual en las finanzas climáticas hasta el año 2030.

2.1. *Litigación climática empresarial «prospectiva»*

En este primer grupo se encuadran aquellos casos en los que el foco se ha puesto en la conducta que deberían seguir, sobre la base del conocimiento científico en la materia (particularmente, del alineamiento con el Acuerdo de París —del que, lógicamente, no son destinatarios— y los derechos humanos —de los que, sin embargo, no son garantes—), determinadas empresas para impedir el agravamiento o contribuir a la solución del problema del cambio climático (esto es, particularmente, la reducción de emisiones derivadas de su actividad). Lógicamente, los problemas aquí se encuentran en la falta inexistencia, como se puso de manifiesto, de un marco normativo suficiente.

El elenco de potenciales demandados es aquí superior, a la luz de que estos casos no consisten en imputar responsabilidad histórica alguna. Así, podemos destacar los siguientes:

En primer lugar, debe reseñarse el caso *Milieudefensie et al.* c. *Royal Dutch Shell plc*[73], seguido ante el Tribunal de Distrito de La Haya. En él, los demandantes alegaron que *Shell* había vulnerado su deber de diligencia en el contexto del cambio climático (sobre la base de la legislación nacional —art. 6:162 del Código Civil neerlandés—) y sus supuestas obligaciones en materia de derechos humanos (arts. 2 y 8 CEDDHH). En este sentido, pretendían, en línea con el Acuerdo de París, extendiendo los argumentos del caso *Fundación Urgenda* c. *Países Bajos* al sector privado, que se condenase a la demandada a reducir sus emisiones en un 45 por 100 para 2030 —respecto de 2010— y a lograr la neutralidad carbónica para 2050. El 26 de mayo de 2021, el Tribunal ordenó a la demandada, y al resto de sociedades de su grupo de empresas, reducir sus emisiones en un 45 por 100 para 2030 respecto de sus niveles de 2019. Esta sentencia ha sido objeto de recurso, que está pendiente de resolución.

En segundo lugar, destacan los casos alemanes contra empresas dedicadas a la producción y comercialización de vehículos *Deutsche Umwelthilfe (DUH)* c. *Mercedes Benz*[74], *Deutsche Umwelthilfe (DUH)* c. *BMW*[75] y *Kaiser et al.* c. *Volkswagen AG*[76]. En ellos, los demandantes trataron de extender los razonamientos de la sentencia *Neubauer et al.* c. *Alemania* (*vid. supra*) al sector empresarial, persiguiendo que

---

[73] *Milieudefensie et al.* c. *Royal Dutch Shell plc* (2019-Presente), accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/milieudefensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/*

[74] *Deutsche Umwelthilfe (DUH)* c. *Mercedes Benz* (2021-2022), accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/deutsche-umwelthilfe-duh-v-mercedes-benz-ag/*

[75] *Deutsche Umwelthilfe (DUH)* c. *BMW* (2021-Presente), accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/deutsche-umwelthilfe-duh-v-bmw/*

[76] *Kaiser et al.* c. *Volkswagen AG* (2021-Presente), accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/kaiser-et-al-v-volkswagen-ag/*

las demandadas redujesen sus emisiones y cesasen su producción de vehículos con motores de combustión interna para 2030 sobre la base del Acuerdo de París y la Ley Federal sobre Cambio Climático. La primera demanda ya ha sido desestimada.

En tercer lugar, en el *caso Greenpeace Italia et al.* c. *ENI S.p.A.*, el *Ministerio italiano de Economía y Hacienda* y *Cassa Depositi e Prestiti S.p.A*[77], basado en la sentencia en el caso *Milieudefensie et al.* c. *Shell*, los demandantes solicitan que se ordene a *ENI* y *Cassa Depositi e Prestiti* reducir sus emisiones en un 45 por 100 para 2030 respecto de 2020, en línea con el Acuerdo de París, así como que se condene a *ENI* al pago de una suma determinable por el juez en caso de incumplimiento de la condena de reducción de emisiones.

Finalmente, en cuarto lugar, debe tenerse en cuenta que entre las demandas «prospectivas» también encontramos algunos casos en los que no se reclama directamente frente a la empresa responsable de las emisiones, sino frente a sus administradores (o incluso sus accionistas mayoritarios)[78].

El caso más relevante de este tipo es el de *ClientEarth* c. *Consejo de Administración de Shell*[79], en el que *ClientEarth*, que había adquirido acciones de la demandada, demandó al consejo de administración de *Shell*, *ex* art. 260 de la *Companies Act 2006*, alegando que su política de inversión en proyectos no sostenibles resultaba en un incumplimiento de la sentencia en el caso *Milieudefensie* c. *Shell* y de los deberes fiduciarios de los administradores bajo los arts. 172 y 174 de la *Companies Act 2006*. El razonamiento subyacente se basa en que tal política redundaría a largo plazo, a pesar de los resultados extraordinarios de los últimos años, en la pérdida de beneficios. El 24 de julio de 2023, el Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales dictaminó que, *prima facie*, el caso no tiene visos de éxito. Se ha denegado la autorización preceptiva para recurrir[80].

---

[77] *Greenpeace Italia et al.* c. *ENI S.p.A.,* el *Ministerio italiano de Economía y Hacienda* y *Cassa Depositi e Prestiti S.p.A* (2023-Presente), accesible en *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/*

[78] De hecho, las consideraciones de cambio climático están ganando protagonismo en distintos países en el ámbito del gobierno corporativo (y, especialmente, para las empresas cotizadas). En esta materia, *vid*. Perales Viscasillas, M. P., «Impacto de la lucha contra el cambio climático en el gobierno corporativo», *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, 5, 2023.

[79] *ClientEarth* c. *Consejo de Administración de Shell* (2023), accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/clientearth-v-shells-board-of-directors/*

[80] Un caso similar, en el que también adujo el incumplimiento de sus deberes por los administradores, es el de *ClientEarth* c. *Enea* (2018-2020), seguido ante el Tribunal Regional de Poznan. Accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/clientearth-v-enea/*

2.2. *Litigación climática empresarial «retrospectiva»*

En el momento de cierre de este trabajo no existen demasiadas condenas a empresas en este tipo de casos. Ello no es de extrañar si tenemos en cuenta los estándares que fijan la generalidad de normas en materia de responsabilidad civil extracontractual, incluyendo la demostración de la existencia de un daño individualizado digno de tutela jurídica y de un nexo causal que vincule tal perjuicio con la actividad concreta[81] de las empresas demandadas[82].

En este sentido, la inexistencia de una metodología uniforme a nivel internacional para la elaboración de balances empresariales de emisiones contrasta con el consenso creciente que existe respecto de los estados[83]. Sin perjuicio de ello, pueden reseñarse, en este grupo, los siguientes casos:

Por un lado, en el caso *Luciano Lliuya* c. *RWE AG*[84], seguido ante el Tribunal Regional Superior de Essen, un agricultor peruano demandó a *RWE*, una gran compañía energética alemana, alegando que las emisiones derivadas de su actividad habían contribuido notablemente al cambio climático y que, en tal sentido, era parcialmente responsable (en concreto, en un 0,47 por 100) del deshielo de los glaciares cercanos a su pueblo. Este deshielo había determinado una elevación notable del nivel de un lago cercano, lo que, según el demandante, le había provocado costes de adaptación para protegerse de potenciales inundaciones. Por ello, solicitó una indemnización, *ex* art. 1004 del Código Civil alemán, por la parte proporcional (un 0,47 por 100) de los costes imputables a la empresa demandada. El 15 de diciembre de 2016, Tribunal desestimó la demanda sobre la base de la inexistencia de nexo causal entre las emisiones de la demandada y los impactos del cambio

---

[81] Lo que, además, probablemente limite el elenco de empresas «demandables» a aquellas que han contribuido de forma notoria al problema.

[82] No obstante, un estudio que ofrece información desagregada por compañías señala que 21 empresas dedicadas a la explotación de combustibles fósiles, a las que se les imputa un 35,9 por 100 del total de emisiones, deberían hacer frente a reparaciones anuales por una cantidad de al menos 209 000 millones de dólares durante el periodo 2025 a 2050. Entre estas, destaca *Saudi Aramco* (Arabia Saudí), cuya responsabilidad ascendería a 42 700 millones de dólares anuales, seguida de *ExxonMobil* (Estados Unidos), por 18 400 millones de dólares anuales, y de *Shell* (Reino Unido), por un total de 16 300 millones de dólares anuales (Grasso, M.; Heede, R., «Time to pay the piper: Fossil fuel companies' reparations for climate damages», *One Earth*, vol. 6, núm. 5, 2023, p. 461).

[83] Otto, F. Y OTROS, «Causality and the fate of climate litigation: The role of the social superstructure narrative», *Global Policy*, vol. 13, 5, 2022, p. 746.

[84] *Luciano Lliuya* c. *RWE AG* (2015-Presente), accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/lliuya-v-rwe-ag/*

climático sufridos por el demandante. La sentencia ha sido objeto de recurso, que está pendiente de resolución[85].

Por otro lado, puede destacarse el caso *Smith* c. *Fonterra Co-Operative Group Limited*[86], seguido ante el Tribunal Superior de Nueva Zelanda, en el que se alegó la responsabilidad de siete empresas neozelandesas dedicadas al sector agrícola y energético que habían emitido grandes cantidades de gases de efecto invernadero. El demandante solicitó una indemnización de daños. El 6 de marzo de 2020, el Tribunal desestimó la solicitud de indemnización, alegando que los daños no le afectaban particularmente al demandante, que las demandadas no tenían un deber de diligencia respecto de aquel y que no se había probado la existencia de un nexo causal.

2.3. *Litigación climática empresarial «híbrida»: demandas «prospectivas» y «retrospectivas»*

El *caso Asmania et al.* c. *Holcim*[87] es el primer caso judicial, seguido ante el Tribunal Cantonal de Zug, en el que se mezcla la responsabilidad histórica por las emisiones corporativas (así, solicitándose una indemnización de daños por los costes derivados de la adaptación al cambio climático) con exigencias prospectivas (una reducción de las emisiones de la demandada de un 43 por 100 para 2030 y de un 69 por 100 para 2040, respecto de los niveles de 2019). La demanda, todavía pendiente de resolución, se basa en el art. 28 del Código Civil suizo y en el art. 41 de su Código de Obligaciones.

2.4. *Litigación climática empresarial contra el «ecopostureo» y la información engañosa en materia de sostenibilidad*

Esta categoría, como se anunció al inicio de este trabajo, está particularmente en ebullición. Los demandantes de los casos inscritos en este ámbito no pretenden, directamente, incrementar la ambición

---

[85] Este caso, lógicamente, presenta especiales consideraciones en materia de determinación de la competencia judicial internacional, cuestión que, en última instancia, depende de las normas conflictuales relevantes. En este sentido, se ha defendido que existe un conflicto entre el enfoque territorial de la jurisdicción y la naturaleza transnacional de las actividades responsables de la emisión a la atmósfera de la mayor parte de los gases de efecto invernadero. Un análisis de esta cuestión, centrado en la jurisdicción inglesa, puede encontrarse en Aristova, E., «Tort Litigation against Transnational Corporations in the English Courts: The Challenge of Jurisdiction», *Utrecht Law Review*, vol. 14, núm. 2, 2018.

[86] *Smith* c. *Fonterra Co-Operative Group Limited* (2020-2022), accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/smith-v-fonterra-co-operative-group-limited/*

[87] *Asmania et al.* c. *Holcim* (2022-Presente), accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/four-islanders-of-pari-v-holcim/*

climática empresarial (demandas «prospectivas») ni obtener un resarcimiento de daños (demandas «retrospectivas»), sino proteger la integridad y credibilidad de la acción climática, así como evitar la toma de decisiones comerciales o financieras por el gran público basadas en información engañosa[88]. Tal es la importancia del fenómeno que muy recientemente se ha aprobado la Directiva 2024/825, de 28 de febrero de 2024, que precisamente incide en esta materia.

En particular, estos casos tienen por objetivo atacar (i) los compromisos climáticos corporativos engañosos, que no están respaldados por planes y políticas realistas; (ii) la atribución inadecuada de características «verdes» a determinados productos y servicios; (iii) la exageración del nivel de inversiones en apoyo de la acción climática (por ejemplo, en la transición energética); y (iv) el ocultamiento de determinados riesgos climáticos a los inversores y clientes de la empresa[89]. En este sentido, las demandas en este ámbito habitualmente se basan en la infracción de la normativa relevante en materia de competencia desleal y/o publicitaria. Así las cosas, pueden destacarse las siguientes controversias:

En primer lugar, en el caso *PCWP et al.* c. *Glencore*[90], seguido ante la Comisión Australiana de Competencia y Consumo y la Comisión Australiana de Valores e Inversiones, se discute una potencial violación de la Ley Australiana de Consumidores y de la Ley de la Comisión Australiana de Valores e Inversiones. El origen del caso está en que Glencore, uno de los mayores productores de carbón en Australia (donde explota 17 minas), aunque afirma contar con planes de descarbonización, no ha probado tal cosa y, de hecho, está ampliando su actividad en este ámbito.

En segundo lugar, debe reseñarse el caso *KlimaAllianz* c. *FIFA*[91], en el que una alianza suiza de 140 organizaciones civiles demandó a la FIFA ante la Comisión de Publicidad Leal suiza afirmando que la promoción como neutra en carbono de la Copa del Mundo de Fútbol de 2022, celebrada en Catar y seguida por unos 5 000 millones de personas, resultaba engañosa. En su decisión de 7 de junio de 2023, la Comisión recomendó a la FIFA, entre otras cosas, que se abstuviera de afirmar que la Copa Mundial de la FIFA celebrada en 2022 en Qatar era climáticamente neutra o neutra en carbono. Existen casos análogos en

---

[88] Setzer, J.; Higham, C., *Global trends in climate change litigation*…, cit., p. 47.

[89] Tigre, M.A.; Barry, M., *Climate Change in the Courts*…, cit., p. 6; Setzer, J.; Higham, C., *Global trends in climate change litigation*…, cit., pp. 39-40.

