

Recibido: 29 junio 2022
Aceptado: 29 julio 2022

Derechos humanos, diligencia debida y sostenibilidad empresarial: implicaciones para el Derecho Internacional Privado europeo a propósito de una Propuesta de Directiva en el aire *

Antonia DURÁN AYAGO **

SUMARIO: I. Contexto II. Responsabilidad social corporativa y deber de diligencia: hacia un Derecho mercantil materialmente orientado hacia la sostenibilidad 1. La fundamentación: deber de diligencia y control de dirección 2. Base normativa y objetivos de la futura Directiva 3. Ámbito subjetivo de aplicación 4. Ámbito de acción III. El papel del DIPr. para hacer efectiva la diligencia debida en las empresas multinacionales y transnacionales 1. Consideraciones preliminares 2. Propuestas de modificación por el Parlamento Europeo: A) Propuestas de reforma en competencia judicial internacional; B) Propuestas de reforma en Derecho aplicable IV. A modo de conclusión.

RESUMEN: El cambio de paradigma en las relaciones de las empresas multinacionales y transnacionales con los Derechos humanos parece que va a llegar a la legislación de la Unión Europea a través de una normativa sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial. Si finalmente llegara a aprobarse (en estos momentos, tenemos la propuesta de Directiva, presentada por la Comisión el 23 febrero 2022), la Unión Europea se situaría a la vanguardia de una necesaria transformación que aportaría justicia a la sostenibilidad. Para ello, son necesarios también cambios en la normativa europea de Derecho Internacional Privado. Algunos de ellos fueron propuestos en la 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)). En este trabajo nos proponemos analizar si los cambios propuestos por el Parlamento Europeo, si finalmente cristalizaran en la modificación del Reglamento (UE) 1215/2012 y del Reglamento (CE) 864/2007, serían suficientes.

PALABRAS CLAVE: EMPRESAS MULTINACIONALES, DERECHOS HUMANOS, RESPONSABILIDAD CIVIL, DEBER DE VIGILANCIA, COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL, DERECHO APLICABLE

* Este trabajo tiene su origen en A. Durán Ayago, “Desde la Propuesta de Directiva de diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial hasta su concreción en el espacio judicial europeo”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núms. 91–92, 2022, pp. 1–17. En el presente artículo se ha desarrollado la parte relativa a los cambios que provocaría en el DIPr. de origen europeo esta Propuesta de Directiva.

** Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Salamanca. ORCID ID: 0000-0003-3112-0112.

Human rights, due diligence and corporate sustainability: implications for European Private International Law regarding a Proposal for a Directive in the air

ABSTRACT: The paradigm shift in the relations of multinational and transnational companies with Human Rights seems to be reaching the legislation of the European Union through regulations on due diligence in matters of corporate sustainability. If it were finally approved (at the moment, we have the proposal for a Directive, presented by the Commission on February 23, 2022), the European Union would be at the forefront of a necessary transformation that would bring justice to sustainability. For this, changes are also necessary in the European regulations of Private International Law. Some of them were proposed in the Resolution of the European Parliament, of March 10, 2021 with recommendations addressed to the Commission on due diligence of companies and corporate responsibility (2020/2129(INL). In this work we intend to analyze if the changes proposed by the European Parliament, if they finally crystallized in the modification of Regulation (EU) 1215/2012 and Regulation (EC) 864/2007, they would be sufficient.

KEYWORDS: MULTINATIONAL COMPANIES, HUMAN RIGHTS, CIVIL RESPONSIBILITY, DUT OF VIGILANCE, INTERNATIONAL JUDICIAL JURISDICTION, APPLICABLE LAW

I. CONTEXTO

1. Cuando hace cinco años vio la luz, tras un atropellado proceso legislativo¹, la Ley del deber de diligencia francesa, de 27 marzo 2017², solo los muy avezados podrían atreverse a vaticinar un cambio de paradigma en el Derecho mercantil europeo respecto de la responsabilidad social corporativa y el deber de diligencia, ni que esto pudiera suponer cambios en el sistema de Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr.)³, atrevimiento que, es verdad, estaba revestido de cierto escepticismo, sobre todo debido a la posición que la Unión Europea había adoptado en la negociación de la elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante de respeto a los Derechos humanos por parte de las empresas multinacionales y transnacionales (*Binding Treaty*)⁴. Pero poco tardamos en comprobar que la mecha había prendido, pues tras la ley francesa

¹ Vid. N. Cuzacq, “Commentaire des propositions de loi relatives au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre”, *Revue de Droit du Travail*, nº 4, 2014, pp. 265–266.

² LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre (1) – Légifrance (legifrance.gouv.fr).

³ A. Durán 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 27 marzo 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 323–348; *id.*, “Lex Damni vs. Lex Societatis en la aplicación de la ley francesa del deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales: crónica de un diálogo necesario”, *Cuadernos de Derecho Deusto*, nº 63, 2020, Bilbao, pp. 183–206.

⁴ Vid. Resolución A/HRC/RES/26/9 “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”: adoptada con votación en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 26 junio 2014 [<https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx>].

llegaron cambios en Holanda⁵, Alemania⁶ o Noruega⁷ y proyectos en Austria⁸, Luxemburgo⁹, Finlandia¹⁰, Reino Unido¹¹ o Suiza¹², que han contribuido a apuntalar el inicio de un cambio de tendencia¹³, basado también en la supervivencia competitiva de las empresas, fundamentalmente de las grandes empresas, en una sociedad en la que el poder del consumidor todavía no ha alcanzado las cotas de influencia que le corresponden, pero cuya importancia ya se atisba en las decisiones de producción de algunas grandes empresas¹⁴.

2. En este contexto, el 10 marzo 2021, el Parlamento Europeo aprobó una propuesta dirigida a la Comisión para desarrollar una Directiva vinculante que

⁵ Ley de debida diligencia en materia de trabajo infantil, de 24 octubre 2019, *vid.* [<<https://proyectotranslab.usal.es/wp-content/uploads/sites/83/2021/04/Wet-zorgplicht-kinderarbeid-401-2019.pdf>>] y Update: Frequently Asked Questions about the new Dutch Child Labour Due Diligence Law – MVO Platform>]. Téngase en cuenta también el Proyecto de ley, de 11 marzo 2021, sobre debida diligencia en las cadenas de valor para combatir las violaciones de los derechos humanos, los derechos laborales y el medio ambiente en el comercio exterior, accesible en [<<https://proyecto-translab.usal.es/wp-content/uploads/sites/83/2021/05/NL-Bill-for-Responsible-and-Sustainable-International-Business-NL-Conduct-unofficial-translation-MVO-Platform.pdf>>], consultado el 24 junio 2022>].

⁶ Ley sobre la debida diligencia corporativa en las cadenas de suministro, aprobada en 2021, *vid.* [<https://proyectotranslab.usal.es/wp-content/uploads/sites/83/2021/11/bgb121s2959_79917.pdf>] y [<<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw23-de-lieferkettengesetz-845608>>].

⁷ Ley de transparencia empresarial y trabajo con derechos humanos básicos y trabajo decente, aprobada en 2021, *vid.* Lovvedtak (stortinget.no), consultado el 24 junio 2022.

⁸ En mayo de 2020, un grupo de diputados presentó un proyecto de Ley de Responsabilidad Social en el sector textil, encaminado a prohibir el trabajo infantil y los trabajos forzados en las cadenas de suministro de los productos textiles y de calzado que entren en el mercado austriaco.

⁹ El gobierno se comprometió en 2018 a explorar la posibilidad de adoptar una legislación en materia de diligencia debida empresarial. En 2020, encargó un estudio al respecto a la Universidad de Luxemburgo.

¹⁰ En junio de 2019, el gobierno finlandés se comprometió a desarrollar legislación en materia de diligencia debida empresarial, así como a trabajar en la Unión Europea y en la ONU a favor de la adopción de medidas similares a escala internacional. En junio de 2020, el Ministerio de Empleo publicó un estudio sobre las opciones legislativas disponibles.

¹¹ El gobierno propuso, en noviembre de 2020, la introducción de una nueva ley que establecería obligaciones de diligencia debida empresarial con relación a los productos que conlleven riesgos medioambientales para los bosques y prohibiría a las empresas británicas utilizar dichos productos si no se han respetado las leyes locales que protegen los bosques y los ecosistemas naturales.

¹² Tras un largo proceso legislativo alrededor de la iniciativa, ésta se sometió a referéndum el pasado noviembre de 2020. La iniciativa obtuvo una mayoría de votos a favor (50,7%), pero no en la mayoría de los cantones suizos (además de la mayoría de los votos, la ley electoral exige que al menos 12 cantones apoyaren la iniciativa), por lo que finalmente no fue adoptada.

¹³ Un análisis sobre las leyes francesa, holandesa, alemana y noruega se puede ver en A. Guamán, *Diligencia debida en Derechos humanos. Posibilidades y límites de un concepto en expansión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 147 ss.

¹⁴ A. Durán Ayago, “Sobre la responsabilidad de las empresas...”, *loc. cit.*, p. 328; *id.*, “Empresas, Derechos humanos, ODS y consumidores”, entrada publicada el 27 marzo 2019 en Blog en [<<https://diarium.usal.es/aduran/2019/03/27/empresas-derechos-humanos-ods-y-consumidor/>>]. *Vid.* también R. M. Fernández Martín, “Gobernanza corporativa en la Unión Europea: oportunidades de cambio para un desarrollo sostenible”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 45, 2011, pp. 97–115.

estableciera obligaciones para las empresas en relación con la debida diligencia en materia de Derechos humanos, medioambiente y corrupción¹⁵. En su nota de prensa, el Parlamento Europeo hablaba del fin de la impunidad de las empresas que causen daños a las personas o al planeta¹⁶. Un año después, el 23 febrero 2022¹⁷, la Comisión presentaba la Propuesta de Directiva de diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial¹⁸, incardinada en el Plan de Acción de la Unión Europea sobre Derechos Humanos y Democracia 2020–2024¹⁹, que incluye un compromiso para la Unión y los Estados miembros de fortalecer su empeño para promover activamente la implementación de estándares internacionales sobre conducta empresarial responsable²⁰, como las Directrices de la ONU en los Principios sobre Empresas y Derechos Humanos y las Líneas Directrices de la OCDE sobre Empresas Multinacionales y Diligencia Debida²¹,

¹⁵ *Vid.* 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)), accesible en Textos aprobados – Diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa – Miércoles 10 marzo 2021 (europa.eu), consultado el 20 junio 2022. Una valoración de la misma desde el derecho material puede leerse en A. Guamán, “La Unión Europea y la diligencia debida: contexto, propuestas y razones para el paso del soft al hard law”, en F.J. Zamora Cabot, L. Sales Pallarés y M. C. Marullo, *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 93–113; H. Barreto, “Limitaciones de la noción de diligencia debida en materia laboral: comentarios a la reciente Resolución del Parlamento Europeo”, *Derecho laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, nº 281, 2021, pp. 21–33.

