

LA POTENCIALIDAD DE LA DILIGENCIA DEBIDA OBLIGATORIA EN DERECHOS HUMANOS: UN PRIMER PASO EN EL ACCESO DE LAS VÍCTIMAS A LA JUSTICIA EN EUROPA

THE POTENTIAL ROLE OF MANDATORY HUMAN RIGHTS DUE DILIGENCE: A FIRST STEP TOWARDS VICTIMS ACCESS TO LEGAL REMEDY IN EUROPE

María Eugenia HERNÁNDEZ PERIBÁÑEZ*

Resumen: Las Empresas Transnacionales operan en un espacio sin fronteras valiéndose de sus cadenas de suministro. Los países del Sur Global se convierten en su fuente de materias primas y lugares donde externalizar y deslocalizar las distintas fases del proceso productivo. Esta estrategia empresarial proporciona a estas grandes corporaciones ventajas económicas y fiscales al tiempo que les asegura impunidad frente a posibles reclamaciones judiciales por su participación directa o indirecta en violaciones de derechos humanos, laborales y medioambientales planteadas por trabajadores y comunidades afectadas por sus actividades. El acceso de las víctimas a la justicia, reconocido en el tercer pilar de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos continúa siendo, una década después de su aprobación, un derecho difícilmente realizable. Este artículo analiza, recurriendo a un estudio de caso, *Jabir et al. vs. Kik*, la potencialidad de la diligencia debida obligatoria en derechos humanos para contribuir a salvar los obstáculos procesales y materiales que enfrentan las víctimas cuando acuden ante los tribunales europeos, invocando una responsabilidad civil extracontractual de la empresa transnacional por los daños sufridos como trabajadores de su filial, de su proveedor o bien como comunidades afectadas por la contaminación medioambiental.

Palabras clave: tutela judicial efectiva, diligencia debida en derechos humanos, violación de derechos humanos, empresas transnacionales, globalización, cadenas de suministro, demandas de responsabilidad civil transnacionales

Abstract: Transnational Corporations operate in a borderless space using their supply chains. The countries of the Global South become their source of raw materials and places to outsource and relocate the different phases of the production process. This business strategy provides these large corporations with economic and fiscal advantages while ensuring impunity for possible legal claims for their direct or indirect participation in human, labor and environmental rights violations raised by workers and communities affected by their activities. Victims' access to justice, recognized in the third pillar of the Guiding Principles on Business and Human Rights, continues to be, a decade after their adoption, a right that is difficult to achieve. This article analyzes, using a case study, *Jabir et al. vs. Kik*, the potential of mandatory human rights due diligence to help overcome the procedural and material obstacles faced by victims when they go to the European courts, invoking a non-contractual civil liability of the transnational company for the damages suffered as workers of its subsidiary, of your supplier or as communities affected by environmental pollution.

* Profesora Asociada Universidad de Valladolid (mariaeugenia.hernandez@uva.es). Todos los enlaces a páginas web han sido consultados por última vez el 20 de septiembre de 2023.

Keywords: *effective legal remedy, human rights due diligence, human rights abuses, transnational corporations, globalization, global value chains, foreign direct liability claims*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EMPRESAS TRANSNACIONALES Y SUS CADENAS DE SUMINISTRO: UN ESPACIO DE IMPUNIDAD. 3. LA DILIGENCIA DEBIDA EN LOS PRINCIPIOS RECTORES Y SU DESARROLLO POSTERIOR. 3.1. El concepto de diligencia debida en los Principios Rectores: proceso y estándar de conducta. 3.2. La diligencia debida tras la adopción de los Principios Rectores. 3.3. Primeros desarrollos normativos hacia la exigencia de diligencia debida obligatoria en Europa. 4. EL ACCESO DE LAS VÍCTIMAS A LOS TRIBUNALES EUROPEOS: EL PAPEL DE LA DILIGENCIA DEBIDA OBLIGATORIA. 5. UN ESTUDIO DE CASO: JABIR ET AL. VS. KIK. 5.1. La relevancia del caso. 5.2. Argumentación jurídica sobre la negligencia de *Kik*: La fundamentación de una *duty of care*. 5.3. La actual ley alemana y la propuesta de Directiva sobre diligencia debida y su aplicación al caso. 6. CONCLUSIONES.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. 2. TRANSNATIONAL COMPANIES AND THEIR SUPPLY CHAINS: A SPACE OF IMPUNITY. 3. DUE DILIGENCE IN THE GUIDING PRINCIPLES AND THEIR SUBSEQUENT DEVELOPMENT. 3.1. The concept of due diligence in the Guiding Principles: process and standard of conduct. 3.2. Due diligence following the adoption of the Guiding Principles. 3.3. First regulatory developments towards the requirement of mandatory due diligence in Europe. 4. VICTIMS' ACCESS TO EUROPEAN COURTS: THE ROLE OF MANDATORY DUE DILIGENCE. 5. A CASE STUDY: JABIR ET AL. VS. KIK. 5.1. The relevance of the case. 5.2. Legal argumentation on Kik's negligence: The basis for a duty of care. 5.3. The current German law and the proposed Directive on due diligence and its application to the case. 6. CONCLUSIONS.

1. INTRODUCCION

Las empresas transnacionales, como agentes, y a la vez beneficiarias de la globalización económica, se sirven de las cadenas de suministro global para operar en un espacio internacional en el que disfrutan de exenciones fiscales y aprovechan los débiles estándares regulatorios, tanto laborales como medioambientales, ofrecidos por países del Sur global deseosos de captar inversión extranjera.

A las ventajas de índole económica ha de añadirse la impunidad de la que gozan ante los impactos negativos de sus actividades sobre los individuos y/o comunidades locales en aquellos países a los que externalizan y deslocalizan su producción. De esta forma, los complejos entramados societarios y las intrincadas cadenas de proveedores junto al problema, aún no resuelto, del reconocimiento de subjetividad internacional a las personas jurídicas configuran un escenario complicado para las víctimas de los abusos cuando pretenden acceder a los tribunales de los países occidentales en los que la empresa matriz o dirigente de la cadena tiene su sede. Asimismo, la búsqueda de reparación judicial ante los tribunales de los lugares en que se producen las violaciones y que suele coincidir con el de residencia de los agraviados, no ha sido hasta la fecha una opción viable debido a los débiles sistemas legales y judiciales de esos Estados, en muchas ocasiones, también, fácilmente corrompibles.

Tras décadas de instrumentos internacionales y códigos de conducta empresarial sin eficacia jurídica vinculante, en 2011 se adoptan por amplio consenso los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos. Hemos de subrayar que, aun tratándose de un instrumento de derecho blando, los Principios suponen un punto de inflexión, porque marcan la hoja de ruta hacia la consecución de una verdadera exigencia de responsabilidad legal a las empresas. El elemento nuclear del camino a recorrer viene marcado por la introducción y desarrollo del concepto de diligencia debida empresarial aplicada a los derechos humanos.

La diligencia debida en derechos humanos tiene una doble dimensión, por un lado, como proceso que deben implementar las empresas con el fin de identificar, prevenir y mitigar los riesgos de violación de derechos humanos y, por otro lado, como estándar de conducta que permitirá determinar la existencia de un comportamiento negligente en las demandas por responsabilidad civil extracontractual.

La exigencia a las empresas de la implementación de procesos de diligencia debida obligatoria en materia de derechos humanos, laborales y medioambientales a lo largo de toda su cadena de suministro, tal como ya han hecho Francia, Alemania o Noruega, y la expectativa de la adopción de una Directiva a nivel comunitario, puede contribuir a facilitar el acceso a la justicia ante los tribunales de los Estados miembros de la Unión a quienes sufren los abusos corporativos en terceros países.

Las víctimas, trabajadores o comunidades locales de los países en los que se cometen los abusos por parte de filiales o socios comerciales de las grandes corporaciones europeas se enfrentan a importantes barreras y obstáculos tanto procesales como materiales y financieros cuando acuden ante tribunales occidentales en los que la empresa dirigente de la cadena de suministro tiene su sede.

Una legislación, tanto a nivel de los estados miembros como de la Unión Europea, que obligue a las grandes corporaciones a implementar diligencia debida a lo largo de toda su cadena de suministro facilitaría a las víctimas articular sus demandas argumentando una responsabilidad civil extracontractual por daños causado por un comportamiento negligente de la empresa matriz o dirigente de la cadena de suministro.

En el estudio de caso que presentamos constatamos las dificultades y las posibilidades de éxito de la demanda interpuesta ante un tribunal alemán frente a la conocida empresa alemana de moda *Kik*, por los heridos y familiares de las víctimas de un incendio ocurrido en un taller textil de Pakistán. Se trataba de trabajadores contratados por la empresa local, *Ali Express*, proveedora principal de la marca de moda germana. La fundamentación jurídica hubo de acogerse al *common law* y al instituto de la *duty of care*, que como

desarrollaremos es uno de los requisitos exigidos por el *law of torts* o derecho de daños anglosajón.

2. EMPRESAS TRANSNACIONALES Y SUS CADENAS DE SUMINISTRO: UN ESPACIO DE IMPUNIDAD

La globalización económica se ha ido tejiendo a través de largas y, muchas veces, complejas cadenas de suministro a través de las cuales las grandes corporaciones dominan el proceso productivo. Para ello, se reservan la ejecución y el control de las tareas con mayor valor añadido como la investigación y desarrollo, el diseño, la publicidad y la comercialización de los bienes y servicios. Sin embargo, la extracción de materias primas, su transformación y la fabricación del producto final se deslocaliza y externaliza a países con mano de obra barata y condiciones laborales precarias.

Si bien es cierto que las economías menos desarrolladas se han beneficiado de esta división internacional del trabajo recibiendo la tan necesaria transferencia de tecnología, conocimientos y mejora de procesos productivos, además de oportunidades laborales para su población, no podemos ignorar que los beneficios generados por estas redes de producción y comercio internacional no se han distribuido equitativamente ni han alcanzado a todos los países y poblaciones por igual¹.

Las empresas transnacionales no sólo han externalizado la producción sino también los riesgos sociales y jurídicos que ello lleva consigo. La internacionalización de sus estructuras productivas permite a las grandes corporaciones operar a través de las fronteras con el objetivo de maximizar sus beneficios. Sus decisiones a la hora de establecer filiales o elegir subcontratistas o proveedores se rigen por criterios dependientes del entorno jurídico y socioeconómico más favorable para sus intereses.

Por su parte, los Estados del Sur Global pugnan entre sí para atraer la inversión extranjera ofreciendo a las transnacionales ventajas comparativas como exenciones fiscales; mínimas exigencias regulatorias y de control en materia de salarios, jornadas de trabajo, condiciones de salud y seguridad en el trabajo o representación y defensa de los derechos de los trabajadores. Esta competición a la baja se traduce en un escenario propicio para las violaciones de derechos humanos y laborales por parte de las corporaciones².

Las empresas transnacionales operan en un tablero de juego mundial muy favorable a sus intereses en el que como afirma Hernández Zubizarreta im-

¹ OIT El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro. Informe IV, cuarto punto del orden del día 105.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2016, p.2

² GARCIA LANDABURU, María Katia, "La exigencia de debida diligencia a las empresas multinacionales y su vinculación con otras medidas para regular su conducta", *Trabajo y Derecho*, Monográfico 14/2021 Editorial Wolters Kluwer, 1 de nov. de 2021.

pera una suerte de “asimetría normativa”³. Esto significa que sus operaciones comerciales gozan de protección internacional a través de tratados y acuerdos de comercio e inversión pudiendo hacer valer sus derechos ante tribunales arbitrales internacionales. Por el contrario, los impactos negativos de sus actividades en los derechos humanos, laborales y medioambientales no pueden ser reclamados ante ningún tribunal u organismo internacional ya que las empresas continúan sin ser sujetos de derecho internacional público y por tanto no se les puede imponer obligaciones o reclamar por incumplimientos⁴.

