

Cuadernos Europeos de Deusto

ISSN: 1130-8354 (papel)

ISSN: 2445-3587 (digital)

DOI: <http://doi.org/10.18543/ced>

Deusto Journal of European Studies

No. 63/2020

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

Empresa y Derechos Humanos

Business and Human Rights

F. J. Zamora Cabot, M. CH. Marullo, J.L. Iriarte Ángel, M. Font-Mas,
M.P. Diago Diago, A. Durán Ayago, L. Sales Pallarés, C. Agoués Mendizabal,
U. Belintxon Martin, D. Ordóñez Solís, B. Iñarritu

**Instituto de
Estudios Europeos**

• • • • •

Cuadernos Europeos de Deusto

No. 63/2020

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

Cuadernos Europeos de Deusto está incluida en:
Deusto Journal of European Studies is included in:



Scopus®

SJR

Scimago Journal & Country Rank

latindex

BASE DE DATOS
ISOC

Google
scholar

EBSCOhost

OCLE
WorldCat®

Cuadernos Europeos de Deusto es una revista universitaria especializada en el estudio de la Unión Europea desde un enfoque interdisciplinar. Su objetivo fundamental es difundir conocimientos sobre el proceso de construcción europea en sus diferentes dimensiones (histórica, política, jurídica, económica, social, cultural...), así como suscitar la reflexión y la valoración crítica de los diferentes factores que van determinando su evolución y transformación.

Cuadernos Europeos de Deusto agradece el patrocinio de la Dirección General de Acción Exterior de la Diputación Foral de Bizkaia, que ha hecho posible la publicación del presente número.

Organización editorial:

Dirección:

Beatriz Pérez de las Heras (Universidad de Deusto, España)

Dirección-Adjunta:

M.ª Luz Suárez Castiñeira (Universidad de Deusto, España)

Consejo de Redacción:

Francisco Aldecoa Luzárraga (Universidad Complutense de Madrid, España)

Alberto Alemanno (HEC Paris, Francia)

Cristina Arenas Alegría (Universidad de Deusto, España)

Steffen Bay Rasmussen (Universidad de Deusto, España)

Javier Bilbao Ubillos (Universidad del País Vasco, España)

Karolina Boronska-Hryniewiecka (Wroclaw University, Polonia)

Marta Casado Abarquero (Universidad de Deusto, España)

David Fernández Rojo (Universidad de Deusto, España)

Pablo Antonio Fernández Sánchez (Universidad de Sevilla, España)

Igor Filibi López (Universidad del País Vasco, España)

Peter Gjortler (Riga University, Letonia)

Inmaculada Herbosa Martínez (Universidad de Deusto, España)

Javier Larena Beldarrain (Universidad de Deusto, España)

Ainhoa Lasa López (Universidad de Alicante, España)

Enrique Linde Paniagua (UNED - Universidad Nacional de Educación a Distancia, España)

Nerea Magallón Elosegui (Universidad de Deusto, España)

José Martín y Pérez de Nanclares (Universidad de Salamanca, España)

Oana Petrescu (Ministerul Justiției din Romania, Rumanía)

Francesco Ricci (Universidad LUM Jean Monnet de Casamassima, Italia)

Mariola Urrea Corres (Universidad de la Rioja, España)

Consejo Asesor:

Joana Abrisketa Uriarte (Universidad de Deusto, España)

Ander Audikana Arriola (Universidad de Deusto, España)

Cristina Churrua Muguruza (Universidad de Deusto, España)

Juan Luis Crucelegui (UNCTAD, Suiza)

Augustin Fueera (Nicolae Titulescu University of Bucharest, Rumanía)

Beatriz Iñarritu Ibarreche (Universidad de Deusto, España)

Nicolás Mariscal Berástegui (Universidad de Deusto, España)

María Nagore Casas (Universidad de Deusto, España)

José Palacio González (Tribunal de Justicia de la UE, Luxemburgo)

Joaquín Roy (University of Miami, Estados Unidos)

Secretaría Técnica:

Noemí Angulo Garzaro

Administración y Secretaría:

estudios.europeos@deusto.es

La versión digital de Cuadernos Europeos de Deusto se encuentra en régimen de «Open Access» desde 2017.

La edición impresa pueda solicitarse a través de la plataforma de la revista: <http://ced.revistas.deusto.es/>

Revista incluida en el catálogo LATINDEX.

Indexada en ESCI (desde 2019), SCOPUS (desde 2017),

y en las bases de datos ISOC y EBSCO.

Impreso en España/Printed in Spain

ISSN: 1130-8354

ISSN-e: 2445-3587

Depósito legal: BI - 620-91

Deusto Journal of European Studies is a university journal focused in the study of the European Union from an interdisciplinary perspective. It mainly seeks to disseminate knowledge about the different aspects (historical, political, legal, economic, social, cultural issues, etc.) of the European construction process, as well as to encourage reflection and critical assessment of the main factors that determine its evolution and transformation.

Deusto Journal of European Studies is very grateful to Diputación Foral de Bizkaia (regional government of Biscay) for its sponsorship and financial support which has made possible the edition of this issue.

Deusto Journal of European Studies is indexed in ESCI (since 2019) and SCOPUS (since 2017). It is also included in LATINDEX Catalogue, as well as in ISOC and EBSCO.

Editorial Team

Editor-in-Chief

Beatriz Pérez de las Heras, University of Deusto, Spain

Deputy Editor-in-Chief

M.ª Luz Suárez Castiñeira, University of Deusto, Spain

Editorial Board

Francisco Aldecoa Luzárraga, Complutense University of Madrid, Spain

Alberto Alemanno, HEC Paris, France

Cristina Arenas Alegría, University of Deusto, Spain

Steffen Bay Rasmussen, University of Deusto, Spain

Javier Bilbao Ubillos, University of the Basque Country, Spain

Karolina Boronska-Hryniewiecka, Wrocław University, Poland

Marta Casado Abarquero, University of Deusto, Spain

David Fernández Rojo, University of Deusto, Spain

Pablo Antonio Fernández Sánchez, University of Seville, Spain

Igor Filibi López, University of the Basque Country, Spain

Peter Gjortler, Riga University, Latvia

Inmaculada Herbosa Martínez, University of Deusto, Spain

Javier Larena Beldarrain, University of Deusto, Spain

Ainhoa Lasa López, University of Alicante, Spain

Enrique Linde Paniagua, National Distance Education University (UNED), Spain

Nerea Magallón Elosegui, University of Deusto, Spain

José Martín y Pérez de Nanclares, University of Salamanca, Spain

Oana Petrescu, Ministry of Justice, Romania

Francesco Ricci, LUM University Jean Monnet of Casamassima, Italy

Mariola Urrea Corres, University of La Rioja (UR), Spain

Advisory Board

Joana Abrisketa Uriarte, University of Deusto, Spain

Ander Audikana Arriola, University of Deusto, Spain

Cristina Churrua Muguruza, University of Deusto, Spain

Juan Luis Crucelegui, UNCTAD, Switzerland

Augustin Fuerea, Nicolae Titulescu University of Bucharest, Romania

Beatriz Iñarritu Ibarreche, University of Deusto, Spain

Nicolás Mariscal Berástegui, University of Deusto, Spain

María Nagore Casas, University of Deusto, Spain

José Palacio González, Court of Justice of the European Union (CJEU), Luxembourg

Joaquín Roy, University of Miami, United States

Technical Secretary

Noemí Angulo Garzaro

Contact:

Email: estudios.europeos@deusto.es

Access and Copyright

Print version: Print copies of any issue of the Journal are sold on demand.

Digital version (online): Unrestricted access to the digital content of any Issue of this Journal is free upon its publication. The content can freely be downloaded, copied and distributed only for non-commercial purposes. More details are available at <http://ced.revistas.deusto.es>

ISSN (Print) 1130-8354

ISSN (Online) 2445-3587

URL <http://ced.revistas.deusto.es>

Printed in Spain

Legal deposit: BI-620-91

Revista Cuadernos Europeos de Deusto

Normas de publicación

Contenido. La revista *Cuadernos Europeos de Deusto* publica, con carácter semestral (octubre y abril), estudios jurídicos, económicos, políticos, sociales e históricos sobre el proceso de integración europea.

Envío de originales. Los originales han de ser inéditos y escritos en castellano. También podrán admitirse originales en alguna de las lenguas oficiales de la Unión Europea, así como en Euskera, en Microsoft Word o formato compatible. Se enviarán en soporte electrónico al Instituto de Estudios Europeos a la dirección: estudios.europeos@deusto.es

Formato

—En la primera página se incluirá el título del artículo, en castellano y en inglés, nombre del autor, filiación académica, dirección de correo electrónico.

—La segunda página recogerá un sumario, un resumen en castellano y un *abstract* en inglés, de 200 palabras máximo cada uno, 3-5 palabras clave en castellano y en inglés.

—Extensión máxima: 25 páginas, tamaño Dina 4.

—Párrafos: interlineado 1,15, justificado y primera línea sangrada con tabulador.

—Tipo y tamaño letra: *Times New Roman* 12.

—Notas a pie de página: *Times New Roman* 10.

—Título del artículo: *Times New Roman* 14, mayúscula y negrita.

- Ejemplo: **LA ENERGÍA ELÉCTRICA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE**

—Primer rango de apartado: *Times New Roman* 12, minúscula y negrita.

- Ejemplo: **La política energética en la UE**

—Segundo rango de apartado: *Times New Roman* 12, minúscula y cursiva.

- Ejemplo: *La posición de la UE en las negociaciones internacionales*

—Sumario:

- Ejemplo: **Sumario:** I. Introducción.—II. Marco jurídico-institucional de la política ambiental UE. 1. Marco Institucional. 2. Marco Jurídico—III. El papel de la UE en las negociaciones internacionales del régimen sobre cambio climático. 1. La posición de la UE en las negociaciones internacionales. 2. La política de la CE para combatir el cambio climático. 2.1. Antes de la reforma de Maastricht. 2.2 Después de la reforma de Maastricht—IV. Conclusiones.

—Párrafos: interlineado sencillo, justificado y primera línea sangrada en un tabulador.

- Ejemplo:

Sin embargo, este artículo hace comprender la ZEE no sólo la columna de agua suprayacente sino el lecho y el subsuelo de la marino, coincidiendo, en parte, con la plataforma continental, como luego veremos.

¿Estarían entre estas actividades económicas el almacenamiento de dióxido de carbono? En principio no parece que haya nada que lo impida...

Manual de estilo Chicago-Deusto

Para la incorporación de citas y referencias bibliográficas, los autores seguirán el sistema denominado «notas y bibliografía» del Manual de estilo Chicago-Deusto, <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/chicago-es/chicago01-es-guiabreve>

La versión en inglés del Manual está disponible en http://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html

Notas y bibliografía: ejemplos

—Cada vez que se cita una obra por primera vez se deben dar en nota todos los detalles. Sin embargo, las posteriores citas que se hagan de esa obra solo requieren una forma abreviada.

—En la bibliografía se invierte el nombre del autor. Nótese que en las obras con dos o más autores se invierte solo el nombre citado en primer lugar. En la mayoría de los ejemplos que siguen a continuación se ofrece la cita completa, la abreviada y la entrada bibliográfica (resaltada en nuestros ejemplos en color gris).

1. Libro

Un autor

—Lluís Duch, *Mito, interpretación y cultura* (Barcelona: Herder, 1998), 56-58.

—Duch, *Mito...*, 15.

—Santiago Segura, *Gramática latina* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2012), 74-76.

—Segura, *Gramática...*, 75.

Duch, Lluís. *Mito, interpretación y cultura*. Barcelona: Herder, 1998.

Segura, Santiago. *Gramática latina*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2012.

Dos autores

—Orfelio G. León e Ignacio Montero, *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación* (Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1993).

León, Orfelio G. e Ignacio Montero. *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1993.

Tres autores

—Julio Borrego Nieto, José Jesús Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos, *El subjuntivo...*

Borrego Nieto, Julio, José Jesús Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos. *El subjuntivo: valores y usos*. Madrid: SGEL.

Cuatro o más autores

En la nota se cita solo el nombre del primer autor, seguido de *et al.* Sin embargo, en la entrada de la bibliografía se citan todos los autores.

—Natalia Ojeda *et al.*, *La predicción del diagnóstico de esquizofrenia...*

—Ojeda *et al.*, *La predicción...*

Editor, traductor o compilador en lugar de autor

—Irene Andrés-Suárez, ed., *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo* (Madrid: Cátedra, 2012), 15-16.

—Andrés-Suárez, *Antología del microrrelato...*

Andrés-Suárez, Irene, ed. *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo*. Madrid: Cátedra, 2012.

Editor, traductor o compilador además de autor

—Salvador Fernández Ramírez, *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Ed. por José Polo (Madrid: Arco/Libros, 1985), 145-46.

18 Fernández Ramírez, *La enseñanza...*, 33

Fernández Ramírez, Salvador. *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Editado por José Polo. Madrid: Arco/Libros, 1985.

Capítulo u otra parte de un libro

—Josefina Gómez Mendoza, «Ecología urbana y paisaje de la ciudad», en *La ciudad del futuro*, ed. por Antonio Bonet Correa (Madrid: Instituto de España, 2009), 177-217.

19 Gómez Mendoza, «Ecología urbana y paisaje de la ciudad», 180.

Gómez Mendoza, Josefina. «Ecología urbana y paisaje de la ciudad». En *La ciudad del futuro*, editado por Antonio Bonet Correa, 177-217. Madrid: Instituto de España, 2009.

Prefacio, prólogo, introducción o parte similar de un libro

—James Rieger, introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley (Chicago: University of Chicago Press, 1982), XX-XXI.

—Rieger, introducción, XXXIII.

Rieger, James. Introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley, XI-XXXVII. Chicago: University of Chicago Press, 1982.

Libro publicado electrónicamente

Si un libro está disponible en más de un formato, se cita la versión con la que se ha trabajado.

En los libros consultados en línea hay que añadir el URL. Se aconseja incluir también la fecha de acceso. Si no se conocen con exactitud los números de páginas, se puede incluir el título de sección o capítulo u otro dato identificativo.

Libro electrónico obtenido de una biblioteca o librería

Muchos libros editados electrónicamente pueden tener un equivalente impreso. Pero dada la posibilidad de que existan diferencias, se aconseja indicar el formato en el que se ha consultado.

—Jane Austen, *Pride and Prejudice* (Nueva York: Penguin Classics, 2008), edición en PDF, cap. 23.

—Austen, *Pride and Prejudice*, cap. 23.

Austen, Jane. *Pride and Prejudice*. Nueva York: Penguin Classics, 2008. Edición en PDF.

Libro consultado en línea

- Salvador Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica: Aproximación funcional* (Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981), <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrezordonez>.
- Philip B. Kurland y Ralph Lerner, eds., *The Founders' Constitution* (Chicago: University of Chicago Press, 1987), acceso el 28 de febrero de 2010, <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.
- Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica*.
- Kurland y Lerner, *Founder's Constitution*, cap. 10, doc. 19.

Gutiérrez Ordóñez, Salvador. *Lingüística y semántica: Aproximación funcional*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981. <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.

Kurland, Philip B., y Ralph Lerner, eds. *The Founders' Constitution*. Chicago: University of Chicago Press, 1987. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.

2. Artículo de revista

2.1. Artículo en una revista impresa

Para la nota a pie de página o final de capítulo, si procede, se cita el número concreto de la página consultada. En la bibliografía, se deben indicar los números de comienzo y fin del artículo completo.

- María José Hernández Guerrero, «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española», *Meta* 56, n.º 1 (2011): 112-13.
- Hernández Guerrero, «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española», 115.

Hernández Guerrero, María José. «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española». *Meta* 56, n.º 1 (2011): 101-118.

2.2. Artículo en una revista en línea

- Ángeles Feliu Albadalejo, «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española», *Revista Latina de Comunicación Social* 66 (2011): 470, doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.
- Feliu Albadalejo, «La publicidad institucional», 475.

Feliu Albadalejo, Ángeles. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66 (2011): 454-481. doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

3. Artículo en periódicos o magazines

Los artículos en un periódico o magazine, pueden ser citados de la siguiente forma en el texto («Como Sheryl Stolberg y Robert Pear mencionan en un artículo del *New York Times* el 27 de febrero de 2010,...») en lugar de en una nota y, normalmente, se omiten en la bibliografía. Los siguientes ejemplos muestran una versión más formal de las citas. Si se consulta un artículo de forma *online*, se debe incluir el URL, indicando la fecha de acceso. Si el autor no está identificado, se comienza la cita con el título del artículo:

- Sheryl Gay Stolberg y Robert Pear, «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote», *New York Times*, 27 de febrero de 2010, acceso el 28 de febrero de 2010, <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.
- Stolberg y Pear, «Wary Centrists...».

Stolberg, Sheryl Gay, y Robert Pear. «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote». *New York Times*, 27 de febrero de 2010. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

4. Reseña del libro

- David Kamp, «Deconstructing Dinner», reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan, *New York Times*, 23 de abril de 2006, Sunday Book Review, <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.
- Kamp, «Deconstructing Dinner».

Kamp, David. «Deconstructing Dinner». Reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan. *New York Times*, 23 de abril de 2006, Sunday Book Review. <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

5. Tesis o tesina

- Francisco José Hernández Rubio, «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro» (tesis doctoral, Universidad de Murcia, 2010), 145, <http://hdl.handle.net/10201/17600>.
- Hernández Rubio, «Los límites del eliminacionismo», 130-132.

Hernández Rubio, Francisco José. «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro». Tesis doctoral. Universidad de Murcia, 2010. <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

6. Documento presentado en conferencias, ponencias, congresos o similares

- Silvia Rodríguez Vázquez, «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo» (conferencia, Universidad de Salamanca, 8 de noviembre de 2012).
- Rodríguez Vázquez, «Flujos de traducción».

Rodríguez Vázquez, Silvia. «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo». Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca, 8 de noviembre de 2012.