[90] *PCWP et al.* c. *Glencore* (2022), accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/pcwp-and-others-v-glencore/*

[91] *KlimaAllianz* c. *FIFA* (2022-2023), accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/klimaallianz-v-fifa/*

Bélgica (*Carbon Market Watch* c. *FIFA*[92]), Francia (*Notre Affaire à tous* c. *FIFA*[93]) y el Reino Unido (*New Weather Institute* c. *FIFA*[94]), seguidos ante sus respectivas autoridades nacionales en materia publicitaria.

Finalmente, en tercer lugar, en nuestro país destaca el reciente caso *Iberdrola et al.* c. *Repsol*[95], entre competidores del sector energético español. En él, *Iberdrola* ha alegado ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Santander el incumplimiento por *Repsol* de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. En concreto, la demandada habría incumplido los arts. 5 —actos de engaño—, 7 —omisiones engañosas— y 8 —prácticas agresivas— de esta norma mediante estrategias de marketing engañosas o que exageran su compromiso con el desarrollo sostenible[96]. Así, *Iberdrola* razona que la oferta de *Repsol* trata de incentivar el uso de carburantes, mientas que las actividades sostenibles constituyen una parte menor de su *portfolio*. Las solicitudes de *Iberdrola* persiguen una condena declarativa, de cesación, de remoción de efectos y de rectificación.

3. Los caminos «incipientes» en la litigación climática frente a empresas

Los «viejos» caminos en la litigación climática empresarial, como hemos visto, han encontrado algunos obstáculos que le han impedido desplegar todo su potencial. Sin embargo, en los últimos tiempos estamos asistiendo —o vamos a asistir próximamente— a la introducción

---

[92] *Carbon Market Watch* c. *FIFA* (2022), accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/carbon-market-watch-v-fifa/*

[93] *Notre Affaire à tous* c. *FIFA* (2022), accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/notre-affaire-a-tous-v-fifa/*

[94] *New Weather Institute* c. *FIFA* (2022-2023), accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/new-weather-institute-v-fifa/*

[95] *Iberdrola et al.* c. *Repsol* (2024), accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/iberdrola-and-others-vs-repsol/*

[96] De hecho, tan relevante es el problema del «ecopostureo» que la Comisión Europea y otras autoridades nacionales (en concreto, belgas, holandesas, noruegas y españolas) están investigando a veinte aerolíneas por este asunto. Las preocupaciones de los reguladores se centran en las afirmaciones de que las emisiones de carbono de los vuelos pueden compensarse mediante inversiones en proyectos medioambientales o el uso de combustibles más sostenibles para los aviones, que siguen emitiendo carbono cuando se queman, pero son menos contaminantes que el queroseno actualmente utilizado (Georgiadis, P.; Bryan, K., «EU investigates "greenwashing" at 20 airlines», *Financial Times*, 2024, accesible en *https://www.ft.com/content/adec5d6d-24ed-4723-942a-d94d0aa53b8a*; fecha de última consulta: 3 de junio de 2024). En todo caso, en este sector ya contamos con algunos pronunciamientos relevantes, como el de la Autoridad de Normas Publicitarias británica en el caso *Ryanair* (Resolución de la ASA sobre *Ryanair Ltd* (2019-2020), accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/asa-ruling-on-ryanair-ltd-t-a-ryanair-ltd/*). Esta empresa publicó anuncios llegando a afirmar que se trata de la aerolínea con menos emisiones. La Autoridad concluyó que esto resultaba engañoso, dado, entre otras cosas, que se había excluido a competidores relevantes del cálculo.

de novedades en esta materia que pueden actuar como catalizadores del fenómeno.

A) La transición del *soft law* al *hard law* en el ámbito de las obligaciones empresariales en materia climática[97]

Como se ha venido defendiendo *supra*, hasta recientemente no han existido textos suficientes que impongan a las empresas, con precisión y carácter obligatorio, incorporar a su cálculo de negocio consideraciones relativas al impacto climático de su actividad. Por el contrario, todo lo más con lo que contábamos eran textos de *soft* law; destacablemente, los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (2011) y, sobre todo, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable (actualizadas en 2023). Es por ello por lo que los demandantes han basado sus demandas, en unos casos, en normas generales (como las de responsabilidad civil extracontractual) y, en otros casos, en un intento de extender a las empresas tratados internacionales que, en principio, solo son vinculantes para los estados.

Sin embargo, en los últimos meses esta realidad está sufriendo una gran transformación, con la aprobación, en mayo de 2024, de la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad[98]. En virtud de ella, las empresas afectadas por su aplicación (art. 2, aunque muchas otras resultarán indirectamente incluidas) tendrán que velar por detectar y evaluar los efectos adversos derivados de sus propias operaciones, de sus filiales y de sus socios comerciales (art. 8), debiendo neutralizarlos (art. 11)[99]. Además, la Directiva obligará a

---

[97] Joseph, J.; Kyriakakis, J., «From soft law to hard law in business and human rights and the challenge of corporate power», *Leiden Journal of International Law*, vol. 36, 2, 2023.

[98] De hecho, en aquellos países en los que ya existían normas nacionales sobre obligaciones de diligencia debida en materia de sostenibilidad, como Francia (2017) y Alemania (2021), ya han dado lugar a algunos casos; destacablemente, en Francia: así, por ejemplo, *Notre Affaire à Tous et al.* c. *Total* (2021, accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/notre-affaire-a-tous-and-others-v-total/*), *Notre Affaire à Tous, Les Amis de la Terre y Oxfam France* c. *BNP Paribas* (2023-Presente, accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/notre-affaire-a-tous-les-amis-de-la-terre-and-oxfam-france-v-bnp-paribas/*) y *Envol Vert et al.* c. *Casino* (2021-Presente, accesible en *https://climatecasechart.com/non-us-case/envol-vert-et-al-v-casino/*). Algunos autores, sin embargo, resaltan que no resulta suficiente con introducir obligaciones de diligencia debida en esta materia, sino que es necesario actuar con una mayor ambición, aprobando normas que prohíban la explotación de los combustibles fósiles (Dehm, J., «Beyond Climate Due Diligence: Fossil Fuels, "Red Lines" and Reparations», *Business and Human Rights Journal*, vol. 8, núm. 2, 2023).

[99] A pesar de las modificaciones de última hora, la directiva aprobada parece conservar el potencial de incidir en cuestiones tan relevantes como el deber de diligencia de los administradores (art. 225 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), incorporando al cálculo empresarial la sostenibilidad. No obstante, el art. 25 de la propuesta originalmente remitida por la Comisión Europea (COM(2022) 71 final, 2022/0051(COD)), de 23 de febrero de 2022, contenía, en su art. 25, una regulación *ad hoc* de esta materia (Moya Ballester, J., «El tratamiento jurídico de

adoptar un plan de transición para la mitigación del cambio climático para garantizar que el modelo de negocio y estrategia empresarial estén en línea con los objetivos establecidos en el Acuerdo de París y el Reglamento 2021/1119 (art. 22). El art. 27 establece las bases del régimen de sanciones para los casos de incumplimiento de la Directiva.

En este sentido, la Directiva dará paso, a buen seguro, a numerosos casos de litigación climática.

B) El mayor protagonismo de las disputas climáticas contractuales: cláusulas de sostenibilidad, *third party funding* y resolución alternativa de controversias

Hasta el momento, buena parte de la litigación climática «retrospectiva» frente a empresas se ha dado en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. El motivo de esto probablemente se halle en la reticencia a incorporar y cumplir objetivos climáticos a través de los contratos mercantiles. En efecto, en una economía eminentemente globalizada —como en la que vivimos—, los empresarios cuentan con una cadena de suministro en la que participan numerosos sujetos, de una amplia variedad de países y tradiciones, que siguen distintos estándares. En este sentido, nada impide que, aunque el empresario con el que se está contratando directamente cumpla con una estipulación de sostenibilidad[100], su proveedor —que, en definitiva, no deja de ser un partícipe en la cadena de suministro— no lo haga[101].

Sin embargo, la incorporación de cláusulas de sostenibilidad a lo largo de toda la cadena de suministro, en muchos casos, devendrá obligatoria en los próximos años, y ello conforme la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (cuyos arts. 10.2.*b)* y 11.2.*c)* prevén obligaciones en este ámbito) entre en vigor. Tal cosa, a buen seguro, determinará el avance de la litigación climática sobre la base de la responsabilidad civil contractual[102]. En

---

los objetivos ESG y la modificación del deber de diligencia en la propuesta de Directiva sobre diligencia debida», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 1, 2024, pp. 481-482) que ha desaparecido del texto finalmente aprobado.

[100] En todo caso, como ha reseñado la doctrina, un buen número de empresas ya venían incorporando procesos de diligencia debida de manera voluntaria, dados los réditos que tal cosa les proporcionaba en mercados que cada vez con más intensidad requieren este tipo de comportamientos (de Vivero de Porras, C., «Los objetivos ESG y su impacto en el deber de diligencia de los administradores», *Revista de Derecho de Sociedades*, 70, 2024, consulta electrónica).

[101] Esto se ha tratado de mitigar incorporando a estas estipulaciones la obligación de que todos los participantes en la cadena de suministro cumplan con estándares al menos tan estrictos como los recogidos en la cláusula de sostenibilidad relevante, que suele ir acompañada del deber de poner a disposición los contratos relevantes con el resto de los participantes de la cadena. Sobre este tipo de estipulaciones, *vid*. Peterkova, K., *Sustainability clauses in international business contracts*, Eleven International Publishing, 2015.

[102] Un estudio de cómo pueden interactuar estas cláusulas de sostenibilidad con los remedios indemnizatorios en caso de incumplimiento (bajo la Convención de Viena de 1980 sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías) puede encontrarse en Lana Arceiz,

este sentido, la popularización de cláusulas «modelo» en esta materia debería contribuir al establecimiento de obligaciones uniformes a lo largo de toda la cadena de suministro[103]. No en vano, en el ámbito de la Directiva reseñada, el art. 18 impone a la Comisión Europea la adopción de orientaciones para el establecimiento de cláusulas contractuales «tipo» voluntarias en el plazo de treinta meses desde la entrada en vigor de la norma[104].

A su vez, este mayor protagonismo de las disputas contractuales en el ámbito de la litigación climática puede atraer a terceros financiadores (*third-party funders*)[105], a la vez que se abre la puerta a que estos litigios sean dirimidos mediante arbitraje[106], dada la amplia difusión de este medio alternativo de controversias en el comercio internacional.

C) El despegue de los casos contra el «ecopostureo» y la información engañosa

Como hemos visto *supra*, uno de los mayores focos de desarrollo en los últimos años en el ámbito de la litigación climática se encuentra en la defensa de la integridad y credibilidad de la acción climática: esto es, en la lucha frente al «ecopostureo» y, más en general, la información engañosa en materia de sostenibilidad[107].

V. J., «Exploring the Role of Damages in the Protection of Sustainability within Global Supply Chains: a CISG Approach», accesible en *https://www.ucm.es/ideir/file/240222-ideir-sustainability-and-damages*; fecha de última consulta: 3 de junio de 2024.

[103] Estos compromisos de sostenibilidad pueden articularse a través de cláusulas «paraguas», el otorgamiento de manifestaciones y garantías, la fijación de objetivos de cumplimiento de compromisos concretos, así como mediante cláusulas de diligencia debida (Vicente Maravall, E., «Redefiniendo las reglas del juego: la era ESG en el arbitraje internacional», en Arias, D. (coord.): *Arbitraje y jurisdicción: homenaje a Miguel Ángel Fernández-Ballesteros*, La Ley, 2024, pp. 2214-2216).

[104] En este momento ya contamos con cláusulas «tipo» en esta materia. Así, algunas asociaciones profesionales, como la *American Bar Association*, han hecho un trabajo de elaboración de cláusulas modelo en materia de sostenibilidad. Sobre estas, *vid*. (Pannebakker, E., «Sustainable development clauses in international contracts through the lens of the UNIDROIT Principles», 2023, p. 7).

[105] Especialmente, como puede comprenderse, en lo concerniente a aquellos casos de litigación «retrospectiva», en los que se persigue obtener un resarcimiento de daños del que el tercero financiador puede obtener lucro (Kaminski, I., «An ocean of opportunities? Climate litigation is doing so well it's now being eyed by investors», *The Wave*, 2023, accesible en *https://www.the-wave.net/climate-litigation-as-investment/*; fecha de última consulta: 3 de junio de 2024).

[106] En este sentido, las ventajas que ofrece el arbitraje internacional (neutralidad, flexibilidad, especialización y facilidad de ejecución del laudo, entre otras) determinan que esté llamado a ganar protagonismo en la resolución de conflictos climáticos (Vicente Maravall, E., «Redefiniendo las reglas del juego…», cit., pp. 2208-2212; Arias Navarro, M., «El arbitraje como método de resolución de conflictos clave para la aplicación del Derecho climático internacional», en Arias, D. (coord.): *Arbitraje y jurisdicción: homenaje a Miguel Ángel Fernández-Ballesteros*, La Ley, 2024, pp. 147-148).

[107] En este mismo sentido, concretando el potencial despegue de la litigación contra el *greenwashing* en el sector financiero, *vid*. Perales Viscasillas, M. P., «Financial disputes and climate change: typology and risks», cit., pp. 1755-1756.

En este sentido, tres fuerzas pueden dotar a los demandantes de nuevas bases para que se produzca una expansión cuantitativa y cualitativa aún superior, en los próximos tiempos, de este tipo de casos.

En primer lugar, la Directiva 2022/2464, en materia de presentación de información sobre sostenibilidad, que, entre otras cosas, impone a los empresarios que caen en su ámbito de aplicación recoger, en un plan de empresa, las medidas que garanticen la compatibilidad de su modelo de negocio y su estrategia con la limitación del calentamiento global a 1,5ºC [art. 19 bis.2.*a)*.iii) de la Directiva 2013/34, según la redacción dada por la Directiva 2022/2464][108]. En segundo lugar, la recentísima Directiva 2024/825, que persigue proteger a los consumidores contra las prácticas desleales proporcionándoles una mejor información[109]. En tercer lugar, finalmente, la actualización de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable operada en 2023, cuyo capítulo III incluye recomendaciones en materia de divulgación de información relevante sobre conducta empresarial responsable.

