

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 United Kingdom's Supreme Court in the Vedanta v. Lungowe Case*

Francisco Javier Zamora Cabot
Catedrático de D.º internacional privado, UJI de Castellón.
zamora@uji.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-63-2020pp33-56>

Recibido el 6 de abril de 2020
Aceptado el 9 de abril de 2020

Sumario. I. Introducción.—II. Antecedentes del Caso.—III. Ponencia de Lord Briggs.—IV. Análisis de la Sentencia.—V. Reflexiones Conclusivas.

Resumen: En el núcleo del problema de las relaciones de las empresas con los derechos humanos, uno de los centrales en las inquietudes de la comunidad internacional, radica en lo que atañe a las multinacionales, la responsabilidad de las matrices por las actividades de sus subsidiarias en lo que suele denominarse el Sur Global. Y vinculado íntimamente con ello, el posible acceso de los afectados por tales actividades a los tribunales de los países de origen de esas matrices. En sus distintos apartados, el presente estudio afronta esta cuestión capital, desarrollando un detallado análisis de la que puede considerarse aportación más destacable al respecto de la reciente jurisprudencia comparada, la sentencia del Tribunal Supremo británico en el caso que recoge el título. Una nueva y pionera vía respecto del citado acceso, plena de interés en el plano técnico-jurídico y de gran potencial en el orden de la práctica, que viene originando un amplio seguimiento doctrinal al que estas páginas quieren, en su medida, contribuir.

Palabras clave: Empresas y derechos humanos, caso *Vedanta*, acceso a la justicia, responsabilidad directa, foro no conveniente, justicia material.

Abstract: *At the core of the problem of the relations of companies with human rights, one of the central ones in the concerns of the international community lies, as regards multinational corporations, in the responsibility of the parent companies for the activities of their subsidiaries in what is usually called the Global South. And closely linked to this, the possible access of those affected by such activities to the courts of the countries of origin of such parent companies. In its different sections, this study addresses this critical issue, developing a detailed analysis of what can be considered as the most outstanding contribution regarding the recent comparative jurisprudence, the United Kingdom Supreme Court ruling in the case*

included in the title. A new and pioneering way concerning the aforementioned access, full of interest in the technical-legal field and of great potential in practice and that has been giving rise to a broad doctrinal follow-up to which these pages want, in their measure, to contribute.

Keywords: *Business and human rights, Vedanta case, direct liability, forum non conveniens, substantial justice.*

I. Introducción

Trato aquí fundamentalmente de la sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido en el caso *Vedanta Resources and Another v. Lungowe and Others*¹, al que en adelante me referiré como caso *Vedanta*, la muy poderosa empresa minera radicada en Londres y cuyas actividades vienen dejando amplia, aunque nada positiva, huella en el ámbito de los Derechos Humanos². Hablo de una decisión del Alto Tribunal que ha generado un gran interés entre los medios jurídicos y empresariales, con el correspondiente reflejo también en los académicos, siendo la presente mi modesta contribución al análisis en profundidad que se viene generando sobre aquélla en estos últimos.

La sentencia *Vedanta* se singulariza y está llamada a constituir un precedente de relevancia mundial dado que por primera vez, y de forma pionera, un sistema judicial con tanto prestigio como el inglés afronta en sus diversas instancias y decide finalmente en su cúspide, aspectos técnicos claves de una cuestión de la mayor envergadura: la responsabilidad directa de las empresas matrices por la actividad de sus filiales en el extranjero y, en la especie, por sus consecuencias nocivas respecto del medio ambiente³.

Antes de proceder a su presentación y comentario, empero, preciso es destacar que el Tribunal Supremo ha emitido su sentencia contando con im-

¹ Hilary Term (2019) UKSC 20, en adelante *cit. Vedanta*. On appeal from: (2017) EWCA Civ 1528

² *Vid.*, v. gr., una síntesis de sus problemas en la India en Victoria Camarero Suárez, «Acaparamiento de tierras y aguas: Impacto sobre los pueblos indígenas y sus convicciones religiosas», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* (2018): 59-61. También, *vid.*, v. gr., Samantha Balaton-Chrimes, «Desiring the other and decolonizing global solidarity: time and space in the anti-Vedanta campaign», *Humanity*, University of Pennsylvania Press, vol. 10, 2 (2019): 239-262.

³ En general, *vid.*, v. gr., Laura Carballo Piñeiro, «Litigación internacional y daños al ambiente», *Revista Italo-Española de Derecho Procesal* (2018): 24.

portantes precedentes fruto del referido sistema⁴ y, cabe decir, en sintonía con la altura de los tiempos. Y ello en la medida en la que el problema central del impacto de las actividades empresariales sobre los derechos humanos y la responsabilidad a la que puede dar lugar —en el que se integra la citada responsabilidad directa— viene siendo ya de años una de las prioridades de la comunidad internacional, como acreditaría la plétora de iniciativas de diversa naturaleza auspiciadas en su seno desde todos los niveles relevantes, estados, organizaciones y actores de la sociedad civil. Y, por supuesto, y es del mayor relieve, ese problema ha sido y viene siendo objeto también de un muy importante acervo jurisprudencial que, generado durante mucho tiempo y casi de manera única en los Estados Unidos, sobre todo en base a la práctica del *Alien Tort Statute*, trasciende ya del que fuera protagonismo de ese país y, lo que más nos puede interesar ahora, ha arraigado a este lado del Atlántico, con aportaciones de relieve como la que al punto estudiaré y las habidas en otros países europeos, algunas de las cuales son analizadas en otros lugares de esta misma edición de los *Cuadernos*.

II. Antecedentes del Caso

Lord Briggs, Ponente de la sentencia en la que concuerdan los demás miembros del Alto Tribunal, los sintetiza en su *Introducción*, de la que recojo ahora cita literal de su primer apartado:

⁴ Entre la doctrina más reciente, *vid.*, vgr., Mathias Weller y Alexia Pato, «Local parents as “anchor defendants” in European courts for claims against their foreign subsidiaries in human rights and environmental damages litigation: recent case law and legislative trends», en *Uniform Law Review*, vol. 23 (2018): 400-407; Burkhard Hess y Martina Mantovani, «Current developments in forum access: comments on jurisdiction and forum non conveniens», *MPILux Research Paper* (2019): 20-23; Elena Merino Blanco y Ben Pontin, «Litigating extraterritorial nuisances under English Common Law and UK Statute», *Transnational Environmental Law* (2017): 285-308; Dalia Palombo, «The duty of care of the parent company: a comparison between French Law, UK Precedents and the Swiss Proposals», *Business and Human Rights Journal* (2019): 1-22; Christine Salamanca Mandap, «Jurisdiction of parent companies’ home state courts over foreign subsidiaries abroad: a comparative approach between the Netherlands and the United Kingdom», *Amsterdam Law Forum*, vol. 11, (2019): 40-72 y Tara Van Ho, «United Kingdom Supreme Court —extraterritorial jurisdiction— business and human rights-civil claims: Vedanta», *The American Journal of International Law*, vol. 114, (1) (2020): 110-116. Asimismo, *vid.*, en general, Ekaterina Aristova, «Tort litigation against transnational corporations in the english courts: The challenge of jurisdiction», *Utrecht Law Review*, vol. 14, (2) (2018): 6-21; Radu Mares, «Liability within corporate groups: Parent company’s accountability for subsidiary human rights abuses» (2019): 1-26 y Lucas Roorda, «Jurisdiction in foreign direct liability cases in Europe», *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, vol. 113, (2019): 161-165.

This litigation arises from alleged toxic emissions from the Nchanga Copper Mine in the Chingola District of Zambia. The claimants, who are the respondents to this appeal, are a group currently consisting of some 1,826 Zambian citizens who live in four communities within the Chingola District. They are, by any standards, very poor members of rural farming communities served by watercourses which provide their only source of water for drinking (by themselves and their livestock) and irrigation for their crops. They say that both their health and their farming activities have been damaged by repeated discharges of toxic matter from the Nchanga Copper Mine into those watercourses, from 2005 to date.⁵

Recuerda el Ponente asimismo que la mina, en parte una operación a cielo abierto, es la segunda mayor del mundo, con 16.000 trabajadores, y pertenece a Konkola Copper Mines «KCM», constituida en Zambia y subsidiaria del grupo multinacional Vedanta Resources, del sector extractivo, que ostenta un ámbito mundial y tiene 82.000 asalariados, cuya sede central se ubica en Londres donde está constituida, cotizando sus acciones en el London Stock Exchange.

Indica también Lord Briggs que las demandas se dirigen contra ambas, matriz y subsidiaria, y están basadas en negligencia según el *common law* y en incumplimiento de un deber impuesto por la ley —*breach of statutory duty*—. Los títulos para accionar —*causes of action*— se dirigen contra KCM en tanto que operadora de la mina y contra Vedanta dado el alto nivel de control y dirección que se alega ha tenido de continuo sobre las actividades de la primera, en lo que afecta a los estándares aplicables en materia de salud, seguridad y protección ambiental.

