

Recibido: 8 julio 2022
Aceptado: 29 julio 2022

El Reglamento Roma II y la ley aplicable a la responsabilidad civil derivada de actos contrarios a derechos humanos realizados por empresas en sus actividades transfronterizas

Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI*

SUMARIO: I. Introducción: Derecho material y Derecho conflictual en el ámbito de la responsabilidad civil por violación de Derechos Humanos por parte de empresas en terceros Estados. II. El Reglamento Roma II como norma reguladora de la ley aplicable a la responsabilidad empresarial por violaciones de derechos humanos. 1. Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales: A) Ámbito de aplicación del Reglamento Roma II; B) Funcionamiento de las normas de conflicto en el Reglamento Roma II. 2. El Reglamento Roma II y la ley aplicable a la responsabilidad empresarial por abusos de Derechos Humanos: A) La autonomía de la voluntad como mecanismo de salvaguarda de los derechos humanos; B) La garantía de unos estándares mínimos de protección de los derechos humanos y la *lex loci delicti commissi*; C) Excepciones a la norma general en materia de responsabilidad por abusos de derechos humanos; D) Operatividad de las normas imperativas y el orden público. III. Derecho aplicable en la Propuesta europea de Directiva de diligencia debida en las cadenas de suministro. IV. Consideraciones finales.

RESUMEN: La elaboración de una norma de conflicto en materia de responsabilidad extracontractual de empresas por abusos de derechos humanos (DDHH) se convierte en una necesidad intrínseca al actual desarrollo sustantivo que se está produciendo en Europa a nivel institucional y estatal. En este trabajo veremos que las normas actuales de responsabilidad civil extracontractual del Reglamento Roma II presentan un difícil acomodo a las necesidades de este sector y, sin embargo, el Derecho Internacional privado adquiere un papel fundamental para avalar la tutela judicial efectiva de las víctimas de abusos y consolidar unos niveles mínimos de protección de DDHH a nivel global.

La creciente aproximación sustantiva en este ámbito se está impulsando desde las Instituciones europeas con la Propuesta de Directiva europea sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad y Derechos Humanos que augura un nuevo paradigma de comportamientos empresariales más responsables, pero para lograr alcanzar esos nuevos estándares de protección de DDHH se requiere realizar de forma paralela una armonización conflictual a nivel europeo.

* Profesora investigadora Ramón y Cajal de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea y Profesora del Master en Derecho del Comercio Internacional Universidad Internacional de la Rioja, UNIR, orcid id: 0000-0003-3994-049X

PALABRAS CLAVE: REGLAMENTO ROMA II, LEX LOCI DELICTI COMMISSI, DERECHOS HUMANOS, EMPRESAS, DILIGENCIA DEBIDA.

The Rome II Regulation and the law applicable to civil liability arising from acts contrary to human rights carried out by companies in their cross-border activities

ABSTRACT: *The elaboration of a conflict rule on the non-contractual liability of companies for Human Rights abuses becomes an intrinsic need in the current substantive development that is taking place in Europe at the Institutional and State level. In this paper, we will see that the current rules of tort liability of the Rome II Regulation are difficult to adapt to the needs of this sector and, nevertheless, private international law acquires a fundamental role in guaranteeing effective judicial protection for the victims of abuses and consolidating minimum levels of protection of HR at a global level.*

The growing substantive approximation in this area is being promoted by the European Institutions with the Proposal for a European Directive on Due Diligence in Sustainability and Human Rights that augurs a new paradigm of more responsible business behaviour, but in order to achieve new HR protection standards it is necessary to carry out a parallel conflictual harmonization.

KEYWORDS: *ROME II REGULATION, LEX LOCI DELICTI COMMISSI, HUMAN RIGHTS, BUSINESS, DUE DILIGENCE.*

I. INTRODUCCIÓN: DERECHO MATERIAL Y DERECHO CONFLICTUAL EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS POR PARTE DE EMPRESAS EN TERCEROS ESTADOS

1. En la actualidad, el Derecho internacional privado posee pocas herramientas efectivas para lograr que las multinacionales europeas respondan por las consecuencias negativas que pueden comportar sus actividades de carácter transfronterizo a lo largo de toda la cadena de suministro. Las multinacionales con domicilio en Estados de la Unión Europea conforman estructuras y entramados societarios estratégicos que les permiten sortear las posibles responsabilidades derivadas de los abusos de Derechos Humanos que generan sus operaciones, sobre todo cuando desarrollan actividades en Estados distintos a los de su nacionalidad o domicilio social.

2. Desde el punto de vista de las litigaciones internacionales transfronterizas las herramientas de Derecho internacional privado utilizadas para que las empresas respondan por posibles abusos o violaciones de Derechos Humanos cometidos en sus actividades transfronterizas son, claramente, insuficientes. Más concretamente en el ámbito del Derecho aplicable el Reglamento (CE) 864/2007, de 11 julio 2007, sobre ley aplicable a las relaciones extracontractuales (Roma II)¹ contiene un régimen general de determinación de la ley aplicable en materia

¹ DO L199, 31.07.2007

de responsabilidad civil extracontractual que ordena con carácter general la *lex loci delicti commisi* para señalar la ley aplicable, lo que en materia de violación Derechos Humanos (DDHH) por parte de empresas en el desarrollo de sus actividades transfronterizas nos lleva a aplicar en la mayoría de las ocasiones leyes de terceros Estados con estándares de protección de DDHH inferiores a los europeos.

3. El ordenamiento jurídico aplicable para resolver la controversia decidirá todos los aspectos relacionados con el alcance de la responsabilidad: desde las personas a las que se les puede imputar, como las causas de exoneración y el reparto o limitación de la responsabilidad, hasta quién tiene derecho a reparación por el daño. Y lo que es más importante, de la ley aplicable dependerá la propia naturaleza y gravedad del daño y, en consecuencia, su evaluación y las posibles acciones de las víctimas para solicitar la reparación o la indemnización. Además, la ley aplicable establecerá las futuras medidas de prevención o cese de la actividad que ha dado lugar al daño.

4. En el momento actual, el desarrollo de las normas de conflicto en materia de responsabilidad extracontractual de empresas por violaciones de DDHH está pendiente de la aproximación sustantiva en materia de diligencia debida que se está promoviendo en Europa. Desde el punto de vista institucional los primeros resultados en esta dirección han tenido su reflejo a través de la Propuesta de Directiva sobre diligencia en materia de sostenibilidad y DDHH² y, de manera paralela, se debería abordar la modificación de las normas de competencia y de Derecho aplicable. La unificación de las normas materiales de los Estados miembros en el ámbito de la diligencia debida supone una de las formas de asegurar conductas responsables que garanticen los mínimos de protección exigibles en materia de DDHH. Su progresivo avance coadyuva a la instauración de Derechos sociales y a la consolidación de adecuados niveles de protección, promoviendo el respeto de los DDHH con independencia de cuál sea la ley aplicable. Sin embargo, a pesar de la existencia y ratificación de Convenios y Tratados sobre DDHH no contamos con deseada unificación, de modo que el Derecho Internacional privado adquiere un papel fundamental como instrumento garantista de la ley aplicable más beneficiosa para la víctima o que, al menos, guarde unos niveles mínimos de protección de los DDHH y asegure la potencial reparación ante posibles abusos o violaciones.

5. La elaboración de un conjunto de normas de conflicto sobre la responsabilidad extracontractual en materia de violaciones de DDHH va a contribuir de manera paralela a la armonización sustantiva, ayudando a mitigar los efectos negativos derivados de la diversidad material, no sólo en términos de costes de inseguridad jurídica y de previsibilidad de soluciones, sino también en

² *Proposal for a Directive of European Parliament and the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, COM 2022 (71final), 23.2.2022.*

aras a instaurar una política de protección de los DDHH que garantice la consolidación de unos estándares mínimos de protección y avale la tutela judicial efectiva de las víctimas. La armonización material y la regulación conflictual se erigen, de este modo, en dos vías subsidiarias que buscan alcanzar un fin compartido y que requieren una evolución coordinada³. El correcto funcionamiento de las técnicas de Derecho Internacional privado exige una mínima convergencia de las normas materiales de los ordenamientos en presencia, pero deben utilizarse en procesos asociados, complementarios y, en definitiva, necesarios para conseguir el objetivo deseado.

6. La combinación de la armonización sustantiva y la armonización conflictual ya ha sido utilizada con anterioridad en ámbitos específicos de la responsabilidad extracontractual civil. Así sucedió con la Directiva 85/374/CE de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos⁴, que adoptó una serie de medidas que supusieron la armonización en este campo y culminaron con la introducción de la norma de conflicto específica del art. 5 Reglamento Roma II. También, aunque con menos éxito, se plantea esta vía en el ámbito de la responsabilidad civil derivada de violaciones de derechos de la personalidad⁵. En la actualidad nos encontramos inmersos en un proceso que avanza con paso firme hacia la armonización sustantiva y conflictual en el ámbito de empresas y DDHH.

7. En este trabajo se va a analizar el funcionamiento del Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (II), con el objetivo de examinar su aplicación y adecuación a las especiales circunstancias que rodean a la responsabilidad civil por abusos a DDHH por parte de empresas en terceros Estados (III) y establecer una vía adecuada para integrar mejoras que avalen una mayor tutela judicial efectiva de las víctimas de abusos de DDHH por parte de las multinacionales europeas en aras a consolidar una política de protección de DDHH a nivel no solo europeo, sino también a nivel global (IV).

II. EL REGLAMENTO ROMA II COMO NORMA REGULADORA DE LA LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR VIOLACIONES DE DDHH

8. Antes de entrar en el análisis de las normas de conflicto existentes en el ordenamiento español para regular la responsabilidad civil extracontractual de

³ Vid. A. Marin López, "Unificación del Derecho Privado material y Unificación del Derecho Internacional Privado", *Revista de Derecho Español y Americano*, 1967, pp. 23-41.

⁴ Directiva del Consejo, de 25 julio 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, DO L210 de 7.8.1985.

⁵ J.J. Álvarez, C. Agoues, I. Iruretagoiena y N. Magallón, *Difamación y protección de los Derechos de la personalidad; la ley aplicable en Europa*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009.

las empresas en el ejercicio de sus actividades transfronterizas, lo primero que deberemos hacer es acotar o calificar la institución sobre la que se van a proyectar tales normas⁶.

La determinación de los supuestos que se integran en el ámbito de las normas de responsabilidad civil extracontractual se hace de manera excluyente y en contraposición a las obligaciones derivadas de los contratos. Podemos decir que las normas de responsabilidad civil extracontractual se dirigen a señalar la ley aplicable a una obligación “no contractual” de naturaleza estrictamente resarcitoria que surge entre partes que no presentan ninguna vinculación y entre las que no suele existir una relación “previa”. Por tanto, se trata de una obligación derivada de la producción de un daño lo que ha llevado a la doctrina a identificar este ámbito como “Derecho de daños” en vez de “Derecho de la responsabilidad civil extracontractual”⁷.

9. La naturaleza independiente de la relación derivada del daño va a marcar su carácter autónomo respecto de cualquier otra relación de naturaleza contractual o de otra clase, ya sea familiar, sucesoria, que pudiera ligar a las partes, así como, la propia metodología y fundamento de las normas de conflicto que la regulan⁸. De hecho, las conductas empresariales de las que deriva el daño y que dan lugar a una potencial responsabilidad civil se han integrado, según su naturaleza, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, dejando a un lado los posibles abusos que se puedan cometer las empresas en el marco de las obligaciones contractuales que nos remitirán a otro tipo de responsabilidad⁹.