De esta forma, las cadenas globales de valor proporcionan a las empresas transnacionales las materias primas que precisan para la fabricación de componentes y artículos a unos costes infinitamente inferiores a los que soportarían en los países occidentales donde radican sus casas matrices. Asimismo, y por derivación de su posición hegemónica en el teatro económico mundial surge la posibilidad de evadir sus responsabilidades sociales y jurídicas a través de las distintas fronteras por donde se extienden sus cadenas de suministro.

La creación de complejos entramados societarios con personalidades jurídicas diferenciadas o la celebración de contratos de compra donde la responsabilidad se diluye por la interposición de capas de subcontratación aseguran y refuerzan un muro de contención frente a las reclamaciones por abusos a los derechos laborales. Hablamos de violaciones tan graves que en ocasiones llegan a ser prácticas de esclavitud moderna. A estos abusos hay que añadir otras manifestaciones de atentados a los derechos humanos como la destrucción del medioambiente o acaparamiento de tierras de pueblos indígenas durante sus actividades en los países del Sur global⁵.

Una vez materializado el daño, las víctimas se enfrentan a la debilidad y la corrupción de los sistemas judiciales de sus propios países donde difícilmente verán satisfechas sus pretensiones resarcitorias. A esta circunstancia es preciso añadir la dificultad que supone buscar remedio ante los tribunales de los países occidentales en los que las empresas transnacionales tienen sus matrices. El acceso a la justicia en Estados Unidos, Canadá, Reino Unido u otros países de la Unión Europea se ha mostrado hasta la fecha como un ca-

³ HERNADEZ ZUBIZARRETA, Juan., *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*, Editorial Hegoa, Bilbao, 2009, p. 34; Ver más reciente HERNADEZ ZUBIZARRETA, Juan, RAMIRO PEREZ, Pedro, “Las empresas transnacionales y la arquitectura jurídica de la impunidad responsabilidad social corporativa, lex mercatoria y derechos humanos”, *Revista de economía crítica*, núm. 28, 2019.

⁴ CANCHOLA CASTRO, Antonio, “Nueva tendencia de la personalidad internacional: Hacia unos sujetos nuevos, hacia unos sujetos reales”, *Boletín Mejicano de Derecho Comparado*, 68, 1990; ALVAREZ, Jose “Are Corporations “Subjects” of International Law?”, *New York University School of Law Public Law & Legal Theory Researc Paper Series*, 10–77, 2010.

⁵ NIETO ROJAS, Patricia., “Cadenas mundiales de suministro y trabajo decente: instrumentos ordenados a garantizarlo”, *Cuadernos de Relaciones laborales*, 37(2), 2018, pp. 419-434.

mino escasamente transitado y no exento de barreras procesales, materiales y económicas⁶.

En Estados Unidos, durante décadas el *Alien Tort Statue* (ATS) significaba en palabras del juez Breyer “un instrumento para compensar a las víctimas de los piratas del mundo moderno”⁷. No en vano esta cortísima ley se aprobó por el Congreso de los Estados Unidos en 1789 para reconocer jurisdicción a los tribunales norteamericanos ante reclamaciones de cualquier extranjero que hubiera sido víctima de violaciones del Derecho de las Naciones. En aquel entonces fundamentalmente actos de piratería.

El ATS supuso durante tres décadas el fundamento jurídico para hacer de Estados Unidos una especie de jurisdicción universal en materia civil puesto que las reclamaciones se basaban en el derecho de daños. Pero las presiones no se hicieron esperar cuando esta ley fue utilizada en demandas de daños frente a las poderosas corporaciones transnacionales por actos cometidos en terceros estados⁸.

En el año 2013 en el célebre caso *Kiobel v. Dutch Petroleum Co* la Corte Suprema desestima la demanda planteada frente a la multinacional estableciendo una presunción contra la aplicación extraterritorial de la legislación estadounidense, que solo podrá ser desvirtuada previa acreditación de una fuerte y suficiente conexión y afectación del caso al territorio de los Estados Unidos. En definitiva, se cierra prácticamente la puerta de entrada a la jurisdicción norteamericana a este tipo de demandas⁹.

Por otra parte, la invocación del *forum non conveniens* se convierte en una dificultad añadida que las víctimas de los abusos corporativos cometidos en terceros estados deben salvar para no ver sus demandas rechazadas en los sistemas judiciales pertenecientes al *common law* como Estados Unidos, Canadá o Australia. En Reino Unido, al menos durante su pertenencia a la UE, esta doctrina no ha podido ser invocada ante sus tribunales por efecto

⁶ Ver Informe GARCIA ESTEBAN, Alejandro, PATZ Christopher, “Suing Goliath”, *European Coalition for Corporate Justice*, Bruselas, 2021.

⁷ Se puede consultar el voto particular del juez Breyer en el caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108 (2013) en la página web de la Corte Suprema de Estados Unidos. Ver enlace: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/569/108/>

⁸ PIGRAU SOLE, Antoni., “La responsabilidad civil de las empresas transnacionales a través de la Alien Tort Claims Act por su participación en violaciones de derechos humanos”, *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, núm. 25, 2010, pp. 114-130; ZAMORA CABOT, Francisco., “Los derechos fundamentales en clave del Alien Torts Claims Act de 1789 de los EEUU y su aplicación a las corporaciones internacionales”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Universidad del país vasco, 2007

⁹ MARULLO, Maria Chiara, ZAMORA CABOT, Francisco, “Transnational Human Rights litigations. Kiobel’s touch and concern: a test under construction”, *Papeles El Tiempo de los derechos*, núm. 1, 2016

del Reglamento Bruselas I bis, desde que así lo determinara el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2005 en el caso *Owusu vs. Jackson*¹⁰.

Se trata de una excepción procesal que debe ser alegada por la parte demandada, que tendrá, asimismo, que acreditar la existencia del foro alternativo, generalmente el del domicilio de los demandantes y/o el lugar donde ocurrieron los daños. El juez ponderará todos los intereses en juego, incluido el interés público, para llegar o no a la conclusión de que el foro alternativo es el más adecuado¹¹. El 99% de los casos desestimados por motivos de *forum non conveniens* nunca vuelven a presentarse en el foro alternativo por lo que las víctimas quedan desprovistas de cualquier reparación¹².

El cierre de la puerta a las demandas basadas en el ATS unido a las dificultades procesales que plantea la invocación del *forum non conveniens* en los países del *common law* ha convertido a los Estados miembros de la Unión Europea en un foro atractivo en el que las víctimas y sus defensores han fijado su mirada interponiendo una serie de demandas la mayoría de ellas ante la jurisdicción civil, invocando los principios del derecho de daños o responsabilidad civil extracontractual¹³.

A dichos efectos vamos a examinar seguidamente qué papel puede desempeñar la introducción de una diligencia debida en derechos humanos con efectos vinculantes para las empresas.

3. LA DILIGENCIA DEBIDA EN LOS PRINCIPIOS RECTORES Y SU DESARROLLO POSTERIOR

3.1. El concepto de diligencia debida en los Principios Rectores: proceso y estándar de conducta

El frontal rechazo del mundo empresarial a cualquier imposición normativa con efectos vinculantes en materia de derechos humanos y laborales llevó a la promulgación y consolidación de directrices y códigos de conducta

¹⁰ *Owusu v Jackson (Case C-281/02)*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 1 de marzo de 2005. ECLI:EU:C: 2005:120

¹¹ Dos casos paradigmáticos planteados ante los tribunales norteamericanos y rechazados en base al *forum non conveniens* fueron *Aguinda v. Texaco* y *Bhopal v. Union Carbide Corporation*. Respecto al caso Bhopal ver ESTEVE MOLTO, José Elías, "La Estrecha Interdependencia entre la criminalidad de las Empresas Transnacionales y las violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del medioambiente: Lecciones del caso Bhopal.", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 32, 2016, p.2-3

¹² SKINNER, Gwynne., McCORQUODALE, Robert., DE SCHUTTER, Olivier., *El Tercer Pilar: El acceso a los recursos judiciales para las víctimas de las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales*, ICAR, CORE, ECCJ, 2013, p. 36.

¹³ Ejemplos de casos llevados ante tribunales europeos: *Akpan v. Royal Dutch Shell Plc et al.*, C/09/337050 / HA ZA 09-1580, January 30, 2013, Disponible en: <https://elaw.org/af-akpan-v-royal-dutch-shell-plc-0>; VILLALOBOS DIAZ, Felix., Boliden, el caso de contaminación con metales pesados provenientes de Suecia que afectó a Arica, Emol, 2019. Disponible:

<https://www.emol.com/noticias/Nacional/2019/10/07/963465/Boliden-embajador-sueco-Arica.html>

elaborados por organismos internacionales como las Directrices para empresas multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la Declaración Tripartita de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) o el Pacto Mundial de Naciones Unidas. Así como códigos éticos y de conducta empresariales o sectoriales emanados de las propias empresas que determinan de forma totalmente voluntaria los aspectos laborales, sociales y medioambientales que consideran merecen su atención. Todos estos instrumentos son calificados como de derecho blando o *soft law*, por carecer de fuerza jurídica obligatoria¹⁴.

En esta línea, y en el año 2011, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas adoptó por amplio consenso los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos¹⁵. Un instrumento, que a pesar de ser criticado por pertenecer a la categoría del derecho blando¹⁶, supuso un verdadero punto de inflexión para avanzar hacia la exigencia de una mayor transparencia en las cadenas de suministro de las grandes empresas transnacionales.

Los Principios Rectores marcan el principio de un largo camino, que continuamos transitando una década después¹⁷. Su gran aportación consistió en la introducción y desarrollo del instituto de la diligencia debida aplicada a los derechos humanos. A través de la cual, se ha ido perfilando la posibilidad de anudar consecuencias jurídicas a los efectos adversos causados por las empresas y allanar el, aún ahora tortuoso, camino de las víctimas hacia el reconocimiento judicial de una compensación por los perjuicios sufridos¹⁸.

La fuerza transformadora de los Principios reside en la coherencia interna que la diligencia debida otorga a los tres pilares del marco “proteger, respetar, remediar” sentando las bases sobre las que se han ido apoyando los avances

¹⁴ Ver Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (actualización de 2011); Guía de Diligencia Debida de la OCDE para la Conducta Empresarial Responsable (2018); OIT, Declaración tripartita de Principios sobre las empresas multinacionales y la política social, revisado en su 329.ª reunión, marzo de 2017; Pacto Mundial Naciones Unidas adoptado en el año 2000, Disponible en: <https://www.pactomundial.org/>

¹⁵ Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, HR/PUB/11/04, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2011

¹⁶ BILCHITZ, David, DEVA, Surya, “The Human Rights Obligations of Business: A Critical Framework for the Future,” en DEVA, Surya., BILCHITZ, David, *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?* Cambridge University Press, 2013;

¹⁷ NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, “Informe final del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas, John Ruggie. DOC. A/HRC/17/31,” 2011, párrafo 13: “Qué proponen estos Principios Rectores? ¿Y cómo deben ser leídos? El respaldo del Consejo a los Principios Rectores no servirá por sí solo para poner fin a los problemas que plantea la cuestión de las empresas y los derechos humanos. Pero marcará el fin del comienzo: la creación de una plataforma conjunta de acción a nivel mundial, como base para seguir avanzando paso a paso, sin excluir ninguna otra posibilidad prometedora a largo plazo”

¹⁸ BONNITCHA, Jonathan, McCORQUODALE, Robert, “Is the Concept of ‘Due Diligence’ in the Guiding Principles Coherent?” *SSRN Electronic Journal*, 2013. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2208588>. as p. 10.

normativos alumbrados en esta última década¹⁹. Asimismo, debemos destacar su dualidad en el sentido de representar tanto el proceso que se exige implementar a las empresas a lo largo de su cadena de suministro como el estándar de conducta en manos de las víctimas de abusos corporativos²⁰. Se trata en este último caso de una medida del comportamiento empresarial que podría ser invocado por los perjudicados en sede judicial a los efectos de determinar si ha existido negligencia respecto a los derechos abusados

El proceso de diligencia debida en derechos humanos que toda empresa debe conducir se fundamentará en primer lugar en la evaluación de riesgos. Una actividad con la que las corporaciones están familiarizadas y que ponen en práctica para evitar riesgos internos susceptibles de poner en peligro las inversiones de los accionistas o la operatividad de la empresa, o por exigencia del legislador estatal en materias como medio ambiente, prevención del blanqueo de capitales, el soborno o la corrupción. No obstante, y esta es una diferencia capital, la evaluación de impactos en derecho humanos debe dirigirse a detectar los riesgos que la empresa puede causar a terceros.