¹⁶ *Vid.* [<https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20210304IPR99216/fin-de-la-impunidad-para-las-empresas-que-causen-danos-al-planeta-o-las-personas>], consultado el 23 junio 2022. L. S. De Erice Aranda, “¿El fin de la impunidad? Análisis de la nueva iniciativa del Parlamento Europeo respecto a Derechos Humanos y empresas”, *Revista de Estudios Europeos*, vol. 79, enero-junio 2022, pp. 473–497.

¹⁷ Puede verse nota de prensa en Corporate sustainability due diligence (europa.eu), consultado el 22 junio 2022.

¹⁸ Bruselas, 23 febrero 2022 COM (2022) 71 final 2022/0051 (COD), accesible en [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_1_183885_prop_dir_susta_en.pdf], consultado el 22 junio 2022.

¹⁹ Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el Plan de Acción de la UE sobre Derechos Humanos y Democracia 2020–2024 (JOIN/2020/5 final), accesible en EUR-Lex – 52020JC0005 – EN – EUR-Lex (europa.eu), consultado el 22 junio 2022.

²⁰ El marco normativo internacional en el que encuadrar este cambio de paradigma se halla en el Pacto Mundial de las Naciones Unidas – Principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos, 2011; Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), 2011; Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 204.^a reunión (Ginebra, noviembre de 1977) y enmendada en sus 279.^a (noviembre de 2000), 295.^a (marzo de 2006) y 329.^a (marzo de 2017) y, en el ámbito específico del sector extractivo, los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos (2000).

²¹ En concreto, los Principios rectores pretenden proporcionar las directrices esenciales para responsabilizar a todos los actores implicados en la tutela y promoción de los derechos fundamentales. Y se apoyan en tres pilares: a) el primero se centra en la obligación de los Estados de proteger los Derechos humanos frente a las violaciones procedentes del sector privado (*state duty to protect*); b) el segundo gira en torno a la responsabilidad de las empresas de respetar los Derechos humanos

y se alinea con la Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos del Niño²², que compromete a la Unión con un enfoque de tolerancia cero contra el trabajo infantil, y con la Estrategia de la Unión Europea para combatir la trata de seres humanos 2021–2025²³.

3. La Propuesta de Directiva de la Comisión, con lenguaje mucho más moderado que el utilizado en la Propuesta que presentó el Parlamento Europeo, tiene como objetivo fomentar un comportamiento empresarial sostenible y responsable en las cadenas de suministro mundiales, para lo que se exigirá a las empresas que determinen y, cuando sea necesario, prevengan, atajen o mitiguen los efectos adversos de sus actividades sobre los Derechos humanos, como el trabajo infantil y la explotación de los trabajadores, y sobre el medio ambiente, como la contaminación o la pérdida de biodiversidad²⁴. Sostiene que para las empresas estas nuevas reglas brindarán seguridad jurídica y condiciones de competencia equitativas, y para los consumidores e inversores, proporcionarán más transparencia. Considera la Comisión que las nuevas normas de la Unión Europea impulsarán la transición ecológica y protegerán los Derechos humanos en Europa y fuera de ella.

4. Conjuntamente con esta Propuesta, se ha presentado una Comunicación en la que la Comisión reafirma el compromiso de la Unión Europea de defender el trabajo digno, tanto dentro como fuera de la Unión, situando en el centro la eliminación del trabajo infantil y el trabajo forzoso²⁵. Para su contextualización, aporta esclarecedores datos, entre ellos, que 160 millones de niños, uno de cada diez en todo el mundo, están en situación de trabajo infantil²⁶ y 25 millones de personas están en una situación de trabajo forzoso²⁷. Datos que nos dan idea del

(*responsibility to respect*) y c) el tercer pilar se refiere a la responsabilidad de los Estados y de las empresas de proporcionar recursos efectivos a las víctimas de los abusos (*access to remedies*).

²² Comunicación de la Comisión sobre la Estrategia de la UE sobre los derechos del niño (COM/2021/142 final), accesible en EU Strategy on the Rights of the Child – Illustrated version | European Commission (europa.eu), consultado el 22 junio 2022.

²³ Comunicación de la Comisión sobre la Estrategia de la UE para combatir la trata de seres humanos 2021–2025 (COM(2021) 171 final), accesible en EU Strategy on Combating Trafficking in Human Beings (2021–2025) (europa.eu), consultado el 22 junio 2022.

²⁴ *Vid.* diferentes análisis sobre la misma en *Oxford Business Law Blog*, accesible en [https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog?terms_15=2223], consultado el 27 junio 2022.*rd*

²⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social sobre el trabajo digno en todo el mundo para una transición justa mundial y una recuperación sostenible, Bruselas, 23 febrero 2022 COM (2022) 66 final, *vid.* [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1187], consultado el 22 junio 2022.

²⁶ Explica la Comisión que, aunque en términos generales se ha producido una reducción significativa en las últimas décadas del número de niños en situación de trabajo infantil (de 245,5 millones en 2000 a 151,6 millones en 2016), sin embargo, el número ha aumentado en más de 8 millones entre 2016 y 2020, invirtiendo la tendencia positiva anterior, *vid.* [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1187], consultado el 28 febrero 2022.

²⁷ *Vid.* [<https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/lang--en/index.htm>], consultado el 25 febrero 2022.

enorme desafío que se tiene por delante, y también de cómo durante demasiado tiempo algunas grandes empresas han actuado y actúan al margen de la ley, prevaliéndose de la situación de vulnerabilidad y necesidad en la que se encuentran muchas personas en Estados en vías de desarrollo²⁸.

5. Apunta la Comisión que la Unión Europea reforzará sus acciones basándose en los cuatro elementos del concepto universal del trabajo digno, desarrollado por la Organización Internacional del Trabajo y reflejado en los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas²⁹: 1) la promoción del empleo; 2) las normas y los derechos del trabajo, incluida la eliminación del trabajo forzoso y del trabajo infantil; 3) la protección social y 4) el diálogo social y tripartismo. La Comisión ha anunciado, además, que está preparando una nueva iniciativa legislativa que prohibirá de hecho la comercialización en el mercado de la Unión Europea de productos fabricados mediante trabajo forzoso, incluido el trabajo infantil.

6. Sin perjuicio de que la Propuesta de Directiva que ha presentado la Comisión ahora está siendo objeto de debate hasta, en su caso, definitiva aprobación por el Parlamento Europeo y el Consejo, debiendo ser incorporada luego a la legislación de los Estados miembros, el propósito de este trabajo es ofrecer una valoración de lo que aportaría esta Directiva si llegara a aprobarse, fundamentalmente desde la óptica internacional–privatista, para valorar cuáles son los principales cambios que deberían producirse en la normativa del DIPr. europeo para garantizar un ágil acceso a la tutela judicial efectiva por parte de las víctimas que pueda provocar la acción de las empresas multinacionales y transnacionales contraria a los Derechos humanos. Y aunque hayan desaparecido de la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión, las recomendaciones del Parlamento Europeo de modificación tanto del Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) [en adelante, Reglamento (UE) 1215/2012]³⁰, como del Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”) [en adelante, Reglamento Roma II]³¹, partiremos de su análisis para valorar si los cambios propuestos son adecuados, o si, en su caso, es conveniente una reforma más profunda de la normativa de DIPr. europeo.

²⁸ El 23,9 % de los niños y las niñas entre 5 y 17 años que trabajan lo hacen en países del África Subsahariana (en torno a 87 millones), *vid.* tabla en p. 6 [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1187].

²⁹ *Vid.* [<https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--en/index.htm>], consultado el 22 junio 2022.

³⁰ DO nº 351 de 20.12.2012.

³¹ DO nº 199 de 31.7. 2007.

**II. RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA Y DEBER DE DILIGENCIA:
HACIA UN DERECHO MERCANTIL MATERIALMENTE ORIENTADO
HACIA LA SOSTENIBILIDAD**

1. La fundamentación: deber de diligencia y control de dirección

7. El concepto de deber de diligencia procede del Derecho anglosajón y hace referencia a las medidas que una empresa debe tomar para tener conocimiento, prevenir y responder de los efectos negativos de sus actuaciones sobre los Derechos humanos³². Precisa Giner que la debida diligencia implica, en primer lugar, esforzarse por conocer el contexto del país en el que las empresas desarrollan sus actividades y entender las cuestiones relacionadas con los Derechos humanos en ese entorno. Conlleva, además, realizar un diagnóstico de las prácticas y políticas corporativas, así como un análisis objetivo de los efectos reales y potenciales de sus actividades con el objetivo de identificar cuestiones importantes con enfoque en los Derechos humanos. Y supone, al fin, evitar estimular, perpetuar o contribuir a vulneraciones de estos derechos por medio de relaciones vinculadas a sus actividades³³.

³² Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los Derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, Adición – Resumen de cinco reuniones de consulta con múltiples interesados, A/HRC/8/16, acceso el 7 marzo 2022, [https://observatoriorsc.org/wp-content/uploads/2013/11/Proteger_respetar_remediar_abril_2008.pdf]; L. Smit / C. Bright / R. McCorquodale / M. Bauer / H. Deringer / D. Baeza-Breinbauer / F. Torres-Cortés / F. Alleweldt / S. Kara / C. Salinier / H. Tejero Tobed, “Study on due diligence requirements through the supply chain. Final Report”, 2020, accesible en [<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>], consultado el 23 junio 2022. *Vid.* también I. Daugareilh, “La responsabilité sociale des entreprises, un projet européen en panne”, *Sociologie du travail*, vol. 51, nº 4, pp. 499–517; M.A. Moreau (ed.), *Dossier spécial Le devoir de vigilance, Droit social*, 2017, pp. 798–805; W. Sanguineti Raymond y J. B. Vivero Serrano, “El imparable avance de la diligencia debida en materia de derechos humanos”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, número monográfico 14 (noviembre de 2021), pp. 1–7; M.L. Martín Hernández, “El tránsito hacia la debida diligencia obligatoria de las empresas multinacionales : la perspectiva de la Unión Europea (1)”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, número monográfico 14 (noviembre de 2021), pp. 1–64.

³³ A. Giner, “Las empresas transnacionales y los Derechos Humanos”, *Law Harremanak* 19 (2008-II), p. 79. Según V. Brino, “La diligencia debida: ¿un nuevo paradigma normativo para la tutela de los trabajadores en las cadenas globales de valor?”, en W. Sanguineti Raymond (dir.), *Comercio internacional, trabajo y Derechos Humanos*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2021, pp. 44–45, se trata de “un proceso dirigido a introducir una dimensión de prudencia, a través de la realización de un control preventivo y diversificado en la fase de elaboración de una decisión, que impone la consideración a los fines de la misma de factores externos, sustanciándose en el conjunto de conductas adoptadas por las empresas para identificar, prevenir, mitigar y finalmente verificar el impacto de sus acciones sobre los derechos humanos”.