10. En el ordenamiento español la determinación de la ley aplicable a la responsabilidad civil derivada de daños o responsabilidad civil extracontractual gira en torno a tres niveles: estatal, convencional y europeo. El presente trabajo se va a centrar, fundamentalmente, en el régimen europeo protagonizado por el Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 julio 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento Roma II)¹⁰; que convive con una serie de Convenios internacionales relativos a

⁶ Tal y como ponen de manifiesto M.A. Amores Conradi, “Art. 10.9”, en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2, Madrid, 1995 y “Capítulo V”, *Derecho Internacional privado. Parte especial* (J. González Campos y otros), Madrid, CESSJ, Ramón Carande, 1993, pp. 291–335; también L. Garau Juaneda, “Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito civil”, en *La responsabilidad internacional. Actas de las XIII jornadas de la AEPDIRI*, Alicante, 1990, pp. 403 ss.

⁷ Vid. L. Díez-Picazo, *Derecho de daños*, Madrid, 1999.

⁸ Cf. M. Amores Conradi y E. Torralba Mendiola, “XI tesis sobre el estatuto delictual”, *REEL*, 2000, n.º 8, pp. 1–34, p. 3.

⁹ Al respecto, *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, W. Sanguinetti y J. Bautista (dirs.), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022.

¹⁰ DO L199 de 31.7.2007

sectores específicos del Derecho de daños¹¹ y que, junto al art. 10.9º Cc, completan el sistema de responsabilidad civil extracontractual¹².

11. La responsabilidad civil extracontractual de empresas por violaciones de DDHH no posee una regulación específica que atienda a sus especiales características ni de carácter material, ni de carácter conflictual, en ninguno de los tres niveles, así que la ley aplicable a este tipo de supuestos se determinará conforme al sistema conflictual general de responsabilidad civil extracontractual. En este sentido analizaremos las soluciones existentes en la actualidad en el régimen general de responsabilidad civil europeo con el objetivo de proyectar su adecuación a los supuestos de responsabilidad civil extracontractual de empresas por violación de DDHH y comprobar su funcionalidad para regular estos supuestos de manera satisfactoria.

1. Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales

12. Lo primero que debemos resaltar es que el Reglamento Roma II no contiene una disposición específica sobre la responsabilidad de las empresas por violación de DDHH por lo que acudiremos al sistema general instaurado en el instrumento europeo. A tenor de su texto se conforma el régimen general de normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales en torno al que se vertebra el sistema de responsabilidad civil extracontractual de los Estados miembros de la UE.

El Reglamento Roma II supuso la unificación de las normas de conflicto sobre obligaciones extracontractuales convirtiéndose en el instrumento modular del sistema de responsabilidad civil con el objeto de incrementar la seguridad jurídica, la certeza y la previsibilidad de las partes que podrán prever cuál va a ser la ley aplicable con carácter previo al surgimiento del litigio¹³. De esta forma se dirige a reducir costes, contribuyendo, en última instancia, a la seguridad jurídica del tráfico comunitario y a la consolidación del espacio europeo de justicia¹⁴.

¹¹ L. Garau Juaneda, "Las fuentes españolas...", *loc. cit.*, p. 403; G. Palao Moreno "Responsabilidad civil y Derecho Internacional privado", en *Derecho de daños* (M.E. Clemente y M.E. Cobas, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 2005–20078, p. 2072; A. L. Calvo y J. Carrascosa, "Obligaciones extracontractuales", *Tratado de Derecho Internacional privado*, A. L. Calvo y J. Carrascosa (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 3659–3838.

¹² M.A. Amores Conradi, "Art. 10.9", en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T.I, vol. 2, Madrid, 1995.

¹³ B. Weintraub, "Rome II and the tension between predictability and flexibility", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2005, pp. 561–572.

¹⁴ Al respecto *vid.* G. Palao Moreno, *Responsabilidad civil extracontractual en el Derecho europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 175–239.

A) Ámbito de aplicación del Reglamento Roma II

a) Ámbito de aplicación material

13. La delimitación material de las obligaciones extracontractuales que se van a integrar en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma II se convierte en una tarea especialmente compleja, entre otras cosas, ante la diversidad de concepciones existente en los Estados miembros en torno a la responsabilidad extracontractual. Las normas de responsabilidad civil extracontractual de los Estados miembros responden a diferentes realidades que se reflejan, incluso, en el momento de determinar los supuestos que abarcan este tipo de responsabilidades, de establecer la delimitación de la frontera entre la dimensión pública o privada de la responsabilidad por daños, o ante la necesidad de trazar una línea entre el menoscabo contractual y el extracontractual¹⁵. Pero, además, tropezamos con diferentes realidades de carácter terminológico o conceptual que obligan al legislador europeo a delimitar cuáles son las materias que va a abordar a través del Reglamento Roma II.

14. Como es sabido, el concepto de obligaciones extracontractuales en torno al que debemos acotar el ámbito material del Reglamento Roma II, se erige en un concepto autónomo con una interpretación uniforme para todos los Estados miembros. El Reglamento Roma II ordena la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en materia “civil y mercantil” y en las “situaciones que comporten un conflicto de leyes”, de modo que sólo será aplicable a supuestos que presenten algún elemento de internacionalidad¹⁶. El concepto de “materia civil y mercantil” coincide con el concepto del Reglamento Bruselas I bis –con el que mantiene una relación complementaria– y atiende a la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión¹⁷. Las interpretaciones vertidas sobre el Reglamento de Bruselas en la jurisprudencia del Tribunal europeo nos servirán de guía cuando se refieran a los mismos conceptos y estén formulados en los términos en ambos instrumentos¹⁸.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 265–293

¹⁶ En Reglamento Roma II el art. 25 prevé un sistema de “remisión directa” para el supuesto en que la norma de conflicto señale como aplicable la ley de un Estado con distintas unidades territoriales cada una con normas propias en materia de obligaciones extracontractuales. Sin embargo, tal y como establece este artículo en su segundo apartado, los Estados miembros que posean más de una unidad territorial con distintas normas en esta materia no estarán obligados a aplicar el Reglamento a los conflictos de leyes que afecten únicamente a esas unidades territoriales.

¹⁷ Así lo establece el Considerando nº 7 Reglamento Roma II; STJCE de 14 octubre 1976, as. 29/76, *Eurocontrol*; STJCE de 21 abril 1993, as. C-172/91, *Volker*; STJUE 14 noviembre 2002, as. C-292/05, *Baten*; STJUE 12 septiembre 2013, as. C-49/2012, *The Commisioners*.

¹⁸ *Vid.* M. Bogdan, “General Aspects”, *The unification of choice of law rules on Torts and other non-contractual obligations in Europe*, A. Malatesta (ed.), Pádua, Cedam, 2006, pp. 33–44, esp. pp. 38–39.

15. Partimos de la premisa de que se trata de un concepto de “obligaciones” autónomo que ha de tener una interpretación uniforme en todos los Estados miembros. Es menester recordar que el objetivo que subyace a la unificación de las normas de conflicto, también en materia de obligaciones extracontractuales, es consolidar un verdadero espacio de seguridad y justicia, con lo que los conceptos empleados por los instrumentos europeos deben ser interpretados de manera uniforme y no pueden depender del significado que les otorguen los distintos ordenamientos estatales¹⁹. A pesar de ello, el Reglamento Roma II no establece un concepto definido de lo que entiende como “obligación extracontractual”, así que habrá que acudir de nuevo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión que ha entendido que las obligaciones extracontractuales son todas aquellas que se producen al margen de una relación contractual entre las partes; lo que se ha denominado una “vinculación jurídica voluntaria”²⁰.

16. Por su parte, el art. 1.2º Reglamento Roma II, excluye de su ámbito de aplicación una serie de obligaciones extracontractuales por integrarse en el marco de una relación de Derecho de familia, sucesorio, societario, entre otras, porque, si así fuera, dependerán de la relación previa de la que derivan²¹. Esta delimitación en negativo del concepto de “obligaciones extracontractuales” ha sido considerada larga y redundante y corre el riesgo de dejar fuera de su ámbito de aplicación eventuales obligaciones resarcitorias ajenas a esa relación, pero derivadas de la misma. De hecho, la ley aplicable a la responsabilidad por daños surgida en el seno de una relación contractual, familiar o sucesoria puede llegar a determinarse mediante la norma de conflicto del instrumento europeo y no excluirse de su ámbito de aplicación, a pesar de que la ley aplicable pueda ser distinta a la estipulada en el art. 4, cuya pretendida funcionalidad decae cuando la responsabilidad se origine en el ámbito de otro tipo de relación²².

17. El Reglamento Roma II motivado por distintas circunstancias, excluye explícitamente de su ámbito de aplicación las obligaciones extracontractuales calificadas de *acta iure imperii*, las obligaciones extracontractuales que se derivan de un daño nuclear²³ y las obligaciones extracontractuales vinculadas a

¹⁹ STJUE 27 septiembre 1988, as. 189/87, *Kafalis*, aps. 16 y 17.

²⁰ A. Scott, “The Scope of non contractual obligations”, en *The Rome II Regulation on the law applicable to non contractual obligations*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 57–84.

²¹ Por ejemplo, la razón para extraer la cuestión de responsabilidad de los funcionarios, miembros y auditores de las sociedades es que tal responsabilidad se considera inseparable de la ley que rige otros aspectos de las sociedades, *vid.*, M. Bogdan, “Tort liability in general”, en *The unification of choice of law rules and torts and other non contractual obligations in Europe*, A. Malatesta (ed.), Pádua, Cedam, 2006, pp. 33–44, p.41.

²² *Vid.* G. Palao Moreno, “Responsabilidad civil...”, *loc. cit.*, p. 285–286; M. Amores y E. Torralba, “XI Tesis...”, *loc. cit.*, p. 5.

²³ Convenio de París sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear de 19 julio 1960, BOE nº 28, de 2 febrero 1967.

la violación de la intimidad o a los derechos relacionados con la personalidad²⁴. La exclusión de su ámbito material de los supuestos en los que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su actividad o por actos *iure imperii* plantea dudas acerca de la posibilidad de integrar en su ámbito de aplicación la responsabilidad de empresas que operan vinculadas a un Estado, en tanto podrían llegar a reclamar inmunidad de jurisdicción²⁵.

18. Por otro lado, el Reglamento Roma II tampoco define de manera concreta lo que considera “daño” y en su art. 2 establece que se aplicará a cualquier obligación contractual o extracontractual que pueda surgir de un “hecho dañoso” y de un “enriquecimiento injusto, gestión de negocios o culpa *in contrahendo*”. Como vemos, se trata de una calificación general de lo que considera obligaciones no contractuales pero referida a institutos específicos. La referencia a instituciones específicas y la falta de definición expresa de las mismos puede desembocar justo en el efecto contrario al deseado y comportar que los Estados miembros apliquen el Reglamento Roma II de diferente manera²⁶.