7. Sitio web

La cita del contenido de un sitio web puede estar frecuentemente limitada a una mención en el texto («El 19 de julio de 2008, la corporación McDonald's mencionaba en su sitio web...») o en una nota. Si se quiere una cita más formal, puede ser del estilo del ejemplo que figura a continuación. Debido a que tal contenido está sujeto a cambios, se debe incluir una fecha de acceso o, si está disponible, la fecha de la última modificación.

—«McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts», McDonald's Corporation, acceso el 19 de julio de 2008, <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

McDonald's Corporation. «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts». Acceso el 19 de julio de 2008. <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

8. Entrada de blog o comentario

Las entradas de blog o comentarios pueden citarse en el texto («En un comentario publicado en el *Blog de Lengua española* el 13 de marzo de 2012,...») en lugar de en una nota y, generalmente, se omiten en la bibliografía. No es necesario añadir *seud.* después del nombre aparentemente ficticio.

—José Luis Ramírez, 17 de marzo de 2012 (21:28), comentario a Alberto Bustos, «Hacer los deberes», *Blog de Lengua española*, 13 de marzo de 2012, <http://blog.lengua-e.com/2012/hacerlos-deberes/#comments>.

Blog de Lengua española. <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>.

9. Comunicación personal y entrevista

Las referencias a conversaciones, entrevistas, correos electrónicos, mensajes de texto o similares, normalmente se incluyen en el texto («En conversación telefónica con el autor el 7 de julio de 2010, el líder sindicalista admitió que...») o se dan en nota; raramente se incluyen en la bibliografía:

—Lourdes Díaz, correo electrónico al autor, 15 de mayo de 2011.

—Mike Milanovic (director ejecutivo de Cambridge ESOL), en conversación con el autor, septiembre de 2011.

En lo que se refiere a las entrevistas, sea cual sea su forma, la cita normalmente comienza por el nombre de la persona entrevistada. El entrevistador, en caso de mencionarse, figura en segundo lugar:

—Benjamin Spock, entrevista por Milton J. E. Senn, 20 de noviembre de 1974, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

—Spock, entrevista.

10. Obra registrada en bases de datos

Para los documentos localizados mediante bases de datos o repositorios, se indica el nombre de la base de datos y, entre paréntesis, el número de identificación proporcionado o recomendado por la base de datos:

Choi, Mihwa. «Contesting *Imaginaires* in Death Rituals during the Northern Song Dynasty». Tesis doctoral. Universidad de Chicago, 2008. ProQuest (AAT 3300426).

11. Documento legal y jurisprudencia

En los documentos legales y públicos, las menciones a la documentación se hacen generalmente en el cuerpo del texto. En otras materias, especialmente académicas, que usan como fuente documental textos legales y públicos, se mencionan tanto en el cuerpo del texto como en nota.

—Asunto C-38/14, Mr. Jones versus Secretariat of State, Judgment of the Court of 23 June 2015, ECLI:EU:C:2015:222.

Norma jurídica

- Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía (BOJA núm. 248 de 19 de diciembre de 2007).
- Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (BOE núm. 213 de 5 de septiembre de 2007).
- Reglamento (UE) n.º 492/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de trabajadores (DOUE L 241 de 27 de mayo de 2011).

Proceso de evaluación y publicación. Los trabajos dirigidos a las secciones de Estudios y Otros estudios se someterán a la previa evaluación por un miembro del Consejo de Redacción y por un experto independiente a la revista. Aparte de las cuestiones formales de presentación, se valorarán la coherencia de los trabajos con el enfoque de la revista, su carácter innovador, el rigor de análisis y metodológico y su aportación al conocimiento del proceso de construcción europea. El proceso de evaluación será absolutamente anónimo. La decisión sobre la publicación o no de los originales, así como su publicación con previas modificaciones será comunicada en un plazo no superior a 3 meses desde el momento en que se acepta su entrega.

Política antiplagio

Cuadernos Europeos de Deusto (CED) mantiene una política antiplagio que vela para que todos los trabajos publicados sean inéditos, garantizando así la originalidad de todos los manuscritos. Como principal herramienta antiplagio, CED se sirve del sistema Turnitin para avalar la publicación de contribuciones científicas novedosas y de impacto.

Derechos de autor

El autor cede a la Universidad de Deusto los derechos de distribución, comunicación pública y reproducción del trabajo que somete a publicación en *Cuadernos Europeos de Deusto* (CED) en cualquier tipo de soporte, incluida la cesión para su inclusión en las bases de datos en las que esta revista está indexada y en el repositorio institucional de la Universidad de Deusto.

El acceso al contenido digital de cualquier número de *Cuadernos Europeos de Deusto* es gratuito, en régimen de *open access*. Los trabajos podrán leerse, descargarse, copiar y difundir, sin fines comerciales y según lo previsto por la ley inmediatamente después de la publicación de cada número.

Asimismo, los trabajos editados en *Cuadernos Europeos de Deusto* 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.

Aviso legal

Es responsabilidad exclusiva de los autores el contenido de sus respectivos trabajos publicados en esta Revista. Los autores asumen la responsabilidad de obtener todos los permisos necesarios para la reproducción en sus manuscritos de cualquier texto, material o ilustración, proveniente de otro autor, institución o publicación. Las consecuencias que puedan derivarse de denuncias por publicación de artículos plagiados serán responsabilidad exclusiva de los autores.

Más información: <http://ced.revistas.deusto.es>

Cuadernos Europeos de Deusto

No. 63/2020

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

Sumario / Contents

Presentación / Introduction

Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI 19

Estudios

Francisco Javier ZAMORA CABOT, Acceso a la justicia y empresas y derechos humanos: importante decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en el Caso *Vedanta vs. Lungowe* 33

Maria Chiara MARULLO, Recientes desarrollos en los litigios transnacionales empresas y Derechos Humanos: el caso *Kiobel III* 57

José Luis IRIARTE ÁNGEL, La Ley Helms-Burton y la respuesta europea a sus efectos extraterritoriales 81

Maria FONT-MAS, Los obstáculos de una demanda civil de responsabilidad transnacional por violación de derechos humanos: desde la perspectiva del titular del derecho 113

María Pilar DIAGO DIAGO, Minerales y diamantes de conflicto: mecanismo de control y diligencia debida en tiempos de ODS 153

Antonia DURÁN AYAGO, *Lex Damni vs. Lex Societatis* en la aplicación de la ley francesa del deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales: crónica de un diálogo necesario 183

Lorena SALES PALLARÉS y Maria Chiara MARULLO, Informes de sostenibilidad y planes de vigilancia: explorando nuevos caminos para luchar contra la impunidad empresarial	207
Carmen AGOUÉS MENDIZABAL, El comercio justo en el marco de la contratación pública	237
Unai BELINTXON MARTIN, Derechos humanos y responsabilidad social corporativa en las empresas de transporte. Un apunte de Derecho europeo	269
Otros Estudios	
Ana Cristina GALLEGO HERNÁNDEZ, La aplicación de la extensión territorial del Derecho de la Unión Europea	297
Jurisprudencia	
David ORDÓÑEZ SOLÍS, Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	317
Crónica	
Beatriz INARRITU, Actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea (Junio 2020)	359

Presentación

Introduction

Presentación

Nerea Magallón Elósegui

Profesora Investigadora Ramón y Cajal, Universidad del País Vasco
nerea.magallon@ehu.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-63-2020pp19-23>

Resumen: Las demandas de responsabilidad contra empresas transnacionales ante los tribunales constituyen una de las posibles vías para canalizar la voluntad de someterlas al respeto de los derechos humanos en el ejercicio de sus actividades en terceros Estados. El acceso a la justicia se erige en derecho fundamental, tal y como aparece recogido en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos o en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos. Sin embargo, las vulneraciones de derechos humanos cometidas por parte de empresas vienen irremediablemente unidas a la denegación de justicia. El orden existente no da una respuesta adecuada, los «vacíos de gobernabilidad» y el ámbito de influencia de las empresas escapa al poder regulatorio y coercitivo del Estado de origen. La falta de capacidad o voluntad de los países anfitriones de asegurar el respeto de los derechos humanos de las empresas que operan en su territorio; la ausencia de sistemas judiciales efectivos y los obstáculos legales que crean las complicadas estructuras empresariales, nos llevan a complementarlas con una mayor regularización de los comportamientos empresariales a nivel operativo.

Palabras clave: Empresas y derechos humanos, acceso a la justicia, mecanismos de reclamación, responsabilidad social corporativa, extraterritorialidad, comercio internacional, sistemas de certificación, minerales en conflicto, derecho procesal civil internacional diligencia debida, contratación pública, transporte por carretera.

La relación entre la internacionalización de la actividad de las empresas, la protección de los derechos humanos (DDHH) y la responsabilidad de las empresas por violación de DDHH en sus actividades transnacionales ha ido estrechándose y cobrando protagonismo a nivel nacional e internacional. En la actualidad es un tema que se halla en un momento de plena ebullición en el que se perciben cambios que manifiestan grandes avances en la protección de los DDHH. Dichos cambios tienen reflejo en las diferentes iniciativas legislativas sobre mecanismos de acceso a remedios en curso existentes tanto nivel internacional como regional y estatal, y en diversos hitos jurisprudenciales que nos llevan a advertir una mayor concienciación

y una tendencia hacia la regulación del comportamiento empresarial cuando pueda comportar violaciones contra DDHH.

De hecho, a nivel internacional se están fraguando ambiciosas iniciativas como el proyecto de Tratado Vinculante de la ONU sobre empresas y DDHH o el Proyecto de Reglas sobre arbitraje que involucre a empresas y DDHH de La Haya. Y a nivel regional en Europa encontramos normas sectoriales ya consolidadas —entre las que destacan el Reglamento de la UE sobre la madera, vigente desde 2013, que exige que las empresas lleven a cabo un proceso de debida diligencia para determinar la fuente de la madera y su legalidad— y normas a punto de entrar en vigor como el Reglamento sobre minerales en conflicto que va a suponer un hito en materia de diligencia debida para las empresas europeas que importan estaño, tantalio y tungsteno de zonas en conflicto y de alto riesgo. A nivel nacional la progresiva implementación de leyes de diligencia debida (Suiza, Alemania, Finlandia o Luxemburgo) tras la iniciativa francesa muestran una realidad imparable que tiene su punto de partida en la aprobación de los Planes nacionales para implementar una mejor prevención y reparación por violación de DDHH.

En este contexto en el marco del Proyecto «Mecanismos de Reclamación de DDHH a nivel operativo»; DER 2017-87712-R concedido por el MINECO y FEDER, (2018-2020) se celebraron las Jornadas «Mecanismos de Reclamación de DDHH» en la Universidad del País Vasco, coordinadas por el Profesor Juan José Álvarez y la Profesora Nerea Magallón. El número 63/2020 de *Cuadernos Europeos de Deusto* recoge una representación de las Ponencias defendidas en mencionadas Jornadas que, sin lugar a duda, constituyen un certero reflejo del especial momento en el que se encuentra esta materia y de su potencialidad a futuro.

La estructura de este monográfico sigue un esquema que parte de lo general a lo particular. En primer lugar, el **Profesor Zamora** y la **Profesora Marullo** nos hacen un repaso de las últimas decisiones judiciales producidas en el ámbito europeo en materia de empresas y DDHH. A través de las recientes decisiones adoptadas en el asunto *Vendata v. Lungowe*, ante tribunales ingleses, o en el asunto *Kiobel III*, ante tribunales holandeses, se refleja una esperanzadora predisposición de los tribunales europeos a admitir el acceso a la justicia en litigios transnacionales sobre empresas y derechos humanos en foros europeos donde las empresas matrices están domiciliadas o tienen su sede principal por abusos perpetrados por sus filiales en terceros Estados. De esta forma, los tribunales europeos recorren caminos ya conocidos en aras a reclamar la reparación de las víctimas por violación de derechos humanos por parte de las empresas consolidando figuras como el foro de necesidad o la prohibición de acceso a la justicia cuando las víctimas no puedan hacer valer sus derechos en otros foros, o admitiendo su competen-

cia en virtud de un concepto unitario de empresa en el que la empresa matriz responde de los abusos cometidos por sus filiales.

Seguidamente, el **Profesor Iriarte** analiza la Ley Helms-Burton y su proyección a la práctica española a través de una de las primeras resoluciones judiciales de tribunales españoles afectadas por esta norma. Bajo la potencial aplicación de la norma americana se entreven los difusos límites de la extraterritorialidad y de la aplicación de las normas en terceros Estados como una de las cuestiones que se plantean ante la hipotética infracción de DDHH por parte de empresas multinacionales en sus actividades transnacionales. Las dificultades para aceptar la competencia judicial de los tribunales españoles y el estatuto de bloqueo de la Unión Europea con el objeto de contrarrestar los efectos ilícitos de las sanciones extraterritoriales son convenientemente traídas a colación al hilo de la entrada en vigor de la norma americana.

Desde el punto de vista de Derecho procesal la **Profesora Font** a través de su trabajo pone de manifiesto la indefensión a la que se enfrentan las víctimas debido a las numerosas trabas procedimentales existentes en una demanda civil internacional de responsabilidad por violación de DDHH ante tribunales españoles. Tomando el Derecho procesal civil internacional desde la perspectiva del titular del derecho de acceso a la justicia son numerosos los obstáculos que hallan las víctimas y ONGs durante el proceso. Dichos obstáculos ponen de manifiesto la desigualdad de condiciones con las que se enfrentan las partes en un litigio de este tipo y advierten un desequilibrio procesal que las normas internacionales no logran atenuar.

Tras el contexto global en el que nos sitúan las primeras aportaciones doctrinales, nos centramos en una muestra del desarrollo normativo sectorial con el objetivo de exponer primeros desarrollos en la materia e indagar en su potencialidad a futuro. Los siguientes trabajos versan sobre las obligaciones de diligencia debida empresarial como una posible respuesta a las dificultades que plantean los mecanismos de reparación judicial de violaciones de DDHH. En esta dirección la **Profesora Diago** mediante un análisis del Reglamento Europeo de Minerales en conflicto —que constituye sin lugar a duda un punto de inflexión en la manera de entender las obligaciones de debida diligencia empresarial a nivel europeo— plantea interesantes mejoras a futuro en la protección de los DDHH a la vez que nos alerta sobre la complicada relación entre las políticas comerciales y el éxito del desarrollo normativo sectorial en el ámbito de la diligencia debida.

También desde un punto de vista de desarrollo normativo, pero a nivel estatal, la **Profesora Durán** nos introduce en la Ley de diligencia debida francesa que es considerada como el instrumento de Derecho comparado pionero en materia de diligencia debida empresarial. Se sirve de la experiencia francesa para examinar los aciertos y deficiencias de las prime-

ras regulaciones estatales en la materia marcados, desde el punto de vista de Derecho Internacional privado, por la interesante correlación entre la *lex damni* y la *lex societatis*.

En una aproximación a medidas más específicas mediante las que se está consolidando la responsabilidad social corporativa en las empresas y aventurando nuevas opciones a futuro la **Profesora Sales** realiza, en un trabajo conjunto con la **Profesora Marullo**, un acercamiento a la utilidad de los «Informes de sostenibilidad y planes de vigilancia» o «*reporting*» como obligaciones que atañen no solo a la empresa matriz sino a todas las que forman parte del Grupo empresarial y que nos permitiría reforzar el concepto unitario del grupo superando barreras de Derecho mercantil que dificultan el proceso.

La **Profesora Agoués** se centra en la contratación en el sector público resaltando la importancia que adquiere en la promoción y el respeto de los DDHH el compromiso de la Administración pública con el «Comercio justo». Mediante el establecimiento en la contratación pública de pliegos con prescripciones técnicas que integran exigencias particulares a favor de una política de respeto y protección de los DDHH se contribuye a fomentar el comercio ético y a incentivar políticas de desarrollo sostenible. Como se pone de relieve a lo largo del trabajo, ello permite dotar a las empresas comprometidas con los DDHH de una mejor evaluación en la adjudicación de contratos públicos y, a la vez, contribuye a que alcancen una mejor valoración entre consumidores e inversionistas. En definitiva, se les otorga de un plus en términos competenciales.

Para terminar, el **Profesor Belintxon** trata el tema de la responsabilidad social corporativa en las empresas de transporte a nivel europeo analizando, desde la perspectiva del Derecho social europeo, la eficacia de las normas para garantizar en el sector de transporte por carretera y transporte aéreo las correctas condiciones laborales de los trabajadores. Todo ello ilustrado por decisiones jurisprudenciales y normas de Derecho comparado que, en ocasiones, muestran dificultades para casar estas exigencias con los principios propios de la integración europea.

Sobre la autora

Nerea Magallón Elósegui, es Investigadora Ramon y Cajal y Profesora de Derecho Internacional Privado en la Universidad del País Vasco. Doctora en Derecho con premio extraordinario por la Universidad del País Vasco. Ha realizado estancias de investigación en el *Max Planck Institut, Für Ausländisches Und Nternationales* de Hamburgo, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en *L'Ecole doctorale de Droit in-*

ternational, Droit européen, relations internationales et Droit comparé de l'Université Panthéon Assas, Paris y en el *International Institute for The Unification of Private Law* (UNIDROIT) (Roma). Ha participado en numerosos Proyectos de investigación: 6 ellos proyectos de investigación europeos, financiados por *la European Commission (Directorate-General Justice)*. Ha impartido clases (ya sea en Licenciatura, Grado y Master) de Derecho Internacional Privado, de Derecho Privado europeo, Contratos Internacionales y Comercio Internacional, en la Universidad de Buenos Aires, Universidad del País Vasco, en la Universidad de Santiago de Compostela, en la UNIR y en la Universidad de Deusto. Es autora de dos Monografías, tres Capítulos en libros colectivos y numerosos artículos publicados en revistas científicas. Su línea de investigación está relacionada con el Derecho Privado europeo, Empresas y Derechos Humano, Derecho Internacional de Sucesiones y el Derecho Interregional. Desde 2010 forma parte del *Glober-nance*: Instituto de Gobernanza Democrática, además de la AVD y de la RSBAP.