D) Los avances técnicos en materia de causalidad y el redoblamiento de los esfuerzos litigadores frente a las *Carbon Majors*

Finalmente, a medida que el estado de la técnica avance y se cuente con mejores bases para determinar la contribución de determinadas empresas al cambio climático, parece evidente que se incrementará

---

[108] En este sentido, la finalidad primordial de la Directiva es la de equiparar las exigencias de información en materia de sostenibilidad con las relativas a la información financiera, dotando así de acceso fiable y comparable a tales datos. Por ello, se ha señalado que la Directiva contribuye a establecer estándares uniformes sobre sostenibilidad (Vicente Maravall, E., «Redefiniendo las reglas del juego…», cit., p. 2205).

[109] Esta norma modifica, principalmente, la Directiva 2005/29, relativa a las prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. De manera destacable, la nueva regulación incluye como acción engañosa la información falsa relativa a las características medioambientales de los productos (art. 6.1.b)), así como las prácticas comerciales que supongan la realización de afirmaciones vinculadas al comportamiento medioambiental futuro sin compromisos claros, objetivos, disponibles públicamente y verificables, que habrán de ser contrastados periódicamente por un tercero independiente (art. 6.2.d)). El tercero «debe ser independiente del comerciante, no tener conflictos de intereses, disponer de experiencia y competencia en cuestiones medioambientales y estar facultado para supervisar los avances del comerciante periódicamente en relación con los compromisos y las metas, incluidos los hitos para alcanzarlos. Los comerciantes deben garantizar que las conclusiones periódicas del tercero experto se encuentren a disposición de los consumidores» (considerando cuarto de la Directiva 2024/825). En definitiva, la nueva directiva supone la introducción, por primera vez, de referencias explícitas a las alegaciones de tipo medioambiental en la Directiva 2005/29 (Suanzes Díez, C.; Calvo Carmona, M., «A vueltas con el greenwashing: la nueva Propuesta de Directiva sobre alegaciones medioambientales», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 62, 2023, p. 216; asimismo, *vid*. Suanzes Díez, C.; Vendrell Cervantes, C., «Greenwashing y prácticas desleales con los consumidores: la propuesta de Directiva relativa al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica a la luz del contexto actual y algunos casos recientes en el derecho comparado», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 60, 2022).

la litigación climática frente a las denominadas *Carbon Majors*[110]. Su gran participación en el fenómeno climático determina que, en caso de obtención de resultados estimatorios de las demandas, las condenas puedan generar un impacto muy superior al resultante de aglutinar numerosas victorias frente a actores con un rol menos protagonista.

Esto, a su vez, podría derivar en el inicio de nuevos casos de los que hemos denominado como «híbridos», en los que se mezclan demandas «prospectivas» (de alineamiento, a futuro, con determinados objetivos climáticos) con otras «retrospectivas» (esto es, de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la contribución histórica al cambio climático de las sociedades demandadas).

V. CONCLUSIONES

La urgencia y gravedad del problema climático determinan que no sea suficiente con establecer objetivos aspiracionales, más o menos vinculantes, en la lucha contra él, sino que, además, deben articularse mecanismos suficientes para hacerlos efectivos.

En este sentido, la litigación climática se ha erigido en una herramienta de extraordinaria utilidad en la materia, viviendo últimamente una expansión tanto cuantitativa como cualitativa. En los últimos años, la proporción de casos en los que en el polo demandado aparecen uno o varios estados está cediendo en favor de la exigencia de responsabilidad empresarial.

Sin embargo, hasta la fecha, han existido algunos obstáculos que han impedido una incidencia aún mayor del fenómeno de la litigación climática. Por lo que respecta a los estados, la indefinición de sus obligaciones en la materia, presididas por tratados internacionales que dejan un ámbito discrecional quizá demasiado amplio a las partes. En lo concerniente a las empresas, la inexistencia de instrumentos de *hard law* específicos suficientes, que ha llevado a los demandantes a sostener sus demandas sobre la base, entre otras cosas, de las normas más generales de responsabilidad civil.

En todo caso, nos encontramos en un contexto en el que parecen estar abriéndose nuevos «caminos», que deberían facilitar la intensificación de la lucha contra el cambio climático mediante la litigación: en el ámbito de la responsabilidad estatal, el dictamen solicitado a la Corte de Justicia Internacional, el incipiente reconocimiento de un derecho

[110] En este sentido, se ha sugerido que el trabajo de Grasso, M.; Heede, R., «Time to pay the piper…», cit., p. 461, al que nos referimos anteriormente, que trata de fijar la contribución de 21 empresas al cambio climático, puede sentar las bases para el inicio de nuevos casos «híbridos» (Setzer, J.; Higham, C., *Global trends in climate change litigation*…, cit., p. 36).

humano a un «clima estable» y la elevación de la ambición de los objetivos nacionales parecen idóneos para marcar un punto y aparte, así como desencadenar la litigación entre estados en esta materia.

Por su parte, en el ámbito de la responsabilidad empresarial, la transición del *soft law* al *hard law* en la materia es todo un hito: por un lado, la reciente aprobación de la Directiva sobre obligaciones de diligencia debida en materia de sostenibilidad determinará, probablemente, un mayor protagonismo de las disputas climáticas contractuales; por otro lado, el también reciente régimen comunitario sobre obligaciones de proporcionar información en materia de sostenibilidad y de lucha contra el «ecopostureo» puede dirigirnos al despegue de casos en el ámbito de la lucha contra el «*greenwashing*» y la información engañosa. Finalmente, los avances técnicos en materia de determinación de la causalidad podrían facilitar la litigación tanto «prospectiva» como «retrospectiva» frente a los denominados «Carbon Majors».

En todo caso, no debe perderse de vista que, conforme se incremente la ambición climática por los estados y las empresas, también lo harán los casos contrarios a tal cosa (esto es, los denominados casos «*backlash*»), en los que lo que se persigue es, precisamente, una reducción de la acción climática.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Aristova, E., «Tort Litigation against Transnational Corporations in the English Courts: The Challenge of Jurisdiction», *Utrecht Law Review*, vol. 14, núm. 2, 2018.

Aristova, E.; Higham, C.; Higham, I.; y Setzer, J., «Corporate climate change responsibilities under the OECD Guidelines for multinational enterprises», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 73, núm. 2, 2024.

Averchenkova, A.; Higham, C.; Chan, T.; y Keuschnigg, I., *Impacts of climate framework laws: lessons from Germany, Ireland and New Zealand*, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, 2023.

Bodansky, D., «The role of the International Court of Justice in addressing climate change: some preliminary reflections», *Arizona State Law Journal*, vol. 49, 2017.

Calvin, K. *et al.*, *IPCC, 2023: 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*, 2023.

Crawford, J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2019.

de Vivero de Porras, C., «Los objetivos ESG y su impacto en el deber de diligencia de los administradores», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 70.

Dehm, J., «Beyond Climate Due Diligence: Fossil Fuels, "Red Lines" and Reparations», *Business and Human Rights Journal*, vol. 8, núm. 2, 2023.

Georgiadis, P.; Bryan, K., «EU investigates "greenwashing" at 20 airlines», *Financial Times*, 2024, accesible en *https://www.ft.com/content/adec5d6d-24ed-4723-942a-d94d0aa53b8a*.

González Merinero, S.; Moreno-Cervera de la Cuesta, P., «El derecho a un medioambiente adecuado como un derecho humano: consideraciones a propósito de los últimos litigios climáticos en el TEDH», *Climate Strategic Initiative*, 2024, accesible en *https://climate.uc3m.es/2024/05/21/el-derecho-a-un-medioambiente-adecuado-como-un-derecho-humano-consideraciones-a-proposito-de-los-ultimos-litigios-climaticos-en-el-tedh/?lang=es*.

Grasso, M.; Heede, R., «Time to pay the piper: Fossil fuel companies' reparations for climate damages», *One Earth*, vol. 6, núm. 5, 2023.

Heede, R., «Tracing anthropogenic carbon dioxide and methane emissions to fossil fuel and cement producers, 1854–2010», *Climatic Change*, núm. 122, 2014.

Joseph, J.; Kyriakakis, J., «From soft law to hard law in business and human rights and the challenge of corporate power», *Leiden Journal of International Law*, vol. 36, núm. 2, 2023.

Kaminski, I., «An ocean of opportunities? Climate litigation is doing so well it's now being eyed by investors», *The Wave*, 2023, accesible en *https://www.the-wave.net/climate-litigation-as-investment/*.

Lana Arceiz, V. J., «Exploring the Role of Damages in the Protection of Sustainability within Global Supply Chains: a CISG Approach», accesible en *https://www.ucm.es/ideir/file/240222-ideir-sustainability-and-damages*.

Mayer, B., *The international law on climate change*, Cambridge University Press, 2018.

Michaels, R.; Ruiz Abou-Nigm, V.; y van Loon, H. (eds.), *The private side of transforming our world: UN Sustainable Development Goals 2030 and the role of private international law*, Intersentia, 2021.

Moreno Molina, Á. M., *El Derecho del cambio climático: retos, instrumentos y litigios*, Tirant lo Blanch, 2023.

Moya Ballester, J., «El tratamiento jurídico de los objetivos ESG y la modificación del deber de diligencia en la propuesta de Directiva sobre diligencia debida», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 1, 2024.

Otto, F. *et al.*, «Causality and the fate of climate litigation: The role of the social superstructure narrative», *Global Policy*, vol. 13, núm. 5, 2022.

Pannebakker, E., «Sustainable development clauses in international contracts through the lens of the UNIDROIT Principles», 2023.

Parejo Navas, T., «La victoria de Urgenda: el inicio de la lucha judicial frente al cambio climático», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 177, 2016.

Perales Viscasillas, M. P., «Financial disputes and climate change: typology and risks», en Arias, D. (coord.): *Arbitraje y jurisdicción: homenaje a Miguel Ángel Fernández-Ballesteros*, La Ley, 2024.

— «Impacto de la lucha contra el cambio climático en el gobierno corporativo», *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, núm. 5, 2023.

Peterkova, K., *Sustainability clauses in international business contracts*, Eleven International Publishing, 2015.

Programa de Naciones Unidas para el Medioambiente; Sabin Center for Climate Change Law, *Global climate litigation report: 2023 status review*, Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2023.

Rajamani, L., «The 2015 Paris Agreement: interplay between hard, soft and non-obligations», *Journal of Environmental Law*, vol. 28, núm. 2, 2016.

Ramírez Cirera, J. M., «El Tribunal Supremo confirma que el PNIEC 2021-2030 se ajusta a los compromisos asumidos por España en el marco del Acuerdo de París», *Climate Strategic Initiative*, 2023, accesible en *https://climate.uc3m.es/2023/09/21/el-tribunal-supremo-confirma-que-el-pniec-2021-2030-se-ajusta-a-los-compromisos-asumidos-por-espana-en-el-marco-del-acuerdo-de-paris/?lang=es*.

Savaresi, A., «Inter-State Climate Change Litigation: "Neither a Chimera nor a Panacea"», en Alogna, Bakker y Gauci (eds.): *Climate change litigation: global perspectives*, Koninklijke Brill NV, 2021.

Setzer, J.; Higham, C., *Global trends in climate change litigation: 2023 snapshot*, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, 2023.

Suanzes Díez, C.; Calvo Carmona, M., «A vueltas con el greenwashing: la nueva Propuesta de Directiva sobre alegaciones medioambientales», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 62, 2023.

Suanzes Díez, C.; Vendrell Cervantes, C., «Greenwashing y prácticas desleales con los consumidores: la propuesta de Directiva relativa al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica a la luz del contexto actual y algunos casos recientes en el derecho comparado», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 60, 2022.

Tigre, M. A.; Barry, M., *Climate Change in the Courts: A 2023 Retrospective*, Sabin Center for Climate Change Law, 2023.

Tigre, M. A.; Urzola, N., «The 2017 Inter-American Court's Advisory Opinion: changing the paradigm for international environmental law in the Anthropocene», *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 12, núm. 1, 2021.

Verbruggen, P., «Regulatory governance by contract: The rise of regulatory standards in commercial contracts in "Regulatory Governance"», *Recht der Werkelijkheid*, vol. 35, núm. 3, 2014.

Vicente Maravall, E., «Redefiniendo las reglas del juego: la era ESG en el arbitraje internacional», en Arias, D. (coord.): *Arbitraje y jurisdicción: homenaje a Miguel Ángel Fernández-Ballesteros*, La Ley, 2024.

EL SISTEMA FINANCIERO Y SU INFLUENCIA EN LOS PEQUEÑOS AGRICULTORES Y GANADEROS

THE FINANCIAL SYSTEM AND ITS INFLUENCE ON SMALL FARMERS AND RANCHERS

Ana Isabel Batanero Hernán
Profesora asociada de Economía y Dirección de Empresas
Universidad de Alcala de Henares

RESUMEN: Es importante resaltar el papel estratégico que tiene el sector agrario en el crecimiento económico y en el desarrollo social, pero el sector agrario necesita del impulso del capital para poder desarrollar los factores del trabajo y la tecnología. Las ayudas del sistema financiero al sector agrario son un elemento clave para el desarrollo de este importante sector estratégico de la economía española. Las Administraciones públicas, generalmente han sido sensibles a las dificultades que presenta el sector agrario a la hora de obtener financiación y ha puesto a su disposición una serie de instrumentos con el fin de facilitar su acceso a la financiación. Las perspectivas futuras de los agricultores españoles no son optimistas. El éxito del sector agrícola español está vinculado a su capacidad para garantizar la viabilidad económica de sus explotaciones y su competitividad en los mercados internacionales. Para ello, va a ser necesario aumentar la productividad y la eficiencia de su producción. Ante una crisis económica, las ayudas financieras pueden suponer un gran alivio y ser herramientas muy eficaces para compensar pérdidas económicas en los sectores o personas más afectados por las mismas.

Palabras clave: Financiación, agricultura; PAC, sector agrario; ayudas financieras; instrumentos financieros.

ABSTRACT: It is important to highlight the strategic role of the agricultural sector in economic growth and social development, but the agricultural sector needs the impulse of capital to be able to develop the factors of labor and technology. The financial system's aid to the agricultural sector is a key element for the development of this important strategic sector of the Spanish economy. The Public Administrations have generally been sensitive to the difficulties of the agricultural sector in obtaining financing and have made available a series of instruments to facilitate its access to financing. The future prospects for Spanish farmers are not optimistic. The success of the Spanish agricultural sector is linked to its ability to ensure the economic viability of its farms and their competitiveness on international markets. To achieve this, it will be necessary to increase the productivity and efficiency of its production. In the face of an economic crisis, financial aid can be a great relief and a very effective tool to compensate for economic losses in the sectors or individuals most affected by the crisis.