19. El Reglamento Roma II en su art. 1.2º.d, excluye, expresamente, las obligaciones extracontractuales que se deriven de Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas relativas a cuestiones como la constitución, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno o la responsabilidad de los socios y de los administradores respecto a obligaciones de la sociedad. Sin embargo, aunque la responsabilidad social de la empresa y las relaciones entre las empresas pertenecientes al mismo grupo (y, en este sentido, la extensión de la responsabilidad entre las empresas del grupo o incluso, podríamos pensar que el deber de vigilancia y o de supervisión sobre las empresas del grupo) se rige por la *lex societatis*²⁷, la potencial responsabilidad civil por daños derivados de abusos de DDHH en sus actividades transfronterizas

²⁴ M. Fallon, “La relación del Reglamento Roma II con otras normas de conflicto de leyes”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 187–217, A. Conradi y E. Torralba, “Difamación y Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 251–265; J. Álvarez, C. Agoues, I. Iruretagoiena y N. Magallón, *Difamación y protección de los Derechos de la personalidad; la ley aplicable en Europa*, Aranzadi–Thomson Reuters, 2009, K. Siher, “Violation of Privacy and rights relating to the personality”, en *The unification of choice of Law Rules and Torts and Other non-contractual obligations in Europe*, A. Malatesta (ed.), Pádua, Cedam, 2006, pp. 159–172.

²⁵ Como apunta M. Requejo Isidro, “Acces to remedy. Abusos contra Derechos Humanos en terceros Estados, ¿Justicia civil en Europa?”, *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de Derechos Humanos* (F.J. Zamora Cabot, J. García y L. Sales, eds.), *Cuadernos de la Catedra de Democracia y Derechos Humanos*, nº 9, Universidad de Alcalá, Madrid, 2013, pp. 79–108.

²⁶ La falta de uniformidad en la categorización de las obligaciones no contractuales plantea un inicial problema de calificación. Un apunte de Derecho comparado en G. Carella, “The law applicable to non-contractual obligations other than tort or delict”, en *The unification of choice of law rules and torts and other non-contractual obligations in Europe*, A. Malatesta (ed.) Pádua, Cedam, 2006, pp. 73–84.

²⁷ M. Requejo Isidro, “Acces to remedy...”, *loc. cit.*, p. 92.

a lo largo de su cadena de suministro sí se subsume dentro del ámbito de aplicación del instrumento europeo²⁸.

b) El carácter *erga omnes* del Reglamento Roma II

20. El art. 3 del Reglamento Roma II establece la naturaleza *erga omnes* del instrumento europeo. Por tanto, el Reglamento se aplica a todas las obligaciones extracontractuales incluidas en su ámbito de aplicación con independencia del domicilio, residencia habitual o nacionalidad de las partes, y aun cuando la ley señalada sea la de un Estado no miembro. Ello supone que se aplicará, aunque la competencia judicial del Estado miembro se haya establecido conforme a un instrumento de origen convencional o de origen autónomo, lo que adquiere especial relevancia ante las dificultades de acudir a un foro europeo a través del Reglamento Bruselas I bis.

Como sabemos, el Reglamento Bruselas I bis requiere un mínimo vínculo “comunitario” que refleje el interés de que la competencia judicial resida en un foro europeo, por ello, exige como regla general que el domicilio del demandado se halle en un Estado miembro. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones en los supuestos de responsabilidad civil de empresas por violación de DDHH en el desarrollo de sus actividades en terceros Estados el daño se produce en terceros países como consecuencia de actividades materializadas fuera del territorio europeo y por filiales domiciliadas en el lugar del daño. De modo que, si la sociedad que ha cometido el ilícito se halla domiciliada fuera del territorio europeo, las víctimas no podrán acceder al foro europeo a través del régimen instaurado en el Reglamento Bruselas I bis. Lo relevante a estos efectos es que la filial que ha ocasionado el daño se halla integrada en un entramado o grupo empresarial cuya matriz sí está domiciliada en un Estado miembro lo que nos obliga a demostrar el vínculo entre dos entidades con personalidades diferenciadas.

B) El funcionamiento de las normas de conflicto en el Reglamento Roma II

a) La autonomía de la voluntad

21. En el sistema de normas de conflicto del Reglamento Roma II la autonomía de la voluntad de las partes, al igual que sucede en las obligaciones contractuales, ocupa una posición preferente. El art. 14 prevé la posibilidad de que las partes

²⁸En este sentido, A. Duran Ayago, “Sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los Derechos Humanos en terceros países (a propósito de la Ley francesa 2017-399, de 17 de marzo 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices y sus filiales)”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 323-348.

elijan *ex post* la ley que va a regular la controversia. Debemos tener en cuenta que lo más habitual es que no medie relación entre las partes con anterioridad a la producción del daño y si su relación se inicia a raíz del hecho dañoso no habrán tenido la oportunidad de establecer un acuerdo anterior en el que se pacte la ley aplicable. En el Anteproyecto de Reglamento del Consejo sobre Derecho aplicable a las obligaciones extracontractuales de 2002²⁹ se apostaba por la elección de ley tanto antes, como después de la producción del hecho dañoso, otorgando primacía a la libre voluntad de las partes frente a cualquier otra conexión objetiva siguiendo una corriente tendente a dotar de mayor protagonismo a la autonomía de la voluntad³⁰.

22. La posibilidad de realizar una elección de ley *ex ante* se mantiene en el texto final del Reglamento para aquellos casos en los que las partes desarrollen una actividad comercial con anterioridad a la producción del daño. En el resto de los supuestos la elección deberá ser siempre “posterior al hecho generador del daño” con el objetivo de proteger a la parte débil y restringir la capacidad de imponer esa elección por la parte fuerte. Pero en el supuesto en que ambos sujetos se dediquen a desarrollar una actividad comercial la situación paritaria entre las partes posibilita la elección de ley con anterioridad a la producción del daño.

La dificultad estriba en determinar qué se considera como “el desarrollo de una actividad comercial”. En principio, el Reglamento Roma II parece referirse a una actividad computable dentro del ámbito de la empresa (y fuera del ámbito privado) de personas privadas que desarrollan su actividad de manera independiente comercial o profesional³¹. En el supuesto entre dos profesionales el ejercicio de la autonomía de la voluntad con anterioridad, incluso, al hecho generador del daño les permite planificar su actividad y prever los efectos y consecuencias de sus “externalidades negativas”³².

23. El art. 14 Reglamento Roma II permite elegir la ley aplicable a todas las “obligaciones” extracontractuales incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma II: responsabilidad por daños, enriquecimiento injusto, gestión de los negocios y *culpa in contrahendo*, pero no se trata de un ejercicio de la autonomía de la voluntad ilimitado y contempla algunos requisitos.

²⁹ G. Palao Moreno, “Hacia la unificación de las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales en Europa (una visión crítica del anteproyecto de Reglamento Roma II)”, *Derecho patrimonial europeo* (G. Palao, L. Prats y M.J. Reyes, dirs.), Pamplona, 2003, p. 271; S. Leible, “El alcance de la autonomía de la voluntad en la determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el Reglamento Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 219–239.

³⁰ N. Bouza Vidal, “Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2004, pp. 31–91.

³¹ Vid. S. Leible, “Alcance de la autonomía...”, *loc. cit.*, p. 228.

³² A. Calvo Caravaca y J. Carrascosa, “Las obligaciones ...”, *loc. cit.*, p. 3678.

Por un lado, permite la elección tanto la ley del foro, como la ley de un tercer Estado, sin embargo, debe ser siempre una ley de carácter estatal. Ahora bien, siguiendo la estela del Cdo. 13 del Reglamento Roma I, ello no excluye que las partes puedan incorporar por referencia a su contrato normas de carácter no estatal como los Principios Unidroit o los Principios de daños europeos³³.

Por otro lado, no se puede ejercitar la autonomía de la voluntad en determinadas materias específicas. Así se extrae de los preceptos sobre responsabilidad derivada de una infracción de los derechos de la personalidad y de los actos que restrinjan la libre competencia y competencia desleal, en los que se excluye expresamente el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

24. En cuanto a la formalización del acuerdo de elección de ley éste podrá ser expreso o tácito: deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso que deben mostrarse con una certeza razonable, tal y como establece su Cdo. 31. La similitud con las normas de sumisión del Reglamento de Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales³⁴ nos permite extender a este precepto la jurisprudencia emanada al respecto y aplicarla de manera conjunta a ambos instrumentos. De un modo similar, sucede con los requisitos relativos a la perfección y validez del pacto –a los que tampoco alude el Reglamento Roma II– que no representan rasgos distintivos específicos que justifiquen unos requisitos distintos, por lo que se acudirá a las soluciones establecidas en materia contractual para evitar los problemas derivados la duplicidad de regulaciones³⁵.

Por último, la elección de ley prevé una serie de límites conforme a los que: no podrá afectar a los “derechos de terceros”, ni material, ni procesalmente; no podrá excluir la aplicación de disposiciones imperativas del Estado donde estén localizados los elementos pertinentes de la situación y, cuando en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la relación se encuentren situados en uno o varios Estados miembros la elección de ley, no podrá desplazar la aplicación de las disposiciones de Derecho comunitario que, siendo aplicables en el Estado del foro, tengan carácter imperativo³⁶.

³³ *European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law* [<www.egtl.org>]; T. Kadner Graziano, “Freedom to choose the applicable Law in tort”, *The Rome II Regulation on the law applicable to non contractual obligations*, J. Ahern y W. Binchy (eds.), Boston–Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 113–129, p. 118; A favor de esta posibilidad, a pesar de lo complicado que le resulta a tenor del Reglamento Roma II, se manifiesta G. Palao Moreno, *Responsabilidad...op. cit.*, p. 317.

³⁴ Reglamento (CE) nº 503/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 junio 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales; DO nº L177 de 7.2008.

³⁵ M. Amores Conradi y E. Torralba, “XI Tesis...”, *loc. cit.*, pp. 13–16; T. Kadner Graziano, “Freedom...”, *loc. cit.*, pp. 117–118.

³⁶ STJCE 9 noviembre 2000, en el asunto C–381/98, *Ingmar GB Ltd C. Eaton Leonard Technologies Inc*; S. Leible, “Alcance...”, *loc. cit.*, pp. 234–237; T. Kadner Graziano, “Freedom...”, *loc. cit.*, p. 120–123; A. Mills, “The application...”, *loc. cit.*, p. 148.

b) La regla general: la *lex loci delicti commissi* como *lex loci damni*

25. El art. 4 Reglamento Roma II establece la *lex loci delicti commissi* como respuesta base del sistema de responsabilidad civil por daños. Se trata de una solución utilizada por la mayor parte de los sistemas conflictuales de los Estados miembros³⁷ y que, por tanto, facilita la uniformización de soluciones en favor de la consolidación del mercado interior³⁸. El lugar donde se ha cometido el hecho del que deriva el daño posee un marcado carácter territorial influenciado por las corrientes jurídico-públicas que parten de la identidad de los ilícitos penales y civiles y, conforme al mismo, la ley rectora de la responsabilidad civil es la ley del país donde se ha cometido el ilícito o el hecho del que deriva el daño³⁹.

26. La aplicación de la regla del art. 4, a pesar de erigirse en norma general, está supeditada a la concurrencia de una serie de normas especiales dirigidas a regular supuestos específicos de responsabilidad que, en el fondo, conforman la mayor parte de los daños que dan lugar a la responsabilidad civil extracontractual y que la convierten en una norma de carácter residual. Conforme al Cdo. 19 del Reglamento Roma II “conviene prever normas específicas para ciertos daños para los que la norma general no permite lograr un equilibrio razonable”, de modo que la regla general ya nace afectada por las normas específicas. Las distintas circunstancias que rodean a cada sector de la responsabilidad extracontractual comportan la necesidad de excepcionarla o de crear normas específicas para sectores concretos, como va a suceder con la responsabilidad extracontractual de empresas por abusos a DDHH. El Cdo. 21 del Reglamento Roma II refleja la especial coyuntura existente entre la norma general y las normas específicas cuando establece que las normas especiales previstas por el art. 6 realmente no constituyen una excepción sino, más bien, una “aclaración” de la norma general.