En este sentido las empresas, todas ellas, porque los Principios se dirigen también a las pequeñas y medianas empresas, deberán evaluar la situación del país en el que operan, sus procesos de compras, las características de su cadena de suministro, etc. La OCDE ha ido publicando guías sectoriales para orientar a las empresas sobre los asuntos clave que deben ser tomados en consideración²¹.

Las Guías de la OCDE inciden en la importancia de llevar a cabo consultas y fomentar la participación significativa de todos los grupos de interés. Entre ellos, se destaca especialmente a los sindicatos por su papel fundamental para establecer políticas de habilitación de derechos de los trabajadores²².

Es el aspecto de la diligencia debida, en cuanto medida del comportamiento corporativo, el que introduce la herramienta o llave jurídica que podría facilitar el que las víctimas de abusos corporativos demanden directamente a la empresa matriz o principal ante el foro correspondiente a su domicilio social, fundamentando esa demanda en un comportamiento negligente o ca-

¹⁹ Ver Principios Rectores sobre las Empresas...*op.cit.*, principios 17 a 21

²⁰ HERNANDEZ PERIBAÑEZ, María Eugenia, *Diligencia Debida y Derechos Humanos: El acceso a mecanismos de reparación judicial*, Colex, La Coruña, 2022, pp.201-207.

²¹ El objetivo de cada una de estas guías es ofrecer una orientación a las corporaciones para ayudarlas a identificar, y habilitar respuestas, a los riesgos concretos de impactos negativos asociados a cada sector. Ver OCDE Due diligence guidance for responsible supply chains of minerals from conflict-affected and high-risk areas, Paris, 2016; OCDE Due diligence guidance for responsible supply chains in the garment and footwear sector, Paris, 2018; OCDE guidance responsible agricultural supply chains, Paris, 2016. OCDE Due diligence guidance for meaningful stakeholder engagement in the extractive sector, Paris, 2017; OCDE Practical actions for companies to identify and address the worst forms of child labour in mineral supply chains, Paris, 2017

²² ROJAS RIVERO, Gloria Pilar, "La unidad sindical necesaria para la gobernanza global de la economía" (Editorial), *Iuslabor*, núm. 3, 2021

rente de la diligencia que debió observar respecto a sus filiales, subsidiarias, contratistas o proveedores a lo largo de su cadena de suministro²³.

Ahora bien, en este punto es importante apuntar las diferencias entre países anglosajones cuyo sistema judicial se basa en el *common law* y que contemplan este tipo de reclamaciones desde el derecho de daños o *torts* y los países cuyo sistema jurídico pertenece al derecho continental o civilista que resuelven esta materia desde el instituto legal de la responsabilidad civil extracontractual.

En los primeros, los tribunales pueden crear derecho resolviendo en base a precedentes. Son sistemas jurídicos muy dinámicos que permiten a los jueces establecer una mayor conexión con las demandas sociales sin tener que constreñirse únicamente al dictado del legislador. Dentro de los diferentes *torts* tenemos el *tort of negligence*²⁴ que sería la figura jurídica más próxima a nuestra responsabilidad civil extracontractual.

Respecto a las reclamaciones por daños derivadas de negligencia empresarial los tribunales de la órbita del *common law* han venido exigiendo la concurrencia de tres requisitos: la previsibilidad, la proximidad y razones de política social para valorar si sobre la empresa matriz pesaba una obligación de cuidado, *duty of care*, que permitiese vincular su comportamiento con los daños sufridos por el demandante²⁵. En este sentido es paradigmática la Sentencia del Tribunal de Ontario en el caso *Choc vs Hudbay Minerals Inc* que en el año 2013 resuelve a favor de los demandantes reconociendo la posibilidad de que una empresa matriz canadiense pueda ser responsable de sus acciones u omisiones negligentes en otros países y directamente relacionadas con su empresa subsidiaria.

Por el contrario, en la mayoría de los estados de la Unión Europea (UE) cuyo sistema legal pertenece al derecho civil, los jueces se limitan a aplicar el derecho. De ahí la importancia de que se adopte normativa vinculante en materia de diligencia debida en derechos humanos a los efectos de permitir a los tribunales estimar que una conducta empresarial negligente, es decir, que no observa el proceso de diligencia legalmente exigida, ha infringido el principio *alterum non laedere*, base de la responsabilidad civil extracontractual²⁶.

3.2. La evolución de la diligencia debida tras la adopción de los Principios Rectores

El desarrollo de la diligencia debida en la última década a partir de la adopción de los Principios Rectores ha sido constante y ha permeado todos

²³ HERNANDEZ PERIBÁÑEZ, María Eugenia, *op.cit.*

²⁴ TINGLE, John, "Establishing breach of the duty of care in the tort of negligence". *British journal of nursing*, 2002, vol. 11, núm. 17, p. 1128-1130.

²⁵ Ver *Choc v Hudbay Minerals Inc.* (2013) ONSC 1414

²⁶ PALACIOS, Laura, "Reflexiones acerca del principio *Alterum non laedere* a la luz de un supuesto de responsabilidad extracontractual", *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, núm. 1, 2006.

los instrumentos y marcos normativos en el campo de las empresas y los derechos humanos. En esta línea, las *Directrices de la OCDE sobre Empresas Multinacionales* en el año 2011 sufrieron una reforma con la introducción de un capítulo cuarto relativo a la protección de los derechos humanos y la articulación de la diligencia debida en las cadenas de suministro, así como un fortalecimiento del papel de los Puntos Nacionales de Contacto²⁷. En segundo lugar, la *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social* adoptada en 1977 por la OIT fue objeto de una nueva reforma en marzo de 2017. De la citada reforma cabe subrayar el reconocimiento de los Principios Rectores, y la presentación de la debida diligencia como mecanismo para conseguir un crecimiento sostenible y un mejor reparto de los beneficios de la economía globalizada²⁸.

La implementación efectiva a nivel estatal de los Principios se ha llevado a cabo por medio de la formulación de Planes Nacionales de Acción (PNA)²⁹. Precisamente y con respecto al contenido sustantivo de dichos PNA, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos recomendó a los Estados que acudieran a la fórmula del “*smart mix*” o mezcla de medidas concretas de carácter voluntario, mandatorio, nacionales o internacionales como forma de cumplir con su obligación de proteger frente a los abusos corporativos³⁰. Entre esas medidas, la diligencia debida en derechos humanos ocupa un lugar central. Por cuanto los Estados deben exigir a las empresas el ejercicio de diligencia debida en derechos humanos para dar cumplimiento ellos mismos de forma diligente a su propia obligación de proteger.

En esta línea, las primeras regulaciones de derecho positivo que vieron la luz, como muestra del compromiso de los Estados con el primer pilar de los Principios Rectores, pertenecen a una categoría normativa denominada por la doctrina anglosajona como *reflexive law*³¹. La *Modern Slavery Act* promulgada en 2015 en Reino Unido es un ejemplo de este tipo de legislación. Se trata de una ley que únicamente exige de las empresas la publicación de un informe anual revelando si han tomado o no medidas para erradicar la esclavitud moderna de sus cadenas de suministro. No se exige la adopción de diligencia debida, únicamente se entiende que aquellas empresas que quieran detectar si en su cadena de suministro existe esclavitud moderna lo harán a través de un proceso de diligencia debida buscando la trazabilidad de su ca-

²⁷ OCDE, “Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Revisión 2011”, OCDE, 2013, p. 4.

²⁸ International Labour Office (ILO), “Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy”, Geneva, 2017.

²⁹ En referencia al Plan de Acción español ver: ESTEVE MOLTÓ, José Elias, “Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos: la imperiosa complementariedad con normas vinculantes. Referencia al plan español”, Anuario español de derecho internacional, núm. 34, 2018

³⁰ UN Working Group on Business and Human Rights, “Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights”, 2016. p. 13.

³¹ LUHMANN, Niklas., “Some problems with reflexive law” en FEBBRAJO, Alberto., (edit) *Law, Legal Culture and Society*, Routledge, London, 2018

dena y ofreciendo una transparencia sobre la misma³². Esta norma británica bebe de la *California Transparency in Supply Chains Act* aprobada en 2010 y que exige a empresas dedicadas a la manufactura y/o venta de productos con operaciones en el Estado de California y unos resultados anuales a nivel mundial de 100 millones de dólares o más que publiquen un único informe en el que se recoja sus esfuerzos por asegurar una cadena de suministro libre de esclavitud y tráfico de personas³³. El objetivo final de la ley es ofrecer transparencia a los consumidores e inversores para que puedan tomar decisiones conforme a la información que las empresas proporcionen³⁴.

En el ámbito de la Unión Europea y en la misma órbita de las normas de transparencia y de información tenemos la Directiva 2014/95/UE sobre Información no financiera³⁵ modificada por la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 a los efectos de sustituir el término “información no financiera” por el de información sobre sostenibilidad puesto que tal como se argumenta en los considerandos de la Directiva:

“el término «no financiera» es inexacto, en particular porque implica que la información en cuestión carece de relevancia financiera. Sin embargo, dicha información tiene cada vez más relevancia financiera”³⁶.

En nuestro país la Directiva se traspuso a través del Real Decreto-ley 18/2017 de 24 de noviembre³⁷ cuyo alcance ha sido ampliado por la Ley 11/2018 de 28 de diciembre introduciendo importantes novedades en materia de divulgación de información no financiera y diversidad como por ejemplo la ampliación del número de sociedades obligadas a presentar el estado de información no financiera, reduciendo el umbral de trabajadores que ha de tener la empresa de 500 a 250 a partir de enero de 2021.

³² Modern Slavery Act 2015, UK Public General Acts, 2015 c. 30 Part 6 Section 54. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/section/54/enacted>; Ver la propuesta de reforma en la página web del Parlamento Británico: <https://bills.parliament.uk/bills/2892>

³³ The California Transparency in Supply Chains Act: A resource Guide, Kamala D. Harris, Attorney General California Department of Justice, 2015. Disponible en: <https://oag.ca.gov/sites/all/files/agweb/pdfs/sb657/resource-guide.pdf>

³⁴ SALES PALLARES, Lorena., MARULLO Maria Chiara, “El «ángulo muerto» del Derecho Internacional: las empresas transnacionales y sus cadenas de suministro”, *Persona y Derecho*, vol. 78, núm. 1, 2018, pp. 261-291; SMIT, L., et al. *Study on due diligence requirements through the supply chain*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020.

³⁵ DIRECTIVA 2014/95/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 22 de octubre de 2014. Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L330/1 el 15 de noviembre de 2014. Artículo 19 bis,”

³⁶ Considerando 8 de la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas. Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L-2022-81871 de 16 de diciembre de 2022.

³⁷ Se puede consultar el Real Decreto Ley 18/2017 aquí: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-13643

3.3. Primeros desarrollos normativos hacia la exigencia de diligencia debida obligatoria en Europa

La exigencia de diligencia debida corporativa en materia de derechos humanos puede tener efectos positivos en el acceso a la justicia de los perjudicados ante los tribunales europeos³⁸. Pero para ello, y especialmente en los países del sistema jurídico civilista, es preciso que el desarrollo normativo emprendido por algunos países occidentales, así como por la Unión Europea, en los últimos cinco años, respecto a su exigencia con efectos jurídicos obligatorios continúe avanzando. Las leyes estatales y la futura Directiva sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial deberían, además, para materializar la potencialidad de la que hablamos, ser audaces a la hora de reconocer la existencia de responsabilidad civil derivada de los incumplimientos empresariales en esta materia³⁹. Sin embargo, tal como examinaremos seguidamente las leyes que se han ido adoptando suponen tan sólo un tímido avance en la dirección apuntada.