Keywords: Financing; agriculture; CAP; agricultural sector; financial aid; financial instruments.

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- OBJETIVOS DE LAS ORGANIZACIONES PROFESIONALES AGRARIAS Y DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA. III.- INSTRUMENTOS FINANCIEROS DE LA PAC. IV.- MEDIDAS FINANCIERAS DE APOYO AL SECTOR AGRARIO APROBADAS EN 2023. 1.- Principales medidas introducidas por el Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo. 2.- Principales medidas introducidas por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio. V.- CONCLUSIONES. VI.- BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Es importante resaltar el papel estratégico que tiene el sector agrario en el crecimiento económico y en el desarrollo social, no solo en términos meramente de producción económica, por su contribución a la seguridad alimentaria con un suministro de alimentos sanos y de calidad, sino también porque contribuye a vertebrar casi la mitad del territorio nacional, proporcionando servicios y hábitats claves para la conservación de la biodiversidad, aparte de proporcionar empleo a lo largo del territorio, evitando la despoblación de muchas comarcas rurales. Si a esto unimos la debilidad económica que siempre ha acompañado a este sector, cuyo nivel de rendimientos es inferior al de otros sectores, debido principalmente a su enorme dependencia de las condiciones atmosféricas, se justifica sobradamente la existencia de un trato diferenciado para el sector agrario, que encuentra su apoyo normativo en la propia Constitución y en la normativa de la Unión Europea.

Entre las razones que justifican las especificidades del sector agrario en materia tributaria y financiera se encuentra el hecho de que la

agricultura cuente con un tratamiento diferenciado que tiene su apoyo normativo en nuestra Constitución y en la de la Unión Europea, ya que en el mismo sentido que nuestra propia Constitución (art. 130), el marco de la normativa de la UE desde sus orígenes ha tratado a la *Agricultura como un sector merecedor y acreedor de una protección especial*.

Esto se fundamenta en principios constitucionales de justicia que no pueden ser obviados, ya que son plenamente aplicables y que aparecen reconocidos en el art. 31.1 de la Constitución[1].

Teniendo en cuenta que España es el país con mayor proporción de PIB agrario de la Unión Europea, que en España hay más de 749 700 agricultores y ganaderos (cifra muy superior, por ejemplo, a la de Francia o Alemania) y que el sector agrícola ha contribuido a disminuir el déficit comercial estructural de la economía española en la última década, es necesario apoyar al sector agrario con sistemas de financiación, que le permitan seguir desarrollándose e innovando en su día a día, para ser un sector consistente y competente en la actualidad.

II. OBJETIVOS DE LAS ORGANIZACIONES PROFESIONALES AGRARIAS Y DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA

El sector agrario necesita del impulso del capital para poder desarrollar los factores del trabajo y la tecnología necesarias para poder desarrollar su misión al servicio del resto de la sociedad.

Una de las luchas principales de las Organizaciones Profesionales Agrarias ante el Ministerio de Agricultura siempre ha sido conseguir mayor liquidez para todo el sector, facilitar la refinanciación de la deuda con el fin de mejorar a la situación financiera del sector agrario.

Las Administraciones públicas, generalmente han sido sensibles a las dificultades que presenta el sector agrario a la hora de obtener financiación del sistema financiero, especialmente en los momentos de crisis.

La Administración Pública ha puesto a disposición del sector agrario una serie de instrumentos con el fin de facilitar el acceso de los agricultores y ganaderos a la financiación, como son, fondos de:

SAECA[2]: cuyo objeto social es la prestación de avales para inversiones en los sectores agrícolas, ganadero, forestal, pesquero, de la industria agroalimentaria y para la mejora del medio rural.

---

[1] Artículo 31.1. de la Constitución: «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio».

[2] Sociedad Anónima Estatal de Caución Agraria.

ICO[3]: que tiene como finalidad proporcionar apoyo preferente a proyectos de inversión de empresas españolas, para que sean más competitivas y contribuyan al desarrollo económico de nuestro país.

Ante la actual situación de crisis económica, y en respuesta a las peticiones de las Organizaciones Profesionales Agrarias de inyectar liquidez al sistema y facilitar la refinanciación de la deuda existente del sector, el Ministerio facilitó la creación de Mesas de Trabajo con el fin de conocer el alcance del problema y ayudar en la toma de decisiones que permitan la creación de instrumentos que permitan la mejora de la financiación de los agricultores y ganaderos por parte del sector financiero.

La financiación del sector agrario por parte de las entidades de crédito es un elemento clave en el desarrollo de este sector estratégico de la economía española. El acceso al capital es el impulso necesario para el correcto desarrollo de los factores trabajo y tecnología, cuya competitividad influye decisivamente en la mejora de la renta agraria.

Se ha elaborado un plan de medidas para mejorar, en estos complejos momentos desde el punto de vista financiero, el acceso al crédito por parte de los agricultores y ganaderos.

Los objetivos del Plan de Medidas para la Mejora de la Financiación del Sector Agrario son:

— Facilitar a los sectores agrícola y ganadero el acceso a la financiación pública y privada.

— Inyectar liquidez para la dotación de capital circulante en dichos sectores.

— Mejorar las condiciones crediticias de la financiación ya formalizada por el sector.

III. INSTRUMENTOS FINANCIEROS DE LA PAC

El Reglamento (UE) 2021/2115 del Plan Estratégico de la PAC, junto con el Reglamento (UE) 2021/2116 Horizontal de la PAC, así como el Reglamento (UE) 2021/1060 de Disposiciones Comunes, crean el marco legislativo para los instrumentos financieros cofinanciados con recursos FEADER, en el periodo 2023-2027.

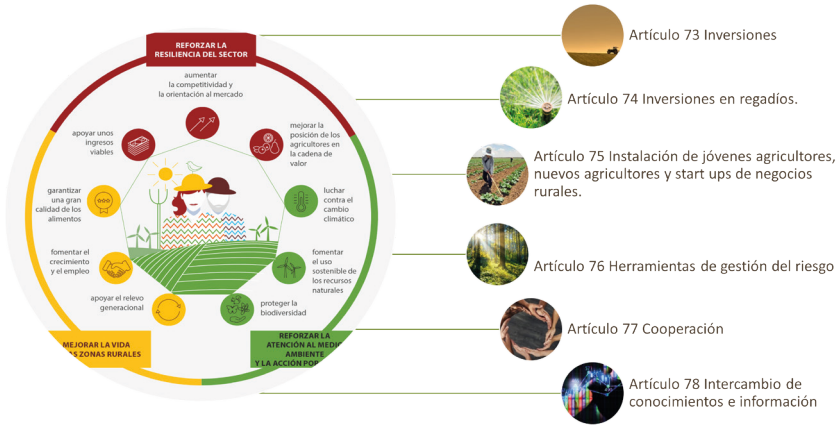
La ayuda en forma de instrumentos financieros según lo establecido en el art. 58 del Reglamento (UE) 2021/1060 podrá concederse con arreglo a los tipos de intervenciones contemplados en los arts. 73

[3] Instituto de Crédito Oficial.

a 78 del Reglamento (UE) 2021/2115 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 de diciembre de 2021.

Se espera que los instrumentos financieros aumenten su presencia como mecanismo de apoyo a los sectores agrícola y agroalimentario para lograr los avances necesarios para alcanzar los objetivos de la nueva Política Común Europea.

Como novedades destacables en este nuevo periodo que dará comienzo en 2023, se han introducido una serie de flexibilidades en la normativa en comparación con el período de programación anterior. Se permite la financiación de capital circulante independiente de inversiones, una mayor flexibilidad en la elegibilidad de las inversiones y nuevas posibilidades para combinar subvenciones e instrumentos financieros en una sola operación entre otras.



Fuente: Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

La nueva PAC incrementa el foco en los jóvenes agricultores y los nuevos agricultores, que se encuentran aún con importantes barreras para acceder al sector. El importe máximo de la ayuda para el establecimiento de jóvenes agricultores y la puesta en marcha de nuevas empresas rurales se incrementa hasta los 100 000 euros, a los que se puede acceder también a través de la ayuda en forma de instrumentos financieros o en combinación con subvenciones.

Si el mecanismo de apoyo se presta a través de instrumentos financieros, se puede financiar la compra de tierras para agricultores jóvenes hasta el 100 por 100 del importe sin necesidad de que sea una nueva instalación.

Para la puesta en marcha de instrumentos financieros en el Plan Estratégico de la PAC se requiere de una evaluación *ex ante* realizada

bajo la responsabilidad de la autoridad de gestión, debe completarse antes de que las autoridades de gestión destinen contribuciones de un programa a los instrumentos financieros y debe incluir al menos los elementos siguientes:

— el importe propuesto de la contribución del programa al instrumento financiero y el efecto de apalancamiento estimado acompañados de una breve justificación;
— los productos financieros que se proponga ofrecer, incluida la posible necesidad de recurrir a un tratamiento diferenciado de los inversores;
— el grupo destinario propuesto de perceptores finales;
— la contribución prevista del instrumento financiero a la consecución de los objetivos específicos.

En el caso del Instrumento Financiero de Gestión Centralizada del periodo 2023-2027, se ha realizado una evaluación ex-ante a partir de una revisión y actualización de la realizada en el periodo anterior, cubriendo todo el territorio nacional.

IV. MEDIDAS FINANCIERAS DE APOYO AL SECTOR AGRARIO APROBADAS EN 2023

1. Principales medidas introducidas por el Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia agraria y de aguas en respuesta a la sequía y al agravamiento de las condiciones del sector primario derivado del conflicto bélico en Ucrania y de las condiciones climatológicas.

La situación de sequía en el sector agrario español se suma a la situación de presión que vive el sector agrario, ocasionada por la invasión de Ucrania y la exposición a los efectos inflacionistas de una serie de productos y servicios directamente relacionados con la guerra, especialmente teniendo en cuenta que el período de recurrencia de las sequías se ha reducido en los últimos años: mientras que en décadas anteriores estaba entre siete y diez años, en la actual el plazo es mucho menor.

Adicionalmente, el impacto también ha repercutido sobre la liquidez y la volatilidad de los mercados en el comercio de productos básicos, lo que en su conjunto hace que la continuidad de la actividad primaria esté en riesgo, siendo este un sector clave en la actividad económica y para garantizar el suministro de alimentos y la seguridad alimentaria.

Estos hechos, que afectan muy negativamente a la rentabilidad de las explotaciones agrarias, obligan a actuar de forma inmediata adoptando una serie de medidas de apoyo para aliviar los efectos perjudiciales sobre

la producción de alimentos del sector agrario, teniendo en cuenta que los poderes públicos tienen la obligación de diseñar medidas que contribuyan a la seguridad alimentaria o aborden los desequilibrios del mercado.

La situación descrita condiciona el nacimiento y normal desarrollo de muchos los cultivos y producciones, en particular en las zonas afectadas por restricciones de uso del agua. En especial, la ganadería se está viendo gravemente impactada por la pérdida de pastos e incremento de los costes de los alimentos del ganado, por lo que, afrontan preocupantes dificultades de tesorería y capacidad para sostener su actividad a medio plazo.

Estos hechos tienen consecuencias directas sobre la situación económica de los operadores del sector primario: una reducción de la producción habitual genera una reducción correlativa de ingresos que ahonda en la ya de por sí difícil situación de las explotaciones, afectadas por los sucesivos acontecimientos recientes, que se han venido solapando.

Las circunstancias mencionadas, el cambio de cultivo, la pérdida de las cosechas o la disminución de la actividad o incluso el cierre de granjas generan efectos inmediatos en la economía rural, tanto del sector primario directamente relacionado como del resto de actores en el mercado.

La sequía, entendida como escasez de precipitaciones durante un periodo de tiempo prolongado que compromete la viabilidad de los cultivos, es un fenómeno que viene padeciendo España de forma recurrente.

Pero este agravamiento de las condiciones circundantes producido por la especial situación climatológica se viene a sumar a otro conjunto de circunstancias estructurales y coyunturales que no hacen sino agravar la situación descrita.

Entre los problemas o circunstancias estructurales, cabe destacar la vulnerabilidad propia de nuestro sector agrario, muy atomizado, estacionario y con una elevada rigidez de la demanda, estacionalidad en el mercado y heterogeneidad y asimetría en sus características internas, por la propia naturaleza perecedera de la producción. Por ello, el sector agroalimentario, por su trascendencia en términos sociales, económicos y medio ambientales, tiene un carácter estratégico tanto en España como en toda la Unión Europea. Su misión básica es la de proporcionar al ciudadano alimentos sanos, seguros y que además respondan a sus expectativas de calidad, misión que la actual coyuntura puede poner en riesgo.

Entre las dificultades que se suman a la sequía debe destacarse la especial situación por la que atraviesa el sistema productivo primario desde la invasión rusa de Ucrania el 24 de febrero de 2022, que está afectando a los productores agrarios europeos y españoles y supone una amenaza grave de perturbación del mercado, como consecuencia de los

aumentos significativos de los costes de producción y las alteraciones de los flujos comerciales.

En particular, la crisis está teniendo graves consecuencias en la oferta de cereales y oleaginosas a escala mundial que está tensionando fuertemente los mercados globales de estos productos, que se suma a las fuertes subidas que están experimentando los precios de la energía y los fertilizantes, y que están afectando a los productores agrarios de la Unión. Estos incrementos se han mantenido en el tiempo, pero sus efectos han ido agravándose a medida que se consumían las reservas y ayudas dotadas al efecto y que el efecto cíclico de la espiral inflacionista ha ido incidiendo en su importancia, al acumular los resultados.

Los incrementos de los precios de los piensos desde el inicio de la guerra superaron bien pronto el 20 por 100, lo que se suma a los incrementos de precios acumulados respecto al año 2021, que arrojan cifras superiores al 50 por 100 o al 75 por 100 si comparamos con los precios de 2020. El mantenimiento, bien que moderado, de la inflación durante el ejercicio 2023 multiplica la gravedad de la situación, al proyectarse sobre precios ya de por sí en máximos históricos.