Subraya el magistrado que lo que el Tribunal Supremo decide aquí atiene *de forma única y exclusiva* a la competencia jurisdiccional de los tribunales de Inglaterra y Gales para dirimir las demandas contra las referidas empresas. Una competencia fundada en particular sobre Vedanta —*the anchor defendant*— en el art. 4 (1) del Reglamento Refundido 1215/2012, Sobre Competencia Jurisdiccional y Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia Civil y Mercantil. Y sobre KCM —*the foreign defendant*— en las Normas de Procedimiento Civil Inglés, que sobre este punto y

⁵ *Vedanta*, par.1. Para situar la actuación de este grupo minero en África en un marco general, *vid.*, vgr., Mark Curtis y Tim Jones, «El mundo se beneficia de la riqueza de África» (2017), acceso el 1 de enero 2020, <https://ctxt.es/es/20170621/Politica/13372/Africa-expolio-riqueza-ayuda-occidente.htm>. Abdul Laila Latif, «In pursuit of financial justice: Local african communities' quest for legal redress against business-related human rights abuses», *Modern Africa: Politics, History and Society*, vol. 7, 2 (2019): 55-87. También resulta de interés, respecto de Zambia, Gregor Dobler, y Rita Kesselring, «Swiss Extractivism: Switzerland's role in Zambia's copper sector», *Journal of Modern African Studies*, vol. 57, 2 (2019): 223-245.

en lo principal permite la notificación en el extranjero de apertura de procedimientos —*service out of jurisdiction*— según el ap. 3.1 de la CPR Practice Direction 6B⁶.

Luego, pone de relieve que tras entablarse las demandas frente a las referidas empresas en 2015, éstas objetaron la competencia de las sedes judiciales inglesas antes de concluir ese año, siendo desestimados sus alegatos por el Juez Coulson, de la *High Court*, en 2016, y mantenida la decisión de éste por el Tribunal de Apelación —*Court of Appeal of England and Wales*— en 2017⁷. Por su parte, la vista de las apelaciones ante el Tribunal Supremo se llevó a cabo a inicios de 2019, dictándose la sentencia en abril de ese año.

Concluida la Introducción el ilustre magistrado avanza unas interesantes y detalladas reflexiones, parr. 6-14, también de carácter previo al desarrollo de los fundamentos de su Ponencia, bajo el título de Proporcionalidad. Sin ánimo de detenerme en ellas ahora, sí que destacaré su peculiaridad, pues giran sobre lo que podría considerarse un aviso de navegantes para eventuales partes en procesos ante la jurisdicción británica, y sus asesores jurídicos. Se trataría de no forzar a los jueces a llevar a cabo, en relación con cuestiones de competencia jurisdiccional, lo que podrían considerarse juicios en toda regla, en detrimento de la celeridad debida y la resolución de las cuestiones de fondo. Lord Briggs pone de relieve cómo esta fase del juicio se ha demorado 4 años, y ha conllevado un ingente caudal de documentación y todo tipo de actividades procesales. Recordando que no es la primera vez que los magistrados británicos alertan contra un enfoque en esos términos, concluye que:

The fact that it has been necessary, despite frequent judicial pronouncements to the same effect, yet again to emphasise the requirements of proportionality in relation to jurisdiction appeals, suggests that, unless condign costs consequences are made to fall upon litigants, and even their professional advisors, who ignore these

⁶ Con un pormenorizado análisis de la jurisdicción sobre un demandado presente en el territorio, la llamada —*jurisdiction as of right*— y la referida a los ausentes —*at the discretion of the court*—, *vid.*, vgr. Merino Blanco y Pontin, «Litigating extraterritorial nuisances under English Common Law and UK Statute» 285-308. Asimismo, *vid.*, v.gr., Ardavan Arzandeh, «Gateways within the Civil Procedure Rules and the future of service - out jurisdiction in England», *Journal of Private International Law*, vol. 15 (2019): 516-540 y Uusman Roohani, «Service gateways-no english jurisdiction due to failure to show 'substantial and efficacious acts committed within the jurisdiction' (Manek & Ors v. IIFL Wealth (UK) Ltd. & Ors)», *Lexology* (2020).

⁷ Sobre esta decisión, por todos, *vid.*, v.gr., Elena Merino Blanco y Ben Pontin, «Vedanta: A new landmark in litigating extraterritorial torts» (2018), acceso el 28 de noviembre de 2019, <https://uwe-repository.worktribe.com/output/871400>.

*requirements, this court will find itself in the unenviable position of beating its head against a brick wall*⁸.

Volveré sobre este particular más adelante, aún con un mero apunte y en la fase de análisis de esta Sentencia del Tribunal Supremo, de la que ahora destaco sus aspectos de mayor relieve. Sin embargo, antes debo recordar lo decidido por el Tribunal de Apelación respecto de la metodología a seguir para acreditar la eventual responsabilidad de una empresa matriz radicada en el Reino Unido, respecto de las actividades de sus filiales en el extranjero⁹:

- Primero, evaluar si el daño sufrido era previsible; y si hay una relación de suficiente proximidad entre la matriz y la subsidiaria; y si es justo y razonable en las circunstancias del caso imponer un deber de vigilancia —*duty of care*— sobre la primera.
- Después, considerar los factores identificados en el caso *Chandler v. Cape plc.*¹⁰, para determinar si la matriz ostentaba una mayor experiencia o conocimiento respecto del eventual daño, y si resulta justo inferir que la subsidiaria se apoyaría en el manejo por la matriz de tal experiencia o conocimiento para evitarlo.

Habiendo llevado a cabo esas evaluaciones y estudio de factores, la sede de Apelación concluyó afirmando que la empresa matriz podría ser hallada responsable de la negligencia de su subsidiaria, siendo posible entonces que se la demandase ante la jurisdicción británica. Ante ello, Vedanta eleva un recurso ante el Tribunal Supremo en clave jurisdiccional y basado en los siguientes motivos¹¹:

- Que era un abuso del derecho de la UE apoyarse en el Artículo 4 del Reglamento Refundido de Bruselas, como había hecho el demandante, para establecer el acceso jurisdiccional (sobre KCM) basado en «la parte necesaria o apropiada» —*necessary or proper party*—¹², que permitía demandar a la matriz británica como *anchor defendant* en el Reino Unido;
- Que, contrariamente a lo resuelto por los tribunales inferiores, la pretensión del demandado y la evidencia en la que se apoyaba no

⁸ Vedanta, par. 14.

⁹ Seguimos aquí el resumen ofrecido por Nick Less y Tim Pickworth, «Parent liability for international subsidiaries and jurisdiction disputes», *Lexology* (2019): 2. *Vid.*, asimismo, Merino Blanco y Pontin, «Vedanta: A new landmark in litigating extraterritorial torts».

¹⁰ [2012] EWCA (Civ) 525.

¹¹ *Vid.*, Less y Pickworth, «Parent liability for international subsidiaries and jurisdiction disputes».

¹² Ex CPR Practice Direction 6B, 3.1 (3) (b).

- mostraba una causa fundada para accionar —*real triable issue*— contra Vedanta, la empresa matriz;
- Que no era Inglaterra el lugar apropiado para presentar la demanda frente a KCM y
 - que no existía un riesgo real de que el demandante no pudiera obtener acceso a una justicia sustancial ante la jurisdicción de Zambia.

III. Ponencia de Lord Briggs

Por ese orden serán analizados y resueltos por el Ponente, Lord Briggs de forma pormenorizada y con la claridad de exposición y juicio que cabe esperar de un magistrado de su prestigio. Sigue ahora mi síntesis al respecto.

Así, en relación con el abuso de derecho, el Ponente muestra su acuerdo con el Juez Coulson, de la High Court, en tanto que éste consideró que atraer hacia la jurisdicción británica a KCM por vía del *anchor defendant* —sometido ex Art. 4.1— y el citado acceso jurisdiccional en los términos prevenidos por el derecho interno inglés, no era el único motivo para demandar a Vedanta en Inglaterra. Existía una causa fundada para actuar contra ella y el demandante, con visos de razón, mostraba su temor a que se pudiese ejecutar una sentencia condenatoria contra la subsidiaria, que se hallaba en un delicado momento financiero¹³.

En otro orden, tras analizar detalladamente la jurisprudencia del TJCE sobre el abuso de derecho y, en especial, la prohibición de recurrir al llamado *forum non conveniens* según se establece en *Owusu v. Jackson*¹⁴, se desprende de la argumentación de Lord Briggs que tanto el citado abuso, como cualquier excepción expresa o implícita al derecho a entablar deman-

¹³ Poniendo de relieve los problemas de KCM, *vid.*, v.gr., David McKay, «Zambia mines minister lifts veil on alleged abuses committed by Vedanta's KCM» (2019), acceso el 5 de enero de 2020, <https://www.miningmx.com/news/base-metals/37139-zambia-mines-minister-lifts-veil-on-alleged-abuses-committed-by-vedantas-kcm/>.