La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y subcontratistas aprobada el 22 de febrero de 2017⁴⁰ es pionera en establecer el deber de diligencia. Las empresas afectadas⁴¹ deben implementar y publicar con carácter anual un “Plan de Vigilancia” que consistirá en tomar todas las medidas razonables para identificar, evaluar, prevenir y mitigar los riesgos sobre los derechos humanos y el medio ambiente derivados de sus operaciones, las de sus filiales, proveedores y subcontratistas.

A pesar de haberse declarado inconstitucional la imposición de multas por la falta de adopción del Plan de Vigilancia, como se había previsto en el texto original, se establece una obligación de cuidado que pesa sobre la empresa matriz con carácter mandatorio. Esta novedosa previsión legal supone franquear el acceso a la justicia a las víctimas de abusos en reclamación de una posible responsabilidad civil por daños⁴².

³⁸ ECCJ and Anti-Slavery International, “What if? How EU due diligence laws could help protect people and the planet”, september, 2020.

³⁹ GUAMAN, Adoración, *Diligencia debida en Derechos Humanos. Posibilidades y límites de un concepto en expansión*, Tirant lo Blanch, 2022.

⁴⁰ Ley sobre el deber de vigilancia de las empresas matrices y de subcontratación, 2017. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000034290626/>

⁴¹ El ámbito de la ley es más reducido de lo que sería deseable. Tal como se recoge en la misma la ley es aplicable a cualquier empresa establecida en Francia que emplee: al menos a cinco mil personas, ya en la casa matriz, ya en sus filiales directas o indirectas cuya sede social esté situada en Francia, al término de dos ejercicios consecutivos. Al menos a diez mil personas, ya en la casa matriz, ya en sus filiales directas o indirectas, cuyo domicilio social esté situado bien en Francia, bien en el extranjero. Ver AUVERGNON, Philippe, “El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas transnacionales, o cómo no dejar que los zorros cuiden libremente del gallinero mundial”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales, Lex Social*, vol. 10, núm. 2, 2020, pp. 210-211.

⁴² DAUGAREILH, Isabelle, *La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y contratistas: entre renunciaciones y promesas. Impacto laboral de las redes empresariales*, Comares, Granada, 2018

No obstante, al no haberse previsto la inversión de la carga de la prueba los demandantes van a tener que afrontar la complicada tarea de establecer la relación de causalidad entre el daño y la falta de diligencia de la compañía. Por otra parte, la empresa podría esgrimir la mera existencia del Plan de Vigilancia acorde con las exigencias de la ley para eludir su responsabilidad. Este es un temor puesto de manifiesto tanto por activistas de derechos humanos como por voces autorizadas como la del profesor Surya Deva⁴³, que han mostrado sin ambages sus reservas ante la posibilidad de que las grandes compañías hagan de la tenencia de un plan de diligencia debida un mero instrumento para eximirse de responsabilidad ante una reclamación judicial.

La ley francesa lleva unos años en vigor y ya nos ha dejado algunos casos prácticos de apercibimientos a grandes corporaciones como EDF, Total, XPO Logistics o Teleperformance por haber elaborado Planes de Vigilancia incompletos o no conformes con las disposiciones de la Ley⁴⁴.

La primera demanda judicial presentada en octubre de 2019 al amparo de esta Ley ha sido interpuesta por seis organizaciones de la sociedad civil frente a la petrolera *Total* por una explotación petrolífera en un parque natural de Uganda ante un tribunal de la jurisdicción civil en Nanterre que rechazó su competencia a favor de un tribunal de comercio. El argumento principal de los demandantes es que no se ha incluido por la empresa demandada en su Plan de Vigilancia la identificación, prevención y mitigación de riesgos respecto a las actividades en el país africano. Una vez resuelta la cuestión de competencia por parte del Tribunal Supremo francés a favor de los tribunales civiles, el 23 de febrero de este mismo año el caso fue desestimado por motivos procesales argumentando el Tribunal que se había variado en la demanda los hechos con respecto al requerimiento formal que se presentó ante la petrolera⁴⁵.

En cualquier caso, la ley francesa ha servido para pavimentar el camino a otras normas como la Ley de los Países Bajos sobre debida diligencia en materia de trabajo infantil publicada el 13 de noviembre de 2019⁴⁶ que introduce la exigencia de un deber de diligencia para prevenir la utilización de trabajo infantil en la cadena de suministro, mediante la cual se obliga a las empresas a investigar y comunicar los resultados respecto a la existencia de trabajo infantil en cualquiera de los eslabones de la cadena de suministro. Se exige,

⁴³ DEVA, Surya., "Guiding Principles on Business and Human Rights: Implications for Companies" *European Company Law*, vol. 9, issue 2, 2012.

⁴⁴ DAUGAREILH, Isabelle et al., "La Ley francesa sobre el deber de vigilancia: presente y futuro de una innovación jurídica", en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. (dir.), *Comercio Internacional, Trabajo y Derechos Humanos*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca 2021, pp. 120-123.

⁴⁵ Consultar noticia en la página web del Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/es/%C3%BAltimas-noticias/demanda-contra-total-relativa-al-incumplimiento-de-la-ley-francesa-sobre-el-deber-de-vigilancia-en-sus-actividades-en-uganda/>

⁴⁶ Ley de debida diligencia sobre trabajo infantil, 2019. Disponible en: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2019-401.html>

asimismo, a las empresas la elaboración de Planes de Acción para erradicar el trabajo infantil en caso de ser hallado en su cadena de suministro.

La ley neerlandesa difiere de la francesa en su carácter específico, centrandose en su lucha contra la explotación infantil, y añade el relevante criterio de no discriminación de su aplicación a las empresas por número de empleados, ni volumen de negocio, obligando, por tanto, a cualquier empresa que opere en territorio de los Países Bajos. Sin embargo, entre sus debilidades encontramos que la publicación del informe no tiene carácter periódico, sino que sólo se pide un único informe. La consecuencia por la falta de medidas de averiguación y de su comunicación se limitan a una sanción administrativa, aunque podría llegar a pedirse penas de prisión en casos de reiteración en el incumplimiento durante un período superior a cinco años.

Lo cierto es que a pesar de los años transcurridos esta norma no está aún en vigor, y podría no llegar a estarlo si al final se adoptara como ley el Proyecto presentado el 11 de marzo de 2021 sobre negocios internacionales responsables y sostenibles. Esta norma abordaría la protección frente a violaciones de derechos humanos, laborales y en materia de medioambiente exigiendo la implementación de diligencia debida en las cadenas de suministro y la obligatoriedad de los informes con carácter anual⁴⁷.

En los meses de junio y julio de 2021 se aprueban la ley noruega sobre *Transparencia Empresarial y Trabajo Decente*⁴⁸ y la ley alemana de *Debida Diligencia en materia de Derechos Humanos y Medio Ambiente*⁴⁹, respectivamente. En ambos casos se exige el ejercicio de diligencia debida, aunque la ley noruega orbita en el campo de las leyes de transparencia sin que se contemple la posibilidad de reclamaciones en vía civil por parte de los perjudicados.

La ley alemana, sin embargo, bebe de la ley francesa y junto a ella introduce la posibilidad de reclamaciones por parte de las víctimas ante los tribunales alemanes y prevé, expresamente, en su artículo 11, la posibilidad de que sean representadas por ONGs o sindicatos. Sin embargo, no establece una responsabilidad civil específicamente contemplada en su articulado, al contrario de su homónima gala. El apartado 3 del artículo 3 recoge expresamente: “El incumplimiento de las obligaciones previstas en esta ley no dará lugar a responsabilidad civil”. No obstante, matiza a renglón seguido que la responsabilidad establecida independientemente de esta ley no se ve afecta-

⁴⁷ SOLIS PRIETO, Carmen., “Panorama de las nuevas iniciativas nacionales europeas de regulación de la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos”, *Trabajo y Derecho*, Monográfico 14/2021, núm. 14, Editorial Wolters Kluwer, 2021.

⁴⁸ Ley relativa a la transparencia de las empresas y al trabajo sobre derechos fundamentales y condiciones de trabajo dignas, 2021.

⁴⁹ Ley sobre las obligaciones de debida diligencia empresarial para la prevención de violaciones de derechos humanos en cadenas de suministro, 2021. Disponible en: https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Internationales/act-corporate-due-diligence-obligations-supply-chains.pdf?__blob=publicationFile&v=3

da. La responsabilidad a la que se refiere es la que contempla el artículo 823 del Código Civil alemán, y por tanto la puerta a las demandas por responsabilidad civil extracontractual basadas en violaciones de derechos humanos por falta de diligencia de una empresa matriz queda abierta, tal como explica Fuchs en su pormenorizado e ilustrativo análisis de esta ley⁵⁰.

En la fecha en que se escriben estas líneas otros muchos países europeos, como Luxemburgo, Dinamarca, Austria, Suecia, Bélgica, están en proceso de promulgar legislación en la que la diligencia debida en derechos humanos se exige a las empresas con efectos vinculantes.

En nuestro país el gobierno de coalición estaba trabajando en una ambiciosa ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales que se quedó en fase de anteproyecto abierto a información pública en el mes de marzo de 2022. Habrá que esperar para ver si el nuevo gobierno surgido de las elecciones de este año retoma y concluye el trabajo iniciado.⁵¹

Por su parte, la Unión Europea (UE) introduce de forma transversal en sus principales políticas comerciales el respeto de los derechos humanos, en cuanto valor fundamental de la Unión. Las instituciones comunitarias, conscientes del poder de influencia que otorga ser el mayor mercado interior del mundo y uno de los principales emisores de inversión extranjera directa, han abordado la interacción entre empresas y derechos humanos, así como los efectos derivados de su relación, mediante la publicación de estudios, recomendaciones e iniciativas legislativas con el objeto de revertir la impunidad con la que muchas grandes corporaciones operan desde sus matrices en países de la UE sin rendir cuentas por los abusos cometidos por sus filiales, proveedores o socios comerciales en terceros países.

Las primeras normas comunitarias en acoger la diligencia debida empresarial con carácter obligatorio adoptaron la forma jurídica de Reglamentos de carácter sectorial para regular bien la trazabilidad y transparencia de la cadena de suministro de la madera⁵² o para imponer a los importadores de minerales como el oro, wolframio, estaño o tantalio, el deber de implementar diligencia debida mediante la imposición de llevar a cabo auditorías externas⁵³.

⁵⁰ FUCHS, Maximilian, La Ley de Diligencia Debida en la Cadena de Suministro de Alemania, *Revista Trabajo y Derecho*, Monográfico 16/22

⁵¹ SOLIS PRIETO, Carmen., "Panorama de las nuevas iniciativas nacionales europeas...", *op. cit.* Ver Consulta Pública del Anteproyecto. Disponible en: <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/documentos/220208-consulta-publica-definitiva.pdf>

⁵² Reglamento (UE) 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010 por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera

⁵³ Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen las obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministros por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y uso originario de las zonas de conflicto o alto riesgo; MARTIN-ORTEGA, Olga, "Europa se enfrenta (por

Los tímidos avances señalados han continuado siendo apuntalados por una intensa actividad a través de comunicaciones, estudios e informes de las instituciones y organismos comunitarios⁵⁴. El Parlamento Europeo, por su parte, ha reclamado, insistentemente la adopción de un instrumento jurídico que regule la diligencia debida empresarial con carácter obligatorio y no de forma sectorial sino general, en su Resolución de 10 de marzo de 2021⁵⁵ justifica esta necesidad y urgencia en las constatadas limitaciones que las normas voluntarias han mostrado tanto para prevenir el menoscabo de los derechos humanos y del medio ambiente como para permitir el acceso a la justicia.