Los productores afectados cuentan, además, con serias dificultades para trasladar este incremento de costes a lo largo de la cadena en un contexto marcadamente inflacionista, por lo que sus márgenes se están viendo seriamente comprometidos, lo que hace peligrar el mantenimiento del tejido productor en las zonas rurales de nuestro país, donde existen escasas alternativas a estas producciones.

La ganadería, además, es un sector ligado al territorio que le convierte en un sector medioambientalmente sostenible por el aprovechamiento racional de los recursos, contribuyendo así a la mejora de calidad y el incremento de materia orgánica en los suelos y al mantenimiento de la biodiversidad.

Ucrania es uno de los principales exportadores de trigo, maíz, girasol, harina y aceite de girasol, por lo que la paralización de sus ventas al exterior durante meses y su ralentización posterior ha impactado en las cotizaciones internacionales de materias primas destinadas a la alimentación animal.

Por otro lado, Rusia es el mayor proveedor de combustible de la Unión Europea. La subida de los precios de la energía eléctrica, el gasóleo, los fertilizantes, los plásticos o los piensos están repercutiendo negativamente en la rentabilidad de las explotaciones y empresas del sector, poniendo en riesgo su continuidad.

En definitiva, concurren un conjunto de circunstancias de tal magnitud y gravedad, por sus efectos y su persistencia en el tiempo y por su carácter mutable, que hacen necesario adoptar medidas para evitar consecuencias irreparables.

De lo que se trata, pues, es de garantizar la viabilidad de las explotaciones agrarias y con ello hacer frente a posibles problemas de abastecimiento de alimentos por reducción o incluso abandono de la actividad agraria que podrían tener lugar si el conflicto se prolonga, por lo que resulta inaplazable la adopción de un plan de contingencia, con el fin de ofrecer al sector productor los apoyos necesarios para hacer frente a la actual coyuntura, en el marco del art. 130.1 de la Constitución recoge que «los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles».

Para compensar los daños causados por la sequía, se ha vuelto a incrementar en casi 40,5 millones de euros la partida destinada a subvencionar la *contratación de seguros agrarios*, uno de los instrumentos fundamentales para responder a contingencias como la sequía. Esta dotación permite subvencionar hasta el 70 por 100 del coste de las pólizas ya contratadas que incluyan riesgo de sequía en los cultivos de secano de herbáceos extensivos, olivar, uva de vinificación, almendro, avellano, kiwi, endrino, alfalfa, remolacha azucarera y maíz forrajero.

Debe tenerse en cuenta que el Plan de seguros agrarios, subvencionado por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, representa la herramienta de referencia obligada en la lucha contra las adversidades climáticas y se ha erigido en un mecanismo capital de la política agraria nacional. Por ese motivo, se aprueba un incremento extraordinario y excepcional de las subvenciones a los titulares del seguro agrario que venga a subvenir las intensas tensiones financieras que han padecido durante este año con motivo de la invasión rusa de Ucrania, agravadas por la reiteración de fenómenos climatológicos adversos, con dos sequías consecutivas que han mermado su capacidad de ajuste y las posibilidades de supervivencia de las explotaciones.

Y es que la sequía, y sus efectos sobre las producciones agrarias, suponen un problema recurrente en España que ahora incide de modo acusado sobre la situación provocada por la invasión rusa de Ucrania. El Sistema de Seguros Agrarios cubre los daños producidos por la sequía meteorológica en los cultivos de secano: cultivos herbáceos extensivos, uva de vinificación, olivar, frutos secos (almendro), remolacha azucarera y algunos cultivos forrajeros. Los daños por sequía son evolutivos, por lo que son valorados en el momento de la cosecha o recolección. Además, existe una línea específica para la ganadería extensiva que cubre la falta de pastos relativa, es decir, la reducción del pasto con relación a la misma época del año en una misma zona.

Buena parte del *sector ganadero* de nuestro país atraviesa una situación crítica, debido a los incrementos de costes que han alcanzado cotas sin precedentes, con una escasez de precipitaciones durante un

periodo de tiempo prolongado que está comprometiendo la viabilidad de las explotaciones ganaderas dependientes de la disponibilidad de pastos y cultivos forrajeros.

Por ello es preciso articular ayudas directas con la mayor celeridad administrativa posible para garantizar el apoyo eficaz y eficiente a los sectores de la ganadería extensiva y semi-extensiva que se están viendo más afectados por la actual crisis. En particular, los de producción cárnica y láctea de vacuno, ovino y caprino. El objetivo de estas ayudas es garantizar el abastecimiento alimentario y la competitividad y sostenibilidad de las explotaciones ganaderas, manteniendo la estabilidad del tejido productivo y económico de las zonas rurales de nuestro país donde en buena parte de las ocasiones no existen alternativas a la producción ganadera.

Debido a eso, se destinarán 355 millones de euros a los productores ganaderos de carne y de leche de vacuno, ovino y caprino para compensarles por el incremento del precio del pienso y de otros insumos. Se estima en 74 651 el número de beneficiarios de estas ayudas de Estado.

Este apoyo extraordinario, se concede directamente a los beneficiarios, productores de carne de vacuno (vacas nodrizas), de ovino y de caprino y productores de leche de vaca, oveja y cabra que hayan sido beneficiarios de ayudas asociadas a la ganadería de la Política Agraria Común (PAC) de la campaña 2022 y que tengan censo mayor que cero a 30 de abril de 2023.

En el caso de la Comunidad Autónoma de Canarias los beneficiarios serán los titulares de explotaciones de ganado bovino, ovino y caprino dadas de alta en el Registro General de Explotaciones Ganaderas a 30 de abril de 2023.

Las ayudas se conceden cuando el importe a percibir resulte igual o superior a los 200 euros.

El presupuesto total asignado de 355 millones de euros se distribuye de la siguiente forma: 197 millones de euros para los productores de carne de vacuno, 117,4 millones de euros para los productores de carne de ovino y caprino, 17,4 millones de euros para los productores de leche de vaca y 23,2 millones de euros para los productores de leche de oveja y cabra.

Por otro lado, en el caso de la *apicultura*, la situación de sequía y el conflicto bélico en Ucrania no ha hecho sino agravar la situación que ya atravesaba a lo largo de los últimos años, caracterizada por la problemática multifactorial que sufre por los bajos índices de rendimiento registrados por colmena. A pesar del aumento de censo de colmenas, los niveles de producción siguen estancados o incluso en disminución respecto a años anteriores. Esto se debe principalmente a factores sanitarios o a los efectos de una meteorología cambiante, con periodos de

sequía y elevadas temperaturas o de lluvias torrenciales, que afectan a los recursos vegetales necesarios para que las abejas puedan desempeñar su función y producir miel y otros productos apícolas.

Además de su importante papel como polinizadores. A estos problemas productivos, se suma un fuerte desequilibrio por la entrada en España de gran cantidad de miel importada de terceros países, y muy en particular de Ucrania, a precios reducidos. Por otra parte, la mayor parte de la actividad apícola en nuestro país en trashumante, por lo que se ha visto gravemente impactada por el incremento del coste del combustible, así como el de otras materias primas necesarias para la producción de miel.

Esta situación compromete la viabilidad de las explotaciones y afecta a su futuro, que es una pieza clave para el mantenimiento de la economía rural de las zonas de producción y la conservación del paisaje y su equilibrio, así como para contribuir a garantizar una alimentación sana y saludable a los consumidores europeos.

El sector de la apicultura ha recibido ayudas directas por importe de 5 millones de euros, dado que el calor está afectando a la polinización y disminuye la producción de miel.

Por último, la *falta de lluvia y el descenso de las reservas de agua* están afectando gravemente a los cultivos, si bien de forma diferente en función del tipo de cultivo y de su situación geográfica. Esta diversidad de situaciones, momentos y opciones productivas en el conjunto de los cultivos de regadío, que no se ven afectados al mismo tiempo por la situación de sequía, aconseja establecer en el presente Real decreto-ley los instrumentos para intervenciones inmediatas en las próximas fechas, según se vayan conociendo con precisión los daños en cada tipo de cultivo y ámbito territorial.

Los sectores agrícolas dispondrán de un fondo de ayudas directas por importe de 276,7 millones de euros, para aquellos destinatarios que más las necesiten.

El Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación establece los criterios de concesión de 357,7 millones de euros (incluidos los 81 millones correspondientes a la reserva de crisis agrícola de la Unión Europea.) en ayudas directas extraordinarias a los sectores agrícolas más afectados por las consecuencias del segundo año de sequía y por el incremento de los costes de producción por la guerra en Ucrania.

En materia fiscal, se ha eximido del pago del *Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI)* las propiedades de los titulares de explotaciones agrícolas o ganaderas que hayan sufrido, en el ejercicio 2023, una reducción del rendimiento neto de las actividades agrarias de, al menos, un 20 por 100 en zonas con limitaciones naturales o de un 30 por 100 en las demás. La medida supondrá al Tesoro 53 millones de euros.

Asimismo, se exime del pago de IRPF y del impuesto de sociedades a las ayudas que se perciban por los *eco regímenes de la Política Agrícola Común (PAC)*.

Mediante la modificación de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, se procede a incluir entre las rentas positivas que no se integran en la base imponible del Impuesto, aquéllas que deriven de la percepción de ayudas de la Política Agraria Comunitaria, en particular, de las ayudas a los regímenes en favor del clima y del medio ambiente (denominados eco regímenes), coordinándose de este modo el tratamiento otorgado a tales ayudas con el aplicado en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Por otro lado, se contempla una nueva ampliación en 20 millones de euros de la dotación para la *bonificación de créditos de la línea ICO-MAPA-SAECA*, que pueden llegar hasta el 15 por 100 del principal del préstamo. Se trata de préstamos bonificados, dedicados a la continuidad productiva entre campañas de nuestros agricultores y ganaderos y que tienen una gran demanda.

Como medida inaplazable para impulsar el crédito en el ámbito de actividad primaria, se adopta una medida necesaria para asegurar un tratamiento equiparable entre la Sociedad Anónima Estatal de Caución Agraria S.M.E., elemento tractor esencial para dinamizar el flujo de crédito en el mundo agrario, y las sociedades de garantía recíproca previstos en la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el régimen jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca, eximiendo, en particular del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados el contrato de aval suscrito con la Sociedad Anónima Estatal de Caución Agraria S.M.E., teniendo en cuenta que en las operaciones en que participa hay un coste duplicado por aplicarse dicho tributo en los dos contratos que se suscriben, el de préstamo y el de aval, que suponen un desincentivo para la constitución de dichas operaciones, esenciales en momentos de tensiones de tesorería como los actuales.

Igualmente se amplía en 3 millones de euros *la línea de financiación de avales de la Sociedad Anónima Estatal de Caución Agraria (SAECA)* que son necesarios para la obtención de estos créditos.

Por tanto, los fondos contemplados en este Real decreto-ley se destinarán a aliviar la situación de los *agricultores con superficies de cultivos herbáceos de secano, de determinados cultivos industriales (tomate de industria y arroz) y de cereza del Valle del Jerte* (Cáceres), que se han visto afectados por el efecto combinado del incremento de los costes de producción derivados de las consecuencias de la guerra en Ucrania y por el efecto del segundo año consecutivo de sequía.

De estos 357,7 millones de euros, para mitigar la situación de los agricultores con superficies de cultivos herbáceos de secano y de

determinados cultivos industriales (tomate de industria y arroz) se destinarán 268,7 millones de euros. Otros 8 millones de euros irán a los productores de la cereza del Valle del Jerte (Cáceres). Mientras que los 81 millones de euros procedentes de la reserva agrícola —concedidos a España por la Comisión Europea— irán a los productores de determinados cultivos leñosos (frutales de pepita, de hueso, tropicales, cítricos y frutos de cáscara).

Para los *cultivos herbáceos de secano*, el importe unitario de la ayuda se diferenciará por zonas. Así, la zona más amplia, en la que las reducciones de cosecha han sido más acusadas, los agricultores recibirán el importe unitario por hectárea completo de la ayuda. Esta zona comprende las comunidades autónomas de Andalucía, Aragón, Castilla-La Mancha, Cataluña, Extremadura, Madrid, Murcia, Navarra, La Rioja, la Comunidad Valenciana y las provincias de Álava, en el País Vasco; y las de Ávila, Salamanca y Segovia, en Castilla y León. Los agricultores de las provincias del norte de Castilla y León (Zamora, León, Palencia, Valladolid, Burgos y Soria), en donde los efectos de la sequía han sido menos severos, así como los de las Islas Baleares y las Islas Canarias, recibirán el 50 por 100 del importe unitario por hectárea de la ayuda.

En el caso de los *cultivos industriales, tomate para industria y arroz*, se prevé una ayuda para los productores que excepcionalmente no hayan podido realizar las siembras en las tierras que tradicionalmente destinan a estos productos.

Estas ayudas se pagarán de oficio, a los titulares de explotaciones agrarias que sean beneficiarios de las ayudas directas de la PAC correspondientes a la campaña 2023, cuyo plazo de presentación de solicitudes finalizó el pasado 30 de junio, sin que los beneficiarios tengan que realizar ningún tipo de gestión adicional. Las ayudas, que estarán limitadas a 300 hectáreas por beneficiario, se pagarán mediante transferencia directa, por parte del Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA).

Igualmente, con cargo a los fondos habilitados en el mencionado Real decreto-ley se transferirán ocho millones de euros a la comunidad autónoma de Extremadura, para que conceda pagos compensatorios a los productores de *cereza del Valle del Jerte* que se han visto afectados por una inusual concurrencia de fenómenos climáticas, cuyas consecuencias, de no mediar este apoyo, podrían ser irreparables. Los pagos se concederán a los agricultores de cereza, con un importe unitario completo para aquellos que hayan suscrito un seguro agrario y del 50 por 100 para aquellos que no lo hubieran suscrito. De esta forma se pretende promover entre los agricultores la contratación de esta forma de cobertura contra los riesgos climáticos.