¹⁴ Caso C-281/02, sentencia del TJCE, acceso el 5 de enero de 2019, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62002CJ0281&from=EN>. *Vid.*, v.gr., su comentario por Michele Angelo Lupoi, *Il coordinamento tra giurisdizioni nello spazio di giustizia europeo: an update*, (Pisa: Pacini Giuridica, 2018): 107 ss. También, en general, Geert Van Calster, «Punjab National Bank. In a complex set of claims, Owusu is never easily applied and material non-disclosure severely punished by the High court», acceso el 15 de enero de 2020, <https://gavclaw.com/2020/01/07/punjab-national-bank-in-a-complex-set-of-claims-owusu-is-never-easily-applied-and-material-non-disclosure-severely-punished-by-the-high-court/>.

das ex Art. 4.1 contra domiciliados en el Reino Unido, deben ser interpretados de forma restrictiva¹⁵. Así lo entiende en este caso, y el primer motivo de recurso decaea, consecuentemente.

Tratándose del segundo motivo, la existencia de una causa fundada para accionar, indica el Ponente que debe dilucidarse siguiendo el análisis establecido para los llamados juicios sumarios —*summary judgments*—, que implica en la práctica aquí un juicio de primera impresión a partir de lo alegado por el demandante, que no condiciona si favorable a este último lo que, trascendiendo este marco jurisdiccional, pueda decidirse en su momento respecto del fondo¹⁶.

Haciendo un amplio y concienzudo uso de los precedentes, Lord Briggs, que considera en la especie como crítica la cuestión de si Vedanta intervino suficientemente en la gestión de la mina de la que es titular su subsidiaria —KCM—, como para atraer sobre sí una responsabilidad directa, no de naturaleza indirecta o vicaria —*vicarious liability*— rechaza lo alegado por los apelantes al respecto. Es decir, sale al paso de que tal responsabilidad directa, surgida de un deber de cuidado o vigilancia —*duty of care*— hacia los afectados, implicaría tratándose de Vedanta una nueva y controvertida extensión del ilícito civil —*tort*— de negligencia, que hubiera requerido un análisis en profundidad de lo alegado por el demandante, pero que no se llevó a cabo ni en instancia ni en Apelación. Para el Ponente, en cambio, y haciendo especial mención a lo avanzado por Lord Sales en *AAA v. Unilever plc*¹⁷, no existe tal nueva extensión del ilícito de negligencia si tratamos de la responsabilidad de la matriz por las actividades de su subsidiaria, siendo entonces aplicables los principios generales ordinarios establecidos en el derecho de ilícitos —*law of torts*—. Y, recogiendo las palabras de Lord Sales, sostiene con ello que

Although the legal principles are the same, it may be that on the facts of a particular case a parent company, having greater scope to intervene in the affairs of its subsidiary than another third party might have, has

¹⁵ *Vid.* Less y Pickworth, «Parent liability for international subsidiaries and jurisdiction disputes».

¹⁶ Y que pudiera ser contrario a los intereses de los demandantes, como ha sucedido en el litigio frente al grupo African Minerals; *vid.*, v.gr., Aidan Thomson y Nicole Bigby, «Supreme Court affirms in *Vedanta* a general principles path to hear Zambian environmental claims», *Lexology* (2019): 2-3.

¹⁷ (2018) EWCA Civ. 1532, par. 36. *Vid.*, v.gr., Jones Gareth, «It is not easy being a parent- *AAA v. Unilever* and the control conundrum-when a controlling shareholder may owe a duty of care in respect of the acts of omissions of a subsidiary», *Business Law Review*, vol. 40, (1) (2019): 2-6.

*taken action of a kind which is capable of meeting the relevant test for imposition of a duty of care in respect of the parent*¹⁸.

Contando con ésas, y otras elaboradas consideraciones, Lord Briggs, que resalta la necesidad de trascender tests preconstituidos en beneficio, como ya apuntaba Lord Sales, del análisis de los hechos de los casos concretos, estima que en la especie, Vedanta, mediante la publicación de un caudal de materiales en los que se proclama su control sobre sus subsidiarias y en particular sobre la Nchanga Copper Mine, zambiana,

*[...] may fairly be said to have asserted its own assumption of responsibility for the maintenance of proper standards of environmental control over the activities of its subsidiaries, and in particular the operations at the Mine, and not merely to have laid down but also implemented those standards by training, monitoring and enforcement, as sufficient on their own to show that it is well arguable that a sufficient level of intervention by Vedanta in the conduct of operations at the Mine may be demonstrable at trial, after full disclosure of the relevant internal documents of Vedanta and KCM, and of communications passing between them*¹⁹.

Por ello, concluye el Ponente, el juez de instancia, Mr. Justice, (ahora Lord) Coulson, *no incurrió en error legal* cuando, ante el material disponible, estimó que sí existía, a estos efectos de competencia jurisdiccional, una causa suficiente que la pudiera sustentar. Con lo que también decae el segundo motivo de recurso.

Respecto del tercero, Lord Briggs comienza indicando que lo considera el punto más difícil de la apelación, al suscitar, en los términos de las CPR 6.37(3) una importante cuestión legal: si Inglaterra y Gales son en el caso el lugar adecuado —*proper place*— para interponer la demanda, como exige ese texto para que se autorice el llamado *service out of jurisdiction*²⁰, aquí respecto de KCM, un punto clave en el procedimiento.

Las sedes inferiores habían considerado que sí lo eran, dado que, de no permitirse atraer a la causa a KCM, en la medida en que el caso sí podía seguir respecto de Vedanta —domiciliada en Inglaterra, recuérdese— se co-

¹⁸ (2018) EWCA Civ. 1532, par. 37.

¹⁹ *Vedanta*, par. 61.

²⁰ *Vid.*, entre otros, Daniel Hart, «One hand tied, but the other not paralysed, when English courts assess proper forum and the ends of justice», acceso el 20 de noviembre de 2019, <https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2019/07/one-hand-tied-but-the-other-not-paralysed-when-english-courts-assess-proper-forum-and-the-ends-of-justice>. En general, *vid.*, v.gr., Alexander Halban, « ‘Gloses, explications and reformulations’ : The Court of Appeal clarifies the test for service out of jurisdiction », *Lexology* (2019).

rría el riesgo de llegar a un resultado contradictorio entre la sentencia inglesa y la que se pudiera obtener en Zambia, al no existir duda sobre la competencia de este último país respecto de la subsidiaria. Una *situación claudicante*, en definitiva, que las sedes judiciales británicas no podían consentir.

Yace en la raíz del problema, como acredita el Ponente, un reflejo de un antiguo conocido en la práctica de los tribunales anglosajones, el llamado *forum conveniens*²¹, bajo el ropaje de ese lugar adecuado o *proper place* para interponer la demanda. Y cabe recordar que, tras *Owusu*, tal doctrina no puede utilizarse respecto de los demandados domiciliados en el Reino Unido, aunque sí, como es el caso, en relación con los que se hallan domiciliados fuera de la UE.

Pues bien, en la medida en que Vedanta consintió, antes de producirse la decisión del juzgado de instancia —*High Court*— en someterse, junto a su subsidiaria, a los tribunales de Zambia, para Lord Briggs, el riesgo de decisiones contradictorias se habría autoinflingido por los demandantes y no podía considerarse, según éste indica, una carta vencedora —*trump card*— en favor de la jurisdicción de Inglaterra y Gales. En un plano general, incluso, el Ponente «tras ansiosa reflexión» indica que las sedes inferiores, siguiendo el análisis avanzado por el Juez Legatt en *OJSC VTB Bank*²², en el que resaltaba como crucial la evitación de resultados contradictorios, habían cometido un error de derecho²³.

²¹ En los Estados Unidos conocido como *forum non conveniens*, FNC. Vid. un apunte sobre un supuesto en el que median no domiciliados en la UE en, Geert Van Calster., «W v L Brussels IIa and Forum Non Conveniens ex EU», acceso en 23 octubre de 2019 <https://gavclaw.com/2019/08/06/w-v-l-brussels-ii-a-and-forum-non-conveniens-ex-eu/>. También, *vid.*, en general, v.gr., Phillipa Webb, «Forum non conveniens: Recent developments at the intersection of Public and Private International Law», en *Resolving Conflicts in the Law, Essays in Honour of Lea Brilmayer*, Chiara Giorgetti. Y Natali Klein, (Leiden: Brill, 2019): 78-97.

²² (2015) EWHC 1135, Comm. pars. 8-10.

²³ Con interesantes reflexiones sobre este punto de la evitación de resultados contradictorios al hilo de una decisión reciente de la *High Court* en *E.D. & F. Capital Markets*, *vid.*, Anna Pertoldi *et alii.*, «High Court finds England proper forum to hear claim against further party where claimant had no real choice over where to sue anchor defendant», *Lexology* (2019). También, comentando otro reciente caso *E, D & F Man Capital Markets Ltd. v. Come Harvest Ltd & ors.*, (2019) EWHC 1661 (Comm), *vid.*, Sarah Garvey y Ella Wardlaw, *Lexology* (2019); y, en apelación, Geert Van Calster, «*E, D, & F. Capital Markets Ltd., v. Come Harvest Holding et al.*, Court of Appeal confirms Toleno DJ's forum analysis of Vedanta. Leaves Rome II issue undiscussed», acceso el 15 de enero de 2020, <https://gavclaw.com/2019/11/30/edf-man-capital-markets-v-come-harvest-holding-et-al-court-of-appeal-confirms-toleno-djs-forum-analysis-of-vedanta-leaves-rome-ii-issue-undiscussed/>.