Introduction

Nerea Magallón Elósegui

Research Professor, Ramon y Cajal, University of the Basque Country
nerea.magallon@ehu.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-63-2020pp25-29>

Abstract: Liability claims against transnational corporations before the courts are one of the possible steps to take towards ensuring respect for human rights in their conduct of business in third States. As stated in Article 8 of the Universal Declaration of Human Rights and in Article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights, access to justice is a fundamental right. However, the human rights violations committed by corporations have an irretrievable connection with denial of justice. The existing order does not provide an adequate response, as ‘governability gaps’ and the scope of influence of companies escape the regulatory and coercive power of the State of origin. The host countries’ lack of capacity or will to ensure that companies operating in their territory respect human rights; the absence of effective judicial systems; and the legal obstacles created by complicated business structures all lead to the need for complementary, more regularised business behaviour at the operational level.

Keywords: Businesses and human rights, access to justice, claim procedures, corporate social responsibility, extraterritoriality, international trade, certification systems, conflict minerals, international civil procedural law, due diligence, public procurement, road transport.

The internationalisation of corporate business, the protection of human rights, and corporate liability for human rights violations in transnational activities have recently become more closely related and achieved greater national and international prominence. This is currently a burning issue that has involved major advances in the protection of human rights. These changes are not only reflected in different legislative initiatives on the mechanisms for accessing existing legal remedies at the international, regional and state levels, but also in various jurisprudential milestones that suggest there is greater awareness and a trend towards regulating business behaviour that may violate human rights.

In fact, a number of far-reaching initiatives are currently underway, including a draft for a legally binding UN Treaty on Business and Human Rights and a draft for The Hague Rules on Business and Human Rights

Arbitration. In addition, at the European regional level there are some already well-established sectoral regulations, including the EU Regulation on wood, in force since 2013 (the latter requires businesses to carry out a due diligence process to determine the source and legality of wood products), and regulations about to enter into force such as the Conflict Minerals Regulation, which will be a milestone in due diligence for European companies that import tin, tantalum and tungsten from conflict-affected and high-risk areas. Following the French initiative there has been an incessant, gradual implementation of due diligence laws at the national level (Switzerland, Germany, Finland and Luxembourg). This process started with the approval of national plans to implement better prevention and reparation for human rights violations.

In this context, a conference was held on 'Human Rights Claim Mechanisms' at the University of the Basque Country, coordinated by Professors Juan José Álvarez and Nerea Magallón, within the 'Operational level grievance mechanisms' Project; DER 2017-87712-R supported by MINECO and FEDER (2018-2020). Issue 63/2020 of the *Deusto Journal of European Studies (Cuadernos Europeos de Deusto)* contains the papers presented at the conference, which clearly reflect the current and future significance of this matter.

This monographic issue structures the papers sequentially from the general to the specific. First, **Professors Zamora and Marullo** review the latest European court resolutions on corporations and human rights. Their review shows that the European Courts are promisingly well disposed towards access to justice in transnational business and human rights litigation in European jurisdictions where parent companies are domiciled or have their main headquarters for abuses perpetrated by their subsidiaries in third States. They illustrate this by referring to recent decisions taken in two cases, namely *Vedanta Resources PLC and another v Lungowe and others* before English courts, and *Kiobel III* before Dutch courts. In this way, the European courts have followed well-known paths in claiming reparations for victims of human rights violations by companies. This results in the strengthening of aspects such as the *forum necessitatis* and the denial of access to justice when victims cannot assert their rights in other forums, and in courts acknowledging their jurisdiction by considering corporations as unitary agents, whereby the parent company is liable for the abuses committed by its subsidiaries.

Professor Iriarte analyses the Helms-Burton Act and its effect on Spanish practice by looking at one of the first decisions by Spanish courts affected by the Act. In light of its potential application, the vague boundaries of extraterritoriality and the implementation of rules in third

States are questions raised in the face of the hypothetical infringement of human rights by multinational companies in their transnational activities. The difficulties in accepting the jurisdiction of the Spanish courts and the European Union's blocking statute to counteract the illicit effects of extraterritorial sanctions are aptly discussed in connection with the entry into force of the Helms-Burton Act.

Professor Font shows the helplessness of victims who are faced with numerous procedural obstacles in international civil lawsuits seeking to establish liability for human rights violations in Spanish courts. Looking at international civil procedural law from the perspective of rights holders' access to justice, there are numerous obstacles that victims and NGOs encounter during the process. These obstacles highlight the unequal conditions that the parties face in these disputes and point to a procedural imbalance that international standards fail to mitigate.

Following the description of the global context provided by these initial doctrinal papers, the focus is then shifted to a sample of sectoral regulatory developments, with the aim of discussing some preliminary developments on the matter and investigating their potential future use. These studies deal with corporations' due diligence obligations as a possible response to the challenges posed by the mechanisms of judicial reparation for human rights violations. Along these lines, **Professor Diago** analyses the EU Conflict Minerals Regulation (which is undoubtedly a turning point in the understanding of corporations' due diligence obligations at the European level) and proposes interesting future improvements to protect human rights, while alerting us to the complicated relationship between trade policies and the successful sectoral regulatory developments in terms of due diligence.

Professor Durán introduces the French Due Diligence Act from a state-level regulatory development point of view. This Act is considered a pioneering comparative law instrument in corporate due diligence. The French experience is used to examine the strengths and weaknesses of the first state regulations on the matter which were marked by an interesting correlation between *lex damni* (which refers to determining the law applicable on the basis of where the damage occurs) and *lex societatis* (related to the choice of the law governing company law relationships), all of it from the perspective of Private International Law.

Professors Sales and Marullo carry out a joint study that seeks to provide further specific measures to establish corporate liability, including some new proposals for the future. Their approach assesses the usefulness of the obligations involving 'sustainability reports and monitoring plans' and 'reporting', which affect not only the parent company but also all the other companies within its corporate group. This would lead to the

reinforcement of the unitary concept of the group and help overcome corporate law barriers that hinder the process.

Professor Agoués focusses public sector contracting and highlights how important it is for public institutions to support 'Fair Trade' in promoting and respecting human rights. Ethical trade and sustainable development policies can be promoted by establishing technical specifications in public contracts that include specific policy requirements in favour of respecting and protecting human rights. The study shows that this would enable companies committed to human rights to be considered favourably in public procurement and contributes to these corporations being seen in a better light by consumers and investors. Ultimately, they would be granted additional value in terms of competition.

To conclude, **Professor Belintxon** addresses the issue of corporate social responsibility in transport companies at the European level. He does so by analysing the effectiveness of the rules aimed at ensuring appropriate employment conditions for workers in the road and air transport sectors from the perspective of European labour law. This is illustrated by jurisprudential decisions and Comparative Law rules, which have sometimes identified difficulties in bringing these requirements in line with the principles of European integration.

About the author

Nerea Magallón Elósegui, is a Ramon y Cajal Researcher and Professor of Private International Law at Basque Country University. Doctor in Law with extraordinary prize by the University of the Basque Country. She has been a visiting scholar at *Max Planck Institut, Für Ausländisches Und Internationales* (Hamburg) at University of Buenos Aires (Argentina), at *L'Ecole doctorale de Droit international, Droit européen, relations internationales et Droit comparé de l'Université Panthéon Assas*, (Paris) and at *International Institute for The Unification of Private Law (UNIDROIT)*, (Rome). She has been teaching (at both BA and Master levels) Private International Law, European Private Law and International Commerce at the University of Buenos Aires, UNED, Basque Country University, at Santiago de Compostela University, at Deusto University and UNIR. She has been involved in several research projects, six of them European Research Projects financed by the European Commission (Directorate-General Justice). She is the author of two books, and several book chapters, and she has published numerous papers in scientific journals. Her current research interests are focused on International Private Law, European Law, Successions Law and

Businesses and Human rights. She is a member of *Globernance. Institute for Democratic Governance*, *Real Sociedad Bascongada de Amigos del País*, *Academia Vasca de Derecho* and *Spanish Association of International Law Teachers*, too

Estudios

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 éstas, 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. Recuér-

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 hablaré 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.

Recientes desarrollos en los litigios transnacionales empresas y Derechos Humanos: el caso *Kiobel III*

*Recent Developments on the Transnational Business
and Human Rights Litigations: the Kiobel III*

Maria Chiara Marullo

Profesora Ayudante Doctora, Universitat Jaume I
marullo@uji.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-63-2020pp57-80>

Recibido: 6 de abril de 2020
Aceptado: 27 de abril de 2020

Sumario: I. Introducción.—II. Superando la doctrina del foro de necesidad.—III. El caso *Kiobel III*.—IV. Conclusiones

Resumen: Las víctimas de abusos corporativos encuentran numerosos obstáculos para poder acceder a la justicia, tanto del Estado en cuyo territorio se han verificado los abusos como en el país de origen de las corporaciones. Recientes decisiones de los tribunales europeos, como el holandés en el caso *Kiobel III*, están abriendo un camino novedoso que, de fructificar, podría suponer un avance muy importante para el futuro de los litigios transnacionales sobre empresas y Derechos Humanos. Previamente a estos casos, los tribunales europeos, aquellos donde las empresas matrices están domiciliadas o tienen su sede principal, abrieron sus puertas en casos de abusos corporativos perpetrados por las filiales en terceros países, basándose en el foro de necesidad o en la prohibición de denegación del acceso a la justicia, al no encontrar otro foro donde las víctimas pudieran hacer valer sus derechos. En los casos citados, los tribunales aceptaron su competencia entendiendo que pueden conocer tanto de los abusos de las empresas matrices, como de las filiales, cuando hay una conexión que permita atraer la filial al estado de origen, apoyando la existencia de un concepto unitario de empresa, donde la matriz toma las decisiones y las estrategias de todas las empresas que pertenecen al grupo y que, por tanto, estarían bajo su control.

Palabras clave: Acceso a la justicia, extraterritorialidad, litigios Transnacionales, empresas y derechos humanos, *Kiobel*.

Abstract: *Victims of corporate abuses encounter numerous obstacles to access justice, both from the State in whose territory the abuses have been verified and in the country of origin of the corporations. Recent decisions of the European Courts, such as the Dutch in the Kiobel III case, are opening a new path that, if successful, could be a very important step forward for the future of transnational litigation on business and human rights. Prior to those cases, the European courts, where the*

parent companies are domiciled or headquartered, opened their doors in cases of corporate abuses perpetrated by subsidiaries in third countries, based on the forum of necessity or the prohibition of access denial to justice, not finding another forum where victims could assert their rights. In the aforementioned cases, the courts accepted their competence understanding that they can know the abuses of matrix and subsidiaries, when there is a connection that allows the subsidiary to be attracted to the state of origin, supporting the existence of a unitary concept of company, where the matrix makes the decisions and strategies of all the companies that belong to the group and that, therefore, would be under their control.

Keywords: Access to justice, extraterritoriality, transnational litigations, business and human rights, Kiobel.

I. Introducción

Las empresas multinacionales, (MTNS), protagonistas de primer orden en la esfera internacional, suelen evitar ser responsables de las violaciones de los Derechos Humanos fruto de sus actividades debido, en buena medida, a su insatisfactoria regulación a nivel internacional¹, a sus complejas estructuras societarias, contractuales y comerciales y a la personalidad jurídica separada de cada empresa que pertenece a la estructura societaria². Pese a ello, están sujetas indudablemente al control de los Estados anfitriones en los que operan y a los que aportan grandes inversiones y, por lo tanto, la vía legal más obvia a través de la cual buscar reparación en casos de abusos de Derechos Humanos relacionados con ellas es recurriendo al *forum delicti commissi*³. Sin embargo, suele suceder o bien que las empresas locales no tengan los medios para poder hacer frente a las reparaciones

¹ Vid.: Carmen Márquez Carrasco, «Las relaciones entre el Derecho internacional y la práctica interna en el ámbito de los derechos humanos y la responsabilidad de las empresas», *Anuario Español de Derecho Internacional* 34, (2018): 707-728. Sobre el tema del Borrador de Tratado de Empresas y Derechos Humanos, *vid.*, Antoni Pigrau Solé y Daniel Iglesias Márquez, «La versió revisada de l'Esborrany del Tractat sobre Empreses i Drets Humans: cap a la següent ronda de negociacions», *Policy Paper ICIP*, n.º 19 (2019).

² Vid. Álvarez Rubio, Juan José y Katerina Yiannibas, (editors), *Human Rights in Business: Removal of Barriers to Access to justice in the European Union*, (Londres: Routledge, 2017).

³ Regla especial de competencia judicial internacional en materia extracontractual «tribunal del lugar donde se hubiere producido o puede producirse el hecho dañoso» Sobre este tema: Laura Carballo Piñeiro, «Litigación internacional y daños al ambiente», *Revista Iñalo-española de Derecho Procesal* 1, (2018), http://www.rivitsproc.eu/wp-content/uploads/2018/10/laura_carballo.pdf. Acceso el 10 de diciembre de 2019.

de los daños derivados por sus actividades o bien que los Estados anfitriones carezcan de la capacidad o la voluntad de cumplir con su obligación de garantizar que las víctimas de abusos corporativos tengan acceso a la justicia, favoreciendo con ello la impunidad⁴.

En ocasiones, esta situación ha dado lugar a litigios paralelos ante diversos tribunales. La tendencia ha sido recurrir a los sistemas legales de los Estados de origen de las MTNS⁵, donde la empresa matriz tiene su sede estatutaria, administrativa o principal actividad⁶, para conocer de violaciones cometidas extraterritorialmente por empresas locales que pertenezcan a la misma estructura empresarial⁷. Así, por ejemplo, en el ámbito europeo los tribunales de origen han reconocido su competencia principalmente sobre la base del llamado foro de necesidad, abriéndose a las demandas al no encontrarse otro foro disponible, con base en la prohibición de denegación de justicia o del derecho a un juicio justo en virtud del artículo 6 (1) del CEDH⁸.

⁴ Vid. María Chiara Marullo y Francisco Javier Zamora Cabot, *Derechos Humanos y empresas: temas actuales*. (Napoli: SCIENTIFICA, 2018).

⁵ Vid. Juan José Álvarez Rubio y Katerina Yiannibas, «Access to justice for business-related Human Rights», en *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales* ed. por Francisco De Asís Peña Díaz, Ana Salinas de Frías, (dir coord. por Alejandro Frías Sánchez), Enrique J Martínez Pérez., (dir.), (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), 91-110 y Daniel Iglesias Marquez y María Chiara Marullo, «Seeking Access to Justice for Victims of Corporate Abuses through the Sustainable Development Goals», en *Rethinking Sustainable Development in Terms of Justice: Issues of Law, Theory and Governance*. (Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2018), 120-145.

⁶ Bajo el artículo 63 del Reglamento Bruselas Bis, los tribunales de un Estado Miembro podrán conocer sobre demandas contra empresas que estén domiciliadas en la UE: «A efectos del presente Reglamento, se entenderá que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentra: a) su sede estatutaria; b) su administración central o, c) su centro de actividad principal». <https://www.boe.es/doue/2012/351/L00001-00032.pdf>. Acceso el 9 de diciembre de 2019.

⁷ Vid. Daniel Augenstein y David Kinley, «When Human Rights ‘Responsibilities’ become ‘Duties’: The Extra-Territorial Obligations of States that Bind Corporations», en *Human Rights obligations of business: beyond the corporate responsibility to respect?*, ed. por David Bilchitz, & Surya Deva (Cambridge: Cambridge University Press, 2013).

⁸ En este sentido véase Arnaud Nuyts, *Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States’ Rules concerning the «Residual Jurisdiction» of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations)*, General Report (Final Version 3 September 2007)63, disponible para consulta en <https://www.econbiz.de/Record/study-residual-jurisdiction-review-member-states-rules-concerning-residual-jurisdiction-courts-civil-commercial-matters-pursuant-brussels-regulations/10010527847> y art. 3 II. Emergency jurisdiction Switzerland’s Federal Code on Private International Law (CPIL) of December 18, 1987. Vid. asimismo, *Report: Comparative Study of «Residual Jurisdiction» in civil and commercial disputes in the EU National Report for: France. Section 16*, p. 19. Véase también Gwynne Skinner. Robert McCorquodale, Olivier De Schutter, *The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*, 2013, accessible en <https://static1.squarespace>.

En los últimos años en varios tribunales europeos hay un cambio de posicionamiento al entender las estructuras societarias desde un enfoque unificado⁹, abriendo las puertas a las víctimas de graves violaciones de los Derechos Humanos cometidas extraterritorialmente, es decir, fuera de la UE. En otras palabras, estiman que su jurisdicción no se fundamenta únicamente en un estado de indefensión de las víctimas, sino también por la existencia de un nexo entre la conducta delictiva y la empresa matriz, en algunos casos con fundamentación en el Reglamento Bruselas bis arts. 4 (1) y 63 (1), respecto de ésta y, de forma residual, tratándose de las filiales, en el derecho interno de los Estados Miembros, en la medida en que permita atraerlas a la competencia de los foros de origen¹⁰.

Las tendencias de esos tribunales demuestran que el nexo aludido, requisito para entablar las demandas, podría darse por cumplido demostrando un vínculo entre la empresa madre y la filial o sucursal, que estarían bajo su control o influencia. Por lo que las víctimas tienden a demandar a las empresas matrices, bien por complicidad en los abusos o bien por no haber cumplido con su deber de vigilancia y evitar impactos de las actividades de sus cadenas de suministro, y accionar también frente a las filiales locales, que son las que finalmente se ven involucradas con mayor intensidad en los

[com/static/583f3fca725e25fcd45aa446/t/58657dfa6a4963597fed598b/148304639204/The-Third-Pillar-FINAL1.pdf](https://www.ced-revistas.deusto.com/static/583f3fca725e25fcd45aa446/t/58657dfa6a4963597fed598b/148304639204/The-Third-Pillar-FINAL1.pdf), Acceso el 10 de diciembre de 2019. Nicola Jägers, Katinka Jesse, y Jonathan Verschuuren, «The Future of Corporate Liability for Extraterritorial Human Rights Abuses: The Dutch Case Against Shell», *American Journal of International Law* (2014), 39-40. Entre los casos más relevantes mencionamos: Abood/Kuwait Airways Corp., Amsterdam Sub-District Court (5 January 1996), *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 145, 222 (Kuwait Airways case I); *Lubbe v. Cape Plc* [2000] 1 WLR 1545, *Accueil Procès COMILOG* (Gabon), 10 September 2015, the Paris Court of Appeal.