La respuesta llegó el 23 de febrero de 2022 en forma de Propuesta de Directiva sobre “la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial” que ha sido publicada por la Comisión Europea⁵⁶. El texto recoge la obligación de implementar un proceso de diligencia debida en derechos humanos, laborales y medioambientales por parte de las grandes empresas que estén domiciliadas, o que operen, en el mercado interior utilizando, para ello, la metodología que se describe en los Principios Rectores y en la Guías de la OCDE. Se extiende dicha obligación a toda la cadena de valor, incluidas aquellas empresas con las que la matriz tenga una “relación comercial establecida”, exigiendo para ello que se introduzcan “garantías contractuales” para asegurar el cumplimiento.

Se introduce, al igual que en la ley francesa, la posibilidad de exigir la responsabilidad civil extracontractual de las empresas ante el supuesto de abuso de los derechos protegidos, y cuyo riesgo, debió ser identificado, prevenido, eliminado o minimizado a través del proceso de diligencia debida⁵⁷.

Sin embargo y sin restar méritos al avance que supone una Directiva comunitaria que exija a todos los Estados miembros trasponer a sus ordena-

fin) al reto de los minerales conflictivos: el Reglamento 2017/821”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm.45, 2018

⁵⁴ Ver Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre Diligencia debida obligatoria en materia de Derechos Humanos (Dictamen exploratorio) (DOUE C 429/19, 11.12.2020); Dirección General de Políticas Exteriores de la Unión de febrero de 2019 titulado “Access to legal remedies for victims of corporate human rights abuses in third countries”; Comisión y Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo “Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024”.

⁵⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL) P9 TA (2021)0073

⁵⁶ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937; METHVEN O'BRIEN, Claire, MARTIN-ORTEGA, Olga, “Commission proposal on corporate sustainability due diligence: analysis from a human rights perspective”, Policy Department for External Relations Directorate General for External Policies of the Union, PE 702.560, May 2022

⁵⁷ DURAN AYAGO, Antonia, “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*, núm. 91-92, 2022

mientos la exigencia con carácter vinculante de diligencia debida en derechos humanos a las empresas que estén domiciliadas y/o operen en su territorio, debemos reseñar que el texto de la propuesta tiene importantes carencias⁵⁸.

En esta línea hay que apuntar que la Propuesta de Directiva ha sido recibida con cierta frialdad por parte de la academia y ha sido así mismo objeto de críticas por parte de organizaciones defensoras de derechos humanos. A este respecto, *European Coalition for Corporate Justice* indica en su Informe del 5 de abril de 2022⁵⁹, entre otras la limitación de su ámbito de aplicación a las grandes empresas, cuando los Principios Rectores, las Guías de la OCDE o el mismo proyecto de Tratado Internacional⁶⁰ se dirigen a todas las empresas independientemente de su tamaño. Así como, el reconocimiento de responsabilidad civil extracontractual por daños sin ofrecer vías para eliminar las barreras y obstáculos procesales y materiales que las víctimas enfrentan cuando acuden a los tribunales.

El Parlamento Europeo en su posición negociadora dentro del procedimiento legislativo ordinario ha publicado el pasado 1 de junio sus enmiendas respecto a la propuesta de la Comisión⁶¹. Nos interesa a los efectos del presente análisis destacar la propuesta de rebaja del umbral de empleados de las empresas afectadas por la Directiva de 500 a 250 y del volumen de negocio de 150 millones a 40 millones de euros anuales. Por otra parte, debemos reseñar la especial incidencia que el Parlamento hace sobre la importancia de incluir las cuestiones medioambientales y relacionadas con el cambio climático en las obligaciones de diligencia debida empresarial. Con respecto a la consulta e intervención de las partes interesadas como representantes de los trabajadores, comunidades indígenas, organizaciones y/o defensores de derechos humanos y medioambientales etc., la Eurocámara propone la introducción de varios párrafos al artículo 8 de la Directiva para regular y dar cabida a una “verdadera interacción y diálogo en su proceso de diligencia debida”.

En materia de responsabilidad civil extracontractual se presentan importantes enmiendas al artículo 22 centradas en ampliar las previsiones de la

⁵⁸ ECCJ, “European Commission’s proposal for a directive on Corporate Sustainability Due Diligence A comprehensive analysis”, Legal Brief, 2022. Disponible en: <https://corporatejustice.org/wp-content/uploads/2022/04/ECCJ-analysis-CSDDD-proposal-2022.pdf>

⁵⁹ Ver Observatorio de RSE “Carencias y lagunas en la nueva propuesta de directiva europea sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad”, 20 de abril de 2022. Disponible en: <https://observatoriorse.org/carencias-y-lagunas-en-la-nueva-propuesta-de-directiva-europea-sobre-debida-diligencia-de-las-empresas-en-materia-de-sostenibilidad/>

⁶⁰ GUAMAN, Adoración, “Derechos humanos y empresas transnacionales: la necesidad de un instrumento internacional jurídicamente vinculante”, *Revista de derecho social*, núm. 81, 2018, pp. 197-218.

⁶¹ Ver Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 1 de junio de 2023 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (COM (2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)). Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_ES.html

propuesta de la Comisión. En esta línea, las más destacadas son las que proponen aumentar el plazo de prescripción para interponer una demanda a diez años, minorar las costas procesales para facilitar el acceso a la justicia, permitir las demandas colectivas y admitir la legitimación activa de sindicatos y organizaciones defensoras de derechos humanos y ambientales. Así como, contemplar la solicitud y adopción de medidas cautelares y la posibilidad de que los tribunales puedan reclamar de la empresa la aportación y descubrimiento de documentación importante a efectos probatorios previamente a la interposición de la demanda, y para facilitar la misma, en aquellos casos en que el demandante aporte elementos que corroboren la probabilidad de una responsabilidad de la empresa.

De la normativa e iniciativas examinadas hasta este punto podemos inferir que estamos aún en los albores de la exigibilidad de obligaciones y responsabilidades a las empresas en el campo de los derechos humanos, laborales y medioambientales. Los avances mencionados se van sucediendo con parsimonia. Sin embargo, a la actividad normativa que hemos apuntado se suma la presión ejercida por la Agenda 2030 y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible⁶² que apuntan a las empresas como un agente fundamental en la consecución de condiciones de trabajo decente. Por otra parte, los grandes fondos de inversión comienzan a tomar decisiones financieras teniendo en cuenta criterios de sostenibilidad y respeto a los derechos humanos⁶³. Las organizaciones sindicales y las organizaciones en defensa de los derechos humanos monitorizan y señalan los abusos corporativos propiciando una vuelta de tuerca a lo que durante varias décadas se ciñó a una serie de acciones filantrópicas o contribuciones positivas de la empresa a la comunidad. De esta forma, y en línea con la terminología empleada por la propia OCDE en sus guías sobre diligencia debida empresarial, las empresas están llamadas a implementar una conducta empresarial responsable abarcando este concepto no sólo las políticas de responsabilidad social empresarial sino “la integración de prácticas responsables en las operaciones y a través de las relaciones de las compañías con las cadenas de suministro”⁶⁴.

4. EL PAPEL DE LA DILIGENCIA DEBIDA OBLIGATORIA EN EL ACCESO DE LAS VÍCTIMAS A LOS TRIBUNALES EUROPEOS

El derecho de acceso a la justicia destaca por su condición de garante en la protección del conjunto de derechos humanos. Su respeto por parte de los

⁶² Resolución de la Asamblea General de 25 de septiembre de 2015, Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, Doc. A/RES/70/1, de 21 de octubre de 2015

⁶³ Ver noticia en El País “Así son las inversiones que recompensan a las empresas responsables y sostenibles”, 18 de mayo de 2020. Disponible en: <https://elpais.com/economia/estar-donde-estas/2020-05-18/asi-son-las-inversiones-que-recompensan-a-las-empresas-responsables-y-sostenibles.html>

⁶⁴ OECD insights 2016: *CSR is dead! What's next?*, 22 Jan 2016. Disponible en: <https://friendsoftheoecdguidelines.wordpress.com/2016/01/22/2016-csr-is-dead-whats-next/>

Estados tiene el carácter de obligación *erga omnes*, obligándoles en todo caso frente a la comunidad internacional sin que sea preciso que hayan prestado su consentimiento.

El tercer pilar de los Principios Rectores introduce el acceso a la justicia recordando explícitamente a los Estados su obligación de ofrecer reparación a las víctimas como parte integrante de su obligación de proteger frente a las violaciones de derechos humanos. Es lo que la doctrina anglosajona denomina “*bridging the gap between responsibility and accountability*”⁶⁵. Es decir, se tiende un puente entre la exigencia de deberes a las empresas en materia de respeto a los derechos humanos y la exigencia de responsabilidad ante los tribunales en caso de incumplimiento. La construcción de ese puente es tarea de enorme calado y exige un compromiso decidido por parte de la comunidad internacional, de los Estados y de organizaciones supranacionales como la Unión Europea para eliminar las barreras procesales y los obstáculos que los perjudicados deben salvar cuando intentan obtener un remedio legal⁶⁶.

Vamos a identificar seguidamente las principales barreras que deben enfrentar las víctimas de daños corporativos y en qué medida la exigencia de diligencia debida con carácter mandatorio a la empresa que haya causado o contribuido a causar el daño podría contribuir a minorar o suprimir esos obstáculos.

En primer lugar, y respecto a la competencia territorial debemos tener presente que los abusos sobre trabajadores, pueblos indígenas y/o su territorio se perpetran mayoritariamente en países con sistemas de justicia poco desarrollados, con frecuencia corruptos y en los que imperan estándares normativos débiles o inexistentes en materia de derechos humanos, laborales o medioambientales. Residencia en el foro de estos países (*host states*, en la acepción de la doctrina anglosajona) no presentaría ningún problema puesto que concurren requisitos habilitadores básicos como son domicilio del demandado y/o lugar de materialización de los daños. Sin embargo, las escasas posibilidades de conseguir una sentencia estimatoria, posteriormente ejecutable que derive en un efectivo resarcimiento del daño ha impulsado a las víctimas a buscar remedio en los tribunales de los países occidentales en los que la transnacional tiene su casa matriz o domicilio social (*home states*)⁶⁷. La competencia para conocer la demanda en estos casos

⁶⁵ RAMASASTRY, Anita., “Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability,” *Journal of Human Rights*, Vol. 14, 2015.

⁶⁶ PIGRAU SOLÉ, Antoni., et al., *Derechos Humanos y Empresas Europeas. Un manual práctico para las organizaciones de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos*, Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona/ Universitat Rovira i Virgili, 2016,

⁶⁷ DIAGO DIAGO, Pilar, “Violación de Derechos Humanos en las Cadenas de Suministro en Tiempos de Pandemia: Reacciones de Derecho Internacional Privado y Diligencia Debida”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Sección Foros, volumen 73/1 enero a junio 2021, Madrid, pp. 337-344

se deberá fundamentar en la implicación directa o indirecta de la empresa transnacional en los efectos adversos generados en ese tercer Estado.

Los Principios Rectores abordan esta cuestión apostando por una extraterritorialidad indirecta basada en que los Estados adopten medidas legislativas domésticas con alcance extraterritorial. En este sentido se pronuncia Fernández Liesa advirtiendo que determinados Estados ya utilizan normas de derecho interno en materias como el derecho de la competencia o prevención del blanqueo de capitales que tienen un efecto extraterritorial, por lo que la vía para aplicarlo a las obligaciones en materia de derechos humanos está abierta para ser explorada⁶⁸.

La exigencia de diligencia debida con carácter mandatorio a las empresas matrices o dirigentes de la cadena podría extender los estándares de derechos humanos, laborales y medioambientales de las legislaciones occidentales a otros países con legislaciones menos exigentes. El poder de influencia de las transnacionales sobre su cadena global debería funcionar como correa transmisora, sin que ello signifique una aplicación extraterritorial de la citada normativa⁶⁹.