Los 81 millones de euros de la reserva agrícola de la PAC asignados a España por la Comisión Europea se destinarán a los productores de

determinados *cultivos leñosos* para los que las condiciones de sequía han afectado en mayor medida en las fases críticas de su ciclo de desarrollo. Se trata, en concreto, de los productores de fruta de hueso, fruta de pepita, frutos secos, frutas tropicales, cítricos y frutos de cáscara. Se establecerán dos zonas con importes diferenciados de ayuda por hectárea. Así, recibirán el importe unitario por hectárea completo los productores de las provincias de Almería, Granada, Málaga y Álava y de las comunidades autónomas de Aragón, Cataluña, Navarra y La Rioja. Los productores del resto de las provincias de la comunidad autónoma de Andalucía, de Castilla-La Mancha, Extremadura, Murcia y la Comunidad Valenciana, recibirán el 50 por 100 del importe unitario de la ayuda.

Estas ayudas se pagarán en forma de subvención directa por parte del FEGA, a los titulares de explotaciones agrarias que sean beneficiarios de las ayudas directas de la PAC correspondientes a la campaña 2023, con un límite de 70 hectáreas por beneficiario, sin que los productores tengan que realizar ningún tipo de gestión adicional. El pago de esta ayuda se realizará en el plazo que determine la normativa comunitaria.

Las comunidades autónomas podrán realizar pagos complementarios a los 81 millones de euros procedentes de la reserva agrícola, hasta el límite del 200 por 100 sobre lo concedido en el marco de lo dispuesto en la orden ministerial que hoy se publica, de acuerdo con las condiciones establecidas en la misma.

El presupuesto total, 81 082 911 euros, está financiado con cargo a la reserva de crisis agrícola de la Unión Europea, conforme a la asignación establecida para España por el Reglamento (UE) 2023/1465 de la Comisión, de 14 de julio de 2023.

Esta ayuda extraordinaria se concede de oficio a las superficies de frutales, y comprende los cultivos de frutales de pepita, de hueso, tropicales y/o cítricos, y/o de frutos de cáscara que hayan percibido ayudas directas en la campaña de la Política Agraria Común (PAC) 2023 y que se encuentren ubicadas en las zonas de afectación de la sequía establecidas en el Anexo II de la Orden APA/871/2023, de 20 de julio.

Las ayudas se conceden en los casos en los que el importe a percibir resulte igual o superior a los 200 euros, y hasta un máximo de 70 hectáreas por beneficiario, en las que se prioriza la superficie de frutales.

Las ayudas agrícolas establecidas en el Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo y desarrolladas en la Orden APA/871/2023 de 20 de julio, en relación a los sectores de tierras de cultivo de secano, arroz y tomate de industria no son objeto de esta resolución provisional, ya que al tratarse de ayudas que tienen diferente fuente de financiación, en este caso, ayudas de Estado, deben ser tramitadas de forma independiente.

Igualmente se ha facilitado medidas de liquidez mediante préstamos avalados por la Sociedad Anónima Estatal de Caución Agracia

(SAECA) a interés reducido y con subvención a parte del capital, así como incrementos en el presupuesto destinado a las subvenciones en los seguros agrarios y en las pólizas del seguro por sequía.

Las comunidades autónomas pueden, si lo estiman necesario, complementar con fondos propios las anteriores ayudas directas habilitadas por el Estado para apoyar a agricultores y ganaderos en los sectores anteriormente reseñados o en otros.

Respecto a las ayudas de Estado para el período 2023-27, el Reglamento (UE) 2021/2115, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 de diciembre de 2021, establece las normas en relación con la ayuda a los planes estratégicos que deben elaborar los Estados miembros en el marco de la política agrícola común (planes estratégicos de la PAC), financiada con cargo al Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER), y por el que se derogan los Reglamentos (UE) 1305/2013 y (UE) 1307/2013, es decir, establece las intervenciones de ayuda posibles dentro del ámbito FEADER del plan estratégico nacional.

Entre las medidas más recientemente aprobadas, podemos destacar las recogidas en el Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo, que establece en su art. 6 ayudas de Estado a sectores agrícolas, en compensación por el incremento de costes productivos provocados por el aumento del precio de los insumos, derivado de la situación creada por la invasión de Ucrania, y la afección por el impacto de la sequía.

2. Principales medidas introducidas por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la Isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea.

Por otro lado, desde la primavera de 2022 y hasta la fecha, se han aprobado una serie de medidas, con la finalidad inicial de afrontar las consecuencias en España de la guerra en Ucrania, con medidas tanto normativas como no normativas, que se han ido adaptando a la evolución de la situación económica y social. Así, se aprobó el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, que tenía como objetivos básicos la contención de los precios de la energía para todos los ciudadanos y empresas, el apoyo a los sectores más afectados y a los colectivos más vulnerables y el refuerzo de la estabilidad de precios.

Entre las medidas adoptadas, cabe señalar la bajada de los impuestos en el ámbito eléctrico, una bonificación al precio de los carburantes, y un escudo social para apoyar especialmente a los colectivos más vulnerables, además de importantes ayudas a los sectores productivos más afectados por el alza de los precios de le energía, como el transporte, la agricultura y ganadería, la pesca, y las industrias electro y gas intensivas.

El título IV recoge la prórroga de determinadas medidas de apoyo para la reparación de los daños y para la reconstrucción económica y social de la isla de La Palma.

Se modifica el Real Decreto-ley 20/2021, de 5 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo para la reparación de los daños ocasionados por las erupciones volcánicas y para la reconstrucción económica y social de la isla de La Palma, para establecer una nueva prórroga de seis meses del régimen de suspensión de las obligaciones de pago de intereses y principal para préstamos y créditos con y sin garantía hipotecaria concedidos a afectados por los movimientos sísmicos y erupciones volcánicas acaecidos en la isla de La Palma desde el pasado día 19 de septiembre de 2021.

El título IV del libro quinto contiene medidas de apoyo al sector agrario. En concreto, en el capítulo I se prevé la posibilidad de que las cooperativas agroalimentarias, así como otros operadores económicos encuadrados en ciertos CNAE de la Clasificación Económica de Actividades Económicas (CNAE 2009) puedan ser potenciales beneficiarios de un conjunto de medidas de apoyo, en atención a su especial importancia en el sector agroalimentario, tales como la línea financiera contemplada en el Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo, con el fin de coadyuvar a la sostenibilidad, teniendo en cuenta las pérdida de actividad económica padecida como consecuencia de las circunstancias extraordinarias de los últimos meses; la ampliación de la convocatoria de dicha línea prevista en el Real Decreto 388/2021, de 1 de junio, en cumplimiento de lo establecido en el art. 9 del Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo; o en el Real Decreto 388/2021, de 1 de junio, por el que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a la obtención de avales de la sociedad anónima estatal de caución agraria S.M.E. (SAECA) por titulares de explotaciones agrarias, de operadores económicos del sector pesquero o de industrias agroalimentarias que garanticen préstamos para su financiación.

A este respecto, cabe destacar que la persistencia de una situación caracterizada por la concurrencia prolongada de una inusual escasez de precipitaciones y unas temperaturas anormalmente elevadas define en la actualidad un escenario que amenaza la estabilidad del sector agrario, y por tanto de la seguridad alimentaria, convirtiendo de nuevo en indispensable la urgente adopción de medidas de apoyo público. A esta coyuntura, ya grave, se suman los recientes acontecimientos de-

rivados de la guerra de Ucrania que han afectado a las importaciones de maíz, el trigo, la colza, el aceite de girasol, las semillas de girasol a Polonia, Rumanía, Bulgaria, Eslovaquia y Hungría, cuyo sector agrícola se ha visto muy afectado en los últimos meses por el aumento de las importaciones agrícolas de Ucrania. Ucrania es uno de los principales exportadores de estos productos y en un contexto de alta volatilidad e inestabilidad de precios esta medida añade aún mayor incertidumbre a los mercados internacionales de materias primas.

En este marco, cabe destacar que se trata de una medida inaplazable para impulsar el crédito en el ámbito de actividad primaria, elemento tractor esencial para dinamizar el flujo de crédito en el mundo agrario, que permita contener los efectos coyunturales. Además, se incorpora en el capítulo II un mecanismo presupuestario que permita una rápida y eficaz absorción de los fondos que, en su caso, apruebe la Comisión Europea conforme al mecanismo de reserva de crisis previsto en el art. 226 del Reglamento (UE) núm. 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) núm. 922/72, (CEE) núm. 234/79, (CE) núm. 1037/2001 y (CE) núm. 1234/2007, con motivo de las circunstancias excepcionales que están afectando a los Estados miembros, fondos esenciales para que se pueda hacer frente a la grave situación actual del sector primario.

A tal efecto, los fondos se asignarán directamente conforme al art. 6 del Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia agraria y de aguas en respuesta a la sequía y al agravamiento de las condiciones del sector primario derivado del conflicto bélico en Ucrania y de las condiciones climatológicas, integrándose en la correspondiente partida presupuestaria prevista en el art. 10 de dicho Real decreto-ley, con el fin de agilizar su gestión presupuestaria y lograr cumplir con los compromisos temporales de ejecución que la Comisión impone al acordar estas medidas.

Se trata de una medida esencial para el correcto funcionamiento del sistema de apoyo excepcional de la PAC para situaciones singulares como la presente, que permite garantizar un tratamiento eficaz de los fondos europeos, de capital importancia para el sector, puestos a disposición del sector primario en atención a las severas perturbaciones del mercado, que revelan la preocupación de las instituciones europeas por asegurar la viabilidad de las explotaciones.

Como complemento de lo anterior, el Real decreto-ley prevé modificaciones puntuales del art. 6 del meritado Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo, de modo que se ajusten las cuantías que aparecían en el mismo. Así, se detraen 8 millones de la cantidad fijada entonces, de modo que las ayudas al sector agrario allí previstas ascienden a un total

de 268 710 000 euros. Correlativamente, esos 8 millones se emplearán en una subvención directa a la Comunidad Autónoma de Extremadura para que la otorgue a los agricultores titulares de explotaciones de *cereza* de dicha Comunidad Autónoma afectados por las circunstancias climáticas extremas acaecidas en la campaña 2023, fijándose asimismo las correspondientes disposiciones en materia presupuestaria y de gestión para hacerlo posible.

Por último, se contempla el establecimiento de una ayuda directa, para cubrir los costes adicionales que se produzcan en las explotaciones agrarias como consecuencia del *incremento de los costes del gasóleo agrario*. En efecto, el aumento del gasóleo agrícola y del gasóleo pesquero se ha situado durante los últimos meses en máximos desde 2008. Estos medios de producción son esenciales para asegurar un nivel de rendimientos acorde con los objetivos de seguridad alimentaria, por lo que, ante el mantenimiento de estas condiciones, deben adoptarse medidas similares a las contenidas en el Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre.

Por ello, se prevé una ayuda directa, para hacer frente a estos costes adicionales de las explotaciones agrarias durante el segundo semestre de 2023, haciendo uso de fórmulas de cómputo estandarizadas que aseguran una sencilla y eficaz gestión y atienden a la peculiaridad del empleo estacional de dicho combustible, íntimamente ligado a las características productivas primarias, fuertemente vinculadas a los ciclos productivos y de tareas, y salvo el régimen especial en el caso canario.

Esta ayuda se concederá a los agricultores, aprovechando los mecanismos y procedimientos asociados a la devolución parcial del Impuesto sobre Hidrocarburos destinado en exclusiva al uso agrario.

En el caso del sector pesquero, se prevé que el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación conceda una ayuda en régimen de concesión directa, complementaria a la que se otorga al amparo de dicho Real decreto, en función de la estimación del consumo gasóleo de la embarcación.

La disposición transitoria octava contempla los plazos para la aplicación de las medidas urgentes en materia de apoyo al sector agrario por causa de la sequía.

Deben extenderse los beneficios fiscales en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles y en el Impuesto sobre Actividades Económicas para la isla de La Palma, así como la suspensión de las obligaciones de pago de intereses y principal para préstamos y créditos con y sin garantía hipotecaria, para proporcionar un alivio temporal en la carga financiera de los afectados, con el fin de permitirles un mayor margen para hacer frente a las necesidades urgentes derivadas de la erupción.

Se contempla la posibilidad de que las *cooperativas agroalimentarias*, así como otros operadores económicos encuadrados en ciertos CNAE, puedan ser potenciales beneficiarios de un conjunto de medidas de apoyo, en atención a su especial importancia en el sector agroalimentario.

Debe tenerse en cuenta que tales líneas se constituyeron en el Real Decreto ley 4/2022, de 15 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía, lo que prueba la concurrencia de un supuesto constitucionalmente lícito de extraordinaria y urgente necesidad.

Este empleo del Real decreto-ley se confirma, además, con sucesivas ampliaciones acordadas en varios reales decretos-ley posteriores, todos ellos dirigidos, como ahora, a solventar el acuciante problema de acceso a financiación de los agricultores profesionales. La ampliación propuesta incluye ahora a cooperativas y otras entidades asociativas que desarrollan un papel esencial en la cadena alimentaria, en los eslabones del empaquetado, tratamiento y distribución, y que se han visto muy afectadas por motivo de la escasez de producto.

Por otro lado, se modifican aspectos puntuales del Real Decreto 388/2021, de 1 de junio, por el que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a la obtención de avales de la Sociedad Anónima Estatal de Caución Agraria S.M.E. (SAECA) por titulares de explotaciones agrarias, de operadores económicos del sector pesquero o de industrias agroalimentarias que garanticen préstamos para su financiación, con el fin de armonizar su contenido con los anteriores cambios, dada la intensa interconexión entre la nueva línea de financiación, cuya puesta en marcha deriva precisamente de estas circunstancias excepcionales, y la regulación reglamentaria que se prevé para los avales que en él se contienen, que funcionan como un todo indivisible en la precitada línea de apoyo al sector primario.

Por otra parte, debe también aprobarse sin demora la regulación presupuestaria relativa al mecanismo de reserva de crisis con motivo de la sequía, por cuanto se hace necesario contar con un sistema que permita una inmediata y eficaz absorción de los fondos que, en su caso, apruebe la Comisión Europea -fondos por lo demás esenciales para que se pueda hacer frente a la grave situación actual del sector primario, en tanto que su libramiento va condicionado a su empleo antes de concluir el año.