27. El lugar donde ocurre el hecho del que deriva el daño o *lex loci delicti commissi*, presenta una serie de ventajas entre las que destaca el alto grado de previsibilidad que concede a ambas partes que estarán sometidas a las normas del lugar donde actúan o donde se encuentran en el momento en que se produce el daño y, aunque se ha calificado como una conexión débil y de carácter residual⁴⁰, representa una vinculación objetiva basada en la proximidad de los hechos y el

³⁷ Vid. A. Saravalle, “Recenti sviluppi in materia di responsabilità civile in diritto internazionale privato comparato”, *Riv. dir.int.pr.proc.*, 1995, pp. 657-672, p. 658; C.G.J. Morse, “Choice of Law in Tort: a comparative survey”, *American Journal of Comparative Law*, 1984, pp. 51 ss.

³⁸ G. Palao Moreno, *Responsabilidad...op. cit.*, p. 360-363.

³⁹ J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional privado*, 3ª ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 502; J. González Campos y otros, *Derecho Internacional Privado. Partes especial*, 6ª ed. Eurolex, Madrid, 1995, pp. 225-229.

⁴⁰ F. Garcimartín Álferez, “Un apunte sobre la llamada “regla general” en el Reglamento Roma I”, *AEDIPr*, t. VIII, 2007, pp. 241-250; G. Palao Moreno, *Responsabilidad civil...op. cit.*, pp. 343-347.

supuesto litigioso, y entre el supuesto litigioso y el ordenamiento jurídico que lo va a regular. Asimismo, complementa al *forum delicti commissi* del art. 7.3º Reglamento de Bruselas I bis provocando una equiparación entre *forum* y *ius* que facilita el correcto desarrollo del proceso y el fácil acceso a la obtención de pruebas⁴¹.

28. Ahora bien, a pesar de ser una conexión previsible, el lugar donde tiene lugar el hecho del que deriva el daño también es susceptible de señalar un ordenamiento meramente fortuito o accidental con escasa vinculación con las partes⁴². De hecho, como hemos visto, el sometimiento de las obligaciones derivadas de la producción del daño –y que no emanan de ninguna relación previa entre las partes– al ordenamiento vigente en el lugar donde acaece el hecho del que proviene se debe, precisamente, a la propia naturaleza de la obligación que le sirve de fundamento y a la falta de relación anterior que impide vincularlas *ex ante* a ningún otro ordenamiento. Así, germina su carácter residual que, en cierto modo, se emplea ante la falta de alternativas para establecer ninguna otra ley como aplicable de manera general⁴³. En definitiva, la *lex loci delicti commissi* nace abocada a ser desplazada por una ley que presente una mayor vinculación con las partes en función de situaciones específicas de responsabilidad civil y que, al final, a pesar de su especialidad, se aplican con mayor frecuencia que la norma general.

29. La *lex loci delicti commissi* del art. 4 del Reglamento Roma II se refiere a la ley del lugar donde se ha producido el hecho generador del daño sin tener en cuenta la posibilidad de que el hecho generador del daño y el daño puedan producirse en diferentes Estados, a pesar de que es algo muy habitual en los supuestos de responsabilidad civil extracontractual⁴⁴. De esta forma, se equipara a la conexión general al *locus damni* como ley del lugar donde se manifiesta el resultado de la acción o donde se produce el daño. El Reglamento Roma II ha optado por la ley del lugar donde se ha producido o pudiera producirse el daño directo prescindiendo de los daños indirectos⁴⁵ y apostando por la seguridad jurídica con el “deseo de encontrar un equilibrio entre las partes”. Ha favorecido la neutralidad y renunciado al principio de ubicuidad prescindiendo de la posibilidad de conceder a la víctima el poder de elegir la ley que le es más favorable. Considera que dicha posibilidad se corresponde con objetivos propios

⁴¹ Al respecto O. Khan-Freund, “Delictual liability and the Conflict of laws”, *Recueil des Cours*, 1968–III, pp. 36 ss.; C. Pryles, “Tort and Related Obligations in Private International Law”, *Recueil des Cours*, 1991–II,

⁴² Extensamente, T.M. De Boer, *Beyond lex loci. Conflicts Methodology and Multistate Torts in America Case Law*, Kluever, Deventer, 1987; C. Pryles, “Tort and...”, *loc. cit.*, p. 791.

⁴³ M. Amores Conradi y E. Torralba Mensiola, “XI tesis...”, *loc. cit.*, p. 7.

⁴⁴ STJUE 30 noviembre 1976, as. 21/76, *Mines de Potasse*.

⁴⁵ Vid. J. L. Iriarte Ángel “Lugar donde se produce el daño y consecuencias indirectas del hecho dañoso en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Culpa y Responsabilidad* (L. Prats, G. Tomás, coords.), Cizur Menor, 2017, pp. 597–612.

de las normas de competencia internacional pero que son contrarios a la seguridad jurídica y a la pretendida previsibilidad que ha motivado a las normas de Derecho aplicable⁴⁶. La potencial elección de la víctima se convierte, de esta forma, en una alternativa “excluyente” en la medida que la elección de una ley excluye la aplicación de la otra⁴⁷.

30. La norma de Derecho aplicable a diferencia de las normas de competencia judicial, está motivada por la idea de encontrar el ordenamiento jurídico con el que la situación jurídica presente los “vínculos más estrechos” o se encuentre “el centro de gravedad” de la situación jurídica y, ello, prevalece sobre la “correcta administración de justicia” y el buen desarrollo del proceso. Sin embargo, en el caso de los “delitos a distancia” en los que la ley del lugar donde se produce el acontecimiento causal y ley del lugar donde se manifiesta el daño no coincide – posibilidad cada vez más habitual debido al incremento de la complejidad y creciente internacionalización de estos supuestos– el carácter territorial de la *lex loci delicti* pierde valor⁴⁸. Debemos tener en cuenta que, tal y como apuntaba la Propuesta de Reglamento Roma II, e insiste el Cdo. 16 RR II, la opción de la norma general adoptada por el Reglamento Roma II se enmarca dentro de la concepción “moderna” de la responsabilidad civil basada en la función resarcitoria del daño y en la responsabilidad objetiva superadora de la función punitiva que comprende la responsabilidad por culpa⁴⁹.

31. De este modo, al hablar de daño, se refiere a los daños materializados y a los que “puedan producirse”, tal y como establece el art. 2 del Reglamento Roma II, sin tener en cuenta, como hemos mencionado con anterioridad, el lugar donde se ha producido el hecho generador del daño y con independencia del país o países donde se producen las consecuencias indirectas. Así en los daños a distancia cuando el hecho generador del daño y el daño se localizan en Estados distintos, el Reglamento Roma II opta por la ley del lugar del daño en calidad de lugar donde se sitúa el bien jurídicamente protegido dejando en manos de los Estados la determinación de los estándares de protección de los bienes que se encuentre en su territorio.

32. Ahora bien, ello plantea problemas de localización cuando una misma conducta produce daños en distintos Estados o a afecta multitud de partes. Según la teoría mosaico, asentada en el ámbito de la competencia internacional, se aplicaría la ley del lugar de cada uno de esos Estados donde se han manifestado

⁴⁶ Tal y como se establece en la *Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a ley aplicable a las obligaciones extracontractuales* (Roma II) COM (2003) 427, final, 22.7.2003, p.12–13.

⁴⁷ En este sentido J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo *Derecho Internacional Privado*, p. 505.

⁴⁸ G. Palao Moreno, *Responsabilidad...*, op. cit., p. 349.

⁴⁹ También, M. Virgos Soriano y F.J. Garcimartín Álferez, “Estado de origen...”, loc. cit., pp. 1809–1810.

los daños, pudiéndose aplicar tantas leyes como lugares se produzca el daño⁵⁰; pero el tenor del Reglamento Roma II decide no hacer frente a esta cuestión. Se trata de un asunto vinculado a una cuestión clásica del Derecho de daños y que gira en torno a dónde queremos poner el foco de atención de la norma: si atendemos a la conducta generadora del daño y, por tanto, pensamos en la manifestación de un único daño; o si ponemos el foco en la posible distribución de los perjuicios, lo que supondría daños separados por cada perjuicio.

33. La posibilidad de aplicar distintas leyes podría, ante la ausencia del Reglamento Roma II de predilección por ninguna de ellas, hacerse efectiva mediante la utilización del art. 4.3º Reglamento Roma II y utilizarlo para evitar la multiplicación de leyes derivada de la aplicación de la teoría mosaico. De esta forma, si el daño se produce en múltiples países –y consecuentemente se aplican multitud de leyes– serviría al tribunal para solventar las dudas e inclinarse por la ley del lugar de la acción en el supuesto de que el daño se encontrará “más estrechamente relacionado” con ese ordenamiento. Ahora bien, si de una única acción se derivan múltiples daños en distintos países, la aplicación del art. 4.3º (y del 4.1º) quedaría sujeta al efecto mosaico y debería aplicarse por separado⁵¹.

34. Vinculado a lo anterior, es menester recordar que Reglamento Roma II en su art. 17 apela a la consideración de las normas de seguridad vigentes en el lugar donde se produce el hecho para valorar la existencia del hecho y su relevancia. La propia infracción de las normas de circulación vial o de fabricación de un producto, por ejemplo, de ese lugar serán las que determinen la existencia y la gravedad de la responsabilidad.

35. Por último, cabe mencionar, tal y como establece al art. 15 Reglamento Roma II, que la *lex loci delicti commissi* se trata de una conexión única dirigida a señalar la ley aplicable a todos los aspectos de la responsabilidad extracontractual: desde el fundamento y alcance de la responsabilidad, las causas de exoneración, la evaluación de los daños y la indemnización, hasta las personas

⁵⁰ F.J. Garcimartín Álferez, “Un apunte...”, *loc. cit.*, p. 247; las posibilidades como establece G. Palao Moreno, *Responsabilidad...op. cit.*, pp. 320–351; oscilan entre la alternatividad y que el juez o el sujeto perjudicado elijan el elemento localizador en aras a aplicar la *lex loci actus* o la *lex loci damni* (el estado de origen o el Estado de destino); o prescindir de ambos con lo que la falta de coincidencia nos llevaría a acudir al ordenamiento más estrechamente vinculado o, por último, hacer prevalecer uno sobre el otro ya sea con carácter general o dependiendo de los supuestos específicos. En el Derecho comparado apuestan por la ley del lugar donde se desarrolla la acción: art. 48.1. de la Ley austriaca de DIPr de 1978; art. 40.1 de la Ley de Introducción alemana; art. 30.1 de la Ley eslovena de DIPr de 1999 o en el art. 50 de la Ley de Estonia de DIPr de 2002; y entre las que aplican la ley del lugar donde se manifiesta el daño destacan: el art. 11.2, a) de la Ley de DIPr de 1995 de Inglaterra y Escocia; el art. 62.1 de la Ley italiana de DIPr de 1995, o el art. 3.1º de la Ley holandesa de DIPr de 2001.