Para Lord Briggs, las sedes inferiores, al considerar el de demandar a los domiciliados en el Reino Unido como un derecho absoluto, junto a lo que estiman primacía de la citada evitación de resultados contradictorios, fueron más lejos de lo impuesto en el Art. 4.1 de Reglamento refundido, que debía modularse en el caso por la citada sumisión de Vedanta a los tribunales de Zambia. Según el Ponente, asimismo, al no haber duda de que, en aplicación de las más que acreditadas técnicas de los jueces ingleses al respecto del llamado *forum conveniens* —o *proper place*— era este último país ese lugar apropiado, y no solamente respecto de KCM, sino también de Vedanta²⁴, habida cuenta de los intereses de las partes y los fines de la justicia, este motivo del recurso debía decantarse en favor de los apelantes, con las lógicas consecuencias. Pero que los tribunales ingleses sean capaces en estos casos de declinar su competencia depende de un hecho que no admite discusión, el que los demandantes puedan tener acceso a justicia sustancial en el foro apropiado, es decir, en la especie en Zambia. De este modo el citado acceso es lo que se convierte en la piedra angular de la sentencia y lo que analiza Lord Briggs respecto del cuarto motivo de apelación.

Sigue en este punto su fino análisis y el lujo de precedentes que utiliza. Así, en primer término, resalta cómo el estudio del riesgo real de imposibilidad de obtención de justicia sustancial, aunque se revise como distinto del análisis sobre cuál es el lugar conveniente —*proper place*— comparte con éste el mismo propósito, aunque requiera aquilatar una evidencia distinta: «Si hay un riesgo real de denegación de justicia en una jurisdicción determinada, me parece obvio que no será ésta un foro en el que se pueda dirimir el caso en función de los intereses de las partes y los fines de la justicia».

Tras de lo cual, muy correctamente, sitúa la cuestión como una de acceso a la justicia, aunque resalte también que ello no tenga que ver con problemas en el sistema judicial del país (Zambia), sino, fundamentalmente, con dos aspectos muy a ras de tierra pero trascendentales en el caso y harto significativos del enfoque pragmático con el que los jueces británicos, y aquí el ilustre Ponente, deciden estas cuestiones. En la especie: si existe una posibilidad real de llevar a cabo una acción en masa dada la extrema pobreza de los afectados y, no menos importante, si en la práctica son accesibles equipos legales en Zambia suficientemente capaces y experimentados como para salir adelante en un proceso de estas características²⁵. Recuérr-

²⁴ Vedanta, par. 85.

²⁵ Nótese que es este tipo de consideraciones y no la capacitación de las sedes judiciales zambianas lo que centra el análisis de Lord Briggs. *Vid.*, v.gr., una interesante decisión de tales sedes en un proceso sustentado fundamentalmente en los mismos hechos, en Pamela Towela Sambo, «*Konkola Copper Mines v. Nyasulo and 2000 others* Appeal No. 1/2012», *SAIPAR Case Review*, Vol. 2, (2) (2019), Article 4. De la misma autora *vid.*, asimismo, en

dese que los demandados aquí pertenecen a uno de los grupos extractivos más importantes del mundo, con todo lo que ello significa a la hora de poder montar una defensa adecuada de sus intereses.

Contando con ello, a la vista de la evidencia, en la que resalta, entre otras cosas, lo que ha sucedido en casos similares en Zambia, Lord Briggs confirma lo que sobre el punto decidió en instancia el Juez Coulson. Es decir, que sin requerir un juicio completo —*full trial*— sobre el punto, le quedaba suficientemente claro que, más allá de un riesgo real, el acceso a la justicia en el país africano no superaba en el caso los requisitos exigidos para que sus foros dirimiesen el litigio. Y ésto, aún teniendo en suficiente consideración que la —estricta— carga de la prueba de la inadecuación de tales foros recaía sobre los demandantes así como, muy en consonancia con los usos judiciales británicos, el debido respeto a la cortesía —*comity*—, hacia los foros extranjeros, en general y, *a fortiori*, la debida a los de un país amistoso con el que se comparten vínculos históricos y una misma familia jurídica²⁶.

Por todo lo cual decae este último y fundamental motivo de recurso, lo que conduce a que los tribunales ingleses sean competentes para conocer de la demanda y resolver sobre su fondo.

IV. Análisis de la Sentencia

Seguiré los diversos aspectos destacados por Lord Briggs, dedicándole una atención especial al último, el más vinculado con el objeto de estas páginas.

Respecto del primero, el abuso de derecho, no cuesta compartir el análisis del Ponente, dado el vigor del Art. 4.1 del Reglamento Refundido, la necesidad de seguir lo dictado en *Owusu* por el Tribunal de Justicia de la UE respecto del llamado FNC y, en todo caso, la lectura restrictiva que es preciso hacer de las excepciones que se invoquen al principio general de sometimiento del demandado al foro de su domicilio²⁷. Junto a que, como

general, «*Vedanta Resources PLC and Konkola Copper Mines PLV v Lungowe and Others* 2019 UKSC 20», *ibidem*, Vol 2, (2), (2019), Article 5.

²⁶ Las invocaciones a la *international comity* son también usuales, por ejemplo, en la jurisprudencia de los Estados Unidos; *vid.* una reciente utilización en Marc Zell y Noam Schreiber, «The FSIA and international comity/prudential exhaustion», *Lexology* (2019).

²⁷ En general, respecto de la aplicación del Reglamento 1215/2012 en el supuesto de daños mediambientales causados por empresas de grupos societarios, *vid.*, v.gr., Laura García Álvarez, *Competencia judicial internacional, daños ambientales y grupos transnacionales de sociedades*, (Granada: Comares, 2016), 84-129. *Vid.*, asimismo, Weller y Pato, «Local parents as ‘anchor defendants’ in European courts for claims against their foreign subsidiaries

acertadamente resalta Lord Briggs, cualquier abuso potencial solo podría originarse cuando las normas de la UE fueran invocadas torticeramente para subvertir otras pertenecientes al mismo acervo legal²⁸.

Destaca también, en este caso, el que se considere por las diversas instancias judiciales que someter a Vedanta a la jurisdicción inglesa a través del citado Art. no tenía como único propósito —*sole purpose*— atraer a su subsidiaria ante esa misma jurisdicción²⁹, lo que hubiera permitido activar la, como digo, limitada vía de acceso al citado abuso. Y abriendo, en fin, la posibilidad de llevar a cabo consideraciones de justicia sustantiva o material, sobre la que volveré más adelante, se estima ya en la decisión del juez de instancia, Coulson, manteniéndose en las apelaciones, que la delicada situación financiera en la que se encontraba KCM convertía en algo lógico que los demandantes quisieran asegurar el eventual cobro de indemnizaciones, dirigiéndose asimismo contra la matriz, Vedanta³⁰. Por todo ello y como anticipé, entonces, concordar con lo decidido por Lord Briggs sobre este primer motivo parece razonable, y así lo dejo indicado.

Lo propio sucede, desde mi punto de vista, con lo estimado por el Ponente tras, como dije, un extenso y elaborado análisis respecto del segundo motivo, la pretendida ausencia de una causa fundada para actuar, que Lord Briggs descarta estableciendo en cambio, en esta sede de competencia jurisdiccional, una posibilidad real de atribuir en la especie a Vedanta una responsabilidad directa hacia los perjudicados por las actividades de KCM, su subsidiaria. Responsabilidad que, es importante indicar, habrá de sustanciarse a través de los medios usuales de prueba en fase de mérito, la de juicio sobre el fondo del asunto.

in human rights and environmental damages litigation: recent case law and legislative trends», 401-407. y Gisela Ruehl «UK Supreme Court Decision in Vedanta: Finding a proper balance between Brussels I and the English common law rules of jurisdiction» (2019), acceso el 5 de enero de 2020, <http://conflictoflaws.net/2019/uk-supreme-court-decision-in-vedanta-finding-a-proper-balance-between-brussels-i-and-the-english-common-law-rules-of-jurisdiction/>.

²⁸ *Vedanta*, par. 89-90.