Estas circunstancias exigen la adopción inmediata de un mecanismo que asegure que se pueden emplear convenientemente antes de que concluya el plazo, para lo que es necesario adoptar un sistema que instituya el canal adecuado para su gestión presupuestaria. El mecanismo de reserva de crisis se previó en el art. 226 del Reglamento (UE) núm. 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17

de diciembre de 2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) núm. 922/72, (CEE) núm. 234/79, (CE) núm.1037/2001 y (CE) núm. 1234/2007, artículo derogado con efectos 31 de diciembre de corrientes.

El sistema de crisis reserva una cuantía determinada de fondos europeos destinados a paliar circunstancias excepcionales y sobrevenidas en el sector primario. En atención a las circunstancias concurrentes, España y Portugal, con el apoyo de Francia e Italia, han solicitado ante la Comisión Europea en el Consejo del 30 de mayo, la necesidad de activar todas las medidas necesarias ante un problema europeo, como la sequía, habiéndose accedido por los servicios comunitarios a su activación.

Las actuales condiciones climáticas han ocasionado graves daños en la agricultura y la ganadería en la península ibérica y también en otros países comunitarios. El cambio climático se ha traducido en un fuerte recorte de las precipitaciones, altas temperaturas, con récords en el mes de abril y lluvias torrenciales y episodios de granizo que también han hecho mella en las producciones al aire libre y en los pastos.

En España y Portugal la evolución de las campañas de secano y la ganadería extensiva han sido las más afectadas por estas circunstancias, a lo que hay que sumar las restricciones de las dotaciones de agua para la agricultura de regadío debido al poco volumen embalsado.

Dadas estas circunstancias, la activación inmediata de dicho mecanismo comprometido por la Comisión Europea hace imprescindible adoptar sin demora alguna los mecanismos necesarios para permitir su correcta instrumentación interna.

A tal fin, el artículo que ahora se incorpora a este Real decreto-ley, permite su eficaz y urgente canalización, previendo que dichos fondos adicionales a percibir se incorporen en el mecanismo ya en tramitación de las ayudas excepcionales a la sequía en el ámbito agrario.

Teniendo en cuenta que dichas medidas se adoptaron en un Real decreto-ley, se considera plenamente justificado el empleo de esta misma figura. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la naturaleza de dichos fondos no solo es excepcional, sino también contingente: la reserva se activa en casos extremos como el presente y tiene por finalidad la atención inmediata de los sectores afectados, puesto que la intervención pública solo tendría sentido mediante un mecanismo ágil y vinculado en el tiempo a la circunstancia que lo motiva.

Además de estas consideraciones, debe tenerse en cuenta que se trata del último ejercicio en que es posible la activación de este mecanismo de crisis como se ha indicado, con fecha 31 de diciembre de 2023 queda derogado el artículo que da cobertura al sistema, pasando a partir del siguiente ejercicio financiero a regularse por otras vías.

Por ese motivo, la Comisión ha señalado que los fondos han de pagarse sin falta antes de concluir el año, concordantemente con la vigencia de la base normativa que los habilita. No es posible articular un procedimiento *ad hoc* por las vías ordinarias de elaboración normativa y tramitación administrativa y presupuestaria que permita cumplir ese hito, lo que abocaría a la pérdida de unos fondos esenciales para el sector.

En cuanto a la inclusión de medidas de alivio del precio del gasóleo agrario y pesquero resulta imperiosa, de modo que los poderes públicos atiendan efectivamente de modo inmediato las necesidades acuciantes en el sector primario, con la finalidad de que se garantice su viabilidad y sostenibilidad, ayudando a su mantenimiento en esta coyuntura tan gravosa.

Por ese motivo, el conjunto de medidas de impacto y envergadura que ahora se acomete ha de incorporar sendos sistemas de apoyo en materia de combustibles, siendo necesario que se aborde con la urgencia requerida para ser efectivos, lo que exige que se haga por medio de un Real decreto-ley.

Otro tanto ocurre en el sector agrario para la financiación de los costes adicionales derivados del incremento del coste del gasóleo, que se instrumenta por medio de su impacto tributario por medio de la devolución operada en la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, o en el Impuesto Especial de la Comunidad Autónoma de Canarias sobre Combustibles Derivados del Petróleo. La urgencia de la medida se refuerza teniendo en cuenta su diseño centrado en la rapidez y agilidad en la prestación de las ayudas y la canalización de los fondos de modo oportuno y lo más automático posible.

Una demora en cualquiera de estos sistemas de apoyo al sector supondría desbaratar la efectividad de dichas medidas y por tanto ha de recurrirse al mecanismo más urgente e inmediato para lograr sus fines.

Cabe recordar también que el art. 130.1 de la Constitución Española recoge que «los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles».

El sector primario, por su propia dispersión, sistema organizativo y de formación de precios, tiene unas especiales características que deben ser tenidas en cuenta como sector esencial, proveedor de alimentos y con fuerte impacto en la vertebración territorial española y la fijación de población, además de peculiaridades derivadas de la inelasticidad que presenta tanto desde el punto de vista de la oferta como de la demanda.

En consecuencia, se puede asegurar que existe una conexión directa entre la urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a ella: las medidas en materia de apoyo al sector acordadas, incluyendo la gestión del fondo de reserva de crisis, no podrían esperar a una

tramitación parlamentaria puesto que los efectos sobre los operadores serían demasiado gravosos por el retraso.

El capítulo I del título IV sobre medidas de apoyo al sector agrario, concreta las medidas de apoyo a la financiación del sector agrario en el art. 192.

Dicho capítulo tiene por objeto introducir medidas de mejora de las condiciones de acceso a la financiación de las cooperativas agroalimentarias y otros operadores del sector agroalimentario a través de la línea ICO-MAPA-SAECA y la línea de avales de SAECA. Asimismo, incorpora las prescripciones precisas para ampliar la dotación de la línea ICO-MAPA-SAECA en 20 millones de euros adicionales.

El capítulo II, «Otras medidas de apoyo al sector agrario» y en el art. 198 regula los *fondos de reserva de crisis*. Los fondos que, en su caso, la Comisión Europea asigne a España conforme al mecanismo de reserva agrícola previsto en el art. 226 del Reglamento (UE) núm. 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) núm. 922/72, (CEE) núm. 234/79, (CE) núm. 1037/2001 y (CE) núm. 1234/2007, con motivo de las circunstancias excepcionales que están afectando a los Estados miembros, se tramitarán conforme a lo dispuesto en el art. 6 del Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia agraria y de aguas en respuesta a la sequía y al agravamiento de las condiciones del sector primario derivado del conflicto bélico en Ucrania y de las condiciones climatológicas, así como de promoción del uso del transporte público colectivo terrestre por parte de los jóvenes y prevención de riesgos laborales en episodios de elevadas temperaturas, integrándose en la correspondiente partida presupuestaria prevista en el art. 10 de dicho Real decreto-ley mediante una generación de crédito.

Por tanto, este Real-decreto incorpora en su art. 198 otras medidas al sector agrario en relación al fondo de reserva de crisis, fondos que la Comisión Europea asigna a España conforme al mecanismo de reserva agrícola de la PAC con motivo de las circunstancias excepcionales que están afectando a los Estados miembros y, en este caso, a España.

Por su parte, el art. 199 del citado Real decreto-ley 5/2023 establece una ayuda directa a los agricultores de titulares de explotaciones de cereza del Valle del Jerte (Cáceres), en la comunidad autónoma de Extremadura, que se han visto afectados por inusuales condiciones climáticas de 8 millones de euros.

Las ayudas excepcionales a sectores agrícolas contarán con un presupuesto total de 357,7 millones de euros, de los cuales 81 millones corresponderán a la reserva de crisis agrícola de la Unión Europea.

Estas ayudas se gestionan por parte del Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA), a excepción de la ayuda directa a los titulares de explotaciones de cereza cuyos fondos han sido transferidos a la comunidad autónoma de Extremadura para su gestión.

Este art. 199 modifica el Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo, como sigue:

El primer párrafo del apartado 5 del art. 6 queda redactado como sigue: Las ayudas ascenderán a una cuantía total estimada de 268 710 000 euros, que se imputará a la aplicación presupuestaria que a tal efecto se habilita en el presupuesto del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación para 2023.

La concesión de las ayudas queda condicionada a la existencia de crédito adecuado y suficiente en el momento de la resolución de concesión.

Se añade un apartado 11, con la siguiente redacción: adicionalmente a lo dispuesto en el presente artículo, se autoriza al Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación para conceder mediante orden una subvención directa por una cuantía de 8 000 000 de euros a la Comunidad Autónoma de Extremadura para que la otorgue a los agricultores titulares de explotaciones de cereza de dicha Comunidad Autónoma afectados por las circunstancias climáticas extremas acaecidas en la campaña 2023.

Dicha orden determinará los importes por hectárea, el modo de determinarlas, sin necesidad de aplicar el apartado 6, y las condiciones de elegibilidad de los beneficiarios de dicha ayuda, así como, en su caso, el plazo de abono y límites individuales.

Con el fin de dar cobertura a estas ayudas, se crea la partida *21.103.412M.458 Transferencia a las comunidades autónomas para la concesión de ayudas de Estado Marco temporal agrícolas y ganaderas, con un importe de 8 000 000 de euros* desde la partida presupuestaria del FEGA 21.103.412M.475 Concesión de ayudas de Estado Marco temporal agrícolas y ganaderas.

El art. 200 recoge la ayuda extraordinaria y temporal para sufragar el precio del gasóleo consumido por los productores agrarios. Se aprueba una ayuda extraordinaria y temporal para las personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad que utilicen como carburante el gasóleo que tributa al tipo del epígrafe 1.4 del art. 50.1 de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, en la agricultura, incluida la horticultura, ganadería y silvicultura, dirigida a compensar el posible incremento de costes provocados por el aumento del precio de los combustibles en 2023, derivado de la situación creada por la invasión de Ucrania.

Serán beneficiarios de dichas ayudas las personas o entidades a las que se reconozca el derecho a la devolución de las cuotas del Impuesto sobre Hidrocarburos satisfechas o soportadas por los titulares

de las explotaciones enumeradas en el apartado anterior conforme a lo establecido en el art. 52 ter de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, con ocasión de las adquisiciones de gasóleo efectuadas durante el año 2023.

Los beneficiarios de esta ayuda deberán cumplir con todas las obligaciones establecidas en el art. 52 ter de la Ley de Impuestos Especiales y su normativa de desarrollo. 3. Serán asimismo beneficiarios de estas ayudas los agricultores y ganaderos a los que se reconozca a la entrada en vigor de este Real decreto-ley el derecho a la devolución parcial del Impuesto Especial de la Comunidad Autónoma de Canarias sobre Combustibles Derivados del Petróleo que grava el gasóleo utilizado en su actividad económica, conforme a lo establecido en la Ley 3/2008, de 31 de julio, de devolución parcial de la cuota del Impuesto Especial de la Comunidad Autónoma de Canarias sobre Combustibles Derivados del Petróleo y de establecimiento de una deducción autonómica en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por la variación del euríbor y su normativa de desarrollo.

El importe de la ayuda ascenderá a 0,10 euros por cada litro de gasóleo adquirido durante los meses de julio a septiembre de 2023 y a 0,05 euros por cada litro de gasóleo adquirido durante los meses de octubre a diciembre de 2023 y destinado, en ambos casos, exclusivamente al uso agrario, por el que el beneficiario obtendrá la devolución de las cuotas del Impuesto sobre Hidrocarburos prevista en el art. 52 ter de la Ley de Impuestos Especiales o del Impuesto Especial de la Comunidad Autónoma de Canarias sobre Combustibles Derivados del Petróleo, también respecto de dichos meses.

Para el cálculo de cada una de las mensualidades anteriores se utilizará el consumo anual dividido en partes alícuotas correspondientes a la totalidad de meses del año.

Se considerará solicitada la ayuda con la presentación de la solicitud de devolución del Impuesto sobre Hidrocarburos por el gasóleo empleado en la agricultura y la ganadería conforme a lo establecido en la Orden EHA/993/2010, de 21 de abril, a partir del 1 de abril de 2024.

El procedimiento de gestión de la ayuda se tramitará de forma simultánea y conjunta con el procedimiento tramitado para la devolución parcial del Impuesto sobre Hidrocarburos por el gasóleo empleado en la agricultura y la ganadería previsto en el art. 52 Ter de la Ley de Impuestos Especiales y su normativa de desarrollo, excepto en lo que se refiere a ayuda destinada a los solicitantes de la devolución parcial del Impuesto Especial de la Comunidad Autónoma de Canarias sobre Combustibles Derivados del Petróleo.

El pago de la ayuda se realizará mediante transferencia bancaria a la cuenta a la que se ordene el pago devolución del Impuesto sobre Hidrocarburos prevista en el art. 52 ter de la Ley de Impuestos Espe-

ciales o, en su caso, en un único pago, a la cuenta a la que se ordena el pago de la devolución parcial del Impuesto Especial de la Comunidad Autónoma de Canarias sobre Combustibles Derivados del Petróleo.

Transcurrido el plazo de seis meses desde la finalización del plazo de presentación de la solicitud sin haberse efectuado la concesión y el pago, la solicitud podrá entenderse desestimada. Contra esta desestimación presunta se podrá interponer recurso de reposición y reclamación económico-administrativa, en los términos previstos en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Esta ayuda no estará sujeta a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

El art. 201 regula la Administración competente para la tramitación y pago de las ayudas para sufragar el precio del gasóleo consumido por los productores agrarios y establece que. con excepción de lo señalado en el apartado segundo, se atribuye la competencia para la gestión de las ayudas a la Administración Tributaria que tenga atribuida la competencia para la gestión de la devolución parcial del Impuesto sobre Hidrocarburos por el gasóleo empleado en la agricultura y ganadería establecida en el art. 52 ter de la Ley de Impuestos Especiales.

La Administración tributaria que resulte competente para gestionar las ayudas realizará todas las actuaciones de gestión, control y recaudación necesarias para la tramitación de estas, con aplicación de los dispuesto en la Ley 58/2003, General Tributaria y sus reglamentos de desarrollo, en lo no dispuesto expresamente en este capítulo.

> 2. Corresponderá al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación la gestión de las ayudas correspondientes a los agricultores y ganaderos a los que se reconozca el derecho a la devolución parcial Impuesto Especial de la Comunidad Autónoma de Canarias sobre Combustibles Derivados del Petróleo.