8. Por su parte, el control de dirección se plasma de forma diversa en cada ordenamiento jurídico, pero hace referencia al control económico, financiero y administrativo que la empresa matriz suele tener sobre sus filiales³⁴. Demostrar el control de dirección de la empresa matriz sobre la filial causante del daño puede suponer un elemento determinante para imputar la responsabilidad directamente a la empresa matriz, con todo lo que ello puede conllevar para hacer realidad el resarcimiento del daño causado.

9. Mientras los textos internacionales que han afrontado la relación entre las grandes empresas y los Derechos humanos hacen hincapié en la necesidad de que las empresas se guíen por la diligencia debida, pero se trata de normas de *soft law*, esto es, recomendaciones, no obligaciones legales, lo verdaderamente novedoso de la Propuesta de Directiva europea es que pretende hacer vinculante este deber para las grandes empresas. Obviamente, sólo desde la responsabilidad legamente exigida podrá luego exigirse responsabilidad por lo no cumplido³⁵. Por eso, es importante que la diligencia debida y el control de dirección sean integrados en el concepto más amplio de la responsabilidad social corporativa como obligación legamente exigible.

10. Con ello se avanza en un Derecho mercantil materialmente orientado a la sostenibilidad. Las dimensiones social y relacional de la diligencia debida y del control de dirección permiten así frenar la fragmentación de las estructuras de producción, que posibilita a las empresas que operan en el mercado mundial minimizar tanto los costes de producción como los riesgos jurídicos y financieros derivados de sus impactos en la sociedad y el medio ambiente, y permite “doblegar dos tótems” del Derecho de sociedades como son el principio de autonomía de la persona jurídica y el principio de responsabilidad limitada que han servido de diques para la materialización de la responsabilidad civil en los grupos de empresas y en las cadenas mundiales de valor³⁶.

2. Base normativa y objetivos de la futura Directiva

11. La base normativa para adoptar la Directiva que se propone se encuentra en los arts. 50 y 114 TFUE, el primero orientado a garantizar la libertad de establecimiento de las personas jurídicas en la Unión y el segundo habilitando a

³⁴ Vid. A.J. López Expósito, “Los grupos de sociedades, ¿ámbitos ajenos a responsabilidad ante acreedores y socios?”, *eXtoikos*, nº 13, 2014, pp. 31–36.

³⁵ M. Muñoz de Morales Romero, “Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, vol. 15, nº 30, 2020, pp. 948–992.

³⁶ I. Daugareilh, L. D’Ambrosio y T. Sachs, “La Ley francesa sobre el deber de vigilancia: presente y futuro de una innovación jurídica”, en W. Sanguineti Raymond (dir.), *Comercio internacional...*, loc. cit., p. 116.

la Unión a llevar a cabo una aproximación de legislaciones para garantizar en concreto en este caso esta libertad de establecimiento.

12. Se pretenden establecer, por tanto, unas disposiciones mínimas comunes que aminoren los efectos de la fragmentación normativa que en esta materia en estos momentos existe, y que puede conducir a un escenario en el que se vea afectada la libre concurrencia competitiva³⁷. Puede suceder que las empresas y sus directores, en particular aquellas que tienen cadenas de valor transfronterizas, ya se encuentren sujetos a diferentes requisitos en función del país en el que actúen, sin perjuicio de las exigencias a las que deba quedar sometida la empresa en función de donde tenga su sede social³⁸. Esto podría dar lugar a duplicidad de requisitos, dificultades en su cumplimiento, falta de seguridad jurídica para las empresas e incluso requisitos legales paralelos incompatibles entre sí. A la inversa, es posible que algunas empresas no entren en el ámbito de aplicación de ningún marco nacional por el mero hecho de que no tienen vínculos pertinentes en virtud de la legislación nacional con la jurisdicción de un Estado miembro que tenga en vigor normas de diligencia debida y, por lo tanto, obtengan una ventaja sobre sus competidores³⁹.

13. Tal y como se especifica en la Propuesta de Directiva, con ella se pretende fundamentalmente: (1) mejorar las prácticas de gobierno corporativo de las empresas para integrar mejor los procesos de gestión y mitigación de riesgos e impactos en los Derechos humanos y el medio ambiente, incluidos los que se producen en las cadenas de valor; (2) evitar la fragmentación de los requisitos de diligencia debida en el mercado único y aportar seguridad jurídica para las empresas y las partes interesadas con respecto al comportamiento esperado y la responsabilidad de la empresa; (3) establecer mecanismos para sancionar administrativamente a las empresas incumplidoras y hacerlas responsables civilmente del incumplimiento de los deberes de diligencia debida previstos.

³⁷ Considera A. Guamán Hernández, “El borrador de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Un análisis a la luz de las normas estatales y de la propuesta del Parlamento Europeo”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 88, 2022, p. 17, que “la verdadera preocupación radica en su voluntad de prevenir y remover los obstáculos a la libre circulación y las distorsiones de la competencia, armonizando los requisitos de diligencia debida impuestos a las empresas”. En este sentido, la considera más cercana a la ley alemana que a la francesa, siendo el objetivo último beneficiar la movilidad de las operaciones empresariales y las inversiones, más que poner fin a la impunidad empresarial y garantizar el acceso de las víctimas a la justicia y a la reparación, tal y como explícitamente se contemplaba en la Propuesta de Directiva elaborada por el Parlamento Europeo.

³⁸ Por ejemplo, de conformidad con la *Sorgfaltspflichtengesetz alemana*, cualquier empresa con una sucursal y al menos 3.000 empleados en Alemania (1.000 a partir de 2024) entra dentro del ámbito de aplicación de la Ley.

³⁹ *Vid. Propuesta de Directiva..., [<https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_1_183885_prop_dir_susta_en.pdf>], pp. 11 y 12.*

3. Ámbito subjetivo de aplicación

14. Según el art. 2 de la Propuesta de Directiva, esta se aplicará a todas las sociedades de responsabilidad limitada de la Unión Europea con más de 500 empleados y más de 150 millones de euros en facturación neta en todo el mundo⁴⁰, cuya estrategia empresarial deberá ser además compatible con la limitación del calentamiento del planeta a 1,5º C, de conformidad con el Acuerdo de París de 2015⁴¹. También se aplica a otras sociedades de responsabilidad limitada que operan en sectores definidos de alto impacto⁴², que no alcanzan los dos umbrales anteriores, pero tienen más de 250 empleados y una facturación neta de 40 millones de euros en todo el mundo⁴³. En lo que respecta a estas sociedades, el Estado miembro competente para regular las materias cubiertas por la presente Directiva será el Estado miembro en el que la sociedad tenga su domicilio social⁴⁴. Pero afectaría, además, también a empresas de terceros países activas en la Unión Europea con los mismos requisitos que los fijados para las empresas de la Unión Europa⁴⁵. Las pequeñas y medianas empresas no quedarían

⁴⁰ Se estima que estarían implicadas en este primer grupo en torno a 9.400 empresas.

⁴¹ [<https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf>].

⁴² En concreto, según dispone el art. 2.1 b), la fabricación de textiles, cuero y productos relacionados (incluido el calzado), y el comercio al por mayor de textiles, prendas de vestir y calzado; la agricultura, la silvicultura, la pesca (incluida la acuicultura), la fabricación de productos alimenticios y el comercio al por mayor de materias primas agrícolas, animales vivos, madera, alimentos y bebidas; la extracción de recursos minerales, independientemente de dónde se extraigan (incluido el petróleo crudo, el gas natural, el carbón, el lignito, los metales y las menas metálicas, así como todos los demás minerales no metálicos y productos de cantera), la fabricación de productos básicos productos metálicos, otros productos minerales no metálicos y productos metálicos fabricados (excepto maquinaria y equipo), y el comercio al por mayor de recursos minerales, productos minerales básicos e intermedios (incluidos metales y minerales metálicos, materiales de construcción, combustibles, productos químicos y otros productos intermedios).

⁴³ Serían en torno a 3.400 empresas las que se integrarían en este segundo grupo que operan en sectores definidos de alto impacto (textiles, agricultura, extracción de minerales). Para este grupo, las reglas comenzarían a aplicarse dos años más tarde que para las del primer grupo.

⁴⁴ En España en estos momentos la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de sociedades de capital aprobado por el RD Leg. 1/2010, de 2 de julio y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de auditorías de cuentas, reformó el art. 49 del Código de Comercio en materia de información no financiera y diversidad, estableciendo la obligación de presentar el estado de información no financiera consolidado para todas las sociedades con más de 250 trabajadores que, o bien tengan la consideración de entidades de interés público de conformidad con la legislación de auditoría de cuentas, o bien reúnan durante dos ejercicios consecutivos y a fecha de cierre de los mismos, al menos una de las siguientes circunstancias: 1) que el total de las partidas del activo sea superior a 20 millones de euros, o 2) el importe neto de la cifra anual de negocios consolidada supere los 40 millones de euros. Un análisis del ámbito subjetivo de las distintas leyes que sobre esta materia se han aprobado en distintos Estados europeos puede verse en A. Guamán Hernández, “El borrador de Directiva sobre diligencia debida...”, *loc. cit.*, p. 7.

⁴⁵ En torno a 2.600 empresas cumplirían los criterios de tener más de 500 empleados y más de 150 millones de euros en facturación neta en todo el mundo y en torno a 1.400 cumplirían los criterios de tener más de 250 empleados y una facturación neta de 40 millones de euros en todo el mundo.

directamente comprendidas en el ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva⁴⁶.

15. A los efectos de la aplicación de la Directiva, se entiende por filial una empresa controlada por la matriz, en los términos del art. 2, ap. 1, letra f), de la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁴⁷.

16. Si bien la Propuesta Directiva afectaría a unas 13.000 empresas de la Unión Europea y a unas 4.000 de terceros países, esta limitación implica que la propuesta de legislación afectaría a menos del 0,2 % de las empresas de la Unión Europea⁴⁸.

4. Ámbito de acción

17. La Directiva está pensada para aplicarse a las operaciones propias de la empresa, sus filiales y sus cadenas de valor (relaciones comerciales directas e indirectas establecidas)⁴⁹. Para cumplir con el deber de diligencia debida corporativa, las empresas deben: a) integrar la diligencia debida en sus estrategias; b) determinar los efectos negativos reales o potenciales en los Derechos humanos y el medio ambiente; c) prevenir o mitigar posibles efectos negativos; d) poner fin a los efectos negativos reales o reducirlos al mínimo; e) establecer y mantener un procedimiento de reclamación; f) supervisar la

⁴⁶ En la propuesta de Directiva presentada por el Parlamento Europeo, se especifica que se aplicaría también a las pequeñas y medianas empresas que cotizaran en el mercado de valores, así como a aquellas que fueran de alto riesgo.

⁴⁷ Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 diciembre 2004, relativa a la armonización de los requisitos de transparencia en relación con la información sobre emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE (DO L 390 de 31.12.2004, p. 38). En concreto, i) en la que una persona física o jurídica tenga la mayoría de los derechos de voto; ii) con respecto a la cual una persona física o jurídica tenga el derecho de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración, gestión o control y de la que al mismo tiempo sea accionista o asociado, o iii) en la que una persona física o jurídica que sea accionista o asociado controle ella sola la mayoría de los derechos de voto de los accionistas o de los asociados, respectivamente, en virtud de un acuerdo celebrado con otros accionistas o asociados de la empresa de que se trate, o iv) sobre la cual una persona física o jurídica pueda ejercer o ejerza efectivamente una influencia dominante o control.