²⁹ *Vid.*, v.gr., Laurence Page, «All at sea? The Supreme Court provides important new jurisdictional guidance in claims where there is an ‘anchor defendant’», *Lexology*, (2019). Asimismo, *vid.*, v.gr., David Bridge y Emily Hudson «Court of Appeal clarifies legal position on jurisdiction based upon domicile of anchor defendants», *Lexology* (2019) y Geert Van Calster, «PrivaBank v. Kolomoisky and Boholiubov. The Court of Appeal reverses the High Court ia on abuse of the anchor mechanism. Further consideration, too, of the reflexive effect of Article 28’s *lis alibi pendens*, and of Article 34», acceso el 5 de enero de 2020, <https://gavclaw.com/2019/11/12/privatbank-v-kolomoisky-and-boholiubov-the-court-of-appeal-reverses-the-high-court-ia-on-abuse-of-the-anchor-mechanism-further-consideration-too-of-the-reflexive-effect-of-article-28s-lis-alibi/>.

³⁰ *Vid.*, Page «All at sea? The Supreme Court provides important new jurisdictional guidance in claims where there is an ‘anchor defendant’», p.2.

Este punto, la atribución de un deber de vigilancia —*duty of care*— ha sido uno de los más destacados y de los que han tenido mayor seguimiento en doctrina y en los aportes provenientes de los medios corporativos y sus asesores legales³¹. Lo que resulta, entiendo, natural, por la importancia del precedente sentado y su más que previsible impacto respecto de la gestión de los grupos de sociedades. Así, parece importante que este deber de vigilancia se considere como una consecuencia lógica del derecho común de ilícitos, tal como es comprendido actualmente. Y, del mismo modo, el que se huya de catálogos cerrados en favor de un estudio en profundidad de las circunstancias de cada caso, siendo muy significativas según creo las vías de análisis que se han seguido en Vedanta. A partir, por ejemplo, de las expresiones públicas de control sobre sus subsidiarias, a través de un cúmulo de mecanismos que suelen corresponder con los habitualmente utilizados por las empresas como expresión de su responsabilidad social corporativa.

³¹ *Vid.*, entre otros, v.gr. : Robert Mccorquodale, «Vedanta v. Lungowe Symposium: duty of care of parent companies», *Opinio Juris* 2019; Doug Cassel, «Vedanta v. Lungowe Symposium: beyond Vedanta-reconciling tort law with international human rights norms», *Lexology* (2019) ; Lauren Robberts y Lois Horne, «Vedanta v. Lungowe and Others: liability of a UK parent Company», *Lexology*, (2019); Thomson y Bigby «Supreme Court affirms in Vedanta a general principles path to hear Zambian environmental claims», 2-3 *Lexology*, (2019); Jhon Lleadley *et alii*, «English Supreme Court increases scope for mass torts», *Lexology*, (2019); Michael Quayle «Lungowe v. Vedanta:sustrnability policies and the duty of care», *Lexology* (2019); Peter Nestor y Jhonathan Drimmer, «How companies should respond to the Vedanta ruling», acceso el 5 de enero de 2020, <https://www.bsr.org/en/our-insights/blog-view/how-companies-should-respond-to-the-vedanta-ruling>; Merino Blanco y Pontin, «Vedanta, a long awaited landmark in extraterritorial tort litigation against parent companies; 3-5 ; Sandrew Anger, «Parent Company duty of care to third parties harmed by overseas subsidiaries», *The Cambridge Law Journal* (2019): 486-490 y Eva Maria Kieninger, «Vedanta v Lungowe: Ein Meilenstein für Klagen gegen europäische Konzernmütter für Umweltschäden und Menschenrechtsverletzungen durch drittstaatliche Tochtergesellschaften», *Iprax* (2020) (1). Asimismo, *vid.*, Palombo, «The duty of care of the parent company: a comparison between French Law, UK Precedents and the Swiss Proposals», pp. 8-11; James Sinclair, «Strategic litigation as a tool to combat modern slavery», *Journal of Modern Slavery*, vol. 4, 2 (2018): 50-51; James Goudkamp, «Duties of care and corporate groups», *Law quarterly Review* (2017), acceso el 4 de octubre de 2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2960622 ; John Oglivie, Damian Grave and James Allsop, «Court of Appeal confirms english court lacks jurisdiction over claims against UK domiciled parent company in relation to acts of subsidiary abroad», *Lexology* (2018); Ian Jones, «Court of Appeal upholds AAA v. Unilever judgment, declining to allow parent company liability claim», *Lexology* (2018); y AlisonN Berthet, «Emerging voices-momentum builds for mandatory human rights diligence », *Opinio Juris* (2019). También, en general, *vid.*, Adeline Michoud, «Mind the (Liability) Gap: The relevance of the duty of care to hold transnational corporations accountable», *Windsor Rev. Legal & Soc.. Issues*, vol. 40 (2019): 141 ss y Penelope A. Bergkamp, «Models of corporate supply chain liability: are the foundations being laid for a new type of vicarious liability regime?», *European Corporate Law*, vol. 16 (2019): 155-166.

Una responsabilidad social corporativa que, si, por una parte, es puesta en valor por el Tribunal Supremo en la medida en que de ella desprende unas consecuencias jurídicas esenciales al caso, como la constatación de una causa fundada para actuar —*real triable issue*— por otra, y según extendida opinión, no puede verse en adelante menoscabada por que las empresas huyan, ante el precedente Vedanta, de asumirla, estableciendo, por ejemplo, una separación radical entre la gestión de las matrices y sus subsidiarias o, en otro orden, obviando cualquier expresión pública de políticas que pudieran resultar en los correspondientes surgimientos de responsabilidad. Ambas serían unas lecciones erróneas, en contra de la altura de los tiempos y de la evidente tendencia hacia la consolidación de criterios de transparencia y buena gestión en materia de protección de los derechos humanos, incluidos los del medio ambiente. Una tendencia, en fin, cada vez más apoyada en el derecho constituido y en otros mecanismos muy eficaces como, por ejemplo, la práctica de grandes fondos de inversión respecto de modular sus aportes financieros contando con el desempeño de las empresas respecto de los citados derechos³².

³² Por todos, *vid.*, por ejemplo, en el sentido indicado, Nestor y Drimmer, «How companies should respond to the Vedanta ruling», acceso el 4 de enero de 2020, <https://www.bsr.org/en/our-insights/blog-view/how-companies-should-respond-to-the-vedanta-ruling>. También, Martin Lipton, «Wachtell Lipton discusses capitalism at an inflection point», *The CLS Blue Sky Blog* (2019); Gabe Rissman, «New strategies help investors hold corporations accountable on human rights», acceso el 4 de enero de 2020, <https://www.openglobalrights.org/new-strategies-help-investors-hold-corporations-accountable-on-human-rights/>; Russell Hopkins, «Bringing responsibility home: what next for parent company liability?», *Lexology* (2019): 2 y 3; Paul Sheridan, *et alii*, «Parent companies: English Courts can try zambian pollution litigation», *Lexology* (2019): 3 y 4; Elizabeth Dilts, «Top US CEOs say companies should put social responsibility above profit», acceso el 4 de enero de 2020, <https://www.reuters.com/article/us-jp-morgan-business-roundtable/top-u-s-ceos-say-companies-should-put-social-responsibility-above-profit-idUSKCN1V91EK>; Todd H. Baker, «Shareholder Primacy isn't the best of all possible worlds», acceso el 4 de enero de 2020, <http://clsbluesky.law.columbia.edu/2019/10/23/shareholder-primacy-isnt-the-best-of-all-possible-worlds/> y Eric Posner, «Milton Friedman was wrong», acceso el 4 de enero de 2020, <http://ericposner.com/milton-friedman-was-wrong/>. Asimismo, respecto del manejo de cadenas de suministro, *vid.*, v.gr., David P. Hackett, *et al.*, «Does the Ninth Circuit give new life to the Alien Tort Statute?», *Lexology* (2019). En general, *vid.*, v.gr., Caroline Kaeb, «Corporate engagement with public policy: the new frontier of ethical business», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. (2018): 165-186; Greta Reeh, «Human rights and the environment: The UN Human Rights Committee affirms the duty to protect», acceso el 4 de enero de 2020, <https://www.ejiltalk.org/human-rights-and-the-environment-the-un-human-rights-committee-affirms-the-duty-to-protect/> y Abdurrahman Kayiklik, «How Elizabeth Warren is reviving the concession theory of the corporation» (2019), acceso el 4 de enero de 2020, <http://clsbluesky.law.columbia.edu/2019/11/01/how-elizabeth-warren-is-reviving-the-concession-theory-of-the-corporation/>.

Concluyo este punto poniendo de relieve el previsible impacto que lo acordado por el Alto Tribunal signifique en supuestos similares, como hubiera podido ser en el citado *AAA v. Unilever*, o queda pendiente en *Okpabi v. Royal Dutch Shell*³³, desestimados ambos por ausencia de causa fundada, según las instancias inferiores al Tribunal Supremo, y ello dado que, si por una parte ha declinado admitir a trámite el recurso de los demandantes en el primer caso, en el segundo sí ha mostrado su acuerdo al respecto.³⁴

Si, dando un paso más, he mostrado acuerdo con el Ponente respecto de los dos primeros motivos del recurso, no sucede lo mismo tratándose del tercero, es decir, si Inglaterra era el lugar adecuado para demandar a KCM. Y ello principalmente porque, aunque Lord Briggs argumenta también aquí con vigor y apoyándose en celebrados precedentes, su razonamiento, algo complejo, viene a reintroducir en la práctica de manera indirecta un viejo conocido de la jurisprudencia anglosajona, el citado *forum conveniens*, aunque el ilustre magistrado trate de desmentirlo³⁵. Directamente no podría haberlo hecho, por la implicación en el caso de un domiciliado inglés, Vedanta, y el rigor del Art. 4.1 reiteradamente citado y su interpretación por el TJUE en *Owusu*. Con todo, a salvo de lo que pueda suceder tras la salida de la Unión Europea del Reino Unido, ni antes ni después de ese evento creo que resulte apropiado el recurso al *forum conveniens*, en éste de las relaciones entre matrices y subsidiarias, y en otros contextos.