⁹ El cambio se puede ver también desde la perspectiva regulatoria, véanse por ejemplo los nuevos desarrollos en el tema de la fiscalidad internacional y la propuesta de la OCDE, por ahora relativa a las empresas digitales y que podría suponer un cambio radical en el sistema fiscal internacional, un modelo unificado para gravar a empresas multinacionales independientemente de su sede fiscal, administrativa o estatutaria. El grupo de trabajo constituido en marzo de 2017 entiende que los impactos sobre las comunidades y los beneficios de estas empresas se refieren a todo el grupo empresarial, por lo que los Estados podrían exigir el pago de impuestos a una compañía desde el momento que tenga una determinada cantidad de ingresos en su territorio. Una redistribución de la riqueza para establecer unas reglas fiscales internacionales más respetuosas de la competencia y al mismo tiempo más justas en términos de desarrollo sostenible de las comunidades OCDE para los gigantes digitales; *vid.*, más información en: «La OCDE propone que los gigantes digitales paguen impuestos donde estén sus usuarios», RTVE, Acceso el 11 de noviembre de 2019, <http://www.rtve.es/noticias/20191009/ocde-propone-gigantes-digitales-paguen-impuestos-donde-est-en-usuarios/1981147.shtml>.

¹⁰ *Vid.* Christine Salamanca Mandap, *Jurisdiction of Parent Companies' Home State Courts Over Foreign Subsidiaries Abroad: A Comparative Approach Between The Netherlands and The United Kingdom*, vol. 11, n.º 2 (Amsterdam Law Forum, 2019).

hechos. Cabe mencionar que en muchos casos el recurso a estos tribunales del Estado de origen puede ser la única opción disponible para entablar acciones indemnizatorias o de reparación de los daños causados.

Estas páginas se centran principalmente en los litigios civiles ante tribunales europeos¹¹, en particular los casos *Kiobel III*¹², por los destrozos medioambientales y otras violaciones de derechos humanos perpetradas en Nigeria. En este país hay dos grandes compañías petroleras, la Anglo-Dutch Company, Royal Dutch Shell (Shell) y Eni Oil de Italia, acusadas desde hace décadas de daños medioambientales. Una situación que ha originado numerosos conflictos entre las comunidades locales, el Gobierno de Nigeria y las empresas locales y matrices y, al mismo tiempo, a entablar demandas en Nigeria y fuera de este país. En tales juicios se pretenden esclarecer principalmente tres cosas: qué rol ha tenido el gobierno de Nigeria o qué medidas ha activado para reducir los impactos de las actividades de extracción de petróleo en las comunidades locales, y cuáles han sido las medidas activadas para reducir los efectos de la contaminación y garantizar los medios de subsistencia a sus habitantes. Y, por otra parte, evaluar cómo han sido gestionados los problemas medioambientales a través de las empresas locales y las matrices, para determinar si hay responsabilidad directa de ambos tipos de empresas.

Estos casos están suscitando un gran interés, en términos de acceso a la justicia y por sus múltiples implicaciones, entre la que destaca el importante tema del reconocimiento de los documentos relativos a los hechos probados ante un tribunal extranjero, como sucede en el caso *Kiobel III* y, en la especie, los tribunales de los Estados Unidos en *Kiobel I* y *II*. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el marco legal que gobierna este tipo de litigios es altamente complejo, ya que abarca diferentes conjuntos de normas legales nacionales e internacionales; cada Estado tiene su propio sistema legal y a nivel europeo no se ha logrado la armonización esperada en estas materias. La efectividad del recurso a estos tribunales dependerá de muchos factores, como la fortaleza institucional de los Estados de la empresa matriz y la capacidad y la independencia de los diferentes sistemas judiciales.

¹¹ Vid. Jonas Grimheden, «Civil Litigation in response to corporate human rights abuses: the European Union and its Member States», *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol.50, Issue I, (2018). Burkhard Hess y Martina Mantovani, «Current developments in forum access: Comments on jurisdiction and forum non conveniens», *MPIL Research Paper Series*, N.º 2019 (1).

¹² Vid. María Chiara Marullo, y Francisco Javier Zamora Cabot, «Transnational human rights litigations. *Kiobel's Touch and Concern*: a test under construction», *Papeles el Tiempo de los Derechos*, n.º 1 (2016).

II. Superando la doctrina del foro de necesidad

Frente a la imposibilidad de garantizar el acceso a la justicia, entendido como acceso a los tribunales en los países en los que se verifican las actividades delictivas, y a la imposibilidad de presentar los casos ante tribunales internacionales¹³, es notoria la práctica de algunos tribunales europeos o canadienses, entre otros, de conocer casos fundamentando, como hemos dicho, su jurisdicción en la doctrina del foro de necesidad o *forum necessitatis*, siempre que concurren otros requisitos entre los que destaca el nexo o vínculo entre los hechos y el Estado del foro. A título de ejemplo, la doctrina del *forum necessitatis* proporcionó una base para que el Tribunal de Distrito de La Haya se declarase competente para entender de una demanda civil planteada por un demandante extranjero por haber sido encarcelado ilegalmente y torturado en Libia. En este caso, la única conexión que existía

¹³ En otras ocasiones hemos expresado nuestra opinión en relación con la necesidad de modificar el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para que este último pueda conocer casos que involucren la responsabilidad de entes privados. En septiembre de 2016, en el documento relativo a las prioritizaciones del Tribunal, los fiscales afirmaron que iban a dar una especial consideración a la comisión de crímenes de lesa humanidad y de genocidio, cuando se realizaran o produjeran el resultado de acaparamiento de tierras y de recursos naturales, a través de empresas transnacionales. Más información sobre el documento: «Policy paper on case selection and prioritisation», International Criminal Court, Acceso el 09 de noviembre de 2019, https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf. Cabe mencionar que en la propuesta inicial para el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional y la creación de un Tratado Internacional para su constitución, el artículo 23, en su versión previa a la actual establecía: «5. La Corte también ejercerá jurisdicción sobre las personas jurídicas, a excepción de los Estados, cuando los crímenes se hayan cometido en nombre de ellas o por sus agentes o representantes. 6. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la responsabilidad penal de las personas naturales que hayan actuado en calidad de autores o cómplices de esos mismos crímenes». Sobre este artículo, en la nota pie 3 (p.49) se manifiesta que: «Existe una profunda divergencia de opiniones por lo que se refiere a la conveniencia de incluir en el Estatuto la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Muchas delegaciones se oponen firmemente a ello, en tanto que algunas son firmemente partidarias de la inclusión. Otras mantienen una posición abierta. Algunas delegaciones consideraron que el hecho de incluir únicamente la responsabilidad civil o administrativa de las personas jurídicas podría constituir una solución intermedia. No obstante, esa posición no se ha examinado detenidamente. Varias delegaciones partidarias de la inclusión de las personas jurídicas consideraron que el término en cuestión debería hacerse extensivo a las organizaciones sin personalidad jurídica». *Vid.*, más información relativa al Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, A/CONF.183/2/Add.1, 14 de abril de 1998, accesible en <https://www.dipublico.org/conferencias/cortepenal/A-CONF.183-2-Add.1.pdf>. Acceso el 11 de noviembre de 2019. No obstante, no hay duda que haya corrientes nuevas, ya que las últimas decisiones del Tribunal han empezado a evaluar la capacidad de las empresas en la comisión de graves delitos, utilizando el concepto de organización empleado en el artículo 7 del Estatuto de Roma, relativo al crimen de lesa humanidad y, en particular, en el supuesto de ataque contra la población civil.

con los Países Bajos era la presencia del demandante en el país¹⁴. Recientemente, siempre en Holanda se ha presentado una demanda basada sobre el foro de necesidad contra el *Chief of the General Staff* Benjamin Gantz:

*The claim invokes the Dutch forum necessitatis rule (Article 9 CPR; other European States have similar rules), often also known as ‘universal jurisdiction’ however clearly the rule has its constraints. Claimant’s lawyer, Meester Liesbeth Zegveld, argues the application of the rule here. The piece includes assessment of sovereign immunity, and the involvement of Article 6 ECHR. Its outcome will also play a role in issues of corporate social responsibility and jurisdiction*¹⁵.

Por su parte, los tribunales franceses han tratado el tema, entendiendo que Francia era el último recurso para las víctimas¹⁶. En 2010, la Fundación

¹⁴ Demanda por daños y perjuicios presentada por un médico palestino que alegaba haber sufrido daños después de permanecer encarcelado ilegalmente durante ocho años en Libia acusado de haber infectado a niños con VIH/SIDA. Rechtbank’s-Gravenhage [Tribunal de distrito de La Haya], 21 de marzo de 2012, LJN: BV9748, El-Hojouj/Unnamed Libyan Officials, Países Bajos. El artículo 9 del Código de procedimiento civil establece: Article 9 Tacit choice of forum (‘forum necessitatis’) When Articles 2 up to and including 8 indicate that Dutch courts have no jurisdiction, then they nevertheless have if: a. the case concerns a legal relationship that only affects the interests of the involved parties themselves and the defendant or a party with an interest in the legal proceedings has appeared in court, not exclusively or with the intention to dispute the jurisdiction of the Dutch court, unless there is no reasonable interest to conclude that the Dutch court has jurisdiction. b. a civil case outside the Netherlands appears to be impossible, or; c. the legal proceedings, which are to be initiated by a writ of summons, have sufficient connection with the Dutch legal sphere and it would be unacceptable to demand from the plaintiff that he submits the case to a judgment of a foreign court. Más información en: <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/civilprocedure001.htm>. Acceso el 07 de noviembre de 2019.

¹⁵ Más información en Geert Van Calster, 14 de Enero de 2020, «Suing the Chief of the Israeli general staff in the Netherlands. Ismail Ziada v Benjamin Gantz tests Dutch forum necessitates rules», *Gavc Law-Geert Van Calster*, acceso el 15 de enero 2020, <https://gavclaw.com/2020/01/14/suing-the-chief-of-the-israeli-general-staff-in-the-netherlands-ismail-ziada-v-benjamin-gantz-tests-dutch-forum-necessitatis-rules/>.

¹⁶ Cass. Civ. Ière, 19 November 1985, Cognacs and Brandies, JDI 1986. «Denial of justice is, indeed, an admissible ground of jurisdiction for French courts. Yet, in order for the system to remain balanced and for France not to become the «last resort» in any case, whatever the circumstances, case law has provided for two conditions to be met: —the plaintiff relying on French courts’ jurisdiction has to prove that it is impossible for him or her to bring his or her claim before a foreign court. Impossibility may be based on either factual (e.g. plaintiff facing major threats if putting foot on foreign soil) or legal grounds (e.g. the foreign court has already found it has no jurisdiction). French courts will also admit impossibility to seize a foreign court where, upon examination of foreign rules on jurisdiction of the states concerned, they find that no foreign court will retain its jurisdiction [...]; —the dispute has to bear some link with France. How important this link has to be remains debated: whereas case law seems to be satisfied with the plaintiff’s having a stable residence in

Interamericana de Abogados reconoció expresamente la importancia de la creación de foros de necesidad para garantizar el acceso a la justicia y propuso su inclusión en un proyecto latinoamericano: la Ley Modelo sobre la Protección Internacional de los Derechos Humanos (La Ley Modelo Dahl) cuyo Artículo 1 contenía una disposición de foro de necesidad¹⁷.

Pero cabe indicar, sin embargo, que esta doctrina ha encontrado fuertes detractores, entre los que destaca el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Recordamos al respecto que en el reciente caso *Nait-Liman* este Alto Tribunal ha establecido que Suiza no estaría obligada a conocer demandas basadas en el *forum necessitatis* o en el principio de jurisdicción universal en materia civil, ya que no existe un *consensus* generalizado en el Derecho Internacional sobre esta obligación incluso tratándose, como sucedía en el caso referenciado, de graves violaciones de normas de *jus cogens*¹⁸.

Efectivamente, en la actualidad no existe una norma internacional única que establezca la obligatoriedad o la facultad de los Estados para la activación de dicho mecanismo. Además, no se ha registrado *praxis* estatal consistente y orientada a crear un modelo único y obligatorio de foro de necesidad. Lo que ha dado lugar a decisiones diferentes y en algunas ocasiones, contradictorias. De hecho, dentro de la misma Unión Europea, la norma que establece en materia civil y mercantil la competencia de los Tribunales de los Estados parte de la Unión, el Reglamento Bruselas Bis¹⁹, relativo a la

France, some authors are in favor of retaining jurisdiction even if said link is more remote (e.g. presence of financial or other interests in France, obligation to be performed in France)». *Vid.*, más información en:

Comparative study of «residual jurisdiction» in civil and commercial disputes in the EU National Report for: France. El informe se puede consultar en: https://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_france_en.pdf. Acceso el 07 de noviembre de 2019.

¹⁷ Sobre este tema véanse: Juan José Álvarez Rubio *et al.*, «A Propósito de la Ley Modelo Latinoamericana de Protección Internacional de los Derechos Humanos (La Ley Modelo Dahl)», *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º.11 (2011): 1-15.

¹⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso n. 51357/07, *Nait-Liman c. Svizzera*, en: <http://hudoc.echr.coe.int/>. Acceso el 08 de noviembre de 2019. Sobre este tema, *vid.* Edoardo Benvenuti, «Quale tutela del diritto di accesso alla giustizia civile per le vittime di gravi violazioni dei diritti umani? Riflessioni a margine della decisione della Grande Camera della Corte Europea nel caso *Nait-Liman*», *Ordine internazionale e diritti umani*, (2018): 322-332. También, Daniel Rietiker, «The Case of *Nait-Liman v. Switzerland* Before the European Court of Human Rights: Where Are the Limits of the Global Fight Against Torture?», n.d. Acceso el 07 de noviembre de 2019, https://harvardilj.org/2019/03/the-case-of-nait-liman-v-switzerland-before-the-european-court-of-human-rights-where-are-the-limits-of-the-global-fight-against-torture/#_ftn1.

¹⁹ Reglamento (UE) no 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición). El texto se puede consultar en: <https://www.boe.es/doue/2012/351/L00001-00032.pdf>. Acceso el 11 de noviembre de 2019.

competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, no incluye una cláusula para conocer casos extraterritoriales fundamentando la competencia en la doctrina del foro de necesidad. Así, durante el proceso de modificación del Reglamento de Bruselas, los Estados tuvieron la oportunidad muy clara de impulsar la creación de una norma sobre tal foro, en los casos en los que otros resultasen inviables para las víctimas de graves ilícitos internacionales perpetrados por empresas multinacionales fuera de la Unión, pudiéndose haber modificado el artículo 26 ante una propuesta de cláusula específica sobre *forum necessitatis* que, no obstante, careció del apoyo necesario²⁰. En sus términos, tal propuesta hubiera permitido al órgano jurisdiccional nacional de un Estado Miembro hacer valer su competencia en el caso de que ningún otro tribunal se la hubiera atribuido, estableciendo un vínculo mínimo con el foro.

Como dijimos, para superar los límites de la doctrina del foro de necesidad y encontrar otros mecanismos con el fin de garantizar el acceso a la justicia, en los últimos años varios tribunales europeos han abierto las puertas a las víctimas extranjeras de violaciones cometidas extraterritorialmente, cuando exista un nexo entre la conducta delictiva y la empresa matriz, en algunos casos con fundamentación en el Reglamento de Bruselas bis art. 4 (1) 63 (1) y, en otros, de forma residual en el derecho interno, en la medida en que permita atraer a las filiales a la competencia de los foros de origen de la matriz, siendo paradigmático el caso *Vedanta*²¹ respecto de las sedes judiciales inglesas, por sus novedosos planteamientos y las repercusiones que están teniendo en todos los ámbitos. Cabe destacar que los tribunales ingleses han reinterpretado previamente el concepto de *corporate liability*:

[the] control of a business partner's activity by the EU-based multinational corporation [...] can be de facto or, maybe, presumed based on a duty to control. The core concept of control is supplemented

²⁰ Vid. Lucas Roorda and Cedric Ryngaert, «Business and Human Rights Litigation in Europe and Canada: the Promises of Forum Necessity Jurisdiction», *Labels Journal of Comparative and International Private Law* 80, (2018):783-804.

²¹ Lungowe and Ors. v Vedanta Resources Plc and Konkola Copper Mines Plc [2017] EWCA Civ 1528. En este caso se demanda a la empresa minera con sede en el Reino Unido, y su filial zambiana Konkola Copper Mines (KCM) por contaminación que ha, entre otras cosas causado enfermedades y dañado los cultivos. Este tribunal ha afirmado que sería prácticamente imposible para los afectados obtener justicia en Zambia, uno de los países más pobres del mundo. Además, el sistema de justicia en este país no tiene los instrumentos legales para poder manejar un caso tan difícil contra empresas multinacionales y sus filiales. Más información en: Russel Hopkins, 26 de Julio de 2019 «Bringing responsibility home: what next for parent company liability? Bright Line Law», *Lexology*, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e9a836c4-d521-49df-b043-e074e7279cc7>. Acceso el 30 de octubre de 2019.

by the familiar concept of knowledge, actual or presumed – knowledge of risks may trigger a duty to intervene»²².