⁴⁸ A juicio de la Plataforma por Empresas Responsables, “esta restricción tan dramática implica que la propuesta ignora de forma deliberada muchas operaciones comerciales dañinas, ya que el tamaño de la plantilla y la facturación anual no son indicadores fiables del impacto de una empresa en las vidas de trabajadores y comunidades en todo el mundo”, *vid.* [<https://empresasresponsables.org/graves-carencias-socavan-la-propuesta-de-la-comision-europea-sobre-debida-diligencia-empresarial-en-derechos-humanos-y-medioambientales/>]. consultado el 23 junio 2022.

⁴⁹ El art. 3 de la Propuesta de Directiva define relación comercial establecida como “una relación comercial, directa o indirecta, que sea o que se espera que sea duradera, habida cuenta de su intensidad o de su duración, y que no represente una parte insignificante o meramente accesoria de la cadena de valor”.

eficacia de la estrategia y las medidas de diligencia debida; y g) comunicar públicamente su estrategia sobre la diligencia debida (art. 4).

18. Pero repárese que estas obligaciones son de medios y no de resultado⁵⁰, lo que puede conducir a una regulación poco efectiva. Además, existe una laguna peligrosa que pone en riesgo la eficacia de la Directiva a la hora de evitar daños más allá del primer eslabón de la cadena de suministro, y que podría impedir que las víctimas puedan hacer responsables a las empresas. El borrador abre la posibilidad a que las empresas puedan cumplir con sus obligaciones añadiendo ciertas cláusulas en sus contratos con suministradores, transfiriendo el proceso de verificación a terceras partes. Las empresas no deberían poder trasladar sus responsabilidades a sus suministradores, o eludir las consecuencias del daño participando en planes sectoriales de naturaleza voluntaria⁵¹.

19. Según dispone el art. 5, los Estados miembros deben velar por que las empresas integren la diligencia debida en todas sus políticas corporativas y dispongan de una política de diligencia debida, que deberá contener: a) una descripción del enfoque de la empresa, incluso a largo plazo, con respecto a la diligencia debida; b) un código de conducta que describa las reglas y principios que deben seguir los empleados y subsidiarias de la empresa; c) una descripción de los procesos para implementar la diligencia debida, incluidas las medidas tomadas para verificar el cumplimiento del código de conducta y extender su aplicación a las relaciones comerciales establecidas.

20. En cuanto a la responsabilidad civil, el art. 22 indica que los Estados miembros deberán garantizar que las empresas sean responsables de los daños y perjuicios que ocasionen si no han adoptado las medidas necesarias para impedir impactos adversos o no han puesto en marcha mecanismos para ponerles fin una vez que han tenido lugar y como consecuencia de este incumplimiento, se ha producido un impacto adverso que debería haberse identificado, impeditido, mitigado, puesto fin o minimizado mediante las medidas apropiadas⁵².

El régimen de responsabilidad no regula quién debe probar que la actuación de la empresa fue razonablemente adecuada en las circunstancias del caso, por lo que esta cuestión se deja a la legislación nacional.

21. Pero lo más importante es que en la Propuesta no se hace referencia alguna a cómo se van a eliminar las importantes barreras legales que impiden a las víctimas llevar ante la justicia los casos de abusos empresariales que se producen fuera de la Unión Europea. Cuestión que sí abordaba el Parlamento Europeo en

⁵⁰ A. Guamán Hernández, “El borrador de Directiva sobre diligencia...”, *loc. cit.*, p. 4.

⁵¹ En palabras de la Plataforma por Empresas Responsables, *vid.* [<https://empresas-responsables.org/graves-carencias-socavan-la-propuesta-de-la-comision-europea-sobre-debida-diligencia-en-presarial-en-derechos-humanos-y-medioambientales/>].

⁵² *Vid.* A. Guamán Hernández, “El borrador de Directiva sobre diligencia...”, *loc. cit.*, p. 15, respecto de las diferencias de esta cuestión con la propuesta de Directiva presentada por el Parlamento Europeo.

su Propuesta, proponiendo modificaciones tanto en el Reglamento que regula la competencia judicial internacional como en el que regula la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual.

III. EL PAPEL DEL DIPR. PARA HACER EFECTIVA LA DILIGENCIA DEBIDA EN LAS EMPRESAS MULTINACIONALES Y TRANSNACIONALES

1. Consideraciones preliminares

22. Sin duda, por la entidad de empleados y por el volumen de negocios que deben tener las empresas a las que se va a aplicar esta normativa, ésta está especialmente dirigida a las empresas multinacionales o grupos de empresas y a las empresas transnacionales⁵³. El paso dado es cualitativo, puesto que supone romper con los principios de personalidad jurídica propia y de responsabilidad patrimonial separada, acuñados a fuego por el Derecho mercantil, abogando por el deber de vigilancia y el control de dirección para buscar la responsabilidad última y efectiva, lo que implica un giro radical en la conformación de las responsabilidades en los grupos de empresas, que tiene un significado muy importante para lograr la consecución del respeto a los Derechos humanos por parte de las grandes empresas multinacionales y transnacionales, sobre todo a la hora de poder materializar la responsabilidad civil por el daño causado⁵⁴.

⁵³ Explico la diferencia entre empresas multinacionales y transnacionales en A. Durán Ayago, “Sobre la responsabilidad de las empresas…”, *loc. cit.*, p. 331.

⁵⁴ Son cada vez más numerosos los trabajos que abordan esta cuestión desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. Sin ánimo de exhaustividad, destaco los siguientes: J.J. Álvarez Rubio y K. Yannibas, *Human Rights in Business. Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, Routledge, 2017; 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, 2, pp. 157–190; L. García Álvarez, *Competencia judicial internacional, daños ambientales y grupos transnacionales de sociedades*, Granada, Comares, 2016; Id., *Daños ambientales transnacionales y acceso a la justicia*, Madrid, Dykinson, , 2016; id., “Daños privados por contaminación en el tráfico externo: a propósito del caso Akpan vs. Shell (Nigeria)”, *CDT*, vol. 5, nº 2, 2013, pp. 548–583; Id., “Las acciones colectivas en los litigios internacionales por daños ambientales”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 30, 2015; D. Iglesias Márquez / S. V. Ascencio Serrato, “Las vías de responsabilidad de las empresas multinacionales por daños ambientales. El caso Dutch Shell Nigeria”, *Revista catalana Dret ambiental*, vol. V, nº 1, 2014, pp. 1–40; J. L. Iriarte Ángel, *Negocios internacionales y Derechos humanos*, Lección Inaugural del curso académico 2016/2017, Universidad Pública de Navarra, 2016; M. C. Marullo / F. J. Zamora Cabot (eds.), *Empresas y Derechos humanos. Temas actuales*, Editorialie Scientifica, Napoli, 2018; A. Pigrau Solé / M. Álvarez Torné / A. Cardesa-Salzmann / M. Font i Mas / D. Iglesias Márquez / J. Jaria i Manzano, *Derechos humanos y empresas europeas. Un manual práctico para las organizaciones de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos*, 2016, accesible en [http://humanrightsinbusiness.eu/wp-content/uploads/2016/09/DERECHOS_HUMANOS_Y_EMPRESAS_EUROPEAS_ES.pdf], consultado el 27 junio 2022; F.J. Zamora Cabot, J. García Cívico y L. Sales Pallarés (eds.), *La responsabilidad de las*

23. Hay que tener en cuenta que en estos casos se suele suceder un patrón. En el ámbito del sector extractivo, las empresas multinacionales suelen tener filiales que desempeñan su actividad en Estados con importantes recursos naturales, pero que son débiles institucionalmente hablando, lo que implica que la tradicional *lex loci delicti commissi*, anudada en estos casos también a la *lex damni*, no suele dar buenos resultados. Tampoco en el caso de las empresas transnacionales dedicadas al sector textil que buscan centros de producción en países en que las condiciones laborales tienen un menor coste y en donde los derechos de los trabajadores en algunos casos son prácticamente inexistentes, puesto que la *lex loci laboris* y la *lex damni* también conducen a la aplicación de la legislación del Estado menos protector para los trabajadores.

24. En ambos casos, surgen importantes dificultades a la hora de exigir responsabilidad por los daños que estas empresas causen ante las autoridades gubernamentales y judiciales del Estado de acogida, a lo que se une la complejidad jurídica de armar acciones extraterritoriales que vayan bien por la omisión del deber de vigilancia de la empresa matriz, bien se amparen en una especie de jurisdicción universal de carácter civil, como lo ha sido hasta hace bien poco la *Alien Tort Statute* estadounidense, ley federal que otorga competencia a los tribunales federales de Estados Unidos para atender las demandas de responsabilidad civil interpuestas por extranjeros ante violaciones del Derecho internacional consuetudinario o un tratado internacional que vincule a este país⁵⁵.

25. En el “Informe elaborado por el Parlamento Europeo sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los Derechos humanos en terceros países”⁵⁶ se señala la carencia en la Unión Europea de un enfoque holístico con respecto a la responsabilidad de las empresas por la violación de los Derechos humanos y denuncia la indefensión a la que las víctimas de estas violaciones se enfrentan, debido a los múltiples obstáculos que existen para acceder a la justicia, no sólo para hallar una posibilidad real de poder demandar a los responsables últimos del daño que se les haya causado, sino también por los obstáculos procedimentales a la admisibilidad y la divulgación de pruebas, los gastos procesales a menudo prohibitivos y la ausencia de normas claras en materia de responsabilidad de las empresas por la violación de los Derechos

muy nacionales por violaciones de Derechos humanos, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Alcalá de Henares, 2013.

⁵⁵ Vid. F. J. Zamora Cabot, “Kiobel y la cuestión de la extraterritorialidad” en F. J. Zamora Cabot / J. García Cívico / L. Sales Pallarés (eds.), *La responsabilidad de las multinacionales...*, op. cit., pp. 135 ss.

⁵⁶ (2015/2315(INI)) A8-0243/2016, accesible en [<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2016-0243+0+DOC+XML+V0//ES>], consultado el 23 junio 2022.

humanos⁵⁷. En el Informe se recuerda que los Estados, actuando en el ámbito de su jurisdicción, tienen el deber de proteger de forma activa los Derechos humanos, también contra las violaciones cometidas por las empresas, incluso si éstas operan en terceros países, lo que implica la necesidad de garantizar a las víctimas que se encuentren bajo su jurisdicción una vía efectiva de recurso. Para ello es preciso que los Estados miembros legislen de forma coherente, global, eficaz y vinculante con miras a cumplir su obligación de prevenir, investigar y sancionar las violaciones de los Derechos humanos cometidas por empresas bajo su jurisdicción, incluidas las perpetradas en terceros países.