Por otra parte, abrir los tribunales europeos a las reclamaciones de los trabajadores de las filiales, subsidiarias, contratistas o proveedores de las empresas transnacionales o a la población local perjudicada por la actividad directa o indirecta de estas compañías no implicaría el ejercicio de una extraterritorialidad jurisdiccional puesto que en estos supuestos se estarían juzgando la falta de ejercicio de diligencia debida a lo largo de su cadena de suministro de la empresa domiciliada en su jurisdicción con un resultado negativo en los derechos humanos y medioambientales en otros países.

En el caso de demandas por responsabilidad civil extracontractual basadas en el incumplimiento del deber de ejercer diligencia debida sobre la cadena de suministro la competencia de los tribunales de los Estados miembros se podría invocar conforme al Reglamento Bruselas I, puesto que, aunque el daño se haya materializado en terceros estados los demandantes estarán dirigiendo su demanda frente a la empresa principal con domicilio o sucursal en un estado miembro.

Tal como hemos apuntado el Reglamento Bruselas I refundido que entró en vigor en 2015 para armonizar las legislaciones de los Estados en asuntos jurisdiccionales de derecho privado, impide utilizar dentro del ámbito comu-

⁶⁸ FERNANDEZ LIESA, Carlos, "La debida diligencia de las empresas y los Derechos Humanos: hacia una ley española", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, Octubre 2022, pp. 427-455.

⁶⁹ En este sentido se pronunció el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su celebre Observación General número 24 sobre obligaciones impuestas a los Estados con respecto a las actividades de las empresas, en su párrafo 33 señalando que la exigencia de diligencia debida a las empresas de un Estado, respecto a las actividades de sus subsidiarias, contratistas o proveedoras en otros países, no constituye ejercicio de jurisdicción extraterritorial

nitario el *forum non conveniens*. Este Reglamento, en definitiva, puede ser invocado por personas no nacionales de la UE para demandar a una empresa ante los tribunales de los Estados miembros cuando dicha empresa esté registrada, tenga su sede o su fuente principal de negocios en el Estado en que sea demandada⁷⁰.

Es obligado citar por ilustrativa de la posibilidad apuntada, la Sentencia del Tribunal Supremo de Reino Unido en el caso *Lungowe vs. Vedanta Resources Plc*⁷¹, en el que los demandantes, granjeros de Zambia reclamaban ante los tribunales de Reino Unido frente a la empresa constituida en este país *Vedanta*, alegando que ésta había infringido su “*duty of care*” permitiendo que su filial *Konkola Copper Mines* contaminara sus tierras y acuíferos durante diez años aplica el Reglamento Bruselas I refundido. En este caso se admite la competencia de los tribunales británicos por entender que se estaba decidiendo sobre la responsabilidad de la matriz domiciliada en Inglaterra⁷².

En segundo lugar, y suponiendo superado el problema de la competencia territorial las víctimas se enfrentan habitualmente a otro gran escollo procesal, la dificultad para establecer la responsabilidad o intervención de la empresa matriz en los daños causados por sus filiales, subsidiarias, contratistas o proveedores. La forma en que las grandes empresas se han internacionalizado utilizando filiales o subsidiarias creadas al amparo de la legislación del país donde operan y, por tanto, con personalidad jurídica diferenciada de la matriz determina la separación de responsabilidades.

En el supuesto de las cadenas de suministro de empresas transnacionales que no establecen filiales propiamente dichas, sino que operan a través de contratos comerciales no existe siquiera una estructura matriz-filial. Aunque, como ya hemos apuntado, la dirección de la cadena recae en la empresa compradora. La cadena de suministro textil constituye un ejemplo de esta dinámica puesto que las grandes marcas de moda que externalizan la confección de las prendas ostentan el poder de decisión sobre diseños, materiales, precios y plazos de entrega⁷³.

⁷⁰ Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012.

⁷¹ Dominic Liswaniso Lungowe & Others v. Vedanta Resources Plc and Konkola Copper Mines Plc, [2019] UKSC 20. Disponible en: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2017-0185.html> ; ZAMORA CABOT, Francisco, “Acceso a la justicia y empresas y derechos humanos: importante decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en el Caso Vedanta v. Lungowe (Access to Justice and Business and Human Rights: Important Decision of the UKSC in the Vedanta v. Lungowe Case). *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 63, 2020

⁷² ARISTOVA, Ekaterina, “UK Court on Tort Litigation Against Transnational Corporations,” *Blog Conflict of Laws.net. News and Views in Private International Law*, 2016.

⁷³ Ver *Guía de la OCDE de debida diligencia para cadenas de suministro responsables en el sector textil y del calzado*, OECD Publishing, Paris, 2011, p. 65: “Se ha demostrado que las prácticas de compra de distribuidores, marcas y sus intermediarios de compra contribuyen a impactos dañinos – tales como horas extra excesivas y forzadas, y bajos salarios – en algunos casos. Esta situación se hace más notable cuando los pedidos sufren modificaciones, se cancelan, se realizan de forma tardía, se apuran (particularmente durante momentos de máxima presión o cercanos a las fiestas) o cuando los

Las corporaciones se benefician de que su responsabilidad se determina y exige al amparo del ordenamiento jurídico del país en que se ha constituido la filial, subsidiaria, o en el que se encuentra el proveedor o contratista con independencia de que los daños estén directamente relacionados con directrices, estrategias o políticas de compra provenientes de la casa matriz. De esta forma, las víctimas que decidan litigar ante el foro donde la matriz, o empresa dirigente de la cadena de suministro tiene su sede tendrán serias dificultades para establecer el nexo de unión entre la infracción de la filial o la empresa contratista y el comportamiento de la empresa principal.

En este sentido, los demandantes han explorado diversas vías para salvar esta barrera que puede no ser solo procesal sino también de derecho sustantivo. Entre ellas, cabe citar la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo invocada por la parte actora para intentar convencer al tribunal de que la filial no es más que un mero instrumento en manos de la matriz. Para ello, será necesario acreditar que existe una total dependencia de la subsidiaria respecto de la matriz, que habrá utilizado a la primera para la comisión de los actos lesivos, y que se pueda establecer la relación entre esa instrumentalización y los perjuicios sufridos por los demandantes⁷⁴.

No obstante, resulta muy complicado que las víctimas puedan acceder a documentos corporativos que acrediten el tipo de control societario, la participación entre sociedades del grupo y relaciones comerciales por lo que en muy pocas ocasiones ha prosperado la pretensión de levantamiento del velo para justificar de esta forma la interposición de la demanda frente a la empresa matriz.

Nuevamente, la utilización de la diligencia debida en derechos humanos en cuanto estándar de conducta exigido por ley con efectos jurídicos vinculantes puede ayudar a los demandantes a postular, directamente, la responsabilidad de la empresa matriz, o de la empresa dirigente de la cadena, fundamentando su demanda en un comportamiento negligente de la misma a la hora de implementar su deber de cuidado o proceso de diligencia debi-

plazos de entrega se fijan más cortos de lo factible. La demora o el retraso en el pago de los productos también pueden contribuir a que los proveedores retrasen el pago de los salarios a sus trabajadores. Las negociaciones de precio de una empresa también pueden contribuir a reducción de costos y, por consiguiente, a impactos laborales, de derechos humanos o ambientales"; GUAMAN, Adoración, *Diligencia debida en derechos humanos: posibilidades y límites de un concepto en expansión*. Tirant lo Blanch, 2022; GUAMAN, Adoración, LUQUE GONZALEZ, Arturo, "Cadenas de suministro, Derechos Humanos, Empresas Transnacionales e industria textil: de los AMI a un Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante", *Cuaderno de Relaciones Laborales*, núm. 37(1), 2019, pp. 393-418; GEREFFI, Gary, FERNANDEZ-STARK, Karina, *Global Value Chain Analysis: A Primer Center on Globalization, Governance & Competitiveness*, (CGGC) Duke University, 2011; Sobre las condiciones laborales en la cadena de suministro textil Ver informes de: SOMO/Clean Clothes Campaign, "Fatal Fashion", 2013; Human Rights Watch, "Whoever Raises their Head Suffers the Most", *Workers' Rights in Bangladesh's Garment Factories*, 2015, pp. 60-61

⁷⁴ GRANTHAM, Ross, "The corporate veil: An ingenious device", *University of Queensland Law Journal*, vol. 32, núm. 2, 2013, p. 311-315.

da⁷⁵. No tener necesidad de recurrir al levantamiento del velo en el caso de violaciones perpetradas por una filial o subsidiaria es una sustancial ventaja procesal para un demandante, pero puede convertirse en determinante en el caso de reclamaciones por abusos en la cadena de suministro textil en la que como hemos apuntado las relaciones comerciales empresa principal-proveedor se dan entre dos empresas con estructuras jurídicas absolutamente independientes.

Asimismo, y en cuanto al derecho aplicable para la resolución del fondo del litigio el Reglamento comunitario conocido como Roma II⁷⁶ supone otro inconveniente que deben salvar los agraviados en cuanto el mismo dispone en su art. 4 que la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. Los supuestos de daños medioambientales suponen una excepción permitiéndose al demandante elegir la ley del país donde se produjo el hecho generador del daño. Así mismo, el artículo 26 permite otra excepción conocida como “de orden público” para el caso de que el derecho extranjero aplicable atente o vaya en contra del orden público del foro.

Una vez más, hemos de subrayar la potencialidad de la diligencia debida obligatoria para contribuir a salvar el obstáculo descrito en cuanto que el derecho aplicable debería pasar a ser el del Estado del foro coincidente con el derecho que rige las obligaciones en materia de derechos humanos, laborales y medioambientales de la empresa matriz o dirigente de la cadena con amparo en la excepción de orden público⁷⁷. Aunque lo ideal sería, y así es recomendado por la Agencia Europea de Derechos Fundamentales, que se

⁷⁵ MARDIROSIAN, Nora, “Direct Parental Negligence Liability: An Expanding Means to Hold Parent Companies Accountable for the Human Rights Impacts of Their Foreign Subsidiaries”, *University of California, Hastings College of the Law*, 2015; VAN DAM, Cees, “Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms: On the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights” *Journal of European Tort Law*, núm. 3, 2010; MEERAN, Richard, “Tort Litigation against Multinational Corporations for Violation of Human Rights: An Overview of the Position Outside the United States”, *City University of Hong Kong Law Review*, núm. 3, 2011.

⁷⁶ Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). El Reglamento Roma II se ocupa de esta materia desde enero de 2009.

⁷⁷ Reglamento Roma II Art. 26: Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro; Ver también Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) *Improving Access to Remedy in the Area of Business and Human Rights at the EU Level* (Vienna, 2017), “FRA Opinion 8: The EU should provide guidance on when and how to make full use of the flexibility available under the ordre public-clause of the Rome regime, in particular in extraterritorial settings. This should be done to ensure that, when damage levels in ‘host’ countries are too low, an EU-wide level of damage, high enough to deter business from further abuse, could be applied”.

revisara dicho Reglamento para contemplar expresamente la aplicación del derecho del foro elegido por las víctimas⁷⁸.

Finalmente, y respecto a la fase de ejecución, las posibilidades de éxito a la hora de materializar y ejecutar una eventual condena sobre la empresa principal en una jurisdicción occidental aumentarían considerablemente, evitándose problemas de reconocimiento de sentencias entre Estados o la descapitalización de subsidiarias o contratistas en los países donde éstas suelen operar. Un caso paradigmático que ilustra estas dificultades es el caso *Aguida v. Texaco-Chervron* en Ecuador en el que los demandantes de la Amazonia tras obtener una condena contra la poderosa petrolera en los tribunales de este país no han podido ejecutarla porque la multinacional no tenía fondos en Ecuador y hasta el momento los intentos de perseguir una ejecución contra activos empresariales en otros países como Canadá, Argentina o Brasil han resultado infructuosos⁷⁹.

5. UN ESTUDIO DE CASO: JABIR ET AL. vs KIK

5.1. La relevancia del caso

Hemos elegido este caso para apuntalar la argumentación sostenida en este artículo sobre la potencialidad que la diligencia debida en derechos humanos tiene para ayudar a pavimentar el camino hacia el acceso a la justicia de las víctimas de abusos corporativos.