⁵¹ A. Mills, “The application of multiple laws under the Rome II Regulation”, *The Rome II regulation on the law applicable to non-contractual obligations*, John Ahern y W. Binchy (eds.) Leiden–Boston, Martinus Nijhof, 2009, pp. 133–152; pp. 135–136.

que tienen derecho a la reparación del daño sufrido. Únicamente prevé la aplicación de conexiones específicas para regular aspectos concretos de esa responsabilidad en los arts. 16 (leyes de policía), 17 (normas de seguridad y comportamiento), 18 (acción directa contra el asegurador responsable), art. 20 (responsabilidad múltiple), art. 21 (validez formal).

c) Excepciones a la regla general del art. 4 del Reglamento Roma II

36. Como hemos tenido ocasión de subrayar, la regla general se plantea en conjunción con una serie de soluciones específicas dirigidas a excepcionarla en los supuestos en los que las partes están vinculadas a un ordenamiento distinto al ordenamiento del lugar donde se ha producido el daño. Precisamente la ausencia de cualquier otro vínculo nos llevaba a determinar la ley del lugar del daño como ley aplicable por tratarse de una conexión neutra que presenta un vínculo con ambas partes y que, sin embargo, decae cuando las partes compartan otro tipo de circunstancia personal u objetiva con un ordenamiento distinto al del lugar del daño.

37. Así sucede en aquellos supuestos en los que ambas partes tienen la residencia común en un sitio distinto al del lugar donde se produjo el daño. De hecho, tal y como está planteada la norma y, en esa búsqueda de la ley más próxima a las partes, en defecto de que las partes hayan ejercido su autonomía de la voluntad y que hayan elegido la ley aplicable que prevalecerá sobre la norma general, se alude a la ley de la residencia habitual común de la persona cuya responsabilidad se alega y de la persona perjudicada en el momento en el que se produce el daño. La residencia habitual de las partes se tendrá en cuenta en el momento de producción del daño, no en el momento en el que ocurre el hecho generador del daño –si es que difiere del anterior– ni en el momento de la reclamación⁵².

La residencia común de ambas partes garantiza previsibilidad y accesibilidad al ordenamiento aplicable, favorece el desarrollo del procedimiento y reduce los costes. Ahora bien, dota de prevalencia a los elementos personales de la situación litigiosa y prescinde de la conexión territorial, en cuanto se aplica con independencia de dónde se ha producido el daño, y ello puede llegar a comportar que el ordenamiento aplicable no vaya a ser el más favorable para las partes. Su estricta interpretación corre el riesgo de presentar inconvenientes similares a los de la *lex damni* y su aplicación estricta puede desembocar en la aplicación de soluciones imprevisibles para las partes, con lo que deberíamos apostar por una mayor flexibilidad en su aplicación⁵³.

⁵² F.J. Garcimartin Álferez, “Un apunte...”, *loc. cit.*, p. 248.

⁵³ J.D. González Campos, “Diversification...”, *loc. cit.*, p. 221.

38. El precepto se refiere a la residencia habitual de la persona de la que se alega la responsabilidad y de la víctima, de modo que en los supuestos en los que la persona responsable y la que ha realizado el daño difieran se referirá a la residencia del responsable.

39. Por último, el Reglamento Roma II prevé la posibilidad de no aplicar ni la ley del lugar del daño, ni la de la residencia habitual cuando sea posible identificar una ley distinta con la que el supuesto presenta vínculos más estrechos. Esta excepción, ya fue planteada hace tiempo por Morris⁵⁴ que propuso la traslación de esta conexión del ámbito del Derecho contractual internacional y que encontramos en ordenamientos como el suizo o el alemán (art. 15 Ley suiza, parra. 41 EGBGB).

Se trata de una norma dirigida a dotar de una mayor flexibilidad a las dos anteriores así que se erige en “cláusula de salvaguarda” del sistema y requiere una previa y difícil valoración que justifique su excepcionalidad⁵⁵. El Reglamento Roma II no establece cuales son las circunstancias a tener en cuenta para evidenciar la concurrencia de una vinculación manifiestamente más estrecha con otro país y se limita a establecer que deberán proceder del “conjunto de circunstancias del caso” o, tal y como indica el art. 4.3 del Reglamento Roma II, que puedan resultar de la existencia de una relación previa entre las partes como por ejemplo un contrato en el marco del cual se haya producido el hecho dañoso.

La previa existencia de una relación entre las partes –aunque la acción que da origen a la responsabilidad por daño sea autónoma o externa a la misma– se convierte en fundamento de la flexibilización de la regla general del *locus damni* y sustenta indicios válidos para justificar la existencia de vínculos más estrechos con un ordenamiento distinto al que resultaría aplicable, ya sea conforme a la regla general como a las reglas especiales. De esta forma, se ofrece una flexibilización de la regla general en virtud de la cual se puede llegar a señalar a una tercera ley distinta a la del lugar del daño y a la de la residencia habitual de las partes, sirviendo para mediar entre ambas leyes o, en caso de que coincidan, para señalar a otra diferente.

40. Esta vía de excepción convive con el art. 17 Reglamento Roma II que señala a las normas de seguridad y comportamiento del lugar donde se produce el hecho que da lugar a la responsabilidad como alternativa a la ley del lugar del daño para valorar el comportamiento de la persona o personas cuya responsabilidad se alega. Sin embargo, su aplicación de carácter excepcional y,

⁵⁴ J.H.C. Morris, “The Proper law of the tort”, *Harvard L. Rev.*, pp. 881–895; también en el Proyecto de Convenio del GEDIP, de 1998, art. 3.

⁵⁵ J.L. Iglesias Buhiges, “Las obligaciones extracontractuales en el Anteproyecto de Convenio CEE y en el Derecho conflictual español”, *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Mijangos de la Muela*, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 1123–1145.

en cierto modo, redundante la convierte en una solución de poca eficacia en la práctica⁵⁶.

2. El Reglamento Roma II y la ley aplicable a la responsabilidad empresarial por abusos de derechos humanos

41. El Reglamento Roma II no contiene un precepto específico sobre responsabilidad de las empresas por violación o abusos de DDHH, por lo que emplearemos el sistema que hemos visto con anterioridad que, salvo que las partes hayan ejercido la autonomía de la voluntad (art. 3 Reglamento Roma II) se compone de una norma general neutra de carácter residual basada en la territorialidad que se verá, frecuentemente, excepcionada con el objetivo de garantizar la proximidad o previsibilidad que la motiva. En los supuestos de responsabilidad empresarial por abusos de DDHH a los objetivos que subyacen a las normas de responsabilidad civil extracontractual deberemos añadir principios de justicia material dirigidos a buscar el ordenamiento aplicable más favorable para la víctima o, por lo menos, a garantizar la aplicación de aquél que responda a unos estándares mínimos de protección de los DDHH, lo que, en cierto modo, complica la adecuación de unas normas que, como hemos visto en el epígrafe anterior, se mueven por otro tipo de finalidad.

A) La autonomía de la voluntad como mecanismo de salvaguarda de los derechos humanos

42. La posibilidad ofrecida por el Reglamento Roma II de elegir la ley aplicable *ex post* resulta compleja de articular en materia de responsabilidad empresarial por abusos de DDHH. La ausencia de una relación previa a la producción del daño entre las partes en este tipo de responsabilidad nos lleva a desechar la opción de plantear una elección *ex ante* y, la especial idiosincrasia de los daños, nos hace dudar de la viabilidad de que se produzca una elección *ex post* en la que coincidan los intereses de ambas partes. La autonomía de la voluntad, como excepción a la conexión objetiva contemplada por la norma general, se convierte en una opción alternativa a la falta de adecuación de la ley del lugar del daño para garantizar la efectiva

⁵⁶ Art. 17 RR II, "Para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, habrán de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad". *Vid.* R. Fentiman, "The significance of close connection", en *The Rome II Regulation on the law applicable to non contractual obligations*, J. Ahern, W. Binchy (eds.) Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2009, pp. 85-112, p. 91.

reparación y protección de las víctimas, y la falta de concurrencia de intereses entre las partes es presagio de un difícil consenso.

En el caso de que lo hubiera, debemos subrayar la existencia de falta de paridad entre ambas partes y la importancia de proteger a la víctima que posee una capacidad negociadora inferior. No nos cabe duda de la consideración de “parte débil” de la víctima frente a la empresa y, en estos supuestos, es crucial garantizar que posee toda la información que le lleva a realizar la elección de manera facultativa⁵⁷. Aun así, teniendo en cuenta que el ejercicio de la autonomía de la voluntad frente a la norma general y a sus excepciones nos plantea la alternativa de señalar como aplicable un ordenamiento distinto al del lugar del daño y al de la residencia común de las víctimas, se convierte en la única posibilidad existente para aplicar un ordenamiento con unos estándares de protección mayores, aunque será difícil de aceptar por la parte que ha cometido el daño.

43. Además de la búsqueda del ordenamiento más favorable para las partes, la elección de ley puede estar motivada en el ámbito de la negociación entre las partes por ventajas procesales o materiales. Sin embargo, las dificultades sobre la alegación y prueba del Derecho extranjero o las ventajas que comporta para el juez la aplicación del Derecho del foro son razones que, en el supuesto que nos ocupa, juegan sobre todo en beneficio de la víctima.

B) La garantía de unos estándares mínimos de protección de los derechos humanos y la *lex loci delicti commissi*

44. Como hemos visto en el epígrafe anterior, la norma del art. 4 del Reglamento Roma II señala como ley aplicable al ordenamiento del lugar donde se ha producido o pueda producirse el hecho dañoso. Esta regla en los supuestos de responsabilidad empresarial por abusos de DDHH en el ejercicio de sus actividades presenta inconvenientes específicos al sector de la responsabilidad en el que se circunscribe, al tipo de daño que se produce y al contexto en el que se desarrollan. La aplicación de la ley del lugar del daño en estos casos no se ve desplazada por la ausencia de previsibilidad que comporta esta conexión en algunas ocasiones tanto para el autor del daño como para la víctima; y el lugar donde se produce el daño en estos casos no es fortuito o accidental y presenta los vínculos suficientes para motivar la aplicación del criterio territorial desde el punto de vista de la proximidad entre el litigio y las partes. El problema se halla en que las multinacionales europeas cumplen con los estándares de amparo de DDHH europeos en el ejercicio de sus actividades en países que poseen niveles de protección similares y, sin embargo, dominan sociedades que cuando actúan fuera de Europa no cumplen con los mismos estándares y es, precisamente, en el

⁵⁷ Vid. M. Requejo Isidro, “Acces...”, *loc. cit.*, p. 93

ejercicio de actividades en terceros Estados con niveles inferiores de protección de los DDHH donde se producen los abusos de DDHH. La *lex loci delicti commissi* señala la ley del Estado anfitrión que es donde se ha producido el daño por lo que el cumplimiento de los DDHH o la reparación a las víctimas en caso de incumplimiento dependerá, conforme a este criterio, de la ley reguladora de la responsabilidad del Estado donde se llevan a cabo dichas actividades. En la mayoría de las ocasiones, ello se traduce no solo en la falta de reparación o indemnización a las víctimas, sino incluso, en serias dificultades para el desarrollo de acciones judiciales, así que la conexión utilizada por la norma de conflicto resulta inapropiada.