26. En este sentido, el Parlamento Europeo aboga por la construcción de un corpus legislativo coherente, 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 que impliquen a terceros países. Y alude directamente al Reglamento (UE) 1215/2012, como uno de los principales textos que habría que revisar, por la dificultad que existe con su actual formulación para subsumir acciones efectivas en estos casos, en la idea de introducir las modificaciones necesarias para posibilitarlas⁵⁸. A este respecto, y en el ámbito del Consejo de Europa, la Recomendación CM/Rec(2016)3 sobre Derechos humanos y empresas⁵⁹ propone a sus Estados miembros, como una posible vía para intentar acabar con la impunidad, que permitan que sus tribunales nacionales ejerzan su competencia judicial internacional en casos contra empresas matrices domiciliadas en su jurisdicción, así como contra las filiales domiciliadas en otra jurisdicción cuando las reclamaciones estén estrechamente relacionadas. Orientaciones que el Parlamento Europeo, como vamos a ver a continuación, propone introducir en el Reglamento (UE) 1215/2012.

2. Propuestas de modificación por el Parlamento Europeo

27. En este sentido, cobran interés las recomendaciones que el Parlamento Europeo presentó en marzo de 2021 junto con la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida, por las que se planteaba la reforma del Reglamento (UE) 1215/2012 y del Reglamento Roma II. En concreto, el Parlamento Europeo indicaba que

⁵⁷ Un análisis pormenorizado de estas dificultades puede verse en A. Pigrau Solé, M. Álvarez Torné y A. Cardesa-Salzmann / M. Font i Mas / D. Iglesias Márquez / J. Jaria i Manzano, *Derechos humanos y empresas europeas...*, op. cit.; J.J. Álvarez Rubio y K. Yiannibas, *Human Rights in Business...*, op. cit.

⁵⁸ M. Requejo Isidro, “Access to remedy. Abusos contra Derechos humanos en terceros Estados, ¿justicia civil en Europa”, en F. J. Zamora Cabot / J. García Cívico / L. Sales Pallarés (eds.), *La responsabilidad de las multinacionales...*, op. cit., pp. 81 ss.

⁵⁹ [<https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c1ad4>]

“… además de la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa, la Comisión presentará dos propuestas complementarias para modificar el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y el Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), respectivamente, teniendo en cuenta el siguiente texto sugerido”.

28. Sin embargo, hasta el momento no tenemos constancia de que estas dos propuestas complementarias se hayan presentado conjuntamente con la Propuesta de Directiva. Probablemente habrá que esperar hasta la evaluación de los dos Reglamentos para comprobar si finalmente se opta por incorporar estas modificaciones⁶⁰. En todo caso, partimos de las propuestas que realizó el Parlamento Europeo para analizar si serían o no suficientes para lograr el objetivo perseguido de garantizar el acceso a la tutela judicial efectiva a las víctimas del daño que puedan causar en terceros Estados las grandes empresas, con empresa matriz domiciliada en un Estado miembro de la Unión Europa, así como la materialización del resarcimiento íntegro.

A) Propuestas de reforma en competencia judicial internacional

29. Centrándonos, en primer lugar, en las reformas que se proponía introducir en lo relativo a las normas de competencia judicial internacional, estas eran en concreto dos: añadir un nuevo apartado, el 5, al art. 8 e introducir un nuevo artículo, el 26 bis, dando entrada a un *forum necessitatis*.

30. En relación con el nuevo apartado del art. 8 Reglamento (UE) 1215/2012⁶¹, la exposición de motivos especificaba que su objetivo es garantizar que a las empresas de la Unión Europea se les pueda exigir responsabilidades por su papel en los casos de vulneración de los Derechos humanos en terceros países, ampliando la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales

⁶⁰ En concreto, el informe de evaluación de la aplicación del Reglamento (UE) 1215/2012, estaba previsto para el 11 enero 2022 (art. 79). Si atendemos al informe elaborado por B. Hess, “Reforming the Brussels Ibis Regulation: Perspectives and Prospects”, *MPILux Research Paper Series*, 2021-4, accesible en [https://www.mpi.lu/fileadmin/user_upload/MPILux_WP_2021_4_Reforming_Brussels_Ibis_BH.pdf], consultado el 28 junio 2022, esta cuestión no se menciona. *Vid.* A. Guamán, *Diligencia debida en Derechos humanos..., op. cit.*, pp. 132 ss.

⁶¹ La redacción que se proponía para este nuevo apartado era la siguiente: “5) En los asuntos relativos a demandas civiles de índole mercantil por violaciones de los derechos humanos en la cadena de valor en el ámbito de aplicación de la Directiva xxx/xxxx sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa, una empresa domiciliada en un Estado miembro también podrá ser demandada en el Estado miembro en el que tenga su domicilio o en el que opere cuando el daño causado en un tercer país pueda imputarse a una filial u otra empresa con la que la sociedad matriz mantenga una relación comercial en el sentido del art. 3 de la Directiva xxx/xxxx sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa”.

de los Estados miembros, que podrían tener que decidir sobre casos civiles de índole mercantil contra empresas de la Unión Europea por cuenta de violaciones de los Derechos humanos causadas por sus filiales o proveedores en terceros países. En este último caso, la disposición exige que la empresa mantenga una relación contractual con el proveedor.

31. Lo curioso de este precepto es que el causante directo del daño (filial o proveedor), al no estar domiciliado en un Estado miembro, no podría por esta vía ser demandado conjuntamente con la empresa matriz, lo cual sorprende, sobre todo porque en el art. 8 se contemplan supuestos de vinculación procesal. Este matiz es interesante, porque si lo que se pretende realmente es garantizar que la responsable última del daño causado sea la empresa matriz, domiciliada en un Estado miembro del Reglamento, ya dispondríamos del foro del domicilio del demandado (art. 4), por lo que esta adición al art. 8 no aportaría soluciones.

32. Considero que deberían ir por esta vía las potenciales acciones y, en todo caso, posibilitar que las filiales, aun no estando domiciliadas en un Estado miembro del Reglamento, pudieran ser demandadas conjuntamente con la matriz en el domicilio de esta. Pero, a mi entender, no es esto lo que se conseguiría con la propuesta de modificación que realiza el Parlamento Europeo⁶².

33. En relación con la incorporación de un nuevo artículo, el 26 bis, se pretende con él introducir un *forum necessitatis* condicionado a dos elementos, a saber, un riesgo de denegación de justicia en el tercer país en el que se haya cometido la violación de los Derechos humanos y una conexión suficientemente estrecha con el Estado miembro en cuestión⁶³. Esta nueva disposición confiere excepcionalmente competencia judicial internacional a los

⁶² A juicio de M. P. Diago, "Violación de Derechos humanos en las cadenas de suministro en tiempos de pandemia: reacciones de Derecho Internacional Privado y diligencia debida", *REDI*, vol. 73, 2021, 1, pp. 342, "este artículo permitiría a las víctimas traspasar el velo corporativo y litigar en el Estado miembro del domicilio de la empresa, o en el que opera, en los casos en que el daño causado en el tercer país pueda imputarse a una filial o a otra empresa con la que la matriz tenga relación comercial".

⁶³ Con el siguiente tenor: "Por lo que respecta a las demandas civiles de índole mercantil sobre violaciones de los derechos humanos en la cadena de valor de una sociedad domiciliada en la Unión o que opera en la Unión dentro del ámbito de aplicación de la Directiva xxx/xxxx sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa, cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro posea competencia judicial en virtud del presente Reglamento, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro podrán, excepcionalmente, conocer del asunto si el derecho a un juicio justo o el derecho de acceso a la justicia así lo exigen, en particular: a) si no pudiere razonablemente incoarse o desarrollarse a cabo una acción o resultare imposible en un tercer Estado con el cual el litigo guarda estrecha conexión; o b) si una resolución dictada sobre la demanda en un tercer Estado no pudiere ser objeto de reconocimiento y ejecución en el Estado miembro del tribunal al que se hubiere interpuesto la demanda conforme a la ley de ese Estado y dicho reconocimiento y dicha ejecución fueren necesarios para garantizar el respeto de los derechos del demandante; y el litigio guardare una conexión suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer sobre él.". De este tipo de foro existen ya ejemplos en el DIPr. europeo, como en el art. 11 del Reglamento (UE) 650/2012 sobre sucesiones internacionales o en el art. 7 del Reglamento (UE) 4/2009 sobre obligaciones de alimentos.

órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, cuando estos no cuenten con tal competencia con arreglo a cualquier otra disposición del Reglamento (UE) 1215/2012, para decidir sobre las demandas civiles de índole mercantil por violaciones de los Derechos humanos presentadas contra empresas ubicadas en terceros países, pero dentro de la cadena de suministro de una empresa de la Unión Europea, siempre que los procedimientos no puedan interponerse o llevarse a cabo razonablemente, o resulten imposibles, en ese tercer país con el que el asunto se encuentre estrechamente relacionado. La disposición requiere además que la demanda tenga una vinculación suficiente con el Estado miembro del órgano jurisdiccional que entienda del asunto⁶⁴. Cabe preguntarse si no es elemento suficiente de conexión que la empresa que ha causado el daño esté enmarcada dentro de la cadena de suministro de una empresa que esté domiciliada en un Estado miembro u opere en la Unión Europea.

34. Quizás este foro estaría más justificado si estuviera abierto a cualquier tipo de violación grave contra los Derechos humanos que se produjera en cualquier parte del mundo o por cualquier empresa, buscándose en ese caso obtener una justicia que en otros Estados no se puede obtener, en una especie de jurisdicción universal como lo era la *Alien Tort* norteamericana. Si se formulara en estos términos, el foro sería de una gran utilidad y se correspondería con la visión que pretende dar la Unión Europea de garante de los Derechos humanos frente a las grandes empresas. En estos momentos, como digo, la operatividad de este foro sería nula, puesto que el foro del domicilio del demandado podría desplazarlo.

35. Si focalizamos nuestra atención en los contratos de trabajo⁶⁵, cuando éstos traspasan la barrera de lo razonable, cuando nos encontramos ante condiciones laborales de esclavitud, ante el trabajo infantil, cuando los trabajadores no tienen ninguna protección y las condiciones de trabajo ponen en riesgo su salud⁶⁶, en definitiva, cuando estos contratos vulneran Derechos humanos, en estos casos lo laboral ha de sustituirse por la responsabilidad extracontractual ante el daño causado que en algunos supuestos, además, tiene alcance penal. En estos linderos de la responsabilidad civil, lo importante para el trabajador es encontrar un marco adecuado en el que poder reclamar frente al abuso de la empresa, y si esta tiene su sede en un Estado miembro de la Unión Europea, por más que el trabajo se realice en países terceros, podrá demandarse ante la sede de la empresa, siempre que se logre demostrar que esta no ha actuado conforme a la diligencia debida.

⁶⁴ M. P. Diago, "Violación de Derechos humanos...", *loc. cit.*, pp. 343, cuestiona la operatividad real de este foro, por la dificultad de demostrar una conexión suficientemente estrecha con el Estado miembro ante el que se presente la demanda.