En un plano general, se trata de una doctrina que, con apoyo en consideraciones fundamentalmente de orden práctico, y aun reclamándose también de los intereses de las partes y los que corresponden a la justicia, ha venido funcionando como un obstáculo insalvable en gran número de oca-

³³ (2018) EWCA Civ 191.

³⁴ *Vid.*, Leigh Day, «Supreme Court grants permission to appeal to nigerian communities in their fight against Shell» (2019) acceso el 4 de enero de 2020, <https://www.leighday.co.uk/News/2019/July-2019/Supreme-Court-grants-permission-to-appeal-to-Niger>. Se comenta con cierta sorpresa que haya denegado el recurso en *Unilever*; *vid.*, v.gr., Gareth Jones, «Parent company liability for acts of subsidiaries- where has the dust settled?», *Lexology* (2019). Asimismo, *vid.*, v.gr., Andrew Bartlett y Gabriella Polledri, «Are the parents in control? Parent company liability in mass tort claims», *Lexology* (2019).

³⁵ *Vid. Vedanta*, para. 83. Coincidiendo con nuestra lectura acerca de la reintroducción del *forum conveniens*, *vid.*, v.gr., Gabrielle Holly., «*Vedanta v. Lungowe* Symposium: A non conveniens revival- The Supreme Court approach to jurisdiction in *Vedanta*» (2019), acceso el 6 de enero de 2020, <http://opiniojuris.org/2019/04/24/vedanta-v-lungowe-symposium-a-non-conveniens-revival-the-supreme-courts-approach-to-jurisdiction-in-vedanta%EF%BB%BF/>; Ekaterina Aristova, «UK Supreme Court decisión in *Vedanta*: finding a proper balance between Brussels I and the English common law rules of jurisdiction», *Conflict of Laws.net* (2019) y Marilyn Croser, *et al.*, «*Vedanta v. Lungowe* and *Kiobel v. Shell*: The implications for parent company liability», *Business and Human Rights Journal* (2019): 7. En general, *vid.*, asimismo Hess y Mantovani, «Current developments in forum access: Comments on jurisdiction and forum non conveniens».

siones para quienes demandan a las empresas anglosajonas en sus respectivos países, por actividades propias o a través de filiales en el extranjero. Algo que ha sido objeto de fuertes críticas en todo tipo de instancias y no solo por los directamente afectados. Y con mayor razón estando los derechos humanos y los del medio ambiente implicados, por la impunidad de las muy graves conductas que se suceden, y la falta total de equilibrio entre las muchas ventajas y beneficios que acrecen a las empresas por la mundialización, y la ausencia del lógico contrapeso que supondría el sometimiento al imperio de la ley, aquí inexcusable respecto de la defensa y promoción de esos derechos.

Y, volviendo al plano particular de *Vedanta*, aunque el Ponente se distancie del *forum conveniens*, su razonamiento sobre este motivo del recurso atraviesa los cauces habituales en la práctica de esa doctrina como, por ejemplo, el empleo de las técnicas del D.^o internacional privado para situar el llamado lugar conveniente o *proper place*³⁶. O lo que considera esencial, el que *Vedanta* mostrase su voluntad de someterse a los foros zambianos, reprochando —muy cortésmente— al Juez Coulson el no haber analizado este extremo en todas sus consecuencias³⁷. Pero, sea como fuere, creo que el sometimiento del demandado a los foros extranjeros, aducido para lograr que decline su competencia el que conoce de la demanda, no debiera ostentar un papel relevante, ni en éste ni en otros supuestos. Fía mucho Lord Briggs de lo que puede parecer una muestra de buena voluntad, pero que tal como se han desarrollado las cosas en múltiples ocasiones, es solo una argucia legal que, de aceptarse la declinatoria, se traduce irremediablemente en la denigración y/o manipulación por todos los medios del sistema judicial extranjero, en lo que muy bien pudiera denominarse, como en el ya clásico español, «El viaje a ninguna parte». Los ejemplos son numerosos, véanse las muy conocidas sagas judiciales sobre la catástrofe de Bhopal o la del Lago Agrio en Ecuador (*Re Chevron/Texaco*), como simple muestra de lo que afirmo.

³⁶ *Vid.*, *Vedanta*, para 85.

³⁷ Aún reconociendo que el juez de instancia seguía el precedente *OJSC VTB Bank*, en lo concluido sobre este particular —sometimiento de parte a la jurisdicción extranjera— por el Juez Legatt; *vid.*, *Vedanta*, para. 75. Analizando las posibles consecuencias de la decisión de someterse a foros ajenos a la UE/Lugano, *vid.*, v.gr., Hart, «One hand tied, but the other not paralysed, when English Courts assess proper forum and the ends of justice» (2019): 4 y s., acceso el 3 de noviembre de 2019, <https://www.mayerbrown.com/en/perspectivesevents/publications/2019/07/one-hand-tied-but-the-thernot-paralysed-when-english-courts-assess-proper-forum-and-the-ends-of-justice>. Asimismo, *vid.*, Natalie Burton, «UK: parental controls: Supreme Court holds that claims can be brought against a parent company domiciled in England, in respect of the activities of its overseas subsidiaries», *Mondaq* (2019).

Concluyo ya este punto señalando que, frente a los indicios o factores que apuntan a Zambia, Lord Briggs tenía otro camino a seguir, que conoce bien y así lo hace constar expresamente:

I would not ignore, or downplay, the mitigation of those factors which good case management of an English claim might be able to achieve. For example, as has happened in the past, the English judge may arrange for sittings in Zambia, for Page 32 Zambian evidence to be taken by video conference, and for a Zambian court room or building to be continuously available to the claimants and the Zambian public to listen to and to view on screen those parts of the trial being conducted in England. As already noted, even if the volume of documents located in Zambia greatly exceeds those located in England (as is likely), modern facilities for their transmission should, to a considerable extent, reduce the inconvenience which might otherwise arise from their current location³⁸.

Éste hubiera sido un enfoque más acomodado, entiendo, con la altura de los tiempos y el compromiso con la facilitación del acceso a la justicia que debieran asumir los países de origen de las empresas, respecto de las actividades que éstas realizan en el extranjero y, en especial, cuando son acogidas por otros con menos recursos judiciales³⁹. El Ponente y, en definitiva, el Alto Tribunal, no lo ha seguido. Tal vez media aquí una persistente cautela frente al muy aireado —por las empresas y sus adláteres— *forum shopping* y el riesgo de desbordamiento —*floodgates argument*— de los sistemas judiciales ante un supuesto aluvión de demandas como las planteadas en el caso. Algo muy discutible, pero que subyace con seguridad en no pocas decisiones⁴⁰.

³⁸ *Vid.*, *Vedanta*, para. 86.

³⁹ En el mismo sentido, *vid.*, v.gr., García Álvarez, «Competencia judicial internacional, daños ambientales y grupos transnacionales de sociedades», 149-154. También, *vid.*, Suzanne Spears, *et alii.*, «Vedanta: Supreme Court rules that Zambians can seek legal redress in the UK against parent company», *Lexology* (2019): 4.

⁴⁰ Conviene recordar aquí, por el contrario, el famoso dictum del célebre magistrado inglés Lord Denning en un precedente de relieve, *The Atlantic Star*, en el que salía al paso de la suspicacia respecto de que demandantes extranjeros acudieran en busca de justicia ante los tribunales ingleses; *vid.*, (1973) QB 364, 381-382. Lord Sumption, mucho más recientemente, ha expresado una parecida opinión en *Abela v. Baadarani*, (2013) 1 WLR 2043, recogido por Merino Blanco y Pontin, «Litigating extraterritorial nuisances under English Common Law and UK Statute», 10. Asimismo, *vid.*, Carlos López, «The UK Supreme Court considers whether parent Company Vedanta has a duty of care and so may be held legally responsible for the harm caused by its Zambian subsidiary» (2019): 6, acceso el 9 de enero de 2020, <https://corporate-responsibility.org/uk-supreme-court-considers-whether-parent-company-vedanta-duty-care-may-held-legally-responsible-harm-caused-zambian-subsidiary/>. Un punto de alarma es señalado, en general por Richard Meeran, cuando pone en relación el

Del acceso a la justicia he hablado respecto del anterior motivo y lo decidido por el Alto Tribunal y habré de volver sobre él, en tanto que, como sabemos, se trata en realidad del punto clave de la decisión, al hacerse depender en definitiva la admisión del recurso a que hubiera existido en el caso un acceso a la justicia sustancial —*substantial justice*— en Zambia. Contando con que, como he expresado, no creo que se debiera haber llegado hasta aquí, sino haberse admitido en cambio la competencia de los tribunales ingleses al existir un sustrato legal de origen comunitario e interno, respecto de Vedanta y KCM, y causa real para accionar, lo decidido respecto de este cuarto motivo me parece razonable. Tras un análisis respetuoso con el sistema judicial de un país amigo con el que se comparte historia y tradición jurídica, consideraciones pragmáticas y en íntimo contacto con la realidad conducen, a la luz de facilitar el acceso de los agraviados a la justicia y la evitación de su denegación —como exige el núcleo imperativo del ordenamiento internacional— a refrendar que en la especie resulta imposible tal acceso ante los foros zambianos y, por ello, a la desestimación del motivo y del recurso en su conjunto. Pero, a renglón seguido, avanzo algunas observaciones sobre lo decidido por el Tribunal Supremo respecto de este particular, el acceso a la justicia sustancial.