C) Excepciones a la norma general en materia de responsabilidad por abusos de derechos humanos

45. La ley de la residencia habitual común de las partes contemplada en el art. 4.2º Reglamento Roma II, en los supuestos de abusos de DDHH por parte de las empresas, nos lleva, con carácter general, a señalar como aplicable la ley del lugar donde se han desarrollado las actividades que han dado lugar al daño que suele coincidir con el domicilio de la filial causante material del daño, así que, realmente, no puede ser utilizada como correctivo de la norma general cuando la residencia de ambas partes esté localizada en un país con una legislación con estándares bajos de protección y no respondería a los objetivos que se pretenden alcanzar.

46. A la hora de determinar la residencia habitual de las partes tendremos que plantearnos cuál es la sociedad reclamada como responsable. Debemos tener en cuenta que la empresa puede provocar el daño de manera “directa” a través de acciones propias, o de manera “indirecta”, es decir, a través de acciones de otra empresa del grupo que o bien ha contribuido a provocar el daño o que guarde una estrecha relación con sus productos, sus operaciones o los beneficios derivados de la actividad que lo ha producido. Puede ser una sociedad filial, un proveedor o un subcontratista y mantener una relación comercial de manera directa o indirecta. Podemos tener en cuenta la capacidad de influencia de la empresa matriz sobre la filial, la capacidad de control, o el hecho de que el lugar donde se toman las decisiones sobre cómo desarrollar sus actividades sea distinto al lugar del daño podría servirnos para identificar a la cabeza del grupo como responsable y extender su responsabilidad al autor directo del daño.

47. La aplicación de la residencia habitual de las partes en función del art. 4.2º Reglamento Roma II es difícil en aquellos supuestos en los que se pretenda demandar tanto a la empresa matriz, con residencia habitual en un Estado miembro por su capacidad de influencia o decisión, como a la empresa filial autora material del daño cuando tengan la residencia en distintos Estados. Según

el precepto todos los demandados deben tener su residencia en el mismo lugar que la víctima y lo habitual es que el que ha realizado el daño la tenga en el lugar de su manifestación⁵⁸ y que, sin embargo, la empresa matriz tenga la residencia en un Estado distinto, de modo que tampoco se adecua a los supuestos que analizamos.

48. La última excepción prevista dirigida a flexibilizar la norma general ofrecida por el art. 4.3º Reglamento Roma II es la regla de los “vínculos más estrechos” y podría ayudarnos a señalar como aplicable un ordenamiento jurídico con mayores estándares de protección de los DDHH⁵⁹. La posibilidad de señalar un Derecho aplicable distinto dependerá de los elementos que tengamos en consideración, quién sea el demandado y cuáles sean los hechos que se le imputan. De modo que variará si el demandado es la empresa que realiza la actividad de la que deriva el daño o la empresa matriz europea autora intelectual en virtud de su capacidad de decisión y de control. En este último caso, cuando la responsabilidad derive de la omisión del deber de vigilancia y se pueda deducir que el daño se ha producido por violar la exigencia de diligencia debida de la ley del Estado en que está domiciliada la empresa, su vínculo con el ordenamiento de ese país para determinar la responsabilidad podría derivar, precisamente, de la infracción de esa norma⁶⁰. Resulta una posibilidad viable pero que tendrá que lidiar con la “excepcionalidad” de esta cláusula y con la voluntad hermenéutica de los tribunales.

49. Otra posibilidad que no hemos mencionado en el epígrafe anterior y que nos permitiría acudir a un ordenamiento distinto al del lugar de manifestación del daño sería atender a la norma específica del art. 7 del Reglamento Roma II prevista para los supuestos de responsabilidad por daños medioambientales. De hecho, muchas de las vulneraciones de DDHH poseen graves consecuencias para el medioambiente. Se trata de una norma de aplicación prioritaria que ofrece al demandante la posibilidad de elegir, en función de la teoría de la ubicuidad entre la ley del lugar de origen del daño y la ley del lugar de manifestación del daño. Si interpretamos que el lugar del hecho generador del daño se corresponde con el lugar donde se tomó la decisión que comportó el desarrollo de la actividad que produce el daño, la ley correspondiente al hecho generador del daño nos permitiría aplicar la ley de la residencia de la empresa matriz y acudir a una norma europea que garantice unos estándares de protección de los DDHH mínimos. El objetivo que subyace a la norma va más allá de proteger a una de las partes o de favorecer los intereses de la víctima y se dirige a instaurar una política legislativa que contribuya a aumentar los niveles de protección del medio

⁵⁸ Vid. M. Requejo Isidro, “Acces to remedy ...”, *loc. cit.*, p. 94.

⁵⁹ En el mismo sentido, M. Álvarez Torné, “El Derecho Internacional privado ante las vulneraciones de Derechos Humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE”, *REDI*, vol. LXV, nº 2, 2013, pp. 157–190, esp. p. 185.

⁶⁰ También A. Duran Ayago, “Sobre la responsabilidad...”, *loc. cit.*, p. 344.

ambiente, especialmente en la medida que el autor material obtiene un beneficio económico de su actividad nociva⁶¹.

50. El problema es que los daños producidos por abusos de DDHH en el desarrollo de actividades empresariales transfronterizas en muchos supuestos no producen daños medioambientales y no siempre tendría cabida la aplicación de la norma en detrimento de la norma general. Aun así, para contemplar esta posibilidad de elección entre ambas leyes se requiere una operación inicial en aras a delimitar cuáles son los daños que pueden ser calificados como daños medioambientales y se pueden subsumir en el art. 7 Reglamento Roma II y cuáles de ellos están vinculados a posibles abusos de DDHH.

51. La solución podría ser introducir una norma específica en materia de protección de DDHH que extienda el principio de ubicuidad a estos supuestos y que permita a la víctima elegir entre la ley del lugar de manifestación del daño y la ley del lugar de origen del daño. Podemos observar que los objetivos mostrados en materia medioambiental son, plenamente, trasladables al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual derivada de abusos de DDHH por parte de empresas en los que existe la necesidad de aumentar los niveles de protección a través de una política de promoción y protección de los DDHH resulta latente.

D) La operatividad de las normas imperativas y el orden público

52. En el Reglamento Roma II existen dos preceptos que nos permitirían apelar a la ineludible aplicación de determinadas normas de la ley del foro con independencia de la ley señalada por la norma de conflicto para evitar la aplicación de un ordenamiento con unos estándares de protección inferiores: el art. 16 del Reglamento Roma II sobre normas de policía o normas imperativas y el art. 17 del Reglamento Roma II sobre normas de seguridad y comportamiento. El art. 16 prevé la aplicación de la ley del foro en “aquellas situaciones que tenga carácter imperativo” –cualquiera que sea la ley aplicable a la obligación extracontractual– y dentro de las normas imperativas del foro se podrían incluir las normas de diligencia debida en materia de responsabilidad empresarial.

⁶¹ “(...) But the exclusive connection to the place where the damage is sustained would also mean that a victim in a low-protection country would not enjoy the higher level of protection available in neighboring countries. Considering the Union's more general objectives in environmental matters, the point is not only to respect the victim's legitimate interests but also to establish a legislative policy that contributes to raising the general level of environmental protection, especially as the author of the environmental damage, unlike other torts or delicts, generally derives an economic benefit from his harmful activity”, Proposal of a regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to non contractual obligations (Roma II), COM (2003)427 final, 27.2.2003.

53. Además, cuando la ley aplicable conforme a la norma general no contemple unos estándares mínimos de protección de los DDHH y permita su vulneración en el desarrollo de actividades empresariales, debería garantizarse la aplicación de la ley del foro con independencia de la ley señalada por la norma de conflicto a través de una cláusula de orden público “comunitario” asentada en un modelo de protección social, económico y medioambiental que responda a unos valores y principios propios de los países europeos e inherentes a una cultura de protección de los DDHH integrada por la Convención europea de Derechos Humanos y la Carta de Derechos fundamentales de la UE.

54. El Reglamento Roma II posee una cláusula de orden público en su art. 26, pero se refiere al orden público del foro. Sin embargo, la Propuesta de la Comisión de 22 julio 2002, de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales⁶² integraba el concepto de orden público “comunitario” conformado por una serie de principios comunes a todos los Estados europeos que servían de fundamento para descartar la aplicación de un ordenamiento que no los cumpliera. Esta posibilidad proyectada al ámbito que nos ocupa coadyuvaría a prevenir conductas contrarias a los DDHH en la medida que no hallarían amparo en el ordenamiento del lugar del lugar de manifestación del daño.

55. Ahora bien, la utilización del orden público en los casos de responsabilidad civil extracontractual nos plantea ciertas dudas. Por un lado, el hecho de que las normas aplicables del país de acogida tengan un contenido distinto (aunque sea menos protector) al de la norma del foro no es suficiente, sino que debe haber una colisión manifiesta con los principios jurídicos fundamentales del tribunal del foro⁶³. En este sentido, cuando la colisión se produce con normas que emanan de Convenios internacionales de DDHH su aplicación dependerá de la ratificación de los Estados y se aplicarán en el territorio de los Estados parte, pero debemos plantearnos si tienen potestad “extraterritorial” frente a actividades desarrolladas en terceros Estados. La cuestión es si podemos apelar al Convenio Europeo de DDHH en aras a determinar la ley aplicable en los supuestos de responsabilidad por daños perpetrados en terceros Estados como consecuencia de actividades realizadas en terceros Estados, aun cuando el supuesto se presente ante un tribunal europeo⁶⁴.

56. Si la aplicación de la ley extranjera conduce a un resultado que no garantiza unos estándares mínimos conforme a las normas del Convenio Europeo de DDHH, cabría aplicar el orden público y aplicar la ley del foro para garantizar su aplicación.

⁶² COM (2003) 427 final.

⁶³ STJUE 20 marzo 2000, C 7/98: *Krombach-Bamberski*.

⁶⁴ En este sentido, L. Enneking, “Judicial remedies: applicable law”, en *Human rights in business. Removal of barriers to access to justice in the European Union*, JJ. Alvarez y K. Yiannibas (eds.), Routledge, NY, 2017, pp. 38-74, p. 61.

Ahora bien, si la ley aplicable comporta unos resultados diferentes con respecto a la diligencia debida y su protección de los DDHH la excepción de orden público podría adquirir un carácter instrumental.

III. EL DERECHO APLICABLE EN LA PROPUESTA EUROPEA DE DIRECTIVA DE DILIGENCIA DEBIDA EN LAS CADENAS DE SUMINISTRO

57. La Comisión Europea presentó el 23 febrero 2022 la Propuesta de Directiva sobre Diligencia debida en materia de sostenibilidad y DDHH⁶⁵. La Propuesta de Directiva establece la obligación de determinadas empresas europeas y de terceros Estados de incorporar procesos de identificación, prevención y diseño de remedios para mitigar los impactos adversos sobre los DDHH y el medioambiente, cometidos en sus actividades transfronterizas, ya sean provocados por la propia empresa, por sus filiales o por entidades con las que contribuyen a lo largo de su cadena de suministro. De esta forma, se ha iniciado un proceso legislativo europeo dirigido a instaurar un conjunto obligaciones en materia de DDHH para las empresas acompañado por la imposición de sanciones y la instauración de un régimen de responsabilidad civil en el caso de que incumplimiento.

58. El *iter* legislativo se inició, el 11 septiembre 2020, con la publicación de un Proyecto de Informe del Parlamento con recomendaciones sobre diligencia debida de empresas y responsabilidad corporativa⁶⁶, dirigido a la Comisión en forma de propuesta para desarrollar una Directiva vinculante que establezca obligaciones de debida diligencia en materia de DDHH para las empresas.