⁶⁵ J.L. Gil y Gil, "La responsabilidad de las empresas multinacionales por vulneración de los estándares laborales. Una perspectiva global", *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 10/2, 2020, pp. 6–70.

⁶⁶ M. P. Diago, "Violación de Derechos humanos...", *loc. cit.*, pp. 338.

Si se trata de un grupo de empresas, lo importante es que si el trabajador está trabajando para una filial de una empresa europea en un país tercero, se pueda demandar conjuntamente a la empresa matriz y a la filial en el domicilio de la matriz. Se trataría de posibilitar un litisconcorcio pasivo necesario entre una empresa matriz domiciliada en un Estado miembro del Reglamento (UE) 1215/2012 y su filial domiciliada en un tercer Estado. Como hemos apuntado, la propuesta de modificación del art. 8, sin embargo, exigiría que ambas empresas, matriz y filial, estén domiciliadas en un Estado miembro del Reglamento, lo que excluiría de entrada a un buen número de supuestos, puesto que la mayor parte de vulneración de derechos de los trabajadores tiene lugar en terceros Estados, pero de los que son responsables empresas domiciliadas en la Unión Europea. Por tanto, en estos casos, la única solución sería considerar que el art. 4 del Reglamento (UE) 1215/2012, que hace referencia al foro del domicilio del demandado, se podría utilizar siempre que se demostrara a través de la diligencia debida y del control de dirección que es la empresa matriz la responsable última del daño causado al trabajador. Igualmente, también podría aplicarse el art. 7.2º del mismo Reglamento si se logra demostrar que la omisión del deber de diligencia debida es el origen del daño⁶⁷.

Lo apuntado serviría también para los casos de daños causados en terceros Estados por filiales o proveedores de empresas matrices con domicilio en Estados miembros de la Unión Europea, en un contexto genérico, como consecuencia de su actividad empresarial.

36. Para ilustrar lo que sostenemos, vamos a recurrir a varios casos de la jurisprudencia comparada que ya han hecho uso de esta interpretación⁶⁸. En concreto, la sentencia de la High Court de Inglaterra y Gales de 27 mayo 2016 resolvió la demanda presentada por 1.826 aldeanos de las comunidades que viven en torno a las operaciones mineras en el distrito de Chingola (Zambia), por los daños causados en sus tierras por una empresa domiciliada en Zambia, filial de Vedanta Resources, con domicilio en Reino Unido⁶⁹. Los agricultores estaban

⁶⁷ Sobre la interpretación de este precepto en relación con la omisión del deber de vigilancia, *vid.* STJUE 10 marzo 2022, asunto C-498/20.

⁶⁸ *Vid.* desarrollo J.L. Iriarte Ángel, “Los supuestos de contaminación transfronteriza a la luz de los Reglamentos I Bis y Roma II. ¿Es necesario acometer reformas de los instrumentos europeos?”, en F.J. Zamora Cabot, L. Sales Pallarés y M. C. Marullo, *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, *op. cit.*, pp. 120–123. En concreto, sobre litigación climática, *vid.* casos expuestos en C. Márquez Carrasco, “Casos ambientales, daños climáticos y responsabilidad corporativa”, F.J. Zamora Cabot, L. Sales Pallarés y M. C. Marullo, *La lucha en clave judicial frente al cambio climático...*, *op. cit.*, pp. 34 ss.

⁶⁹ H. Muir-Watt, “Compétece du juge anglais en matière de responsabilité de la société mère pour les dommages causés par sa filiale à l’étranger”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2017/4, pp. 613–620; F. J. Zamora Cabot, “Acceso a la justicia y empresas y derechos humanos: importante decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en el caso Vedanta v. Lungowe”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 63, 2020, pp. 33–56.

interesados en que fuera la justicia británica la que conociera, conscientes como eran del poco recorrido que el caso tendría ante los tribunales zambianos⁷⁰.

Respecto de Vedanta, el tribunal justificó su competencia en el foro del domicilio del demandado, al igual que respecto de la filial por ser parte del grupo empresarial y las relaciones financieras, de gestión y dependencia existentes dentro del mismo⁷¹. Interpretación que fue confirmada por el Tribunal Supremo británico⁷² y que se ha mantenido desde entonces, por ejemplo, en la sentencia de 12 febrero 2021 en el asunto *Okpabi and others v. Royal Dutch Shell Plc and another*⁷³, en que las comunidades nigerianas ogale y bille del Estado de Rivers demandaron a Royal Dutch Shell Plc, la empresa matriz domiciliada en Reino Unido, y a SPDC, una filial registrada en Nigeria, por los derrames de petróleo producidos en sus tierras. Ambas pudieron ser demandadas en Reino Unido como integrantes del mismo grupo empresarial⁷⁴.

37. Otras propuestas, más conservadoras, han venido desde la utilización de las normas internas de competencia judicial internacional en relación con el litisconsorcio pasivo. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de apelación de La Haya de 18 diciembre 2015, en el asunto *Dooh y otros contra R. D. Shell*, empresa con administración central en Holanda, Shell Petroleum D C of Nigeria, con domicilio en ese país y otras filiales de Shell, domiciliadas en Holanda y Reino Unido. Los demandantes nigerianos demandaron a Shell por los vertidos de petróleo que los oleoductos construidos por ésta habían ocasionado en sus tierras. El tribunal holandés se consideró competente respecto de R. D. Shell por estar domiciliada en Holanda, y respecto de las filiales domiciliadas en países miembros de la Unión Europea, aplicó el art. 8 como foro de vinculación procesal. Respecto de la filial domiciliada en Nigeria aplicó sus normas internas de litisconsorcio para demandarlas conjuntamente en Países Bajos⁷⁵.

B) Propuestas de reforma en Derecho aplicable

38. Si importante es hacer accesible y garantizar el recurso a la tutela judicial efectiva a las víctimas de los daños causados por las grandes empresas, no lo es

⁷⁰ [<https://www.industrial-union.org/es/la-justicia-britanica-falla-a-favor-de-examinar-el-caso-de-la-contaminacion-hidrica-por-la-mineria>].

⁷¹ [<https://www.business-humanrights.org/es/%C3%BAltimas-noticias/uk-court-dismisses-vedanta-resources-appeal-allows-claim-of-villagers-over-water-pollution-in-zambia-to-proceed>].

⁷² [<https://www.escri-net.org/es/caselaw/2019/vedanta-resources-plc-y-otro-c-lungowe-y-otros>]

⁷³ [<https://www.escri-net.org/sites/default/files/caselaw/uksc-2018-0068-judgment.pdf>].

⁷⁴ [<https://www.escri-net.org/es/caselaw/2021/okpabi-y-otros-recurrentes-vs-royal-dutch-shell-plc-y-otra-demandadas>]; S. Tromans / K. Barnes / A. Boukraa / S. David / N. Helme, “Significant UK Environmental Law Cases 2020–21”, *Journal of Environmental Law*, vol. 33, nº 2), 2021, pp. 10–11.

⁷⁵ *Vid.* L. García Álvarez, “Daños privados por contaminación en el tráfico externo...”, *loc. cit.*, pp. 548–583.

menos concretar el régimen jurídico que va a regir esa responsabilidad. El Parlamento Europeo es consciente de ello y por eso su recomendación es introducir un nuevo art. 6 bis en el Reglamento Roma II⁷⁶. Con él se pretende ofrecer a las víctimas la posibilidad de elegir leyes diferentes a la del país en que se produce el daño, que es la que resultaría aplicable en defecto de elección, en virtud del art. 4 del Reglamento. Se trata de favorecer que la ley aplicable corresponda a Estados que cuenten con altos estándares de protección de los Derechos humanos⁷⁷. En concreto, las posibilidades de elección que el Parlamento Europeo sugiere son tres: la regla general, esto es, la ley del país donde ha tenido lugar el daño (*lex damni*), la ley del país en el que ocurrió el suceso que dio lugar al daño (*lex delicti commissi*), o la del país en el que tiene su domicilio la sociedad matriz o, si esta carece de domicilio en un Estado miembro, la del país en el que opere.

39. En el cdo. 61 de la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión se indica:

“A fin de garantizar que las víctimas de daños a los derechos humanos y al medio ambiente puedan interponer una acción por daños y perjuicios y reclamar una indemnización por los daños derivados del incumplimiento por parte de una empresa de las obligaciones de diligencia debida derivadas de la presente Directiva, incluso cuando la ley aplicable a tales reclamaciones no es la ley de un Estado miembro, como podría ser el caso, por ejemplo, de conformidad con las normas de derecho privado internacional cuando el daño se produce en un tercer país, la presente Directiva debe exigir a los Estados miembros que garanticen que la responsabilidad prevista en las disposiciones de la legislación nacional que transpone este artículo es de aplicación obligatoria superior en los casos en que la ley aplicable a las reclamaciones a tal efecto no sea la ley de un Estado miembro”.

Lo que se concreta en el ap. 5 del art. 22, estableciendo la obligación para los Estados miembros de velar por que la responsabilidad prevista en la legislación nacional por la que se incorpore este artículo sea de aplicación obligatoria en los casos en que la ley aplicable no sea la ley de un Estado miembro. En este sentido, se plantea como una especie de ley de policía que estaría integrada por el mínimo de protección que garantiza la Directiva y que sería indisponible para las partes.

⁷⁶ El tenor que se propone es el siguiente: “En el contexto de las demandas civiles de índole mercantil por violaciones de los derechos humanos en la cadena de valor de una empresa domiciliada en un Estado miembro de la Unión o que opera en la Unión dentro del ámbito de aplicación de la Directiva xxx/xxxx sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa, la legislación aplicable a una obligación extracontractual derivada del daño sufrido será la determinada de conformidad con el art. 4, ap. 1, a menos que la persona que solicite una indemnización por daños y perjuicios opte por basar su demanda en la legislación del país en el que ocurrió el suceso que dio lugar al daño, o en la del país en el que tiene su domicilio la sociedad matriz o, si esta carece de domicilio en un Estado miembro, en la del país en el que opere”.

⁷⁷ M. P. Diago, “Violación de Derechos humanos...”, *loc. cit.*, pp. 343.

40. En la actualidad, el Reglamento Roma II señala como regla general, a falta de elección de ley, la *lex damni* (art. 4), a no ser que se trate de daños sobre el medioambiente, en cuyo caso el art. 7 ofrece una regulación específica.

41. La articulación del art. 7, permitiendo elegir a la víctima entre la ley del Estado en que se ha generado el daño y la ley del Estado en que se ha manifestado, ofrece a la víctima, en el concreto caso de un daño causado por una empresa subordinada de una matriz domiciliada en un Estado miembro de la Unión Europea que disponga de normas de diligencia debida, la posibilidad de elegir la ley del Estado de acogida o la ley del domicilio de la empresa matriz, si entendemos que el hecho generador del daño se ha producido en el Estado en que la matriz está domiciliada por una incorrecta aplicación de la normativa del deber de vigilancia. Esta autonomía de la voluntad limitada resulta positiva, porque podrá elegirse el Derecho más eficiente en términos jurídicos desde la perspectiva de la víctima⁷⁸.