La sentencia contiene varios aspectos relevantes, sobre todo bajo la óptica de futuros casos relativos a la forma en que las multinacionales gestionan sus riesgos relacionados con el medioambiente y los Derechos Humanos en sus cadenas de suministro y, seguramente estaríamos frente a un dilema para las empresas, porque la publicación de informes no financieros podría tener importantes implicaciones en términos de responsabilidad corporativa del grupo:

Concerning duty of care, the Vedanta judgment is undoubtedly a critical development in holding parent companies to account for their corporate social responsibility-type statements. Some commentators have argued that the findings in Vedanta of the significance of corporate policies for parent company duty of care and potential liability may have a ‘chilling effect’ on companies’ willingness to set and implement human rights and environmental policies centrally. The Vedanta judgment appears to catch parent companies on the horns of a dilemma. Investors, civil society organizations and, in some cases, regulators expect companies to publish information regarding their management of their subsidiaries²³.

Así, opinamos que este caso está llamado a constituir un precedente de relevancia mundial, dado que por primera vez un sistema judicial con tanto prestigio afronta el tema de la responsabilidad *directa* hacia los perjudicados de las empresas matrices por la actividad de sus filiales en el extranjero, en materia medioambiental, basándose en el derecho ordinario de ilícitos civiles, aquí el *common law of torts*²⁴.

²² Penelope A. Bergkamp, «Models of Corporate Supply Chain Liability», (Master Thesis, KU Leuven, 2018-2019) <https://www.scriptiebank.be/sites/default/files/thesis/201910/Scriptie%20Penelope%20A.%20Bergkamp%20-%20Models%20of%20Corporate%20Supply%20Chain%20Liability%202019.pdf>. Acceso el 30 de octubre de 2019.

²³ Marilyn Croser, Martyn Day, Mariëtte Van Huijstee y Channa Samkalden, «Developments in the Field, Vedanta v Lungowe and Kiobel v Shell: The Implications for Parent Company Accountability», *Business and Human Rights Journal Cambridge University Press*, (2019): 1-7. La altura de los tiempos y la marcada tendencia hacia la responsabilización de las empresas a partir de criterios de transparencia en la gestión de sus actividades desaconsejarían, sin embargo, una gestión empresarial contraria a estos desarrollos, si solo fuera por la más que probable pérdida de imagen que conllevaría.

²⁴ Cabe recordar que la práctica de las sedes federales de los Estados Unidos en base al *Alien Tort Statute* o *Alien Tort Claims Act*, se nuclea en torno a las violaciones del Derecho de Gentes, *The Law of Nations*.

Ahora bien, el caso que se presenta en estas páginas confirma el cambio de posicionamiento de los tribunales europeos, y demuestra también la fuerte correlación entre los daños medioambientales, las graves violaciones de los Derechos Humanos y la corrupción entre las empresas y los Estados anfitriones de las inversiones²⁵. Este nuevo clima, que parece garantizar el acceso a la justicia de las víctimas, se ve reflejado también en el caso *ENI*, conocido también como *Ikebiri* por el nombre de la comunidad local afectada, frente a los Tribunales italianos. Cabe mencionar que en el mes de octubre del año 2019 la empresa ENI llegó a un histórico acuerdo con la comunidad de Nigeria de Aggah²⁶, para reparar los daños medioambientales causados por la filial nigeriana, NAOC, debido a sus actividades en el territorio de la comunidad que han causado graves impactos medioambientales, sociales y económicos. Durante años, esta comunidad pidió a la empresa filial minimizar los impactos y reparar los daños, sin alcanzar resultado alguno. Por ello, en el año 2018 en un procedimiento frente al Punto Nacional de contacto de Italia, los abogados de la comunidad pidieron a ENI asumir sus responsabilidades por las actividades de las empresas pertenecientes a su grupo²⁷. Este procedimiento condujo a la firma del acuerdo entre las partes²⁸.

En relación al caso Ikebiri, El 5 de abril de 2010, un oleoducto operado por la Nigerian Agip Oil La compañía (NAOC), bajo el control de ENI S.

²⁵ Sobre este tema Veáanse: Wim Huisman y Daniel Sidoli, «Corporations, human rights and the environmental degradation-corruption nexus», *Asia Pacific Journal of Environmental Law*, Vol. 22, (2019): 66-99. Cabe mencionar que el Profesor Zamora Cabot en su momento estudió esta correlación entre ilícitos contra el medio ambiente, violaciones de derechos humanos y corrupción analizando extensamente el caso Bhopal. Para más información véase: Francisco Javier Zamora Cabot, «Accidentes en masa y *forum non conveniens* el caso Bhopal», en *La responsabilidad internacional. Aspectos de derecho internacional público y derecho internacional privado: XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, ed. por Carlos Jiménez Piernas (Alicante: Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1989): 533-564.

²⁶ «Nigeria: Una comunidad arranca un acuerdo histórico al gigante petrolero ENI», Federación Internacional por los derechos humanos, acceso el 30 de octubre de 2019, https://www.fidh.org/it/eni-e-la-comunita-nigeriana-di-aggah-hanno-raggiunto-uno-storico?fbcclid=IwAR37NDBIPxYeqCPP7fORUldNNtsP0B-yxyh2kC_UJB8XgAfYcSinN7gv6hs.

²⁷ De esta forma, el abogado italiano Giacomo Cremonesi e rappresentante di FIDH nel procedimento davanti al PCN italiano.

²⁸ Conciliation procedure in the Specific instance submitted to the Italian NCP by Egbema Voice of Freedom, Chima Williams and Associates (CWA), Advocates for Community Alternatives (ACA) v. ENI s.p.a.

p. A. que trabaja desde años en Nigeria a través de esta filial, estalló a 250 metros de un arroyo al norte de la comunidad Ikebiri. El derrame afectó los recursos vitales de dicha comunidad esenciales para su supervivencia, contaminando un área importante del territorio. Los representantes legales de la comunidad afectada pidieron a la empresa NAOC que restableciera la situación previa al derrame, eliminado los residuos vertidos, y resarcir a la población. El 18 de abril del año 2010 la filial y la comunidad llegaron a un acuerdo relativo al pago relativo a los *relief materials*, por el importe de 2.000.000 *Naira* (unos 6000 euro), pero no sobre la petición de indemnización de los daños.

Para reducir los impactos sociales y sobre el medio ambiente, el representante de la comunidad Ikebiri, junto al abogado Luca Saltalamacchia, presentó una demanda que carecía de precedentes en la práctica judicial italiana contra ENI y su filial Nigerian Agip Oil Company Limited NAOC²⁹. Según el abogado italiano, la filial NAOC pertenece al grupo empresarial ENI y se encuentra totalmente bajo el control de la empresa matriz. En otras palabras, sostiene que la empresa matriz toma todas las decisiones relativas a las actividades de la local y, por tanto, también recaen sobre ella obligaciones directas y precisas y debería responsabilizarse por el derrame de petróleo causado por esta última, dado su deber de cuidar toda la estructura corporativa.

Así, en la demanda presentada se evidencia cómo en realidad ENI y NAOC no son dos entidades separadas, aunque esta última se encuentre registrada según la normativa nigeriana. Para demostrar este aspecto, también en este caso se hace referencia a toda la información pública de ENI en la que se muestra NAOC como una empresa sin autonomía alguna en la toma de decisiones operacionales y económicas, que utiliza el mismo logo, la misma página web y donde su consejo de administración está compuesto, en su mayoría, por dirigentes italianos seleccionados o que han trabajado por ENI. Además, se aportan una serie de documentos y declaraciones públicas de ENI en las que se evidencia su papel y labor en Nigeria a través de NAOC, como único ente. En el documento de presentación de la empresa matriz:

Siamo presenti in Nigeria dal 1962 e lavoriamo nel settore Exploration & Production onshore e offshore. Come sosteneva il nostro primo Presidente Enrico Mattei «il petrolio è loro»:

²⁹ Más información en: «Nigerian Community Sues Italian Oil ENI», Global Campaign to Reclaim Peoples Sovereignty, Dismantle Corporate Power and Stop Impunity, acceso el 10 de enero de 2020, <https://www.stopcorporateimpunity.org/nigerian-community-sues-italian-oil-giant-eni/>.

per questo condividiamo con gli abitanti del Paese risorse, tecnologie, progetti e li sosteniamo nello sviluppo di nuove attività, in particolare quelle agricole. Nel 2014 la Petroleum Technology Association of Nigeria ha riconosciuto due società Eni come migliori organizzazioni del settore Oil & Gas nel promuovere lo sviluppo locale; Si legge ancora che dal 18 marzo 2014 NAOC ha attivato un sito web che diffonde in maniera trasparente informazioni su temi di Sostenibilità.[...] In aggiunta a marzo 2015 NAOC ha commissionato a un ente certificatore esterno un audit del proprio Sistema di Gestione degli Oil Spill per verificarne la conformità rispetto alla Legislazione nigeriana, agli standard internazionali e alle linee guida Eni, analizzando 3.900 eventi di Oil spill dal 2007 al 2014.

Según el abogado Saltalamacchia, la Comunidad Ikebiri considera a ENI responsable por ser quien directamente controla y opera en Nigeria a través de NAOC, y también por la falta de mecanismos adecuados de control de las actividades y para la implementación de los principios y normas en términos de *due diligence*, todo ello unido a la ausencia de instrumentos para prevenir las violaciones de dichas normas y a su negativa a indemnizar a las víctimas y sanear el área afectada.

En relación con la competencia jurisdiccional, el juez italiano tiene capacidad de conocer el asunto respecto de ENI según el art. 3 de la Ley 218/95: «la giurisdizione italiana sussiste quando il convenuto è domiciliato o residente in Italia o vi ha un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio a norma dell'articolo 77 del codice di procedura civile e negli altri casi in cui è prevista dalla legge», y según el Reglamento Europeo 44/2001 ahora 1215/12 art. 4, sobre los entes domiciliados en el territorio de un Estado miembro. Y asimismo, en relación a NAOC, ya que existiría una correlación entre los hechos y los distintos acusados que justificaría un manejo conjunto de las demandas; es decir, una competencia en base a un foro conexo con una pluralidad de demandados que permitiría atraer a otros responsables frente a los tribunales del domicilio de la matriz, para evitar un riesgo importante de demandas paralelas y decisiones posiblemente contradictorias por órganos judiciales de diferentes Estados, si finalmente estos casos se resuelven por separado.

En la demanda, se solicitó una indemnización de al menos 689,198,400 Naira. También se exigió que los acusados limpiasen el área contaminada y que los niveles de contaminación se redujesen por debajo del umbral prescrito por la ley nigeriana (50 mg / kg). No obstante, en junio de 2019, las partes llegaron a un acuerdo extrajudicial secreto, por lo que se dio por concluido el procedimiento en Italia contra ENI.

Pasaré ahora a analizar el caso *Kiobel*, paradigma de la impunidad que rodea el mundo de las empresas multinacionales³⁰, entablado frente a los Tribunales holandeses. Según Amnistía internacional, que apoya al equipo legal de Esther Kiobel, «This case exemplifies how hard it can be for the victims of human rights abuses to hold a powerful multinational corporation to account»³¹.

III. El caso *Kiobel III*

Los tribunales nacionales a menudo desestiman las demandas de las víctimas a partir de una serie de doctrinas que limitan su jurisdicción como, entre otras, la del *Forum Non Conveniens*³², o las conocidas por los tribunales estadounidenses como *Political Question Doctrine*³³ o el *Acto de Estado*³⁴, entendiéndose en la primera que otro foro, el del lugar donde se verificaron los hechos, es el más adecuado, o *conveniens*. Pero, a modo de contraste, traemos ahora a colación el caso *Kiobel III*

En junio de 2017 las viudas de activistas ambientales nigerianos demandaron a *Royal Dutch Shell* y su filial nigeriana *Shell Petroleum and Development Company* ante el Tribunal de Distrito de La Haya por graves vio-

³⁰ Vid. Doreen Lustig, «Three Paradigms of Corporate Responsibility in International Law: The Kiobel Moment», *Journal of International Criminal Justice*, Volume 12, Issue 3, (2014): 593-614, <https://academic.oup.com/jicj/article/12/3/593/903020>. Liesbeth Enneking, «Transnational Human Rights and Environmental Litigation – A Study of Case Law Relating to Shell in Nigeria. Open external», en Feichtner, ed. por Isabel Krajewski, Markus, y Ricarda Roesch, *Human Rights in the Extractive Industries – Transparency, Participation, Resistance* (Interdisciplinary Studies in Human Rights, 3) (pp. 511-551). Cham: Springer, 2019.

³¹ «Nigeria/Netherlands: Kiobel witness hearing key chance to hold Shell to account over human rights abuses», Amnistía Internacional, acceso el 30 de octubre de 2019, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2019/10/nigeria-netherlands-kiobel-witness-hearing-key-chance-to-hold-shell-to-account-over-human-rights-abuses/>.

³² En relación a los casos Bhopal y Chevron, ver, por ejemplo: José Elías Esteve Moltó, «La estrecha interdependencia entre la criminalidad de las empresas transnacionales y las violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente: Lecciones del caso Bhopal», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 32(2016), DOI:1017103/reei.32.01 y, Antoni Pigrau, «The Texaco-Chevron case in Ecuador: Law and justice in the age of globalization», *Revista Catalana de Dret Ambiental* 5,n.º1 (2014).

³³ «Boumediene v. Bush and the Political Question Doctrine 99», *GEO. L.J.* 869, 870 (2011), vid. Anthony J. Colangelo, «De facto Sovereignty: Boumediene and Beyond», *GEO. WASH. L. REV.* 623, (2009): 667-68.

³⁴ *Kashef v. BNP Paribas S.A.*, No. 18-1304 (2d Cir. 2019), US Court of Appeals for the Second Circuit.

laciones contra los Derechos Humanos que tuvieron lugar en la región de Ogoniland en el Delta del Níger a mediados de la década de 1990, cuando los residentes protestaban contra la degradación ambiental causada por las actividades de esas empresas relacionadas con la extracción y producción de petróleo en la zona. Ken-Saro Wiwa, una figura prominente entre los defensores africanos de los Derechos Humanos y otros ocho activistas fueron sentenciados a la pena capital y ejecutados en la horca, tras una parodia de proceso a cargo del corrupto régimen militar que entonces regía el país y a instancias, se denunciaba, de las citadas empresas. Los familiares de las víctimas iniciaron entonces dos diferentes demandas en los Estados Unidos (EE. UU.), las mismas que, junto a una nutrida doctrina, hemos tenido la oportunidad de comentar en trabajos previos³⁵.

Estas demandas se fundamentaron, entre otras normas, en el *Alien Tort Claims Act (ATCA)*³⁶, contra la petrolera Shell por haber instigado al gobierno nigeriano a cometer dichos abusos. En junio de 2009, Shell llegó a un acuerdo extrajudicial con respecto de la demanda presentada por el hijo de Wiwa³⁷. Mientras que el segundo litigio, presentado por algunas viudas, entre ellas Esther Kiobel, continuó hasta abril de 2013,

³⁵ *Vid.*, entre otros, María Chiara Marullo, y Francisco Javier Zamora Cabot «Transnational Human Rights litigation. Kiobel's Touch and concern: a test under construction », *Papeles el Tiempo de los Derechos* y la bibliografía allí citada. El documento se puede consultar en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2765068. Acceso el 16 de octubre de 2019.

También, Anna Grear, and Weston, Burns H, «The Betrayal of Human Rights and the Urgency of Universal Corporate Accountability: Reflections on a Post-Kiobel Lowscape», 15 *Human Rights Law Review*, (2015): 21-44. También, Liesbeth Enneking, «Multinational Corporations, Human Rights Violations and a 1789 US Statute – A Brief Exploration of the Case of Kiobel v. Shell», *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, (2012), 396-400.

³⁶ ATS, Judiciary Act of 1789, ch. 20, §9(b), 1 Stat. 73, 77 (1789), codified in 28 U.S.C. Sec. 1350; esta norma ha sido utilizada para prevenir y reparar esas conductas perpetradas tanto por individuos como por empresas, desde la perspectiva civil. En otras palabras, en las últimas décadas a través de este ATCA se ha otorgado una respuesta reparadora, indemnizaciones, a las víctimas, en un País, Estados Unidos (EE.UU.), que no necesita estar directamente relacionado con la conducta ilícita que ha provocado un daño o perjuicio como grave violación a los Derechos Humanos. Sin embargo, este sistema se ha visto menoscabado por decisiones jurisprudenciales que han vaciado casi de contenido el ATCA y con pocas posibilidades de ser aplicado respeto de conductas que se verifican fuera o que no tengan una fuerte conexión con el territorio de los Estados Unidos. *Vid.* Entre otros, Carmen Márquez Carrasco, «Las relaciones entre el Derecho internacional y la práctica interna en el ámbito de los Derechos Humanos y la responsabilidad de las empresas», *Anuario español de derecho internacional* 34, (2018): 707-728 y Marta Requejo Isidro, «Responsabilidad civil y Derechos Humanos en EEUU: ¿el fin del ATS?», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, (2011).

³⁷ *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co*, US District Court for the Southern District of New York, 99-7223

cuando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, sobre la base de la presunción contra la extraterritorialidad, afirmó en *Kiobel II*³⁸ que el ATCA no puede ser aplicado respecto de conductas que se verifican fuera o que no tengan una fuerte conexión con el territorio de los EE.UU., ya que «el ATS no se extiende contra empresas extranjeras cuando toda la conducta relevante aconteció fuera de los Estados Unidos», confirmando por tanto una sentencia de 2010 del Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito Federal, *Kiobel I*³⁹, en la que el caso había sido desestimado por falta de jurisdicción. Este posicionamiento se ha visto respaldado por otras decisiones, como en el caso *Daimler*⁴⁰ en el que este Tribunal va, en la práctica, más allá, al introducir en el ámbito de la llamada Jurisdicción Personal General, *General Personal Jurisdiction*, y respecto de las empresas, el requisito de que las extranjeras solo puedan ser demandadas donde se sientan *essentially at home* lo que, en realidad, abona limitar la competencia sobre ellas a los tribunales de países en los que están registradas o tengan su administración principal. Por su parte, en la decisión en el caso *Jesner*⁴¹ da un paso más, e importante, en este proceso de restricción del acceso a los tribunales de los Estados Unidos en litigios sobre violaciones de los derechos humanos, haciéndolos imposibles respecto de las empresas extranjeras y, probablemente, preparando el terreno para que suceda lo propio con las domésticas.