59. El Proyecto de Informe constituyó un punto de partida realmente ambicioso que abogaba por avanzar en la armonización tanto sustantiva, como procesal civil internacional. Su texto se compone de tres partes en las que combina la armonización sustantiva de las normas sobre diligencia debida de las empresas en Europa y su responsabilidad, con la unificación de las normas de competencia y normas de conflicto europeas propuesta a través de sendas modificaciones de los Reglamentos Bruselas I Bis sobre competencia judicial y Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

60. Con ello, pretende instaurar un régimen de responsabilidad civil extracontractual obligatoria en todos los Estados miembros de carácter intersectorial que exigirá tanto a las empresas europeas, como a las que operan en Europa, a cumplir de manera obligatoria con la diligencia debida a lo largo de

⁶⁵*Proposal for a Directive of European Parliament and the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive* (EU) 2019/1937, COM (2022) 71 final, 23.2.2022.

⁶⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 10 marzo 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL)).

toda su cadena de suministro y, en caso contrario, cuando de sus actividades deriven abusos de DDHH, conceda a las víctimas mecanismos adecuados para reclamar daños y perjuicios.

61. El Parlamento Europeo considera que el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida debe convertirse en una condición necesaria para el acceso al mercado interior. De modo que se requerirá a los operadores que demuestren, mediante el ejercicio de diligencia debida, que los productos que introducen en el mercado interior cumplen con los criterios medioambientales y de DDHH que establezca la futura Directiva. El Parlamento, además, pide medidas complementarias, como la prohibición de importar productos relacionados con violaciones graves de DDHH, como el trabajo forzoso o trabajo infantil; y destaca la importancia de incluir el objetivo de combatir el trabajo forzoso en los capítulos de comercio y desarrollo sostenible de la Unión.

62. Desde el punto de vista de las litigaciones transfronterizas, el Parlamento apela a la Comisión a incluir un régimen de responsabilidad y considera que, para que las víctimas puedan obtener una tutela judicial efectiva, las empresas deben asumir responsabilidades, de conformidad con su Derecho nacional y responder por el daño que las empresas bajo su control hayan causado – o al que hayan contribuido por acción u omisión– cuando estas hayan cometido violaciones de los DDHH. Ello a menos que la empresa pueda demostrar que actuó con la prudencia pertinente de conformidad con sus obligaciones de diligencia debida y que adoptó todas las medidas razonables para prevenir dicho daño. En este sentido, con el objetivo de facilitar el acceso a la justicia a las víctimas, alude a la importancia de garantizar la tutela judicial efectiva y de acabar, entre otros, con los obstáculos derivados de los plazos, las dificultades de acceso a las pruebas y la desigualdad de género y vulnerabilidad de las víctimas en terceros Estados.

63. A pesar de ello, el régimen de diligencia debida que establece la Propuesta de Directiva contiene unos requisitos mínimos que deben cumplir las empresas, pero no posee un conjunto completo de normas sobre responsabilidad civil derivada del incumplimiento de estas normas, así que las leyes corporativas y las leyes estatales seguirán aplicándose de manera complementaria para completar el régimen de responsabilidad civil extracontractual. Consecuentemente el Derecho Internacional privado juega un papel fundamental de cara a establecer tanto el foro de competencia como la ley aplicable en este ámbito, y el Parlamento europeo, consciente de ello, aboga por crear un *corpus* legislativo en el que también estarían incluidas las normas que rigen el acceso a la justicia, la jurisdicción el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, la legislación aplicable y la asistencia judicial en situaciones transfronterizas.

64. Desde el punto de vista de las soluciones de conflictos de leyes, que estamos analizando, el Proyecto de Informe del Parlamento, con el que veíamos se inicia el proceso legislativo hacia la elaboración de una Directiva de diligencia debida, incluía junto a la propuesta de modificación del Reglamento Bruselas I bis, una propuesta de modificación del Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. La Propuesta consistía en la introducción de una norma específica en materia de empresa y DDHH que utilizaría, de un modo similar a los daños medioambientales, el principio de ubicuidad contemplado en el art. 7 del Reglamento Roma II en las reclamaciones de DDHH relacionadas con empresas.

65. De esta forma, mencionado Proyecto, proponía incorporar al Reglamento Roma II una norma específica sobre empresa y DDHH, a través de un nuevo art. 6 a) que ponía a disposición de los demandantes la posibilidad de elegir entre las leyes de varios lugares con los que el daño está estrechamente relacionado. El sistema de ley aplicable a la responsabilidad de las empresas por abusos de DDHH quedaría compuesto por la norma de conflicto general del art. 4 de Roma II que prevé como ley aplicable la ley del lugar del daño o *lex loci damni* y el art. 6 a) del Proyecto permitiría a los demandantes optar por:

- a) La ley del país donde ha ocurrido el daño (*lex loci damni*).
- b) La ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño (*lex loci delicti commissi*).
- c) La ley del país donde está domiciliada la empresa matriz (*lex loci incorporationis*) o, cuando la matriz no tenga domicilio en un Estado miembro, la ley del lugar donde opera (*lex loci activitatis*).

66. Como vemos, la disposición específica sobre empresas y DDHH por la que apostaba en un inicio el Parlamento introducía el principio de ubicuidad, incluso ampliando las posibilidades contempladas en el art. 7 Reglamento Roma II vinculadas a los daños medioambientales que únicamente prevén la elección entre la ley del lugar del daño y la ley del lugar de la acción generadora del daño. El objetivo del Parlamento es asegurar la aplicación de la ley más favorable a la víctima y evitar la aplicación de la ley del Estado de acogida donde se ha generado el daño en función del art. 4 cuando sea la ley de un tercer Estado y con estándares de protección más bajos. De este modo, si se elige, en particular, la ley del domicilio de la empresa matriz y éste se encuentra en un Estado Europeo en el que se ha implantado la Directiva se aseguraría la promoción y consolidación de conductas empresariales más responsables.

67. Las ventajas de esta posible elección para las víctimas son claras, se respeta la autonomía de la voluntad de las partes, a salvo de las normas imperativas del

foro (art. 16 Reglamento Roma II). Además, en el caso de que los demandantes provengan de terceros Estados si lo que buscan es acudir a un foro europeo con las suficientes garantías judiciales, pero desean aplicar sus propias normas sustantivas, podrán mantener esa posibilidad y elegir la ley que consideren más favorable.

68. Sin embargo, la introducción del art. 6.a) conforme al Informe del Parlamento corre el riesgo de generar cierta inseguridad jurídica a las empresas que se verán impelidas a pronosticar el cumplimiento de hasta cuatro leyes de Estados distintos potencialmente aplicables y ello dificultará la previsión de cuál va a ser la ley que va a regular sus conductas hasta que se hubiera cometido el daño en detrimento de la previsibilidad e incrementando notablemente los costes.

69. Los problemas procedentes de la potencial multiplicación de leyes aplicables, llevó al Parlamento a reconsiderar su postura y a concluir que la aplicación de las normas europeas de diligencia debida en materia de DDHH pueden garantizarse sin modificar el Reglamento Roma II, pero invocando su carácter de normas imperativas. De hecho en la versión definitiva de la Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa⁶⁷, se mantienen las disposiciones dirigidas a armonizar las obligaciones de diligencia debida a nivel europeo, pero desaparecen definitivamente las modificaciones previstas en el primer Informe de Proyecto de los Reglamentos Bruselas I bis y Roma II. En consecuencia, finalmente, el Parlamento se decanta por incluir un artículo (art. 20) en el texto de la Directiva que establece que las disposiciones pertinentes de la futura Directiva deben ser consideradas de carácter imperativo, en consonancia con el art. 16 del Reglamento Roma II. Con ello, busca mitigar la inseguridad jurídica que, como mencionábamos anteriormente, comporta la regla de la ubicuidad, pero garantizar la aplicación de las normas europeas de diligencia debida en materia de DDHH sin modificar el Reglamento Roma II, dotando de carácter imperativo y obligatorio al contenido de la Directiva.

70. Sin embargo, en la Propuesta de Directiva de la Comisión de 23 febrero 2022 no se recogen las recomendaciones ni del Proyecto de Informe inicial, ni de la Propuesta final del Parlamento sobre las modificaciones del Reglamento Bruselas I bis y del Reglamento Roma II. Tampoco hallamos ninguna referencia a la imperatividad de la norma europea y ha desaparecido definitivamente el art. 20 de la Propuesta del Reglamento que bajo la rúbrica “Derecho Internacional Privado” establecía la obligación de los Estados de dotar a las disposiciones de

⁶⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 10 marzo 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL)).

la Directiva del carácter imperativo en consonancia con el art. 16 del Reglamento Roma II.

71. La Comisión deja en manos de los Estados la posibilidad de considerar como normas imperativas todo lo referente a la diligencia debida empresarial apostando por una armonización previa del derecho sustantivo y renunciando tanto a la adopción de una norma de conflicto específica en materia de responsabilidad extracontractual por violación de DDHH como a su condición de norma imperativa. Siguiendo esta orientación en el art. 22 de la Propuesta de Directiva la Comisión, en su ap. 5º, incluye una alusión a que las medidas de responsabilidad adoptadas conforme a su contenido se entenderán sin perjuicio de las normas nacionales de responsabilidad civil relacionadas con los efectos adversos sobre los DDHH o el medio ambiente, que exijan responsabilidad en situaciones no contempladas por la presente Directiva o que establezcan una responsabilidad más estricta. Y, de este modo, el contenido de la futura Directiva se erige en una armonización de mínimos, pero admite la posibilidad de que los ordenamientos estatales vayan más allá sin que ello suponga una colisión normativa.

72. Además, la Propuesta de Directiva de la Comisión apela a los Estados miembros a garantizar que las disposiciones estatales que se desarrollen con el objetivo de trasponer la Directiva sean consideradas como normas imperativas en el caso de que la ley señalada para regular dicha responsabilidad sea la de un tercer Estado. Ahora bien, teniendo en cuenta que los Estados pueden trasponer el contenido de la Directiva de muy diferentes formas, se trata sin lugar a duda de una apuesta que nos obligará a analizar la forma de implementar la Directiva en cada Estado miembro.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

73. El acceso a la justicia y la garantía de una tutela judicial efectiva para las víctimas de abusos de DDHH producidas por empresas en el ejercicio de sus actividades transfronterizas, cuando se producen en terceros Estados, no se garantiza con los mecanismos de litigación internacional coexistentes en la actualidad. La frecuente denegación de justicia con la que se tropiezan los afectados apela a una mayor regulación de la responsabilidad civil y de los comportamientos empresariales y a una mejora de los mecanismos judiciales para dotar a las víctimas de las herramientas eficaces, que les permitan exigir conductas empresariales más responsables y respetuosas con los DDHH.

74. La armonización sustantiva y la unificación de los instrumentos de Derecho Internacional privado se convierten en vías complementarias que deben evolucionar de manera paralela con el objetivo de aumentar la protección de los

DDHH a nivel global. Para alcanzar una mayor regulación de los comportamientos empresariales e instaurar mecanismos adecuados de diligencia empresarial a lo largo de la cadena de suministro, el legislador europeo ha optado por lanzar una Propuesta de Directiva mediante la que pretende instaurar un régimen de responsabilidad civil obligatorio que exigirá a las empresas europeas– y a las que quieran operar en Europa– a cumplir con determinados mecanismos de diligencia debida a lo largo de toda la cadena de suministro.