42. Esto es lo que se ha hecho, por ejemplo, en el caso *Milieudefensie y Friends of the Earth*, caso iniciado el 5 abril 2019 ante el Tribunal de Distrito de La Haya, contra *Royal Dutch Shell*, empresa energética constituida conforme al Derecho británico y con administración central en La Haya (Píses Bajos)⁷⁹. Los demandantes alegaron que Shell infringía el deber de vigilancia conforme al derecho holandés, pues sus emisiones de CO₂ a la atmósfera eran superiores a las permitidas, con lo que estaba contribuyendo al calentamiento global. El 26 mayo 2021 el tribunal holandés condenó a Shell a reducir para el año 2030 un 45 % sus emisiones de CO₂ de todo su grupo de empresas⁸⁰.

43. Los demandantes alegaron que el Derecho aplicable era el holandés, sobre la base del art. 7 RR II. El tribunal sostuvo que las emisiones de CO₂ constituían un daño medioambiental y que el hecho generador del daño eran las directrices que Shell elaboraba para todo el grupo de sociedades. Ello a pesar de que Shell sostuvo que el hecho generador del daño eran en todo caso las emisiones y no sus directrices, lo que hubiera llevado a que hubiera tantos hechos generadores de daño como lugares donde se produjeran las emisiones. Algo que el tribunal no admitió. Considero que la posibilidad que ofrece el art. 7 Reglamento Roma II de elegir por parte de la víctima entre la ley del Estado en que se produjo el daño y la ley del Estado en que se produjo el hecho generador

⁷⁸ En sentido crítico a la operatividad real del art. 7, *vid.* E. Álvarez-Armas, “Daños al medioambiente y Derecho internacional privado europeo: ¿quid de la determinación de la ley aplicable como herramienta de gobernanza global medioambiental?”, AEDIPr, t. XVIII, 2018, pp. 193–225.

⁷⁹ N. Zambrana-Tévar, “Milieudefensie v. Shell: el efecto horizontal de los derechos humanos y las obligaciones medioambientales de las empresas”, en F. J. Zamora Cabot / L. Sales Pallarés / M. C. Marullo, *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, *loc. cit.*, pp. 249–264.

⁸⁰ Rechtbank Den Haag 26-05-2021, C/09/571932 / HA ZA 19-379, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, accesible en [<<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339>>].

del daño está de acuerdo con el art. 191 TFUE, puesto que de esta manera se eliminan comportamientos oportunistas de los operadores, que no pueden protegerse de la aplicación de una ley más exigente trasladando sus operaciones a otro país. Justamente es esto lo que persigue el art. 7, según se especifica en el Cdo. 25⁸¹, fundamentado en el *favor laesi*.

44. Sin embargo, en el caso de que nos hallemos ante otro tipo de daños diferentes a los medioambientales, el art. 4 daría como solución aplicar la ley del Estado de acogida, que no suele ser la más idónea en estos casos, por lo que más atrás ya hemos analizado. En este escenario, cabrían dos hipótesis de resolución⁸²: bien considerar la cláusula de excepción que contempla el último apartado del art. 4, teniendo en cuenta que el litigio está estrechamente vinculado con el Estado donde está domiciliada la empresa matriz, pues el daño causado emana de una incorrecta aplicación del deber de vigilancia al que está obligada, o bien apelar al art. 9 del Reglamento Roma II, considerando el deber de vigilancia como una norma de policía. En el primer caso, se aplicaría el Derecho de responsabilidad del Estado del domicilio de la matriz en su conjunto, mientras que, en el segundo, recurrir a la articulación del deber de vigilancia como ley de policía, supondría la necesaria coordinación de la ley del Estado del domicilio de la empresa matriz y la ley del Estado de acogida donde ha tenido lugar el daño, lo que complicaría a la postre la solución final.

45. Esta podría ser una solución derivada de una interpretación posible del contexto actual que tenemos. Pero no está de más exigir cambios que desde el sistema europeo de DIPr. acompañen al cambio que necesariamente se está produciendo paulatinamente en los derechos materiales, exigiendo de manera vinculante a las empresas compromisos reales con el respeto a los Derechos humanos. En este sentido, la propuesta que planteó el Parlamento Europeo es interesante porque permite a la víctima elegir de entre las diferentes leyes relacionadas con el asunto, cuál considera que mejor representa sus intereses. Se trataría de una *better law* que apuntalaría los derechos de los afectados por las actividades llevadas a cabo por las empresas contrarias a los Derechos humanos.

46. El que el Parlamento Europeo aluda en su recomendación a la posibilidad de elegir la ley del domicilio de la empresa matriz está en sintonía con la idea de que es necesario que la responsabilidad social de la empresa figure enmarcada

⁸¹ Del siguiente tenor: “En cuanto a los daños medioambientales, el art. 174 del Tratado, que contempla un elevado nivel de protección, basado en los principios de cautela y acción preventiva, en el principio de corrección en la fuente misma y en el principio de quien contamina paga, justifica plenamente el recurso al principio de favorecer a la víctima. La cuestión de cuándo la persona que reclama el resarcimiento de los daños podrá elegir el Derecho aplicable debe determinarse de conformidad con la legislación del Estado miembro en que se somete el asunto al órgano jurisdiccional”.

⁸² Vid. interesante argumentación sobre ambas posibilidades en E. Pataut, “Le devoir de vigilance – Aspects de droit international privé”, *Droit Social*, nº 10, 2017, pp. 838–839.

dentro de su estatuto jurídico⁸³. Proponer su desmembración, indicando que sea una ley diferente de la *lex societatis* la que la regule, supone, de alguna manera, considerar esta cuestión como ajena a la propia empresa. Y esto, a mi juicio, es un error. Otra cosa es que la obligatoriedad de su contenido, impuesta por el Estado o por la Unión Europea, llegado el momento, exija una articulación adecuada, de manera que el concepto de la autonomía de la voluntad de los socios en la conformación de la personalidad jurídica de la empresa no determine únicamente esta cuestión. Bastaría con establecer la obligatoriedad de un mínimo de exigencia en el respeto a los Derechos humanos, de manera que se indique que todas las empresas con sede estatutaria o sede real en un determinado Estado están obligadas a respetar ese mínimo, con independencia de que la *lex societatis* determine un nivel de responsabilidad social mayor. No es este el caso, en principio, de la Ley francesa, pues el legislador ha decidido limitar el ámbito de aplicación de esta Ley únicamente a las empresas que tengan sede social en Francia y cumplan con los requisitos que ya apuntamos. Pero sí va en esta dirección la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión Europea. La idea sería poder extender el nivel mínimo de exigencia en materia de responsabilidad social a todas aquellas empresas que realmente operen en un determinado Estado, en tanto norma de imperativo cumplimiento. De esta manera, el Estado en que la sociedad opere marcaría su política vinculante en el respeto a los Derechos humanos, sin perjuicio de que la *lex societatis* pudiera fijar un nivel de compromiso superior.

47. Considero, en consecuencia, que la conjugación de lo propuesto por el Parlamento Europeo (introducción art. 6 bis RR II), conjuntamente con lo dispuesto en el art. 22.5º de la Propuesta de Directiva supone un buen punto de partida.

48. Una vez configurada la responsabilidad social de la empresa, es obvio que todo puede resultar más sencillo de articular, incluso respecto de los grupos de empresas, puesto que, si las filiales de estas empresas causan un daño, directamente podría remitir a la *lex societatis*, que va a ser la que establezca obligaciones para el grupo. De manera que la *lex damni* se transustanciaría en la *lex societatis*, como ley real para exigir y regular la responsabilidad. La ley del lugar en donde ha ocurrido el hecho dañoso realmente se convertiría en secundaria. Se rompería el factor de desprotección y haría que todas las empresas con sede en Estados que implementen con carácter vinculante políticas de responsabilidad social empresarial, fueran responsables por los daños causados en cualquier parte del mundo, según el derecho que las regula, que es el único derecho indubitable, con el que están estrechamente vinculadas y del que no pueden escapar. Así, *lex damni* y *lex societatis* se identificarían actuando como

⁸³ A. Durán Ayago, “*Lex Damni vs. Lex Societatis* en la aplicación de la ley francesa del deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales...”, *loc. cit.*, pp. 183–206.

un poderoso mecanismo para romper la impunidad de los grandes grupos empresariales.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

49. Aunque el camino aún no se ha transitado del todo, y no sabemos en estos momentos ni cuánto tiempo se demorará la tramitación definitiva de la Propuesta de Directiva ni si será objeto de cambios relevantes, lo cierto es que nos encontramos en un escenario insospechado hace unos años. El paso dado por la Unión Europea, con el impulso indubitable del Parlamento Europeo, nos sitúa en un marco de al menos un razonable optimismo. Aunque solo sea porque haya comenzado a materializarse la necesidad de establecer normas vinculantes que obliguen a las empresas a desenvolverse en su actuar con diligencia debida en el respeto de los Derechos humanos⁸⁴.

50. Aun tratándose de una Directiva de mínimos, que luego cada Estado podrá ampliar, si así lo decide su parlamento, lo cierto es que es un buen comienzo. El ámbito subjetivo lleva a las grandes empresas que normalmente van a ser empresas que realicen su actividad más allá de un país concreto, y extiende la obligación de desenvolverse con la debida diligencia a toda su cadena de valor, sea donde sea donde esté. En el ámbito del Derecho mercantil internacional, introducir la diligencia debida en los grupos de empresas y en las empresas transnacionales supone dar un giro sobre los dos principios que con carácter general han inspirado el actuar de las empresas: personalidad jurídica propia y responsabilidad patrimonial separada. El objetivo es que la empresa matriz pueda responder por los daños causados por sus filiales. Si esto lo consigue la Directiva, lo que debe venir a continuación es una reforma de las normas europeas de competencia judicial internacional y de Derecho aplicable que garanticen el acceso a la justicia de las víctimas allí donde está radicada la empresa matriz y una vez conseguido esto, lograr que se aplique una ley que sea garantista con los Derechos humanos.

51. Como hemos indicado, en la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión no se hace referencia específica a estas cuestiones, más que una alusión genérica a que la exigencia de que exista un mínimo de común indisponible en la transposición de la Directiva en todos los Estados miembros que garantice la operatividad de la misma. La propuesta del Parlamento Europeo, en relación con la reforma del Reglamento Roma II, introduciendo un nuevo precepto que

⁸⁴ Como apunta, V. Brino, “La diligencia debida...”, *loc. cit.*, p. 52, “la diligencia debida puede representar el instrumento normativo que devuelva al sistema y racionalice un modelo económico basado en la pulverización de las responsabilidades y la externalización de los riesgos, reconduciendo a la empresa al compromiso de reducir las amenazas sociales y medioambientales de las que es potencialmente portadora”.

posibilitara a la víctima elegir entre diferentes leyes, nos parece idónea, puesto que va en la misma línea de lo ya regulado por el art. 7 sobre la ley aplicable a los daños medioambientales. Se trata de posibilitar la aplicación de la ley que estando relacionada con el daño, mejor proteja a las víctimas, lo que desde el punto de vista de la justicia material, es un planteamiento de principio irreprochable.