Resalta, en primer lugar, y podría templar un tanto el buen ánimo con el que se ha acogido esta sentencia por la comunidad de defensores de los derechos humanos, que se haya erigido un obstáculo de primer orden a la admisión de competencia por los tribunales ingleses en casos como el presente. En efecto, una vez que se ha decidido que los foros del país extranjero son los más adecuados, recaerá en los demandantes una estricta carga de la prueba para advenir lo contrario. En este caso se ha podido conseguir, con sólida argumentación desde luego, pero tampoco cuesta imaginar lo ardua que va a ser la tarea en otros muchos supuestos⁴¹. También se puede ver en ello una cierta inconsistencia del Alto Tribunal que, si por una parte se queja como hemos visto de la falta de proporción en esta fase previa sobre la competencia, no facilita ciertamente las cosas al someter sobre este

art. 12.1 del Proyecto Revisado del Instrumento Legalmente Vinculante (sobre Empresas y DDHH) con este *Forum Non Conveniens*, indicando que en su actual redacción puede servir de soporte para reforzar la aplicación de esa doctrina en este sector; *vid.*, su aportación, «The Revised Draft: Access to judicial remedy for victims of multinational's abuse» (2019), acceso el 4 de enero de 2020, <https://www.business-humanrights.org/en/the-revised-draft-access-to-judicial-remedy-for-victims-of-multinationals-abuse>.

⁴¹ En este sentido, *vid.*, v.gr., Parham Kouchikali y Laura Martin, «Duty of care can exist between parent company and third parties affected by subsidiaries's actions» (2019): 3, acceso el 2 de enero de 2019 <https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Litigation/United-Kingdom/RPC/Duty-of-care-can-exist-between-parent-company-and-third-parties-affected-by-subsidiaries-actions>.

punto a los demandantes a la aludida estricta carga de la prueba, con lo que ésta conlleva⁴².

Del mismo modo, coincido con cualificada doctrina en lamentar que el Tribunal Supremo no mencione expresamente, dándole, así, realce, al Tercer Pilar de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, sobre acceso a la justicia, aunque fuera traído a colación por la Comisión Internacional de Juristas y la coalición CORE, ambas de reconocido prestigio, en su intervención en el caso ante aquél. Con lo que opta por confinar la resolución del problema al ámbito doméstico, siendo así que, como se ha podido sostener:

*El Tribunal ignora con ello que desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, es un órgano del estado que puede colaborar en descargar las obligaciones y responsabilidades del estado – incluyéndose la obligación de prevenir la denegación de justicia*⁴³.

Pero, por otra parte, y vaya esta vez en el sentido de valorar favorablemente lo acordado por los eminentes miembros del Alto Tribunal, preciso es destacar cómo ni ellos, ni el sistema judicial al que representan, se desentenden de ese punto esencial del imperio de la ley, del *common law*, y —en realidad y aún guardando pudoroso silencio sobre ellos, de los dictados del ordenamiento internacional—, respecto de lo que vengo hablando, esto es, del acceso a la justicia⁴⁴. Así, no es preciso remontarse mucho en el tiempo para constatar la existencia de precedentes que lo confirmarían, en general y en sectores particularmente sensibles, donde se hallan implicados como en el caso presente los derechos humanos.

Tratándose, de la competencia basada en el *service out of jurisdiction* —analizada también en *Vedanta*— dos casos bien conocidos, a modo de ejemplo, podrían servir para constatar lo avanzado, en un plano general. El primero es *AK Investment CSJC v. Kirgiz Mobil Tel. Ltd.*⁴⁵. Se trataba inicialmente de un procedimiento de ejecución de una sentencia de Kirguistán

⁴² *Vid.*, en este sentido, Claire Bright, «*Vedanta v. Lungowe Symposium: foreign direct liability cases in England after Vedanta*» (2019): 3 y 4, acceso el 4 de enero de 2020, <http://opiniojuris.org/2019/04/26/vedanta-v-lungowe-symposium-foreign-direct-liability-cases-in-england-after-vedanta/>.

⁴³ *Vid.*, Lucas Roorda, «*Vedanta v. Lungowe Symposium: Vedanta v. Lungowe and access to justice*», p.3.

⁴⁴ En otro orden, lo decidido en *Vedanta* sobre él en esta sede de competencia jurisdiccional perdurará aún después del Brexit, pues responde a arraigados principios del *common law*; *vid.*, en este sentido, Jamie Curle, *et alii*, «The *Vedanta* decision and EU law: A Post-Brexit outlook on parent company liability», *Lexology* (2019): 3.

⁴⁵ (2011) UKPC 7.

en la Isla de Man, frente a tres empresas radicadas allí. Esas empresas contestaron y solicitaron y obtuvieron permiso para incluir a trece demandados en la contestación, y para llevar a cabo la correspondiente notificación en el extranjero. Seis de estos últimos se opusieron, y el Consejo Privado —*Privy Council*—, en apelación de la High Court de Man concluyó que, a pesar de que Kirguistán era el foro natural para la disputa, la realidad era que las empresas de Man no podrían entablar procedimientos en ese País, siendo la isla del Canal la única en la que podrían acceder a justicia sustancial. Pesaron en la decisión fundadas inquietudes sobre la solvencia del sistema judicial del País asiático, tachado de corrupto y carente de independencia⁴⁶.

Análogamente, en *Cherney v. Deripkpas*⁴⁷, la *Commercial Court*, en un supuesto con prácticamente nulas conexiones con Inglaterra, dictaminó que las alegaciones del demandante en el sentido de que peligraría su seguridad física en el supuesto de desplazarse a Rusia, eran de suficiente entidad como para permitir la notificación en el extranjero y, por ende, la asunción de competencia del tribunal inglés en el caso. Se apunta que los fines de la justicia, al respecto de la seguridad personal del demandante y su integridad física, y sus (improbables) perspectivas de obtener un juicio justo en Rusia, fueron la clave de la decisión⁴⁸.

En otro orden, el afán de los magistrados británicos por preservar el imperio de la ley, el acceso a la justicia y la defensa de los derechos humanos, fundamentos todos del orden democrático, se puso patentemente de relieve en un caso harto vinculado con las lesiones a esos derechos, *Belhaj v. Straw*⁴⁹, por el secuestro, detención ilegal y torturas sufridos por una pareja de ciudadanos libios, contrarios al régimen de Gadafi.

Habiendo mediado en ello el propio Gobierno Británico y otros involucrados en el infame Programa de Entregas Extraordinarias —*Extraordinary Renditions Programme*— auspiciado por los Estados Unidos. Pues bien, en un caso de demanda civil de esos esposos frente al citado Gobierno, tanto la *Court of Appeal* como el Tribunal Supremo descartaron las alegaciones basadas en la Inmunidad Soberana y el Acto de Estado, ante la naturaleza de los hechos y la imposibilidad de denegar la justicia cuando las víctimas ca-

⁴⁶ *Vid.*, Andrew Hearn, «UK: Further encouragement from the english courts to pursue international disputes there», *Mondaq* (2019) y Merino Blanco y Pontin, «Litigating extraterritorial nuisances under English Common Law and UK Statute», 9 y 10.

⁴⁷ (2009)EWCA Civ 849; (2010) All ER (comm) 456, approving (2008) EWHC 1530 (Comm); (2009) 1 AllER(Comm) 333.

⁴⁸ *Vid.*, Merino Blanco y Pontin, «Litigating extraterritorial nuisances under English Common Law and UK Statute», 9.

⁴⁹ (2017) UKSC 3. On appeal from (2014) EWCA Civ.1394.

recían de posibilidad alguna de acceder a ella ante un foro que no perteneciese al Reino Unido. El supuesto es, entonces, de un gran relieve, y su resolución está llamada a tener una amplia repercusión en la jurisprudencia futura de las sedes judiciales británicas. Valga aquí, sin embargo, el breve apunte que he hecho de él⁵⁰.