75. La aprobación de una Directiva va a suponer una mayor regulación de los comportamientos empresariales y, quizás, una mayor responsabilidad desde el punto de vista sustantivo, pero también debemos mejorar los mecanismos de acceso a justicia para los supuestos de reparación a través de la adecuación de los instrumentos existentes a las particularidades propias de este tipo de daños. Sin embargo, la Propuesta final de la Comisión Europea de Directiva deshecha la modificación de los instrumentos de DIPr propuesta por el Parlamento en su Informe inicial.

76. La complejidad que presenta tanto el Derecho de sociedades como el Derecho de daños ha llevado al legislador europeo a optar por la Directiva como herramienta armonizadora dirigida a instaurar paulatinamente unos estándares mínimos comunes en el ámbito de la diligencia empresarial. Ahora bien, en cierto modo, podemos concluir que si lo que se quería era asegurar la aplicación de unos mínimos comunes y que la norma europea de diligencia debida se aplicara a lo largo de toda la cadena de suministro en toda Europa se podía haber optado por la elaboración de un Reglamento específico en la materia y no una Directiva. Con un Reglamento se garantizaría la aplicación uniforme en todos los Estados miembros independientemente de la ley señalada por el Reglamento Roma II y desaparecería de manera definitiva la incertidumbre derivada de la necesidad de establecer ley aplicable, sin modificar el Reglamento Roma II. La Unión Europea ha utilizado previamente el Reglamento como instrumento dirigido a unificar determinados sectores en materia de diligencia debida empresarial, así sucede con en el Reglamento sobre la madera⁶⁸ o el Reglamento sobre minerales en conflicto⁶⁹ que abordan cuestiones específicas de manera sectorial.

77. Otra opción posible y que incrementaría la autonomía de la voluntad de las partes y, a la vez, mitigaría la inseguridad existente en la actualidad, es adecuar las normas de conflicto del Reglamento Roma II a los supuestos de abusos de DDHH. Desde la perspectiva del Reglamento Roma II, el primer Informe

⁶⁸ Reglamento (UE) n° 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 octubre 2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera, DO L295 de 12.11.2010.

⁶⁹ Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 mayo 2017 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, DO L130 de 19.5.2017.

presentado por el Parlamento incluía una ambiciosa propuesta dirigida a introducir en su articulado un precepto basado en el principio de ubicuidad que pone a disposición de los demandantes la posibilidad de elegir entre las leyes de varios lugares con los que el daño está estrechamente relacionado. En cierto modo, la dificultad de llegar a un consenso en torno a las normas de conflicto reguladoras de la responsabilidad extracontractual de las empresas por violación de DDHH puede ser mitigada por iniciativas de aproximación material que asienten unos estándares mínimos de diligencia debida pero nos parece mucho más eficaz apostar por una actuación complementaria de la técnica de armonización conflictual en tanto nos permitiría avanzar a una mayor velocidad en un ámbito en el que se requiere dar pasos firmes hacia una mayor protección de los DDHH.

78. Sin perjuicio de las distintas formas de implementar la Directiva de los distintos Estados miembros que pueden desarrollar sus normas estatales y trasponer la futura Directiva apostando por mayores o menores estándares de obligación de responsabilidad empresarial, la introducción de una norma de conflicto específica en el Reglamento Roma II dirigida a garantizar la aplicación de la ley más favorable a la víctima, de un modo similar a como ha instaurado el Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales en materia de contratos de trabajo, supondría la consolidación de unos estándares mínimos a nivel europeo en materia de protección de los DDHH totalmente acordes con nuestra cultura de defensa y protección de los DDHH. En este sentido apostamos por integrar una norma específica en el Reglamento Roma II en la que se otorgue a las partes la posibilidad de elegir, como hace el art. 7 Reglamento Roma II en el ámbito de la responsabilidad por daños medioambientales, entre la ley del lugar del daño y la ley del domicilio o residencia del demandado.

79. Mientras tanto la cláusula de orden público del Reglamento Roma II puede ser utilizada para rechazar la aplicación de ordenamientos no garantes de los DDHH en aras a prevenir los abusos de DDHH y a consolidar una política europea más protectora. Y las normas imperativas para avalar la aplicación de los estándares del foro cuando se consiga litigar ante tribunales europeos.

BIBLIOGRAFÍA

- Mills, A.: "The application of multiple laws under the Rome II Regulation", *The Rome II regulation on the law applicable to non-contractual obligations*, John Ahern y W. Binchy (eds.) Martinus Nijhof, Leiden-Boston, 2009, pp. 133-152.
- Álvarez Torné, M.: "El Derecho Internacional privado ante las vulneraciones de Derechos Humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE", *REDI*, vol. LXV (2013)2, pp. 157-190.

- Álvarez Rubio, J.J.: Agoues, C., Iruretagoiena I., y Magallón, N.: *Difamación y protección de los Derechos de la personalidad; la ley aplicable en Europa*, Aranzadi–Thomson Reuters, 2009.
- Amores Conradi, M.A., y Torralba Mendiola, E.: “XI tesis sobre el estatuto delictual”, *REEL*, 2000, nº 8, pp. 1–34.
- Amores Conradi, M.A.: “Art. 10.9”, en M. Albaladejo (Director), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T.I, vol. 2, Madrid, 1995.
- : “Capítulo V”, *Derecho Internacional privado. Parte especial*, J. González Campos y otros, Centro de estudios superiores sociales y jurídicos, Maderid, CESJ Ramón Carande, , 1993, pp. 291–335.
- Bogdan, M.: “General Aspects”, en *The unification of choice of law rules on Torts and other non-contractual obligations in Europe*, A. Malatesta (ed.), Pádua, Cedam, 2006, pp. 33–44.
- Bouza Vidal, N.: “Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria–Gasteiz*, 2004, pp. 31–91.
- Calvo A.L., y Carrascosa, J.: “Obligaciones extracontractuales”, *Tratado de Derecho Internacional privado*, A. L. Calvo y J. Carrascosa (dres.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 3659–3838.
- Carella, G.: “The law applicable to non-contractual obligations other than tort or delict”, en *The unification of choice of law rules and torts and other non-contractual obligations in Europe*, A. Malatesta (ed.), Pádua, Cedam; 2006, pp. 73–84.
- Conradi M. A, y Torralba, E.: “Difamación y Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 251–265.
- De Boer, T.M.: *Beyond lex loci. Conflicts Methodology and Multistate Torts in America Case Law*, Deventer, Kluwer, 1987.
- Díez–Picazo, L., *Derecho de daños*, Pamplona, Civitas, 1999.
- Duran Ayago, A.: “Sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los Derechos Humanos en terceros países (a propósito de la Ley francesa 2017–399, de 17 de marzo 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices y sus filiales)”, *AEDIPr.*, t. XVIII, 2018, pp. 323–348.
- Enneking, L.: “Judicial remedies: applicable law”, en *Human rights in business. Removal of barriers to acces to Justice in the European Union*, J.J. Álvarez Rubio y K. Yiannibas (eds.) Routledge, NY, 2017, pp. 38–74.
- Fallon, M.: “La relación del Reglamento Roma II con otras normas d conflicto de leyes “, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 187–217.
- Fentiman, R.: “The significance of close connection”, en *The Rome II Regulation on the law applicable to non contractals obligations*, J. Ahern, W. Binchy (eds.), Leiden–Boston, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 85–112.
- Fernández Rozas J.C., y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho Internacional privado*, 3ª ed., Cizur Menor, Thomson Civitas, 2004.
- Garau Juaneda, L.: “Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito civil”, en *La responsabilidad internacional. Actas de las XIII jornadas de la AEPDIRI*, Alicante, 1990, pp. 403 ss.
- Garcimartin Álferez, F.: “Un apunte sobre la llamada “regla general” en el Reglamento Roma I”, *AEDIPr.*, t. VIII, 2007, pp. 241–250.
- González Campos J. y otros: *Derecho Internacional Privado. Partes especial*, 6ª ed., Madrid, Eurolex, 1995.

- Iglesias Buhiges, J.L.: “Las obligaciones extracontractuales en el Anteproyecto de Convenio CEE y en el Derecho conflictual español”, *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Mijangos de la Muela*, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 1123–1145.
- Iriarte Ángel, J.L.: “Lugar donde se produce el daño y consecuencias indirectas del hecho dañoso en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Culpa y Responsabilidad*, L. Prats, G. Tomás (coords), Cizur Menor, 2017, pp. 597–612.
- Kadner Graziano, T.: “Freedom to choose the applicable Law in tort”, *The Rome II Regulation on the law applicable to non contractual obligations*, J. Ahern y W. Binchy (eds.), Martinus Nijhoff, 2009, Leiden–Boston, pp. 113–129.
- Khan–Freund, O.: “Delictual liability and the Conflict of laws”, *Recueil des Cours*, 1968–III.
- Leible, S.: “El alcance de la autonomía de la voluntad en la determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el Reglamento Roma II”, *AEDIPr.*, t. VII, 2007, pp. 219–239.
- Marín López, A.: “Unificación del Derecho Privado material y Unificación del Derecho Internacional Privado”, *Revista de Derecho Español y Americano*, 1967, pp. 23–41.
- Morris, J.H.C.: “The Proper law of the tort”, *Harvard L. Rev.*, vol. 64, 1951, pp. 881–895.
- Palao Moreno, G.: “Hacia la unificación de las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales en Europa (una visión crítica del anteproyecto de Reglamento Roma II)”, *Derecho patrimonial europeo* (G. Palao, L. Prats, M.J. Reyes, dirs.), Pamplona, 2003, p. 271.
- Palao Moreno, G.: *Responsabilidad civil extracontractual en el derecho europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 175–239.
- Palao Moreno, G.: “Responsabilidad civil y Derecho Internacional privado”, en *Derecho de daños*, M. E. Clemente y M.E. Cobas (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, Va 2021, pp. 2005–20078.
- Pryles, C.: “Tort and Related Obligations in Private International Law”, *Recueil des Cours*, 1991–II.
- Requejo Isidro, M.: “Acces to remedy. Abusos contra Derechos Humanos en terceros Estados, ¿Justicia civil en Europa?”, en *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de Derechos Humanos*, F. Z. Cabot, J. García y L. Sales (eds.), Cuadernos de la Catedra de Democracia y Derechos Humanos, nº 9, Universidad de Alcalá, Madrid, 2013, pp. 79–108.
- Sanguinetti, W. y Bautista, J. (dirs.), *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Cizur Menos, Thomson Reuters, 2022.
- Saravalle, A.: “Recenti sviluppi in materia di responsabilità civile in diritto internazionale privato comparato”, *Riv. dir.int.pr.proc.*, 1995, pp. 657–672.
- Morse, C.G.J.: “Choice of Law in Tort: a comparative survey”, *Am. J. Comp. L.*, 1984, pp. 51 y ss.
- Scott, A.: “The Scope of non contractual obligations”, en *The Rome II Regulation on the law applicable to non contractual obligations*, Martinus Nijhoff, Leiden–Boston, 2009, pp. 57–84.
- Siher, K.: “Violation of Privacy and rights relating to the personality”, *The unification of choice of Law Rules and Torts and Other non-contractual obligations in Europe*, A. Malatesta (ed.), Pádua, Cedam, 2006, pp. 159–172.
- Weintraub, B.: “Rome II and the tension between predictability and flexibility”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2005, pp. 561–572.