El caso *Jabir et al. vs Kik* planteado en 2015 ante el Juzgado de Dortmund es paradigmático en cuanto a la admisión por parte de un tribunal europeo de una demanda planteada por trabajadores víctimas de unos daños producidos dentro de la mecánica y relaciones propias de la cadena de suministro textil. Se trata de la primera demanda interpuesta ante la justicia alemana por daños acontecidos en una empresa domiciliada en un tercer Estado. Sin embargo, el foro alemán se elige por los demandantes pakistaníes al decidir plantear la demanda directamente frente a la mercantil con domicilio social en Alemania invocando el Reglamento Bruselas I refundido (art. 2.1 en relación con art. 60.1)

Los vínculos entre la empresa demandada y la empresa en la que trabajaban las víctimas del incendio eran meramente contractuales, entre comprador, en este caso la marca de ropa alemana y proveedor de prendas confeccionadas, en este caso la empresa pakistaní, Ali Enterprises. Los trabajadores afectados eran terceros sin ningún tipo de relación laboral o mercantil con

⁷⁸ "Improving access to remedy in the area of business and human rights at the EU level", Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights, 1/2017, Vienna, 10 April 2017, Opinion 4

⁷⁹ NAVARRO, Gabriela Cristina, "A comparative analysis of international enforcement procedures in the Chevron Case", *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law Research Papers*, núm. 2018-08

Kik. De ahí, que la demanda se fundamentará en una responsabilidad civil extracontractual.

Lo relevante es que, a los efectos de salvar una posible excepción de falta de competencia se articula la demanda únicamente en torno al comportamiento negligente de la empresa de moda alemana. Cuando se interpone la demanda ante el Juzgado de Dortmund no existía normativa sobre exigencia de diligencia debida obligatoria ni a nivel doméstico ni dentro de la Unión Europea.

No obstante, los abogados de las víctimas convencieron al tribunal alemán de que existían motivos suficientes para dirigir su demanda únicamente contra la empresa alemana invocando a efectos de competencia el Reglamento Bruselas I refundido y articulando la fundamentación jurídica sobre la existencia de una *duty of care* de Kik sobre los trabajadores de *Ali Entreprises*, conforme al derecho pakistaní de raigambre anglosajona, que por mor del Reglamento Roma II debía ser el aplicable al caso.

5.2. Argumentación jurídica sobre la negligencia de KiK: la fundamentación de una *duty of care*

El sistema jurídico de Pakistán es heredero del sistema británico y, por ende, el nexo causal o relación entre el comportamiento de la empresa dirigente de la cadena, Kik, y los daños sufridos por los trabajadores de su principal proveedora, *Ali Entreprises*, se fundamentó en el instituto procesal de la infracción de una *duty of care*. Los jueces alemanes no llegaron a resolver sobre el fondo del asunto porque estimaron la excepción procesal de prescripción de la acción, que conforme al derecho pakistaní era de dos años.

La demanda fue interpuesta por cuatro trabajadores supervivientes del trágico incendio en representación de la asociación compuesta por más de 200 víctimas (heridos y familiares de los fallecidos) reclamando 30.000 € para cada uno. El argumento jurídico esgrimido por los demandantes se basó en que *Ali Entreprises* era el proveedor principal de la empresa textil alemana Kik por lo que la misma tenía una obligación de cuidado sobre los empleados de su proveedora.

Tal como hemos visto la jurisprudencia anglosajona exige la concurrencia de tres requisitos para apreciar una *duty of care*: previsibilidad, proximidad y razones de política social⁸⁰. Vamos a examinar si en el caso que nos ocupa concurrían estos tres requisitos y en qué medida, con la salvedad de que la desestimación en la instancia nos ha privado de un pronunciamiento sobre el fondo para poder constatar si el tribunal alemán hubiera estimado la de-

⁸⁰ Ver *Caparo Industries plc v. Dickman* [1992] 2 AC 605; *Chandler v. Cape Plc* [2012] EWCA Civ 525

manda reconociendo la infracción o quiebra por parte de Kik de su deber de cuidado.

En cualquier caso, respecto a la posibilidad de que la marca de ropa germana pudiera prever de forma razonable, no ya la probabilidad de que se desencadenara un fuego, habida cuenta de que la fábrica ya había sufrido anteriores incendios⁸¹, sino lo que es más importante, la posibilidad real de un fatal desenlace ante la ausencia de las más elementales medidas de seguridad y prevención de incendios. Los demandantes argumentaron que las ventanas tenían rejas, las salidas de emergencia estaban bloqueadas, no había ni detectores de incendios ni extintores y de los tres pisos que tenía la fábrica el intermedio era de madera lo que contribuyó a una propagación aún más rápida y destructiva del fuego⁸².

La proximidad o relación entre la transnacional alemana y los trabajadores de su proveedor se fundamentó en el Informe de Sostenibilidad presentado por *Kik* en el año 2010⁸³ en el que la mercantil reconoce voluntariamente su responsabilidad no solo frente a sus empleados directos sino también respecto a aquellos que están implicados en otros países en la producción de las mercancías que compran. La empresa declara en este documento que ella se encarga del proceso de diseño y de establecer los estándares de conducta a lo largo de su cadena de suministro. En consonancia con esta declaración de intenciones, en cada orden de compra inserta su Código de Conducta para proveedores⁸⁴ requiriéndoles expresamente el mantenimiento de un lugar de trabajo saludable y seguro. Incluye, asimismo, el citado Código, que *Kik* podrá en cualquier momento y sin previo aviso visitar las instalaciones de sus proveedores y los subcontratistas de estos y hacer auditorias por medio de profesionales independientes.

La realidad es que, de hecho, se hicieron auditorias, una de ellas poco tiempo antes del incendio y mandos intermedios de *Kik* visitaron la fábrica,

⁸¹ Jabir et al v Kik Legal Opinion on English Common Law Principles on Tort, Exxes University, 2015, Párrafo 8: "In addition, the defendant was aware, or should have been aware of, the history of fires at the factory and the need therefore to ensure that the emergency exists were adequate and in good order, that fire alarms worked, as well as there being the need to ensure adequate fire safety equipment and training". Disponible en: https://www.essex.ac.uk/-/media/documents/research/ebhr/legal_opinion_essex_jabir_et_al_v_kik_2015.pdf

⁸² Ver Informe forense sobre el incendio, Forensic Architecture, The Ali Enterprises Factory Fire. Disponible en: <https://forensic-architecture.org/investigation/the-ali-enterprises-factory-fire>

⁸³ El Reporte de Sostenibilidad en alemán está disponible en: http://www.kik-textilien.com/unternehmen/fileadmin/user_upload_de/Tschechien/NHB_E_online.pdf. Del mismo extractamos la siguiente declaración: "Like most retailers we don't operate our own factories but work with local manufacturers and suppliers. That's why we are determined to ensure that anyone who, through their work, contributes to our success, does so in appropriate conditions and with full access to their rights. To create a binding basis for all our commercial relationships, in 2006 we developed an international Code of Conduct, aligned with SAI's recognised SA8000 standard and comparable with the BSCI code of conduct"

⁸⁴ KiK Textilien und Non-Food GmbH, Code of Conduct, revised version, 1 August 2009, p. 3: "The workplace and the practice of the work must not harm the employees' or workers' health and safety. A safe and clean working environment shall be provided".

sin que se tomara ninguna medida correctiva⁸⁵. Los hechos hablan por sí solos y nos cuentan una historia repetida, los códigos de conducta, los informes de sostenibilidad, las certificaciones y demás actuaciones y compromisos voluntarios son en la mayoría de las ocasiones meras declaraciones vacías de compromiso real. Es ese precisamente uno de los argumentos utilizados por la defensa de la marca alemana: el carácter voluntario de todas las medidas adoptadas en el marco de su compromiso de responsabilidad social negando cualquier tipo de responsabilidad legal que de esos compromisos pudiera derivarse. *Kik* negó cualquier tipo de influencia y menos aún control sobre los estándares de seguridad de la fábrica de su proveedor⁸⁶.

No es baladí, sin embargo, el papel central que en sede judicial pudieron desempeñar el código de conducta y los informes sobre responsabilidad social corporativa para ayudar a determinar si la actitud de *Kik* ignorando de plano todos sus compromisos “voluntariamente adquiridos” constituyó una omisión del deber de cuidado o “*duty of care*”. Insistimos en el valor del precedente en el *common law*, y conforme a ello conviene recordar que en el caso *Vedanta*, al que ya hemos aludido, la Corte Suprema de Reino Unido afirmaba que la sociedad matriz podía incurrir en responsabilidad frente a terceros si en documentos publicados reconocía tener un grado de supervisión y control sobre su filial, aunque luego no lo ejercitase, en cuyo caso esa omisión podía constituir la dejación de una responsabilidad asumida públicamente⁸⁷.

Por otra parte, y de suma importancia para apuntalar el requisito de la proximidad los demandantes argumentaron una dependencia económica entre *Ali Enterprises* y *Kik* en la medida en que el 70% de la producción del proveedor pakistaní era adquirida por la transnacional en una relación comercial que se había consolidado durante los cinco años anteriores al devastador incendio. Es sencillo asumir el razonamiento de la defensa de las víctimas sobre la capacidad de la marca alemana de ejercer influencia sobre las condiciones de seguridad en la fábrica de *Ali* con tan sólo sugerir una posible interrupción de los pedidos⁸⁸.

⁸⁵ TERWINDT, Carolijn., et al, “Supply chain liability: pushing the boundaries of the common law?” *J Eur Tort Law*, vol. 8(3), 2018, p.11: “On behalf of KiK there have been four audits in 2007, 2009 and 2011 at AE in order to verify compliance with KiK’s Code of Conduct. KiK contracted the private firm UL Responsible Sourcing Inc. to carry out these audits. In addition to KiK’s auditing efforts, on the initiative of the factory owners, AE had been certified with the SA8000 certificate only a few weeks before the tragic fire”

⁸⁶ SAAGE-MAAB, Miriam, “Legal Interventions and Transnational Alliances in the *Ali Enterprises* Case: Struggles for Workers’ Rights in Global Supply Chains” en SAAGE-MAAB, Miriam, et al (eds.), *Transnational Legal Activism in Global Value Chains*, Interdisciplinary Studies in Human Rights, Springer, 2021, p. 42.

⁸⁷ *Vedanta Resources PLC v Lungowe* [2019] UKSC20, párrafo. 53

⁸⁸ Ver Jabir et al v *Kik* Legal Opinion on English Common Law Principles on Tort, *op. cit.*, párrafo 11: “The courts will again look to the de facto – and not just de jure - position of power that KiK has in relation to AE and ask itself what would have happened had the defendant intervened to insist on a change in safety practice”. Disponible en: https://www.essex.ac.uk/-/media/documents/research/ebhr/legal_opinion_essex_jabir_et_al_v_kik_2015.pdf

Por último, en cuanto a la concurrencia de razones de política social en casos como el que estamos examinando el derecho anglosajón entiende que las decisiones judiciales contribuyen al avance en la promoción de condiciones laborales dignas para los trabajadores más vulnerables del Sur Global. Asimismo, las demandas de los consumidores apuntan hacia la asunción de responsabilidades y la imposición de verdaderas obligaciones con consecuencias legales de aquellas transnacionales que se sirven de sus cadenas de suministro para conseguir ventajas comparativas en las que la explotación y vulneración de derechos humanos y medioambientales está presente.

5.3. La actual ley alemana y la propuesta de Directiva sobre diligencia debida y su potencial aplicación a este caso

En el año 2015 cuando las víctimas decidieron presentar la demanda en Alemania, no había sido aún aprobada la ley sobre Debida Diligencia en materia de Derechos Humanos y Medio Ambiente que como hemos visto vio la luz en 2021 ni tampoco existía un texto a nivel de la Unión Europea como la propuesta de Directiva sobre diligencia debida y como hemos visto el derecho sustantivo en el que se fundamentó la demanda fue el del lugar donde ocurrieron los hechos.