V. Reflexiones conclusivas

Doy término ya a mi examen de *Vedanta* con algunas apreciaciones. En primer lugar, mi convicción sobre que el resultado del caso no ha sido fruto del azar, sino que responde a bien fundadas causas. Desde luego, la gran capacitación de los magistrados, en sintonía con el prestigio indudable del que goza el sistema judicial británico. Después, el cabal entendimiento que ostentan de la compleja realidad de nuestro mundo y de las principales tendencias que en él se observan en el plano jurídico. Así, aunque, como he dicho, solo recurren en el caso a lo consagrado por su derecho positivo y el acervo del *common law*, destaca la lectura que de ello hacen en clave del principio de legalidad y el carácter constitucional del acceso a la justicia y otros derechos arraigados en ese derecho de origen jurisprudencial⁵¹, incidiendo de manera fundamental en la resolución del supuesto. Lo que tampoco es casualidad que sintonice con el muy amplio movimiento observable a todos los niveles de la comunidad internacional en el sentido de potenciar el citado acceso, siendo el llamado Tercer Pilar de los Principios Rectores de las Naciones Unidas en materia de empresas y Derechos Humanos, a la que pertenece *Vedanta*, buena muestra de ello⁵². Además, otros principios

⁵⁰ *Vid.* Su comentario por, Francisco Javier Zamora Cabot «Imperio de la Ley y acceso a la justicia en algunas recientes y claves decisiones de la jurisprudencia británica», en *La UE y la protección de los Derechos Fundamentales*, Ana Salinas de Frías y Enrique Martínez Pérez (dir.) (Valencia: Tirant lo Blanch, 111-129).

⁵¹ *Vid.*, v.gr., Merino Blanco y Pontin, «Litigating extraterritorial nuisances under English Common Law and UK Statute», 11 y 12, destacando el influjo al respecto del pensamiento del gran internacionalista clásico A.V. Dicey. Apuntamos también, por ejemplo, que la *English Practice Direction* contempla precisamente la posibilidad del acceso a la justicia sustancial como un dato esencial respecto de la autorización del *service out of jurisdiction*; *vid.*, v.gr., Mauro Rubino-Sammartano, «EU and England: abstract v. concrete justice?», *Lexology* (2019): 1 y 2.

⁵² Cabe recordar que el propio gobierno británico se ha expresado muy rotundamente en defensa de tal acceso, en el ámbito descrito de empresas y derechos humanos; *vid.*, v.gr., Aura Green, y David Hammer, «Corporate responsibility for human rights violations: UK Supreme Court allows zambian communities to pursue civil suit against domiciled parent company» (2019): 1 y 2, acceso el 2 de octubre de 2019, <https://www.ejiltalk.org/corporate-responsibility-for-human-rights-violations-uk-supreme-court-allows-zambian-communities->

que actualmente se vinculan con una buena administración de justicia, asimismo, están siendo considerados por el Alto Tribunal, como el de acceso abierto —*open access*— a la documentación manejada en los casos⁵³. Con ello, en fin, se refrenda, creo, si preciso fuese, la visión ajustada a los imperativos del actual momento histórico que viene mostrando, y el ejemplo que fuera del Reino Unido se puede extraer al respecto.

Sobre el autor

Francisco Javier Zamora Cabot es Dr. Cum Laude por la Universidad Complutense de Madrid, su Tesis fue dirigida por D. Mariano Aguilar Navarro. Fue Becario del Ministerio Holandés de Asuntos Exteriores y del Curatorio de la Academia de La Haya de Derecho Internacional. Actualmente Catedrático de D.º internacional privado en la Universitat Jaume I, fue Director de Departamento en la UCM y en la UJI y Decano de la Facultad de CC. JJ.y EE. en esta última. Profesor Visitante en la Universidad de París Val-de Marne, (1999) y Consejero de España en la Primera Revisión del Código Unctad de Conferencias Marítimas, 1988. Tiene 80 publicaciones en los variados sectores de su disciplina, centrandó actualmente sus investigaciones aspectos internacionales de los Derechos Humanos (Empresas, Multiculturalidad) y cuestiones procesales y de Teoría General. Ha participado en numerosos foros de prestigio en España y el extranjero y en importantes Proyectos de Investigación, como el Consolider HURI-AGE (2009-2015) y la UE Action Grant Human Rights In Business 2014-2017. Destacan entre sus publicaciones más recientes tres libros coeditados sobre empresas y DDHH, publicados respectivamente por la Universidad de Alcalá, Cátedra de DDHH, el Instituto Suizo de Derecho Comparado (ed. Schulthess) y la Editoriale Scientifica de Nápoles. *Membre Ambassadeur* de la AISDC, Lausanne, es Coordinador de la RED AUIP de Empresas y DDHH, en la que participan 22 Universidades de España y del ámbito Latinoamericano.

to-pursue-civil-suit-against-uk-domiciled-parent-company/. En general, *vid.*, asimismo, Laura García Álvarez y Daniel Iglesias Márquez, «La regla de la ubicuidad y la responsabilidad ambiental corporativa», en Maria Chiara Marullo y Francisco Javier Zamora Cabot, *Empresas y Derechos Humanos: Temas Actuales*, Scientifica, Napoli: 115-156.

⁵³ *Vid.*, *Cape Intermediate Holdings Ltd. V. Dring (Asbestos Victims Support Group Forum UK)*, (2019) UKSC 38; sobre él, v.gr., Tom White, «Supreme Court widens access for non-parties to litigation documents», *Lexology*, (2019) y Ana Kopribika Harvey, «Non-Party access to Court documents and the open justice principle: The UK Supreme Court judgment in *Cape Intermediate Holdings v. Dring*», *MPILux Research Paper* (2019).

About the autor

Francisco Javier Zamora Cabot is Dr. *Cum Laude* by the Universidad Complutense of Madrid (UCM), his Thesis was directed by Professor Mariano Aguilar Navarro. He was awarded with two Scholarships, by the Dutch Ministry of Foreign Affairs and the *Curatorium* of the Hague Academy of International Law, respectively. Currently, he is Chair Professor of Private International Law in the Universitat Jaume I (UJI). Among his former positions, it should be noted that he has been Director of Department in the UCM and in the UJI, Dean of the Faculty of Law and Economic Sciences (UJI), Visiting Professor in the Université de Paris Val-de Marne (1999), and Spain's Legal Advisor in the First Revision of the UNCTAD Code on Maritime Conferences (1988). He has 80 publications in the different sectors of his discipline and now focuses his research mainly on international aspects of Human Rights (Business and HR and Multiculturalism), procedural problems and General Theory of Private International Law. He has been invited to a number of prestigious fora, in Spain and in diverse foreign countries. He has participated in important Research Projects, like the *Consolider HURI-AGE* (2009-2015) and the EU Action Grant *Human Rights In Business* 2014-2017. Outstanding among his more recent publications are three books co-edited on Business and Human Rights, sponsored respectively by the University of Alcalá (HR Chair), the Swiss Institute of Comparative Law (Schulthess Pubs.) and the Editoriale Scientifica di Napoli. *Membre Ambassadeur* of the AISDC, Lausanne, is Coordinator of the *RED AUIP de Empresas y Derechos Humanos*, in which 22 universities from Spain and Latin America participate.

Derechos de autor

Los derechos de autor (para la distribución, comunicación pública, reproducción e inclusión en bases de datos de indexación y repositorios institucionales) de esta publicación (*Cuadernos Europeos de Deusto, CED*) pertenecen a la editorial Universidad de Deusto. El acceso al contenido digital de cualquier número de *Cuadernos Europeos de Deusto* es gratuito inmediatamente después de su publicación. Los trabajos podrán leerse, descargarse, copiar y difundir en cualquier medio sin fines comerciales y según lo previsto por la ley; sin la previa autorización de la Editorial (Universidad de Deusto) o el autor. Así mismo, los trabajos editados en CED pueden ser publicados con posterioridad en otros medios o revistas, siempre que el autor indique con claridad y en la primera nota a pie de página que el trabajo se publicó por primera vez en CED, con indicación del número, año, páginas y DOI (si procede). Cualquier otro uso de su contenido en cualquier medio o formato, ahora conocido o desarrollado en el futuro, requiere el permiso previo por escrito del titular de los derechos de autor.

Copyright

Copyright (for distribution, public communication, reproduction and inclusion in indexation databases and institutional repositories) of this publication (*Cuadernos Europeos de Deusto, CED*) belongs to the publisher University of Deusto. Access to the digital content of any Issue of *Cuadernos Europeos de Deusto* is free upon its publication. The content can be read, downloaded, copied, and distributed freely in any medium only for non-commercial purposes and in accordance with any applicable copyright legislation, without prior permission from the copyright holder (University of Deusto) or the author. Thus, the content of CED can be subsequently published in other media or journals, as long as the author clearly indicates in the first footnote that the work was published in CED for the first time, indicating the Issue number, year, pages, and DOI (if applicable). Any other use of its content in any medium or format, now known or developed in the future, requires prior written permission of the copyright holder.