El art. 203 recoge el suplemento de crédito en el Ministerio de Hacienda y Función Pública de las ayudas para sufragar el precio del gasóleo consumido por los productores agrarios y establece que, al objeto de financiar las ayudas previstas en los artículos anteriores se aprueba la concesión de un suplemento de crédito en el presupuesto para 2023 de la sección 15 «Ministerio de Hacienda y Función Pública», concepto 476 «Ayudas a titulares de explotaciones agrarias», por importe de 1 000 euros.

El crédito anterior tendrá carácter ampliable e incorporable y su importe se ampliará e incorporará por la persona titular del Ministerio de Hacienda y Función Pública hasta el importe que alcancen las obligaciones derivadas del programa de apoyo público al consumo de combustibles.

La financiación del suplemento de crédito y de las ampliaciones de crédito se realizará de conformidad con el art. 46 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023.

A la financiación de la incorporación le resultara de aplicación lo regulado en el art. 59 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Los pagos correspondientes se realizarán por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, previa provisión de fondos por Tesoro Público, de acuerdo con el procedimiento previsto en el apartado segundo de la Orden de 27 de diciembre de 1991, por la que se dictan instrucciones acerca del régimen económico financiero de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Los pagos se realizarán con cargo a un concepto no presupuestario que se cancelará posteriormente por la aplicación del gasto a los créditos presupuestarios recogidos en este artículo.

La fiscalización previa de los actos administrativos recogidos en los apartados anteriores se sustituye por el control financiero permanente realizado por la Intervención General de la Administración del Estado.

El art. 204 regula el crédito en el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. Las ayudas previstas en los artículos anteriores cuando los beneficiarios hayan soportado el Impuesto Especial de la Comunidad Autónoma de Canarias sobre Combustibles Derivados del Petróleo se financiarán con el crédito que a tal efecto se habilite en el presupuesto del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación en el año 2024, con un importe máximo de 500 000 euros.

El art. 205 regula las ayudas de Estado complementarias por consumo de gasóleo a empresas armadoras de buques pesqueros y almadrabas para el ejercicio 2023.

Podrán ser beneficiarios de estas ayudas las personas físicas o jurídicas que puedan resultar beneficiarias de las ayudas contenidas en el art. 29 del Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, siempre que cumplan con lo establecido en el apartado 2 del citado artículo y que no hayan superado el límite del importe establecido en el Marco temporal de ayudas de crisis para apoyar la economía en el contexto de la invasión de Ucrania por parte de Rusia en el momento de la concesión, fijado en 300 000 euros por empresa.

Los beneficiarios habrán de estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, así como no ser deudores por resolución de procedencia de reintegro y no haber sido inhabilitados por sentencia firme para obtener subvenciones.

La concesión de las ayudas complementarias queda condicionada a la existencia de crédito adecuado y suficiente en el momento de la resolución de concesión.

La disposición transitoria octava recoge las líneas de mejora de la financiación del sector primario. La modificación del apartado 2 del art. 6 del Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía, introducida por el art. 193 del presente Real Decreto-ley, entrará en vigor una vez se modifique correlativamente la Orden de 12 de mayo de 2022, del Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación, por la que se convocan las subvenciones establecidas en el art. 6 del Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo, y se publique su correspondiente extracto.

La modificación del Real Decreto 388/2021, de 1 de junio, por el que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a la obtención de avales de la Sociedad Anónima Estatal de Caución Agraria SME (SAECA) por titulares de explotaciones agrarias, de operadores económicos del sector pesquero o de industrias agroalimentarias que garanticen préstamos para su financiación, introducida por el art. 194 del presente Real Decreto-ley, entrará en vigor una vez se modifique correlativamente la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, de 27 de abril de 2023, por la que convocan las subvenciones previstas en el Real Decreto 388/2021, de 1 de junio, por el que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a la obtención de avales de la Sociedad Anónima Estatal de Caución Agraria SME (SAECA) por titulares de explotaciones agrarias, de operadores económicos del sector pesquero o de industrias agroalimentarias que garanticen préstamos para su financiación, y se publique su correspondiente extracto, sin perjuicio de la posterior formalización de la correspondiente adenda al convenio en vigor entre el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y SAECA.

Se modificará la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, de 12 de mayo de 2022, por la que se convocan las subvenciones establecidas en el art. 6 del Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo, con objeto de incorporar las disposiciones recogidas en el art. 193, y se formalizará una adenda al convenio en vigor entre el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, el Instituto de Crédito Oficial y SAECA.

V. CONCLUSIONES

La pequeña rentabilidad de los capitales invertidos en la agricultura, junto con sus especiales períodos de producción y los riesgos naturales a que está sometida, determinan que su financiación presente una serie de peculiaridades que hacen que en la mayoría de los países europeos

se arbitren modalidades distintas de las empleadas para otros sectores, como la industria o el comercio, por ejemplo.

La financiación del sector agrario por parte de las entidades de crédito es un elemento clave en el desarrollo de este sector estratégico de la economía española. El acceso al capital es el impulso necesario para el correcto desarrollo de los factores trabajo y tecnología, cuya competitividad influye decisivamente en la mejora de la renta agraria.

Se ha elaborado un plan de medidas para mejorar, en estos difíciles momentos desde el punto de vista financiero, el acceso al crédito por parte de los agricultores y ganaderos.

Los objetivos del Plan de Medidas para la Mejora de la Financiación del Sector Agrario son:

— Facilitar a los sectores agrícola y ganadero el acceso a la financiación pública y privada.

— Inyectar liquidez para la dotación de capital circulante en dichos sectores.

— Mejorar las condiciones crediticias de la financiación ya formalizada por el sector.

Hay que destacar la importancia para el sector agrario de las medidas recogidas en el Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia agraria y de aguas en respuesta a la sequía y al agravamiento de las condiciones del sector primario derivado del conflicto bélico de Ucrania y de las condiciones climatológicas.

Para compensar los daños causados por la sequía, se ha vuelto a incrementar en casi 40,5 millones de euros la partida destinada a subvencionar la contratación de seguros agrarios, uno de los instrumentos fundamentales para responder a contingencias como la sequía.

Por otro lado, se destinarán 355 millones de euros a los productores ganaderos de carne y de leche de vacuno, ovino y caprino para compensarles por el incremento del precio del pienso y de otros insumos.

El sector de la apicultura ha recibido ayudas directas por importe de 5 millones de euros, dado que el calor está afectando a la polinización y disminuye la producción de miel.

La falta de lluvia y el descenso de las reservas de agua están afectando gravemente a los cultivos, si bien de forma diferente en función del tipo de cultivo y de su situación geográfica.

Los sectores agrícolas dispondrán de un fondo de ayudas directas por importe de 276,7 millones de euros, para aquellos destinatarios que más las necesiten.

Se exime del pago de IRPF y del Impuesto sobre Sociedades a las ayudas que se perciban por los eco regímenes de la Política Agrícola Común (PAC).

Se contempla una ampliación en 20 millones de euros de la dotación para la bonificación de créditos de la línea ICO-MAPA-SAECA, que pueden llegar hasta el 15 por 100 del principal del préstamo.

Igualmente se amplía en 3 millones de euros la línea de financiación de avales de la Sociedad Anónima Estatal de Caución Agraria (SAECA) que son necesarios para la obtención de estos créditos.

La aprobación del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la Isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad, supuso en el sector agrario y en el pesquero la aprobación de ayudas adicionales con el objetivo de reducir la incidencia en los precios de los alimentos del aumento de los costes de producción derivados del alza de los precios de los fertilizantes. Para ello se articula una ayuda directa por el uso de fertilizantes que se calcula por hectárea en función del tamaño de la explotación y del tipo de cultivo y se prorroga durante 6 meses la exención de las tasas pesqueras.

Todas estas ayudas extraordinarias sin precedentes para hacer frente a las consecuencias de la guerra en Ucrania y a las adversidades climáticas suman 1 380,2 millones de euros (sumados ya los 81 millones de euros del fondo de reserva agrícola de la PAC) y adicionalmente se entregan las ayudas directas de la PAC, que reciben anualmente agricultores y ganaderos, por un valor aproximado de 4 800 millones de euros anuales.

De esta forma, se han habilitado ayudas por 169 millones de euros para los sectores ganaderos de leche; 193,5 millones de euros para los sectores ganaderos cárnicos y el sector de los cítricos; 300 millones de destinados a paliar los efectos del incremento del coste de los fertilizantes; 355 millones de euros para los sectores ganaderos; 5 millones de euros para el sector apícola; al que se suman los 357,7 millones de euros de la orden ministerial por sequía.

Si bien todas estas ayudas han sido clave para el desarrollo de la agricultura en España, la excesiva dependencia del sector a las mismas y la todavía escasa financiación de mercado puede hacer peligrar la capacidad de financiación del sector en el medio y largo plazo.

Es posible que la agricultura pueda admitir préstamos a los tipos de interés de mercado, pero necesita unas condiciones de plazos de amortización, períodos de carencia, etc. acordes a las peculiaridades de su ciclo productivo.

El sector agrario necesita de un impulso de capital para poder adquirir los *factores del trabajo y la tecnología necesarias* para poder desarrollar su misión al servicio de la sociedad.

Los factores de incertidumbre que, sin duda, jugarán un papel fundamental son las nuevas prioridades en la agenda política europea sobre el *cambio climático, las migraciones, los refugiados o la seguridad nacional*.

En el corto plazo, los avances tecnológicos van a permitir aumentar la productividad, reducir los costes y mejorar la rentabilidad de los agricultores.

En el largo plazo, los avances van a ser la *única vía para satisfacer la demanda futura de alimentos y para reducir el impacto ambiental*.

Las perspectivas futuras de los agricultores españoles no son optimistas. El éxito del sector agrícola español está vinculado a su capacidad para garantizar la viabilidad económica de sus explotaciones y su competitividad en los mercados internacionales. Para ello, va a ser necesario aumentar la productividad y la eficiencia de su producción.

Una de las luchas principales de las Organizaciones Profesionales Agrarias ante el Ministerio de Agricultura siempre ha sido conseguir mayor liquidez para todo el sector, facilitar la refinanciación de la deuda con el fin de mejorar la situación financiera del sector agrario. Ejemplo de esas medidas de liquidez son los préstamos avalados por SAECA a interés reducido y con subvención a parte del capital; así como incrementos en el presupuesto destinado a las subvenciones en los seguros agrarios y en las pólizas de seguro por sequía.

Como hemos dicho, ante una crisis económica, las ayudas financieras pueden suponer un gran alivio y ser herramientas eficaces para compensar pérdidas económicas en los sectores o personas más afectados por las mismas.

Podemos concluir este trabajo afirmando que la transformación del sector no puede acometerse de forma aislada, sino que requiere un esfuerzo conjunto y continuado de los diferentes agentes e instituciones, para alinear posiciones y orientarlas hacia la consecución de un mismo objetivo: la sostenibilidad económica, social y medioambiental.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIBLIOGRAFÍA

Agencia Estatal de la Administración Tributaria, Informe Anual de Recaudación Tributaria de 2022.

Candela Ramos, R.; Díaz Delgado, J., «La Reforma Tributaria». *Estudios de Derecho Judicial*, pp. 140-2007. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial. Lerko Print, 2008.

Castañer Carrasco, M.; Onrubia Fernández, J.; Paredes Gómez, R., «Análisis de los efectos recaudatorios y redistributivos de la Reforma del IRPF por Comunidades Autónomas». Instituto de Estudios Fiscales, núm. 19/98, 1998.

Compés López, R., García Álvarez-Coque, J. M. y Mertínez Gómez, V. P. «El reto agrícola de la ampliación al Este». *Economía Industrial,* núm. 344. Fiscales. 2002. Universidad Politécnica de Valencia.

Domínguez Rodicio, J. R. (2008). «Comentarios a la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de los impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de No Residentes y sobre el Patrimonio». Consejo General del Poder Judicial.

Juliá Igual, J. F. y Marí Vidal, S. (2002). B. «La neutralidad fiscal de las especialidades tributarias en la determinación de los rendimientos netos de las actividades agrarias». *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros*, núm. 197, pp. 30 y 31.

Martínez López, D. (febrero 2021) «El diseño de reglas fiscales en gobiernos subcentrales. El caso de España». *Fedea Policy Papers,* 2021/01.

Ministerio de Hacienda y Función Pública, *Libro blanco sobre la reforma tributaria*. Instituto de Estudios Fiscales, 2022.

Muleiro Parada, L. M. (2015). «La tributación de los rendimientos de actividades agrarias en el IRPF». *Crónica Tributaria*, núm. 156/2015, pp. 153-173.

Onrubia Fernández, J., «La reforma de la administración tributaria: mitos y realidades», *Por una verdadera reforma fiscal*, Ariel, 2013.

Ruiz Almendral, V., «Una reforma tributaria para España». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 58, enero-abril de 2022, pp. 7-26. Tribuna Abierta.

WEBGRAFÍA

https://www.fega.gob.es/es/datos-abiertos
https://www.mapa.gob.es/es/pac/pac-2023-2027/
https://www.mapa.gob.es/es/agricultura/planes-y-estrategias/plan-medidas-mejora-financiacion-sector-agrario/default.aspx
www.administracion.gob.es
www.agenciatributaria.es
www.mapama.gob.es
www.noticiasjuridicas.com
www.ine.es

REFERENCIAS LEGALES

Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea.

Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia agraria y de aguas en respuesta a la sequía y al agravamiento

de las condiciones del sector primario derivado del conflicto bélico en Ucrania y de las condiciones climatológicas.
Ley 38/2022, de 27 de diciembre, pare el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por la que se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, y se modifican determinadas normas tributarias.
Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023.
Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, por el que se adoptan y se prorrogan determinadas medidas para responder a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma.
Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.
El Reglamento (UE) 2021/2115 del Plan Estratégico de la PAC.
Reglamento (UE) 2021/2116 Horizontal de la PAC.
Reglamento (UE) 2021/1060 de Disposiciones Comunes.
Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.
Real Decreto 2004/2009, de diciembre, por el que se modifica el Reglamento del IRPF, aprobado por el Real Decreto 439/2007.
Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.
Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del IRPF.
Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del IRPF.
Ley 46/2002, de 18 de diciembre, del IRPF, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por las que se modifican las leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes.
Real Decreto 1968/1999, de 23 de diciembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento del IRPF.
Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del IRPF.