Ahora bien, descartada la vía de reparación en los Estados Unidos en el caso descrito, la nueva demanda presentada por Esther Kiobel y sus compañeras en Holanda y admitida ya a trámite por los tribunales neerlandeses, podría suponer, de fructificar, un nuevo hito en la naciente jurisprudencia que está abriéndose camino en varios países europeos, en el sentido de luchar contra la impunidad de gravísimas conductas contrarias a los derechos humanos, manteniendo así el imperio de la ley y su obligado corolario, el

³⁸ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co*, Supreme Court of the United States 569 U.S No. 10-1491.

³⁹ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, Appeal judgment, 06-4800-cv, o6-4876-cv, 17-IX-2010.

⁴⁰ *Daimler AG v. Bauman et al*, Supreme Court of the United States No. 11-965. Sobre este tema: Francisco Javier Zamora Cabot, «Decision of the Supreme Court of the United States in the *Daimler AG v. Bauman Et Al* Case: Closing the Golden Door», *Papeles el Tiempo de los Derechos 2* (2014), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2791635.

⁴¹ Justice Kennedy «*Jesner v. Arab Bank, PLC*», *Scotus Blog*, 24 de Abril, <http://www.scotusblog.com/casefiles/cases/jesner-v-arab-bank-plc/>

Sobre este tema: Francisco Javier Zamora Cabot y María Chiara Marullo, «Never send to know...», Comentario crítico a la sentencia *Jesner V. Arab Bank*, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos», *Papeles el Tiempo de los Derechos 32* (2019), <http://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/176940>. Acceso el 16 de octubre de 2019.

acceso de las víctimas a la justicia⁴². Tratándose de la jurisdicción, la acción se presenta contra:

—*Royal Dutch Shell Plc of London, United Kingdom, with its registered office in the Hague, —Shell Petroleum n.v. of the Hague, —the shell transport and trading company limited of London, —the Shell Petroleum development company of Nigeria ltd of Port Harcourt, Rivers State, Federal Republic of Nigeria.*

En relación con la empresa matriz, domiciliada en Holanda y la domiciliada en el Reino Unido, se señala por el Tribunal holandés que «It is not in dispute that the Dutch court has international jurisdiction to take cognizance of the claims against the parties RDS and SPNV, established in the Netherlands. The court has international jurisdiction to take cognizance of the claims against STTC, established in London». Y, respecto de la filial, este Tribunal reconoce su jurisdicción, puesto que el primer demandado está domiciliado en los Países Bajos, y ello en base al Artículo 7 CCP⁴³, dado que existiría una correlación entre los hechos y los distintos acusados que justificaría un manejo conjunto de las demandas; en otras palabras, un foro conexo con una pluralidad de demandados que permitiría atraer a otros responsables frente a los tribunales del domicilio de la matriz:

SPDC, established in Nigeria, if the requirements of Article 8 paragraph 1 Brussels I bis Regulation¹⁰ and of Article 7 Code of Civil Procedure (CCP), respectively, have been met. [...] Under Article 7 CCP, jurisdiction as regards SPDC can be assumed if the correlation between the claims against the various defendants is such that reasons of efficiency justify a joint handling of the claims.

⁴² Matthias Weller, 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», *Uniform. Law Review*, 23 (2018): 397-417.

⁴³ Article 7 Jurisdiction over counter actions, joinders and interventions

- 1. If legal proceedings are to be initiated by a writ of summons and a Dutch court has jurisdiction with respect to one of the defendants, then it has jurisdiction as well with respect to the other defendants who are called to the same proceedings, provided that the rights of action against the different defendants are connected with each other in such a way that a joint consideration is justified for reasons of efficiency.
- 2. If legal proceedings are to be initiated by a writ of summons and a Dutch court has jurisdiction over the legal claim, then it has jurisdiction as well over a counter action (counterclaim) and over a right of action against a third party who is called to the proceedings by a defendant as being the ultimate liable person, and over a right of action of a third party who has appeared in court for a consolidation of actions (‘joinder’) or an intervention, unless there is not enough connection between these other actions and the original action.

En otro orden, el Tribunal afirma que los demandantes actuaron de forma concertada respecto de las violaciones alegadas y las acciones contra ellos se basan en los mismos hechos, circunstancias y bases legales, por lo que existe un riesgo importante de que se tomen decisiones contradictorias por órganos judiciales de diferentes Estados, si finalmente estos casos se dirimen por separado:

The heart of the accusation of claimants is that SPNV, STTC and SPDC acted in concert in the fundamental rights violations alleged by claimants. The claims against the three defendants are based on the same facts, circumstances and legal bases. The claims against SPNV, STTC and SDPV therefore pertain to the same situation, both factually and at law. This is especially true for the claims against the two parent companies SPNV and STTC, which both factually and legally cannot be viewed in isolation from the claims against the operating company SPDC. The court is of the opinion, like claimants, that if these related cases were to be prosecuted separately, there is a risk that contradictory decisions will be made.

De esta sentencia destacamos además otros dos elementos que consideramos del mayor relieve; el primero, la calificación de los hechos por parte del Tribunal como violaciones de Derechos Humanos y no sobre meros ilícitos civiles internacionales⁴⁴. Y el segundo, que haya ordenado también el uso limitado de los documentos obtenidos en los procedimientos frente a los tribunales de los EE. UU⁴⁵.

Sobre este último particular, tras la sentencia de 2013 en los EE.UU. Esther Kiobel, en preparación de la demanda en Holanda, presentó en 2016 ante la jurisdicción federal del país transatlántico una petición relativa a la conocida 28 U.S.C. *Section 1782* (a), sobre obtención de pruebas en el extranjero, pidiendo todas las transcripciones y las pruebas obtenidas en los procedimientos *Wiwa* y *Kiobel I* y *II*, así como todos los documentos producidos por los demandados. En sus términos, la *Section 1782* (a) preceptúa que:

⁴⁴ Más información en: Geert Van Calster, 17 de mayo de 2019(8:08), *Kiobel v Shell in The Netherlands. Court confirms jurisdiction anchored unto mother holding and qualifies the suit as one in human rights: not tort. Also orders limited use of documents obtained in US discovery and limited continuation of the trial*, *Gavc Law-Geert Van Calster*, 10 de enero de 2020, <https://gavclaw.com/2019/05/17/kiobel-v-shell-in-the-netherlands-court-confirms-jurisdiction-anchored-into-mother-holding-and-qualifies-the-suit-as-one-in-human-rights-not-tort-also-orders-limited-use-of-documents-obtained-in-us/>.

⁴⁵ La versión en inglés de la demanda se puede consultar en: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2019:6670>. Acceso el 10 de enero de 2020.

Provide[s] federal-court assistance in gathering evidence for use in foreign tribunals. [...] The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation. The order may be made . . . upon the application of any interested person and may direct that the testimony or statement be given, or the document or other thing be produced, before a person appointed by the court.[...] 28 U.S.C. § 1782(a). Section 1782 states that a court «may order» such discovery; so even if a court has jurisdiction under the statute to grant a petition, the decision to grant it is discretionary⁴⁶.

El Juzgado de Distrito concluyó que tenía jurisdicción para considerar la petición de Kiobel, rechazando los argumentos de Shell y finalmente admitió la petición⁴⁷. En la apelación, los abogados de la empresa cuestionan tanto la jurisdicción como la concesión discrecional de la petición. En cuanto a la jurisdicción, sostienen, entre otras cosas, que los documentos pertenecen a Shell y que la empresa no reside ni se encuentra en el Distrito Sur de Nueva York (el del Juzgado). En cuanto a la concesión discrecional de la petición, argumentan que los materiales producidos por Shell estaban cubiertos por la confidencialidad. Finalmente, el Tribunal de Apelación estimó los argumentos del demandado por lo que considera abuso de discrecionalidad del Juzgado de Distrito al otorgar la petición y el intento de Kiobel de eludir las normas sobre la confidencialidad de los documentos⁴⁸. El

⁴⁶ United States Court of Appeals for the Second Circuit August Term 2017 No. 17 424 cv, Esther Kiobel, by her attorney in fact Channa Samkalden, Petitioner Appellee, v. Cravath, Swaine & Moore llp Respondent Appellant. 1, en: http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/b80ffeca-f146-49ce-be16-d6c2219bcb3d/2/doc/17-424_opn.pdf#xml=http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/b80ffeca-f146-49ce-be16-d6c2219bcb3d/2/hilite/. Acceso el 10 de enero de 2020.

⁴⁷ Discovery. Section 1782. District court grants petition seeking documents from law firm to be used in an anticipated civil action by Petitioner against the law firm's client in the Netherlands pursuant to 28 U.S.C. § 1782. En: <http://bakerxchange.com/rv/ff002f4a7886f7638e0ce459184a8e82ac4d1ee4/p=5520363>. Acceso el 8 de enero de 2020.

⁴⁸ «Discovery Section 1782. Second Circuit reverses a district court order granting a Section 1782 discovery petition where Petitioner sought to subpoena documents belonging to the client of a US law firm for use in a foreign proceeding», Baker McKenzie, International litigation & Arbitration, acceso el 10 de enero de 2020

<http://bakerxchange.com/rv/ff00411acbc3c2f7df0fbb9b02449eb56107e899/p=3097517>. Más información en: <https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2018/07/second-circuit-limits-use-of-section-1782-discover>. Acceso el 8 de enero de 2020.

28 de noviembre de 2018, Esther Kiobel presenta una *Petition for a writ of certiorari*⁴⁹, denegada por el Tribunal Supremo el 7 de enero de 2019⁵⁰.

Ahora bien, el Tribunal holandés en la sentencia de mayo 2019, ordena un uso limitado de los documentos producidos por las partes en procedimientos previos, así como de las comunicaciones entre las empresas y otros documentos. Cabe por tanto hacer una distinción entre las categorías de pruebas y documentos. En la sentencia se establece que:

4.30. *The claims in the procedural issue relate to two categories of documents from the discovery phase in the American proceedings: the intended trial exhibits and intended trial depositions (claim i) and ii) and the CDST documents (claim iii)). At the hearing, claimants extended their claim to the unredacted version of the minutes of the meeting of the CMD of 7 November 1995, of which defendants submitted a redacted version to the proceedings.*

En relación a *the intended trial exhibits and intended trial depositions (claim i) and ii)*, estos elementos de la reclamación pertenecen a las pruebas documentales en los procedimientos frente a los tribunales estadounidenses. Estos documentos fueron producidos por las compañías pertenecientes al Grupo Shell, que eran parte en los procedimientos estadounidenses, y tuvieron que ser devueltos o destruidos dentro de los 30 días posteriores a la finalización de los mismos en virtud del acuerdo de confidencialidad entre los demandantes y las empresas Shell. No obstante, los demandantes solicitan ahora tener acceso a una parte importante de ellos debido a que el nuevo caso, frente al Tribunal holandés, se fundamenta en los mismos hechos y las mismas violaciones. Este Tribunal afirma que las pruebas documentales se emitieron previamente en los procedimientos estadounidenses en virtud del acuerdo de confidencialidad, y se refieren a acciones judiciales diferentes a la que lo ocupan en el caso. Además, las pruebas se definen de manera demasiado amplia y no cumplen con el requisito de identificar documentos específicos y tampoco se puede suponer que se ha cumplido el requisito de interés legítimo, según la Sección 843a subsección 1 CC, de la ley procesal holandesa, por lo que rechaza la solicitud.

Por su parte, en relación con los documentos bajo el *claim* o pretensión *iii)*, la sede judicial holandesa afirma que:

⁴⁹ Más información en: <https://earthrights.org/wp-content/uploads/Kiobel-cert-petition.pdf>. Acceso el 10 de enero de 2020.

⁵⁰ Mas información en: Esther Kiobel, *By and Through Her Attorney-In-Fact, Channa Samkalden, Petitioner v. Cravath, Swaine & Moore LLP, Supreme Court of the United States*, acceso el 10 de enero de 2020, <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docket/docketfiles/html/public/18-706.html>.

The CDST documents claimed under iii) are the documents pertaining to the tribunal, which in the privilege log in the discovery of the American proceedings have been described as Communications from counsel regarding proceedings before the Ogoni Civil Disturbances Tribunal. These are (i) the trial reports, the reports of the attorneys of the office of [attorney 1] , who had been hired by SPDC to monitor the proceedings before the tribunal [...] (ii) documents which reported on the content of the trial reports within SPDC or wider within the Shell Group. [...] ii) CDST documents designated in 3.3 under iii). The dispute is limited to these documents, which defendants have not issued.

En términos generales, los demandados afirman que estos documentos contienen información comercial confidencial, por lo que son los demandantes quienes tienen que demostrar que en un caso concreto existe un motivo convincente para aceptar la solicitud con respecto a esa información confidencial. Pero, según se estima por el Tribunal, es en realidad la parte que se opone a la solicitud la que debe argumentar convincentemente sobre la existencia de su interés en la confidencialidad y, al no haberse cumplido en el caso con tal requisito:

This means that defendants must issue the CDST documents stated in claim iii) to claimants, within the claimed term of 21 days. The claimed penalty is awarded as being insufficiently disputed. The internal nature of the documents compels the court to attach the condition that claimants only use these documents for these proceedings, pursuant to Section 28 CCP. Claimants are also prohibited from issuing the documents to third parties or disclose anything about the content of these documents to third parties.

Concluyendo, en relación con el acta de la reunión del 7 de noviembre de 1995 que:

Finally, at the hearing claimants have extended their claim in the procedural issue to include the non-redacted minutes of the meeting of the CMD of 7 November 1995, of which defendants submitted a redacted version. The court understands that claimants also wish to receive an excerpt of the redacted passages, in so far as they are related to the tribunal and/or the Ogoni issue.

IV. Conclusiones

La protección de los Derechos Humanos y del medio ambiente en la región del Delta del Níger, afectados por las actividades empresariales extractivas desarrolladas principalmente por dos grandes empresas que operan en

la región a través de sus filiales, Shell y ENI, sigue siendo un tema de vital importancia para la comunidad local, nacional e internacional. En ámbito internacional son muchos los estándares y las normas aceptadas, además de las buenas prácticas relativas al desempeño de las actividades de extracción de petróleo. Por ejemplo, la *International Petroleum Industry Environmental Conservation Association* ha desarrollado una guía para evaluar el impacto social y ambiental relativo al derrame. Tanto Shell como ENI son miembros de esta asociación por lo que deberían, de forma voluntaria, cumplir con dichos estándares y establecer acciones preventivas, para evitar dichos impactos y poner en marcha mecanismos para remediar, en los casos en los que se verifican los derrames.

Al mismo tiempo, los Estados, principalmente Nigeria y los países de origen de las empresas, deberían dar efectividad a dichos estándares y velar por su cumplimiento, garantizando en cualquier caso, responsabilizar a las corporaciones cuando se pueda demostrar que han fallado en la activación de medidas preventivas y después, por no remediar adecuadamente por los daños provocados. Con ello, deberían garantizar siempre el acceso a la justicia de las víctimas.

Somos conscientes de que para lograr un cambio real en materia de acceso a la justicia y de prevención y reparación de daños, son necesarias acciones legales, estatales e internacionales vinculantes y que, por ejemplo, permitan sancionar de forma más contundente, también penalmente en su caso, a las empresas multinacionales por las graves violaciones perpetradas fuera de sus países de origen. Sería por tanto oportuno seguir avanzando en la creación de un instrumento internacional vinculante, el *Binding Treaty on Business and Human Rights*⁵¹, y también en la vía de nuevas propuestas legislativas como, entre otras, sendas iniciativas legislativas suizas relativas a las responsabilidades de las empresas multinacionales por graves violaciones de los Derechos Humanos y por daños medioambientales⁵²

⁵¹ Sobre este tema: Adoración Guamán, «Derechos humanos y empresas transnacionales: las debilidades del tercer pilar derivadas de las normas de promoción de inversiones. El caso Chevron como paradigma de la necesidad del Binding Treaty», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 39, (2019), <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/13988>. También, resultan de gran interés los trabajos del profesor Larry Catá Backer relativos a la propuesta de Tratado internacional sobre empresas y Derechos Humanos, que se pueden consultar en su blog: <http://lcbackerblog.blogspot.com/>. Acceso el 10 de enero de 2020.

⁵² 'Conseil National Session de Printemps 2015 Neuvième Séance 11.03.15 15h00 14.3671' (2015): Mise en oeuvre du rapport de droit comparé du Conseil fédéral sur la responsabilité des entreprises en matière de droits humains et d'environnement, acceso el 7 de enero de 2020, <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches->

Al mismo tiempo, opinamos que hay que seguir utilizando los mecanismos legales y procesales existentes para, por lo menos, indemnizar a las víctimas y reparar los daños. Ponemos de relieve que en el ámbito europeo y respecto de litigios civiles, si solo fuera por los ejemplos que hemos destacado, estaríamos ante un momento de arraigo y consolidación, que consideramos merece un seguimiento estrecho y, si nos cabe decirlo, esperanzado. Responsabilizar a las empresas por delitos graves que afectan a la humanidad en su conjunto no solo contribuiría a poner fin a su impunidad, sino también a reducir el desequilibrio de poderes entre los países de los que proceden y aquellos donde sus empresas llevan a cabo sus actividades, en numerosas ocasiones con graves y del todo inasumibles efectos respecto del medio ambiente y los Derechos Humanos⁵³.