52. En relación con la competencia judicial internacional, ninguno de los dos artículos propuestos por el Parlamento Europeo nos parecen satisfactorios. Respecto del foro de vinculación procesal, porque para que fuera aplicable ambas empresas, matriz y filial, deberían estar domiciliadas en un Estado miembro, y eso, a no ser que se elimine tal limitación, conduciría a hacer del precepto algo inservible. Y respecto del foro de necesidad, porque debería plantearse con más ambición, propiciando la posibilidad de recurrir en el territorio de cualquier Estado miembro por los daños causados en terceros Estados, cuando no sea posible una acción allá donde el daño se haya producido. Habrá que esperar a qué da de sí la tramitación de la Propuesta de Directiva, comprobar finalmente cuáles son sus términos finales, para, a partir de ahí, esperar que las normas de DIPr. se adecuen para hacer efectivos sus planteamientos.

53. Por último, es preciso reseñar que en España también se ha comenzado un procedimiento legislativo, encaminado a lograr una ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades transnacionales⁸⁵. El efecto contagio es obvio. No obstante, a no ser

⁸⁵ En concreto, según se especifica en el texto de la Consulta pública previa Anteproyecto de Ley de protección de los Derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades transnacionales, *vid.* [https://www.mdsociales2030.gob.es/servicio-a-la-ciudadania/proyectos-normativos/documentos/220208_consulta_publica_definitiva.pdf], consultado el 8 marzo 2022, la regulación prevista persigue los siguientes objetivos: – Regular con carácter vinculante y general la obligación de las empresas o grupos transnacionales españoles, y de aquellas empresas con carácter transnacional que operen en el mercado español, de respetar los Derechos humanos y medioambientales en el conjunto de las actividades desarrolladas a lo largo de sus cadenas globales de valor, incluyendo la implementación a lo largo de toda la cadena de mecanismos de diligencia debida, entre ellos la adopción y desarrollo de planes de debida diligencia que contribuyan a prevenir, eliminar, mitigar y/o remediar dichas violaciones. Se garantizará la participación de los sindicatos y las entidades no lucrativas en el desarrollo, implementación y supervisión de las medidas antedichas. – Aportar seguridad jurídica a las relaciones económicas entre Estados y evitar prácticas de competencia desleal que afecten a las empresas españolas que aplican estándares rigurosos de respeto de los Derechos humanos y ambientales. Regular un sistema de infracciones y sanciones para las empresas que incumplan las obligaciones de respeto, protección y promoción de los derechos humanos y ambientales y de los mecanismos de diligencia debida establecidos en el primer párrafo, garantizando el acceso a la justicia de cualquier persona afectada por dichas actuaciones para exigir el cumplimiento de las mencionadas obligaciones. – Garantizar el acceso a la justicia para reclamar la reparación efectiva a todas las personas o comunidades que hayan sido víctimas de violaciones de Derechos humanos y ambientales derivados de las actividades realizadas por las anteriores empresas en el conjunto de sus cadenas de suministro. Deberá garantizarse que los sindicatos y las entidades no lucrativas puedan emprender acciones colectivas en nombre de las víctimas. – Garantizar el derecho de todas las personas a ser informadas por las empresas mencionadas anteriormente de los riesgos que sus actividades

que la ley española sea ambiciosa en sus postulados, quizás convenga esperar a lo que finalmente dé de sí la Directiva, para no tener que modificar antes de la cuenta esa futura y probable legislación.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez-Armas, E.: “Daños al medioambiente y Derecho internacional privado europeo: ¿quid de la determinación de la ley aplicable como herramienta de gobernanza global medioambiental?”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 193–225.
- Álvarez Rubio, J.J. y Yiannibas, K.: *Human Rights in Business. Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, Routledge, 2017.
- 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.
- Barreto, H.: “Limitaciones de la noción de diligencia debida en materia laboral: comentarios a la reciente Resolución del Parlamento Europeo”, *Derecho laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, nº 281, 2021, pp. 21–33.
- Cuzacq, N.: “Commentaire des propositions de loi relatives au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre”, *Revue de Droit du Travail*, nº 4, 2014, pp. 265–266.
- Daugareilh, I.: “La responsabilité sociale des entreprises, un projet européen en panne”, *Sociologie du travail*, vol. 51, nº 4, pp. 499–517.
- De Erice Aranda, L.S.: “¿El fin de la impunidad? Análisis de la nueva iniciativa del Parlamento Europeo respecto a Derechos Humanos y empresas”, *Revista de Estudios Europeos*, vol. 79, enero–junio 2022, pp. 473–497.
- Diago, M.P.: “Violación de Derechos humanos en las cadenas de suministro en tiempos de pandemia: reacciones de Derecho Internacional Privado y diligencia debida”, *REDI*, vol. 73, 2021, pp. 337–344.
- Durán 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 27 marzo 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 323–348.
- Durán Ayago, A.: “*Lex Damni vs. Lex Societatis* en la aplicación de la ley francesa del deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales: crónica de un diálogo necesario”, *Cuadernos de Derecho Deusto*, nº 63, 2020, Bilbao, pp. 183–206.
- Durán Ayago, A.: “Desde la Propuesta de Directiva de diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial hasta su concreción en el espacio judicial europeo”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núms. 91–92, 2022, pp. 1–17.

suponen para los Derechos humanos y el medio ambiente y de las actuaciones orientadas a eliminar dichos riesgos en el marco de los planes de debida diligencia y su desarrollo. – El nombramiento de una autoridad competente, pública e independiente para vigilar el cumplimiento de la ley, sin que en ningún caso la actividad de la misma pueda interferir en el acceso a la justicia para exigir el adecuado cumplimiento de las obligaciones establecidas en la norma. – Garantizar la implementación de la Agenda 2030 y de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, así como la consecución de las metas aprobadas en la Estrategia de Desarrollo Sostenible 2030.

- Fernández Martín, R.M.: “Gobernanza corporativa en la Unión Europea: oportunidades de cambio para un desarrollo sostenible”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 45, 2011, pp. 97–115.
- García Álvarez, L.: *Competencia judicial internacional, daños ambientales y grupos transnacionales de sociedades*, Editorial Comares, Granada, 2016.
- García Álvarez, L.: *Daños ambientales transnacionales y acceso a la justicia*, Madrid, Dykinson, 2016.
- García Álvarez, L.: “Daños privados por contaminación en el tráfico externo: a propósito del caso Akpan vs. Shell (Nigeria)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, nº 2, 2013, pp. 548–583;
- García Álvarez, L.: “Las acciones colectivas en los litigios internacionales por daños ambientales”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 30, 2015.
- Gil y Gil, J.L.: “La responsabilidad de las empresas multinacionales por vulneración de los estándares laborales. Una perspectiva global”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 10/2, 2020, pp. 6–70.
- Giner, A., “Las empresas transnacionales y los Derechos Humanos”, *Law Harremanak* 19 (2008–II), pp. 67–87.
- Guamán, A.: *Diligencia debida en Derechos humanos. Posibilidades y límites de un concepto en expansión*, Tirant lo Blanch, 2021.
- Guamán Hernández, A.: “El borrador de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Un análisis a la luz de las normas estatales y de la propuesta del Parlamento Europeo”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 88, 2022.
- Hess, B.: “Reforming the Brussels Ibis Regulation: Perspectives and Prospects”, *MPILux Research Paper Series*, 2021–4 [https://www.mpi.lu/fileadmin/_user_upload/MPILux_WP_2021_4_Reforming_Brussels_Ibis_BH.pdf].
- Iglesias Márquez, D. y Ascencio Serrato, S.V.: “Las vías de responsabilidad de las empresas multinacionales por daños ambientales. El caso Dutch Shell Nigeria”, *Revista catalana Dret ambiental*, vol. V, nº 1 (2014), pp. 1–40.
- Iriarte Ángel, J.L.: *Negocios internacionales y Derechos humanos*, Lección Inaugural del curso académico 2016/2017, Universidad Pública de Navarra, 2016.
- López Expósito, A.J.: “Los grupos de sociedades, ¿ámbitos ajenos a responsabilidad ante acreedores y socios?”, *eXtoikos*, nº 13, 2014, pp. 31–36.
- Martín Hernández, M.L.: “El tránsito hacia la debida diligencia obligatoria de las empresas multinacionales : la perspectiva de la Unión Europea (1)”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, número monográfico 14, noviembre, 2021, pp. 1–64.
- Marullo, M.C. y Zamora Cabot, F.J. (eds.): *Empresas y Derechos humanos. Temas actuales*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
- Moreau, M.A. (ed.) : *Dossier spécial Le devoir de vigilance, Droit social*, 2017, pp. 798–805.
- Muir-Watt, H. : “Compétence du juge anglais en matière de responsabilité de la société mère pour les dommages causés par sa filiale à l'étranger”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2017, pp. 613–620.
- Muñoz de Morales Romero, M.: “Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, vol. 15, nº 30, 2020, pp. 948–992.
- Pataut, E. : “Le devoir de vigilance – Aspects de droit international privé”, *Droit Social*, nº 10, 2017, pp. 838–839.
- Pigrau Solé, A., Álvarez Torné, M. Cardesa-Salzmann, A., Font i Mas, M., Iglesias Márquez, D. y Jaria i Manzano, J.: *Derechos humanos y empresas europeas. Un manual práctico para las organizaciones de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos*, 2016

- [<http://humanrightsinbusiness.eu/wp-content/uploads/2016/09/DERECHOS_HUMANOS_Y_EMPRESAS_EUROPEAS_ES.pdf>].
- Sanguineti Raymond W. (dir.): *Comercio internacional, trabajo y Derechos Humanos*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2021.
- Sanguineti Raymond, W. y Vivero Serrano, J.B.: “El imparable avance de la diligencia debida en materia de derechos humanos”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, número monográfico 14 (noviembre de 2021), pp. 1–7.
- Smit, L., Bright, C., McCorquodale, R., Bauer, M., Deringer, H., Baeza-Breinbauer, D., Torres-Cortés, F., Alleweldt, F., Kara; S., Salinier, C. y Tejero Tobed, H.: “Study on due diligence requirements through the supply chain. Final Report”, 2020, [<<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>>],
- Tromans, S., Barnes, K., Boukraa, A., David, S. y Helme, N.: “Significant UK Environmental Law Cases 2020–21”, *Journal of Environmental Law*, vol. 33 (2), 2021, pp. 10–11.
- Zamora Cabot, F.J.: “Acceso a la justicia y empresas y derechos humanos : importante decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en el caso Vedanta v. Lungowe”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 63, 2020, pp. 33–56.
- Zamora Cabot, F.J., García Cívico, J. y. Sales Pallarés, L. (eds.): *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de Derechos humanos*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Alcalá de Henares, 2013.
- Zamora Cabot, F.J., Sales Pallarés. L. y Marullo, M.C.: *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.