Con la actual ley alemana, los demandantes pakistaníes hubieran podido fundamentar su demanda frente a *Kik* en la infracción de una obligación legal, el deber de implementar un proceso de diligencia debida a lo largo de su cadena de suministro y respecto a sus relaciones contractuales, para identificar unos riesgos tan graves como la carencia de las más elementales medidas de seguridad y prevención de incendios en la fábrica de su proveedor principal. Hemos de subrayar aquí que este supuesto sería un caso de relación comercial “establecida” en la línea que contempla la propuesta de Directiva. Si bien es cierto que desconocemos cual será el alcance del texto final que se adopte por el Consejo y el Parlamento Europeo, tal como hemos apuntado, la Eurocámara ha introducido una enmienda para que el plazo de prescripción de las acciones por responsabilidad civil extracontractual se extienda hasta los diez años. Una previsión normativa de este tenor hubiera tenido un impacto determinante en el resultado del caso que estamos estudiando porque hubiera permitido una resolución sobre el fondo.

Pero para ello debería admitirse que el derecho aplicable a los casos en los que se accione por responsabilidad civil extracontractual sea el del lugar del foro. El del lugar donde la empresa transnacional demandada está llamada a cumplir una obligación legalmente impuesta, consistente en evitar que sus acciones u omisiones por no actuar con la debida diligencia en la observancia del respeto de los derechos humanos a lo largo de su cadena de suministro puedan dañar a terceros en otros países. Es esta una cuestión de enorme trascendencia para evitar situaciones complicadas que como en el caso que

estamos analizando lleven a jueces cuyo sistema jurídico es el de derecho civil verse obligados a conocer un asunto aplicando un sistema que les es ajeno. Para ello, o bien se introduce una previsión legal expresa en este sentido o bien se lleva a cabo a través de la reforma del Reglamento Roma II, que, en su redacción actual, como hemos visto ofrece esta posibilidad únicamente en los casos de daños medioambientales o por la vía de la excepción de orden público. Somos conscientes, no obstante, de la dificultad que entraña determinar el carácter imperativo de una norma dado que Roma II no ofrece ninguna definición al respecto y, por tanto, son los tribunales quienes deben interpretar el Reglamento en tales circunstancias⁸⁹.

A modo de conclusión subrayar lo ilustrativo, y por ello hemos querido referenciarlo, del potencial que presentan demandas como la de *Jabir et al*, para exigir responsabilidad a las empresas transnacionales por los impactos negativos derivados de sus propios actos o de sus filiales, subsidiarias o relaciones comerciales a lo largo de la cadena de suministro. Estamos por supuesto ante una construcción jurisprudencial basada en el precedente propia como hemos apuntado de los sistemas del *common law*. Y, además, un precedente que establece el nexo de unión entre una corporación europea y los trabajadores de otra empresa de un tercer estado, lo cual constituye todo un desafío que es salvado a través de la construcción de la responsabilidad civil extracontractual por cuanto la empresa alemana tenía una obligación directa de vigilar y asegurar que el centro de trabajo, la fábrica de su proveedor, fuera un lugar seguro para los trabajadores en caso de incendio. Un compromiso voluntariamente asumido, pero firme, y explícitamente recogido por escrito y publicitado en todos sus informes de transparencia y buenas prácticas. Si futuras reclamaciones se plantearan ante cualquier otro tribunal de un Estado miembro, una vez sea aprobada y traspuesta la Directiva, la diligencia debida impuesta como obligación jurídica, unida a la expresa previsión de una responsabilidad civil extracontractual por daños, facilitaría el acceso a la justicia de las víctimas con independencia de si la responsabilidad corporativa se juzga a la luz del derecho anglosajón o del derecho continental.

Este caso es asimismo un ejemplo de litigación estratégica en materia de derechos humanos y de cómo este tipo de demandas son necesarias para remover conciencias de la sociedad y de los actores políticos para presionar en el camino hacia unas cadenas de suministro que no sean un instrumento para externalizar costes sociales y responsabilidades legales en manos de las poderosas empresas transnacionales⁹⁰.

⁸⁹ MASEDA RODRIGUEZ, Javier, "El juego de las normas imperativas en el Reglamento Roma II sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales: Límites a la aplicación de la *Lex Causae*", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 25, 2013.

⁹⁰ KALECK, Wolfgang., "In the legal struggle for human rights, one must use all opportunities and develop a broad strategy", *Open Global Rights*, 26 February 2019. Disponible en: www.openglobalrights.org/seizingopportunities-and-broad-strategy-both-essential-in-human-rights-litigation/?lang=%German

En este sentido de forma pareja a la presentación de acciones legales y con la mediación de la OIT las víctimas llegaron a un acuerdo por el que la empresa *Kik* las indemnizó en una cantidad de 5,15 millones de dólares⁹¹.

6. CONCLUSIONES

1. La diligencia debida en derechos humanos tal como fue formulada en los Principios Rectores y posteriormente recogida y desarrollada por las Directrices y Guías Sectoriales de la OCDE, por la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales de la OIT o el Pacto Global de Naciones Unidas se conforma como un proceso (para evaluar, identificar, prevenir y mitigar riesgos de impactos negativos) que deben implementar las empresas a lo largo de su cadena de suministro. Proceso cuya implementación deben serles exigida por los Estados para asegurar su propio deber de diligencia en la protección frente a violaciones de derechos humanos por parte de terceros.
2. Sin embargo, su relevancia en materia de acceso a la justicia radica en no ser únicamente un método o proceso, sino también un estándar de conducta. El que una empresa haya causado un impacto negativo en los derechos humanos, laborales o medioambientales por un comportamiento negligente o carente de la diligencia debida que se le exigía observar podría generar una acción por responsabilidad civil extracontractual a favor de las víctimas en reclamación de daños y perjuicios.
3. La exigencia de esta responsabilidad a las grandes corporaciones comienza a abrirse paso ante los tribunales domésticos de las jurisdicciones occidentales. Estos procesos judiciales descansan en la invocación por las víctimas de la infracción de un deber de cuidado o diligencia por parte de la empresa principal respecto a violaciones en materia de derechos humanos de sus filiales, subsidiarias o sus proveedores o contratistas.
4. En el derecho anglosajón no se precisa la existencia de legislación imponiendo a las corporaciones la obligación de implementar procesos de diligencia debida puesto que son los jueces a través de la construcción de un nuevo tort o daño por negligencia los que van construyendo a través de precedentes la responsabilidad de las empresas basada en la infracción del deber de cuidado o *duty of care*. Tal como hemos visto esta obligación a través de la que se construye la relación de cau-

⁹¹ Ver Business and Human Rights Resource Center en: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/kik-lawsuit-re-pakistan/>; AZEEM, Muhammad, "The Kik Case: A Critical Perspective from the South" en SAAGEMAAB, Miriam et al. (eds.), *Transnational Legal Activism in Global Value Chains, Interdisciplinary Studies in Human Rights*, 2021, Springer

salidad entre comportamiento y daño se establecerá por el tribunal llamado a resolver en un ejercicio de ponderación. Para ello examinará las posibilidades que la empresa matriz o principal tenía de prever la causación o materialización de la violación de derechos humanos o laborales por parte de su filial, su proveedor o contratista; el grado de proximidad o relación entre las víctimas y esa empresa y la concurrencia de razones de política social que puedan inclinar el fiel de la balanza hacia el lado de las víctimas.

5. Sin embargo, en los sistemas pertenecientes al derecho continental europeo, las víctimas necesitan fundamentar su demanda en la infracción de una obligación jurídica vinculante por parte de las empresas. Por esta razón es de capital importancia que continúe y se consolide el avance normativo, tanto a nivel doméstico como a nivel de la Unión Europea. Nuestros tribunales requieren una norma que obligue a implementar un proceso de diligencia debida en derechos humanos para así poder determinar si los daños sufridos por demandantes de terceros Estados, trabajadores de sus filiales o de empresas proveedoras o bien comunidades locales afectadas por los impactos negativos están relacionados con una falta de observancia de esa obligación legal por parte de la empresa principal. El nexo causal se construye en este caso determinando la relación entre el daño y una actuación empresarial negligente que no ha respetado la norma legal que le imponía un determinado comportamiento. En el caso que nos ocupa, el consistente en evaluar, identificar, prevenir y mitigar las violaciones de derechos humanos y medioambientales que se pueden producir a lo largo de su cadena de suministro.
6. Leyes a nivel doméstico como la francesa, la alemana o la propuesta de Directiva comunitaria que persigue armonizar e introducir, por tanto, esta obligatoriedad de ejercitar diligencia debida en todo el ámbito de la Unión Europea, pueden suponer un primer paso en el complicado y arduo camino de acceso de las víctimas a la justicia de los Estados miembros.
7. La transmutación del instituto de la diligencia debida de obligación de derecho blando a obligación vinculante podría contribuir a aminorar importantes obstáculos procesales que las víctimas tienen que enfrentar cuando deciden litigar ante nuestros tribunales. Si bien es cierto que la exigencia de procesos de diligencia debida en derechos humanos a las empresas con carácter vinculante no es una suerte de varita mágica que pueda deshacer las numerosas barreras que actualmente existen, no es menos cierto, que al menos, tal como hemos visto, el establecimiento de competencia a favor de los tribunales europeos al poder entablar la demanda frente a la empresa con domicilio en un país miembro supone franquear el acceso a la justicia. Y una vez dentro,

iniciado el proceso, la empresa matriz o principal deberá responder por su propio comportamiento demostrando, o no, su diligencia para evitar el daño cuya reparación se reclama. No se nos escapan las subsiguientes dificultades como el acceso a las pruebas necesarias para fundamentar las relaciones entre empresas. Los elevadísimos costes para litigar en un país extranjero y frente a gigantes empresariales o las dificultades culturales y lingüísticas de muchos demandantes que pertenecen a comunidades indígenas o con muy bajo nivel educativo. A pesar de todas las dificultades indicadas no podemos desdeñar el camino que la diligencia debida en derechos humanos ha recorrido desde su introducción en los Principios Rectores hasta el momento presente. No en vano, cuando estas líneas se escriben estamos pendientes de la aprobación de una Directiva comunitaria que obligará a introducir en los ordenamientos jurídicos de los veintisiete Estados miembros la obligatoriedad de su implementación y una responsabilidad civil extracontractual, que a buen seguro tendrá un alcance más restringido del demandado por víctimas, organizaciones defensoras de derechos humanos y medioambientales y por el propio Parlamento Europeo, pero que en cualquier caso podría constituirse en el primer paso hacia la habilitación de verdaderos mecanismos de reparación judicial para las víctimas.

8. El estudio de caso *Jabir et al vs Kik*, a pesar de no haber sido un éxito procesal para los demandantes, debido a la prescripción de la acción, es ilustrativo de cómo una demanda basada en la responsabilidad civil extracontractual de una empresa europea supuso la admisión de competencia territorial por parte de un tribunal europeo para conocer unos hechos acaecidos en una fábrica de su proveedor en Pakistán y unos daños sufridos por trabajadores integrados en su cadena de suministro textil. El acceso a la justicia se produjo. Se reconoció, incluso, derecho a litigar gratuitamente a los demandantes. Y aunque finalmente no se entrara a conocer y resolver el fondo del asunto, nos quedamos con el hito procesal que supuso que unos trabajadores sin relación contractual ni laboral alguna con la mercantil a la que surtía la empresa para la que trabajaban, decidieran, y con éxito en cuanto a la admisión, plantear la demanda frente a la marca de ropa alemana. Con independencia de si el deber de diligencia debida se construye a través del instituto procesal de corte anglosajón de la *duty of care*, como fue el caso por considerarse aplicable el derecho pakistaní en virtud del Reglamento Roma II, o si se recurre a la obligación legal de implementar diligencia debida contemplada en la ahora vigente Ley alemana, el camino hacia la reparación judicial está ya señalizado para las víctimas. Allarlo será una obligación moral necesitada de profunda voluntad política y jurídica.