Sobre la autora

María Chiara Marullo es Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Departamento de Derecho Privado de la Universitat Jaume I. Acreditada a Profesora Contratada Doctora. Miembro de la REDH-EXATA, redhexata.com. Doctora cum laude por la Universitat Jaume I (2014) y Premio Jaime Brunet a la mejor tesis doctoral a la promoción de los Derechos Humanos, Universidad Pública de Navarra (2016). Investigadora postdoctoral en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Departamento de Finanzas y Contabilidad. Jurista de investigación: «Sostenibilidad de las Organizaciones y Gestión de la Responsabilidad Social - Mercados Financieros» y «Derechos Humanos y Derechos Fundamentales». Investigadora en el proyecto «SMART Sustainable Market Actors for Responsible Trade» (2016-2020); colaboradora del proyecto «Constitución climática global: gobernanza y Derecho en un contexto complejo» (2017-2019) e investigadora en el Proyecto Europeo «Human Rights in Business» (2014-2016).

bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=35082. Sobre este tema véanse también: Dalia Palombo, *Business and Human Rights: The Obligations of the European Home State* (Oxford: Hart Publishing, 2020).

⁵³ Una interesante reflexión en: «Is criminal responsibility of companies the next focus for international justice?» <https://www.justiceinfo.net/en/justiceinfo-comment-and-debate/opinion/41943-is-criminal-responsibility-of-companies-the-next-focus-for-international-justice.html>. Acceso el 8 de enero de 2020,

About the autor

Maria Chiara Marullo is an Assistant Professor of Private International Law, Law Faculty, Department of Private Law, Universitat Jaume I. Member of the network: REDH-EXATA, redhexata.com. Doctor *cum laude* from the Universitat Jaume I (2014) and Jaime Brunet Award for the best doctoral thesis for the promotion of Human Rights, Public University of Navarra (2016). Postdoctoral Researcher, Department of Finance and Accounting, Universitat Jaume I. Research group: «Sustainability of Organizations and Management of Social Responsibility – Financial Markets» and « Human Rights and Fundamental Rights». Researcher in the «SMART Sustainable Market Actors for Responsible Trade» European Project (2016-2020); collaborator in the project: «Global climate constitution: governance and law in a complex context» (2017-2019), and researcher in the European Project «Human Rights in Business» (2014-2016).

La Ley Helms-Burton y la respuesta europea a sus efectos extraterritoriales

Helms-Burton Act and the European Answer to its Extraterritorial Effects

José Luis Iriarte Ángel
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Cátedra Jean Monnet de la UE
Universidad Pública de Navarra
jluis.iriarte@unavarra.es
ORCID es: 0000-0002-2353-5003

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-63-2020pp81-112>

Recibido el 20 de abril de 2020
Aceptado el 21 de mayo de 2020

Sumario: I. Introducción. Aspectos generales de las sanciones de Estados Unidos de América a Cuba.—II. La Ley Helms-Burton. Especial referencia a su Título III y a las consecuencias que la aplicación del mismo está teniendo.—III. Una cuestión tangencial planteada ante los Tribunales españoles: el asunto Central Santa Lucía L. C. contra Meliá Hotels International S.A.—IV. El estatuto de bloqueo de la Unión Europea. 1. Aspectos generales y régimen legal. 2. Sujetos a los que se les aplica el estatuto de bloqueo de la Unión Europea. 3. Normas frente a las que opera el estatuto de bloqueo europeo. 4. El mandato fundamental del estatuto de bloqueo: los operadores de la UE no deben respetar ni cumplir las normas enumeradas en el Anexo del Reglamento (CE) 2271/96. Excepciones y alcance real de la prohibición. 5. La protección que el estatuto de bloqueo confiere a los operadores de la UE. 5.1. Introducción. 5.2. El rechazo al reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales y administrativas dictadas en base a las normas enumeradas en el Anexo. 5.3. El derecho a compensación por los daños sufridos.—V. Conclusiones.

Resumen: Recientemente se ha levantado la suspensión de la aplicación del Título III de la Ley Helms-Burton. Este artículo pretende analizar esta Ley deteniéndose especialmente en el citado Título, para posteriormente abordar las primeras resoluciones judiciales que se han dictado en los litigios suscitados a su amparo. Además, en España se ha planteado una demanda respecto de un supuesto paralelo a los que contempla el Título III de la Ley Helms-Burton; a este respecto se estudian críticamente los motivos por los que se ha declarado la falta de competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para enjuiciar el litigio. Finalmente se analiza el estatuto de bloqueo de la Unión Europea con el que ésta ha pretendido proteger a los operadores de la UE frente a las *Secondary*

Sanctions de Estados Unidos. Se trata de un instrumento legal de eficacia limitada, que protege a los bienes situados en territorio de la Unión, pero no a los que se encuentran fuera de la misma. Igualmente, el derecho a recibir una compensación por los daños derivados de las sanciones extraterritoriales norteamericanas se va a ver muchas veces restringido en la práctica.

Palabras clave: Helms-Burton Act, aplicación de su Título III, estatuto de bloqueo europeo, protección a los operadores de la UE.

Abstract: *The suspension of the application of Title III of the Helms-Burton Act has recently been lifted. This article aims to analyse this Law by referring, in particular, first to the aforementioned Title, and later to the first judgments given in disputes dealing with its application. In addition, in Spain an action has been brought for a parallel case to those covered by Title III of the Helms-Burton Act; in this regard, reasons why the Spanish Courts have declared their lack of international jurisdiction to know about the case are critically examined. Finally, the European Union's blocking statute is analysed, designed to protect EU operators from US Secondary Sanctions. It is a legal instrument of limited effectiveness that protects assets situated on the European Union territory, but not those outside it. Similarly, the right to compensation for damages arising from US extraterritorial sanctions will often be restricted in practice.*

Keywords: *Helms-Burton Act, application of Title III, European blocking statute, protection of EU operators.*

I. Introducción. Aspectos generales de las sanciones de Estados Unidos de América a Cuba

A partir de 1960, Estados Unidos de América comenzó a imponer sanciones económicas a Cuba pretendiendo un triple objetivo: en primer lugar, adoptar represalias por las nacionalizaciones emprendidas por la revolución cubana que afectaron a una multitud de personas físicas y jurídicas norteamericanas, así como asentar las bases jurídicas para que éstas pudieran reclamar indemnizaciones por los perjuicios sufridos; en este sentido no se puede olvidar que las nacionalizaciones también afectaron a muchos sujetos de otros países (España, Reino Unido, Suiza, etc.). En segundo lugar, desestabilizar al Gobierno de Fidel Castro y finalmente disuadir a Cuba de emprender campañas militares en el extranjero, o sea evitar que exportase la revolución¹.

¹ Véase entre otros muchos: Barry E. Carter, *International Economic Sanctions. Improving the haphazard U.S. legal regime* (Cambridge, 1988), 17-19, 111-115, 187-191, 253-

Actualmente las sanciones norteamericanas a Cuba se contienen fundamentalmente en la *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act of 1996*² (Ley Helms-Burton), en el *Code of Federal Regulations, Title 31, Subtitle B, Chapter V, Part 515 (Cuban Assets Control Regulations)*³ y además existen una multitud de disposiciones de distinta naturaleza emanadas de las Secretarías de Comercio, Defensa, Tesoro, Transportes, etc.⁴. A esto hay que añadir una importante práctica judicial y administrativa, esta última realizada especialmente por la *Office of Foreign Assets Control (OFAC)*.

En principio, y de una manera muy sintética, estas sanciones implican que las *US Persons*⁵ no pueden hacer negocios con Cuba, que los productos cubanos, salvo unas concretas excepciones muy particulares, no pueden acceder al mercado norteamericano y que a su vez los bienes de origen estadounidense, dejando a salvo unas pequeñas excepciones, no pueden llegar a Cuba. Sin embargo, existe un complejo sistema de *General Licenses* y *Specific Licenses*, fundamentalmente concedidas por la OFAC, que articula numerosas excepciones y salvedades a las prohibiciones derivadas de las sanciones a Cuba, de tal manera que se produce la paradoja de que las transacciones entre Estados Unidos y Cuba son bastante numerosas y hay una presencia norteamericana significativa en distintos sectores de la Isla.

Además, en las sanciones a Cuba, como también en el caso de otros países (Irán, Corea del Norte, etc.), encontramos una figura especialmente preocupante que es la de las *Secondary Sanctions*, que son las que se aplican extraterritorialmente a los sujetos que no son *US Persons*, es decir, a cualquiera con independencia de que la persona física o jurídica extranjera

257. Andreas F. Lowenfeld, *Trade Controls for Plitical Ends* (2.ª ed., New York, 1977) 12-15. Sandra Szurek, «Le recours aux sanctions», en *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. À propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, dir. Por Habib Gherari y Sandra Szurek (Paris, 1998) 20-29. Gary Clyde Hufbauer, Jeffrey J. Schott, Kimberly Ann Elliot y Barbara Oegg, *Economic Sanctions Reconsidered* (3.ª ed., Washington, 2007), 13-15, 22-23, 52-58, 68-70, 146-147.

² <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/libertad.pdf> Una versión en castellano puede verse en: http://www.icap.cu/pdf/ley_helms_burton.pdf

³ https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=8359a69eb280b7bc9bdfb2e945f3319b&mc=true&tpl=/ecfrbrowse/Title31/31cfr515_main_02.tpl

⁴ <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/programs/pages/cuba.aspx>

⁵ Podemos decir que a los fines de las sanciones económicas internacionales son *US Persons*: cualquier persona física con nacionalidad norteamericana, los extranjeros con residencia en USA, cualquier persona que se encuentre en USA y las personas jurídicas constituidas bajo las leyes de Estados Unidos o de sus Estados, incluidas las sucursales extranjeras; se asimilan en este campo las personas jurídicas de nacionalidad extranjera subsidiarias de empresas norteamericanas en las que concurra al menos una de las siguientes condiciones: A) más del 50% de su capital es propiedad de la empresa norteamericana; B) esta tiene mayoría en su consejo de administración; C) la empresa norteamericana dirige las operaciones de la subsidiaria extranjera.

y la operación en la que participa no tengan ninguna vinculación con Estados Unidos⁶. Una de las manifestaciones más claras de esta realidad es la que articula el Título III de la Ley Helms-Burton.

II. La Ley Helms-Burton. Especial referencia a su Título III y a las consecuencias que la aplicación del mismo está teniendo

La Ley Helms-Burton⁷ se divide en una Sección 1 y 4 Títulos. Dentro de la mencionada Sección tiene especial relevancia su Sec. 4 que contiene las definiciones de los términos empleador por la Ley, de esta manera define, entre otros, conceptos sumamente importantes para la aplicación del Título III como son los de «a sabiendas», «nacional extranjero», «nacional de los Estados Unidos», «propiedad» y «trafica».

El Título I es de contenido eminentemente político; de hecho se denomina «*Fortalecimiento de las sanciones internacionales contra el Gobierno de Castro*». No obstante, dentro de él hay algunos aspectos de más calado jurídico que conviene destacar. Por ejemplo, su Sec. 103 establece la prohibición de la financiación indirecta a Cuba y en su apartado a) dice: «*No obstante cualquier otra disposición jurídica, ningún nacional de los Estados Unidos, extranjero con residencia permanente en los Estados Unidos*

⁶ También la Unión Europea, así como las Naciones Unidas, impone sanciones económicas internacionales; de hecho en este momento tiene impuestas restricciones a una treintena de países y a varias actividades reprobables (terrorismo, ciberataques, etc.), pero solo se aplican a sujetos o situaciones claramente vinculados con la Unión Europea.

⁷ Véase entre otros: Christopher R. Seppala, «La pratique américaine récente: les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy», en *Sanctions unilatérales, mondialisation...*, 83-97. Genevève Burdeau, «Licéite ou illicéite intrinsèque de la mesure au regard du Droit International Public», en *Sanctions unilatérales, mondialisation...*, 171-183. Allan Dunn, «Comparison and analysis of actions under the Helms-Burton Act and D'Amato-Kennedy Act», en *Sanctions unilatérales, mondialisation...*, 241-276. Robert L. Muse, *La fragilidad ante el Derecho Internacional de la Legislación de los EE.UU. sobre Cuba: Una Nueva Política Hacia Cuba* (Madrid, 1977). Id., «The Nationality of Claims Principle of Public International Law and the Helms-Burton Act», *Hastings International and Comparative Law Review*, (1997), Id., «A Public International Law Critique of the Extraterritorial Jurisdiction of the Helms-Burton Act», *Journal of International Law and Economics* (1998). Andreas F. Lowenfeld, «The Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act: Congress and Cuba. The Helms-Burton Act», *American Journal of International Law*, 1996, 419-434. S. J. Rubin, «Organization of American States, Inter-American Juridical Committee Opinion Examining the U.S. Helms-Burton Act. Introductory Note by ...», *International Legal Materials*, 1996, 1322-1334. Francisco Javier Garcimartín Alférez, «El coste de la Ley Helms-Burton para las empresas españolas», *Derecho de los Negocios*, Año 7, n.º 72, 1996, 13-27. Javier Carrascosa González, «La guerra transoceánica de Derecho internacional privado. Helms-Burton ataca de nuevo: una obra en siete actos», 5 de mayo de 2019, en: <http://accursio.com/blog/?p=883>

ni organismo de los Estados Unidos podrá conceder a sabiendas ningún préstamo, crédito u otra forma de financiación a persona alguna con el propósito de financiar transacciones relativas a una propiedad confiscada que algún nacional de los Estados Unidos haya reclamado oficialmente en la fecha de promulgación de esta Ley, salvo que se trate de una suma aportada por el nacional de los Estados Unidos que posee dicha reclamación para financiar una transacción permitida con arreglo a la Ley de los Estados Unidos». En este sentido, impone una prohibición que guarda relación con lo dispuesto en los Títulos III y IV, en cuanto que estos tienen como finalidad sancionar a quien trafica con propiedades confiscadas. También en el Título I se reitera la prohibición de la importación y el comercio de productos cubanos, prohibiendo su entrada en los Estados Unidos y su comercio fuera de los Estados Unidos cuando sean de origen cubano, estuvieran o se transportaron desde Cuba o por su conducto o se confeccionen o deriven total o parcialmente de cualquier producto que se cultive, elabore o fabrique en dicho país. Además, se señala que la pertenencia norteamericana al Tratado de Libre Comercio de América del Norte en nada modifica o altera las sanciones a Cuba (Sec. 110).

También el Título II es de un contenido eminentemente político, como ya deja ver su propio enunciado: «*Ayuda a una Cuba libre e independiente*». Aborda cuestiones como, entre otras, la política hacia un gobierno de transición y elegido democráticamente (Sec. 201), las condiciones para el levantamiento del embargo económico de Cuba (Sec. 204), y los requisitos para determinar las distintas situaciones (Sec. 205; Sec. 206). En la Sec. 207 regula la liquidación de las reclamaciones de estadounidenses pendientes respecto de propiedades confiscadas en la Isla; sobre todo con la intención de conocer el número de posibles reclamaciones y su cuantía total.

El Título III, *Protección de los derechos de propiedad de nacionales de Estados Unidos*, es el más preocupante de la Ley Helms-Burton y el que provocó que la Unión Europea respondiese con el estatuto de bloqueo que más adelante estudiaremos. En efecto, en dicho Título se establecen soluciones que encierran *Secondary Sanctions*, puesto que pueden afectar a cualquiera aunque no sea *US Person*. Esto es así, porque crea una acción, que se ejercerá ante los Tribunales norteamericanos⁸, en favor de las personas físicas o jurídicas nacionales de Estados Unidos, que hubieran sido titulares de propiedades o activos, valorados en más de 50.000 dólares, nacionalizados o confiscados por el Gobierno cubano el 1 de enero de 1959 o después, contra aquellos que trafiquen con dichas propiedades o activos.

⁸ En concreto ante la United States District Court.

De acuerdo con la definición que da el propio texto legal, una persona trafica con propiedades confiscadas si, a sabiendas e intencionadamente, «i) vende, transfiere, distribuye, reparte, cambia, administra o enajena de otro modo una propiedad confiscada, o compra, arrienda, recibe, posee, controla, administra, usa o adquiere de otro modo una propiedad confiscada o posee interés en ella; ii) participa en una actividad comercial en que utilice una propiedad confiscada o se beneficie de otro modo de ella; o iii) promueve o dirige el tráfico (descrito en los apartados i) o ii) realizado por otra persona o participa en él, o de otro modo se involucra en dicho tráfico (descrito en los apartados i) o ii) por mediación de otra persona, sin la autorización de un nacional de los Estados Unidos que haya presentado una reclamación de esa propiedad». Esta definición es extremadamente amplia y, a salvo de las precisiones que puedan hacer los Tribunales en los próximos años, comprende prácticamente a cualquier actividad que se pueda realizar en relación con las propiedades confiscadas⁹. En este sentido parece claro que, desde la perspectiva de la Ley Helms-Burton, habría que entender que por ejemplo administrar un hotel situado en un inmueble confiscado implicaría traficar con este último bien.

La demanda podrá ser presentada únicamente por quien sea nacional de los Estados Unidos, aunque no lo fuese en el momento de la expropiación. Además, aunque con algunos matices, la reclamación deberá estar certificada por la Comisión de Liquidación de Reclamaciones en el Extranjero (CLRE). Expresamente se señala que no se podrá aplicar en estos casos la doctrina del acto de Estado, en el sentido de que ningún Tribunal norteamericano invocará dicha doctrina para abstenerse de pronunciar una determinación sobre el fondo de una acción presentada en base a esta normativa. No se podrá plantear la demanda dos años después del cese del tráfico que de origen a la misma.

Por lo que respecta a la cuantía de la indemnización, en los casos de lo que se pudiera denominar responsabilidad ordinaria el condenado deberá pagar la responsabilidad por tráfico más las costas y honorarios del proceso. La responsabilidad por tráfico será la mayor de las sumas siguientes: la suma, si existiera, certificada por la CLRE en virtud de la Ley de Liquidación de Reclamaciones Internacionales de 1949, más los intereses, o

⁹ El propio texto legal excluye expresamente del término traficar: enviar a Cuba señales internacionales de telecomunicaciones; el comercio o la tenencia de valores cotizados, salvo que tal comercio se realice con un sujeto designado especialmente por la Secretaría del tesoro; las transacciones y usos de la propiedad necesarios para realizar viajes lícitos a Cuba y la transacción y el uso de propiedades por una persona física con nacionalidad cubana y residente en Cuba y que no sea funcionaria del Gobierno cubano ni del Partido Comunista Cubano.

la suma calculada por un perito nombrado por el Tribunal, más los intereses, o el valor normal de mercado de la propiedad, calculado como el valor de la misma en ese momento, o el valor de la propiedad en el momento de la confiscación más el interés, prefiriéndose el mayor de los dos. Además, se prevé también la existencia de responsabilidad ampliada o extraordinaria fundamentalmente para los supuestos en los que el demandado o al que se le ha notificado que va a ser demandado en un plazo de 30 días continúa traficando o trafica con los bienes objeto de la reclamación. La responsabilidad aumentada puede dar lugar a una indemnización de tres veces la cuantía de la responsabilidad por tráfico más las costas y honorarios del proceso.

Sin necesidad de mayores precisiones, que desbordarían los límites de este artículo, vemos que el Título III de la Ley Helms-Burton configura un régimen legal extraordinariamente peligroso para toda persona física o jurídica que realice cualquier actividad económica o empresarial relacionada con bienes nacionalizados por la revolución cubana.

De acuerdo con la Sec. 306, el Título III debería haber entrado en vigor el 1 de agosto de 1996. Sin embargo, el mismo precepto establece que el Presidente podrá aplazar la fecha de entrada en vigor por periodos sucesivos de seis meses notificándose al Congreso, alegando que *«la suspensión es necesaria para los intereses nacionales de los Estados Unidos y acelerará la transición hacia la democracia en Cuba»*. Desde 1996 todas las administraciones presidenciales se acogieron a esta posibilidad y sucesivamente aplazaron la entrada en vigor del Título III, posiblemente lo hicieron para reducir tirantezas con la Comunidad Europea y porque pensaban que era lo mejor para Estados Unidos. Pero en enero de 2019, la Administración Trump redujo el aplazamiento a solo 45 días y posteriormente a periodos más cortos, hasta anunciar el 17 de abril que no renovarían el aplazamiento por lo que el 2 de mayo de 2019 el Título III entró plenamente en vigor. Ese mismo día se presentó la primera demanda, en concreto contra una naviera operadora de cruceros por el uso de instalaciones portuarias en La Habana¹⁰.

Las demandas en base al Título III de la Ley Helms-Burton son un fenómeno muy reciente y por lo tanto es difícil extraer conclusiones sobre cómo será su devenir futuro. El Departamento del Tesoro de Estados Unidos ha afirmado que existen unas 6.000 reclamaciones, pero la realidad es

¹⁰ <https://www.reuters.com/article/us-usa-cuba-lawsuits/carnival-first-company-sued-for-profitting-from-expropriated-cuban-property-idUSKCN1S8227>

La demandada, Carnival Corp., pidió que se desestimase la demanda, ya que la compañía tenía suficiente autorización del Departamento del Tesoro de Estados Unidos para operar en Cuba. Pero el Juez sostuvo que no estaba persuadido por este razonamiento y rechazó su pretensión, por lo que el litigio ha continuado.

que, por el momento, no se ha producido un aluvión de demandas. Ciertamente son casos que desde la perspectiva de los demandantes presentan algunas serias dificultades, como entre otras que van a ser pleitos largos y costosos, también pueden ser muchas las dificultades probatorias (titularidades, situaciones registrales, posible existencia de gravámenes, etc.), igualmente habrá que dilucidar la incidencia de licencias y concesiones administrativas y existe el grave problema de precisar los derechos del demandado respecto de las mejoras e inversiones que haya realizado en el bien que en su día fue confiscado. Y todo esto sin que existan precedentes específicos al respecto. No obstante, ha habido un goteo de demandas que han afectado a los más variados sectores: navieras de cruceros, empresas petroleras, agencias de viajes, cadenas hoteleras, etc. Hay que resaltar que las demandas, hasta el momento, han recaído en los ámbitos más fundamentales de la economía cubana.

Pese al corto tiempo transcurrido, los Tribunales federales norteamericanos ya han dictado algunas resoluciones fruto de estas demandas. Junto a la que fue negativa para Carnival Cruises y a la que nos hemos referido en la nota anterior, también ha dictado algunas decisiones favorables, o parcialmente favorables, para los demandados. Así, el 2 de enero de 2020 se ha dictado una *Order*¹¹ por la que se excluye del procedimiento (*dismissed without prejudice*), en lo que se refiere a los beneficios comerciales obtenidos en Cuba, a Meliá Hotels International S.A., Meliá Hotels USA LLC, Trivago GMBH, Grupo Hotelero Gran Caribe, Corporación de Comercio y Turismo Internacional Cubanacan S.A. y Grupo de Turismo Gaviota S.A. Pero todas estas entidades pueden ser incluidas en otras demandas futuras o pendientes que puedan existir en base al Título III de la Ley Helms-Burton.

También se han dictado sendas *Orders* de 3 de enero de 2020¹² y 7 de enero de 2020¹³ por las que se desestiman las demandas (*dismissed with prejudice*) presentadas por los antiguos propietarios de muelles del puerto

¹¹ Maricela Mata; *et al.* v. Expedia, Inc.; *et al.*, United States District Court. Southern District of Florida. Case N.º 19-22529-CIV-ALTONAGA/Goodman.

<https://www.cubatrade.org/blog/2020/1/3/9uz6zk9a74r7j75mn9dnwqlatpgvt3>

¹² Havana Docks Corporation v. MSC Cruises SA CO and MSC Cruises (USA) INC., United States District Court. Southern District of Florida. Case N.º 19-cv-23588-BLOOM/Louis.

<https://static1.squarespace.com/static/563a4585e4b00d0211e8dd7e/t/5e13638c7944901ca98f7116/15783>

¹³ Havana Docks Corporation v. Norwegian Cruise Line Holding LTD, United States District Court. Southern District of Florida. Case N.º 19-cv-23591-BLOOM/Louis.

<https://static1.squarespace.com/static/563a4585e4b00d0211e8dd7e/t/5e14b8563ef8773f5730064b/1578416215074/Havana+Docks+v+NCL+-+BB+Order+Dismissing+with+Prejudice.pdf>

de La Habana contra dos navieras. En las demandas se decía que las demandadas a partir de marzo de 2017, a sabiendas e intencionadamente utilizaron reiteradamente tales instalaciones para embarcar y desembarcar pasajeros sin gozar de la autorización de la parte demandante. La juez rechazó las demandas porque en el periodo objeto de las mismas, es decir después de 2017, los intereses de Havana Docks Corporation habían expirado, ya que la concesión de la que disponía la demandante había concluido en 2004 y por consiguiente no tenía derecho a reclamar por las actividades ocurridas posteriormente. Las dos *Orders* son decisiones finales y la parte demandante no puede plantear otras acciones sustentadas en los mismos hechos y fundamentos jurídicos, pero puede demandar por los hechos sucedidos entre 1960 y 2004.

Finalmente, el Título IV de la Ley Helms-Burton establece que el Secretario de Estado denegará el visado y el Fiscal General excluirá de los Estados Unidos a los extranjeros que, después de la entrada en vigor de la citada Ley, la Secretaría de Estado determine que han confiscado, participado en la confiscación o transformado el bien confiscado reclamado por un norteamericano o hayan traficado con una propiedad confiscada cuya reclamación posea un nacional de los Estados Unidos. También cuando el extranjero sea directivo, director o accionista mayoritario de una entidad que haya intervenido en la confiscación o en el tráfico. Igualmente la prohibición de acceder a Norteamérica se aplica a los cónyuges, hijos menores de edad y representantes de las personas enumeradas anteriormente. El Título IV, a diferencia del III, siempre ha estado en vigor pero se ha aplicado moderadamente.

III. Una cuestión tangencial planteada ante los Tribunales españoles: el asunto Central Santa Lucía L. C. contra Meliá Hotels International S.A.

El reciente Auto del Juzgado de Primera Instancia N.º 24 de Palma de Mallorca, de 2 de septiembre de 2019¹⁴, ha determinado que los Tribunales españoles carecen de competencia judicial internacional para entrar a resolver sobre una demanda planteada por antiguos propietarios cubanos contra una empresa española, pretendiendo el pago por parte de la demandada de las ganancias obtenidas por la explotación de un complejo hotelero en Cuba, situado en terrenos confiscados a la demandante. Obviamente el

¹⁴ ECLI:ES:JPI:2019:6A. Nicolás Zambrana-Tévar, «The long tentacles of the Helms-Burton Act in Europe», *Conflict of Laws.net*, 6 de septiembre de 2020. <http://conflictoflaws.net/2019/the-long-tentacles-of-the-helms-burton-act-in-europe/>

Auto puede ser objeto de un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, por lo que la cuestión no está completamente cerrada.

Los hechos que dieron lugar a la resolución fueron los siguientes: Central Santa Lucía L.C. es una sociedad norteamericana sucesora de Santa Lucía Company S.A. y de la sociedad civil Sánchez Hermanos. Estas últimas eran propietarias de unos terrenos situados en Cuba en una zona denominada «Ingenio Santa Lucía». Tras la revolución, mediante la Ley 890, publicada el día 15 de octubre de 1960¹⁵, el Gobierno cubano nacionalizó todos los bienes y empresas propiedad de personas físicas o jurídicas de nacionalidad cubana o constituidas de acuerdo con la legislación de Cuba. Estas medidas expropiatorias afectaron a los inmuebles de los que eran titulares Santa Lucía Company S.A. y Sánchez Hermanos. Dentro de «Ingenio Santa Lucía» se sitúa «Playa Esmeralda». La empresa española domiciliada en Palma de Mallorca Meliá Hotels International S.A., mediante un acuerdo con la empresa estatal cubana Gaviota S.A., ha gestionado y explotado durante años dos hoteles situados en «Playa Esmeralda».

En base a estos presupuestos, Central Santa Lucía demandó a Meliá Hotels International S.A. alegando que la demandada había obtenido un enriquecimiento con causa ilícita durante todo el tiempo en el que había desarrollado su actividad hotelera en «Playa Esmeralda»; por este motivo, los beneficios obtenidos por la empresa demandada debían ser considerados como frutos derivados de una posesión ejercitada de mala fe a los efectos del artículo 455 del Código Civil español, que dice: «*El poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir, y solo tendrá derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa ...*»¹⁶. Todo esto llevaba a la demandante a reclamar a Meliá Hotels International una cantidad equivalente a los frutos, o sea a los beneficios económicos, que esta última había obtenido durante los últimos cinco años por la explotación de los hoteles situados en «Playa Esmeralda».

Hay que resaltar que, como hemos visto, la demanda se presentó en base al ordenamiento jurídico español, aunque partiendo siempre del presupuesto de que la expropiación, confiscación según Central Santa Lucía, realizada por el Gobierno cubano de sus inmuebles fue ilegítima desde el punto de vista del Derecho Internacional y que Meliá Hotels International conscientemente se aprovechó de dicho acto ilegítimo. Por consiguiente, la demanda no se fundamentó en la Ley Helms-Burton, la

¹⁵ *Diario Oficial de la República de Cuba*. Edición Extraordinaria de 13 de octubre de 1960. Año LVIII – Tomo Quincenal Número XIX.

¹⁶ Para un estudio pormenorizado de este precepto véase: Xabier Basozabal Arrue, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (Madrid, Civitas, 1998), 252 y ss.

cual no prevé su aplicación a una reclamación planteada ante los Tribunales españoles o de cualquier otro Tribunal no norteamericano. Por esta misma razón tampoco es aplicable en el caso que ahora nos ocupa el Estatuto de Bloqueo de la Unión Europea, que trataremos detalladamente en un apartado posterior.

El Auto del Juzgado de Palma de Mallorca parte de la idea de que todas las pretensiones de la demandante se basan en la premisa básica de la ilicitud del acto por medio del cual Cuba nacionalizó los inmuebles propiedad de Santa Lucía Company S.A. y Sánchez Hermanos, y en consecuencia la resolución del caso pasa necesariamente por el análisis y valoración del acto de nacionalización, para determinar la eventual ilicitud del título de propiedad del Estado Cubano sobre «Playa Esmeralda». Hasta aquí la posición del Auto sería bastante admisible, pero inmediatamente incurre en un error grave al sostener que las pretensiones de la parte demandante se fundamentan en una acción real referente a un bien inmueble situado en Cuba. Esta afirmación es insostenible, pues la realidad es que no estamos ante una acción real sino ante una acción de naturaleza personal.

El Auto llega a la conclusión de que los Tribunales españoles carecen de competencia judicial internacional para enjuiciar el caso por dos motivos. El primero es la inmunidad de jurisdicción consagrada en los artículos 4 y siguientes de la Ley Orgánica 16/2015 sobre Privilegios e inmunidades, 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En efecto, el Auto afirma que dado que la demanda se fundamenta en la declaración de ilicitud del título de propiedad que Cuba ostenta sobre «Playa Esmeralda» y que la expropiación es una expresión de la soberanía del Estado cubano, las pretensiones de la demandante se sustentan en la valoración jurídica de actos realizados por un sujeto protegido por la inmunidad de jurisdicción, como es Cuba, y por tanto los Tribunales españoles, de acuerdo con la normativa invocada más arriba, no tienen jurisdicción sobre el caso. Lo que se vería reforzado porque se ejercitaban pretensiones relativas a un bien propiedad de un Estado. Sin embargo, esta invocación de la inmunidad de jurisdicción en este supuesto es técnicamente inadmisibles; ya que en el litigio no se demandaba al Estado cubano, sino a una empresa privada, como es Meliá Hotels International S.A., la cual en ningún caso estaría amparada por dicha inmunidad.

El segundo motivo para sustentar la incompetencia de los Tribunales españoles se basaba en la competencia exclusiva en materia de derechos reales inmobiliarios de los Tribunales del lugar de situación del inmueble prevista en el artículo 24.1 del Reglamento (UE) 1215/2012, que coincide con el artículo 22.a) LOPJ. En este sentido el Auto afirma que como las pretensiones de la demandante se fundamentan en una acción real referente a un inmueble situado en Cuba nuestros Tribunales no pueden enjuiciar el

caso por la incidencia de la competencia exclusiva¹⁷. Sin embargo, tampoco se puede admitir esta construcción, pues como hemos señalado anteriormente en la demanda no se planteó una acción real sino una acción de naturaleza personal.

Llegados aquí surge la gran pregunta: ¿Cuál hubiese sido la respuesta jurídica correcta ante el problema planteado? La respuesta no es sencilla y más si tenemos en cuenta que en el asunto no solo se dilucidan intereses particulares sino también importantes intereses de España, puesto que las empresas turísticas tienen una relevancia fundamental y decisiva en nuestra economía.

Una posición doctrinal¹⁸ es la que recuerda que el Reglamento Bruselas I-bis no ofrece ninguna solución precisa respecto del problema de las competencias exclusivas de Terceros Estados, pero que los Informes oficiales anejan a los textos legales europeos¹⁹ y de alguna manera la jurisprudencia

¹⁷ Se puede decir que el Auto plasma, aunque erróneamente, la llamada teoría de la multilateralización del artículo 24 del Reglamento (UE) 1215/2012, que implica que los Tribunales de los Estados miembros del Reglamento deben declararse incompetentes cuando el fondo del litigio recaiga sobre materias que sean competencia exclusiva de un Tercer Estado en situaciones paralelas con las previstas en el citado precepto. Horatia Muir-Watt, «L'immunité souveraine et les fonds "vautour"», *Revue Critique Droit International Privé*, (2012), 789-798.

Sin embargo, como veremos más adelante, esta posición no es la que amparan los informes oficiales y la jurisprudencia europeos ante el arduo problema de determinar si son competentes los Tribunales de un Estado miembro del Reglamento cuando se les plantea un litigio que recaee sobre una competencia exclusiva de un Tercer Estado.

¹⁸ Javier Carrascosa González, «Geopolítica triangular y Derecho Internacional Privado. La Ley Helms Burton y la litigación internacional», en: *Actas de las XXVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Nuevo Mundo, Nueva Europa. La redefinición de la Unión Europea en la Era del Brexit. Granada 18-20 septiembre 2019*, (en prensa).

¹⁹ Martinho de Almeida Cruz, Manuel Desantes Real y Paul Jenard, «Informe sobre el Convenio relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», *DOCE C 189*, de 28 de julio de 1990, 47. P. Jenard y G. Möller, «Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado en Lugano el 16 de septiembre de 1988», *DOCE C 189*, de 28 de julio de 1990, 76. Fausto Pocar, «Informe explicativo sobre el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007», *DOUE C 319*, de 23 de diciembre de 2009, 24. En este último se dice: «Por sugerencia de la Comisión, el Grupo ad hoc estudió la cuestión de si debía considerarse que el artículo 22, apartado 1, tenía un efecto reflejo en virtud del cual los tribunales de los Estados vinculados por el Convenio quedarían privados de competencia si el bien estuviera situado en un Estado no vinculado por el Convenio. Como se señalaba en el informe Jenard-Möller, el artículo 16, apartado 1, del Convenio de 1988 únicamente se aplica si el bien está situado en el territorio de un Estado contratante. Si el bien está situado en un Estado no

del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁰ propugnan la denominada teoría anti-denegación de justicia, de acuerdo con la cual cuando exista una competencia exclusiva de los Tribunales de un Tercer Estado pero los Tribunales de un Estado miembro resulten competentes en base a los foros previstos en el mencionado Reglamento, por ejemplo por que opere el criterio del domicilio del demandado, deben entrar a conocer del asunto. En consecuencia desde esta perspectiva, en el caso que nos ocupa el Juzgado de Palma de Mallorca debía haberse declarado competente, ya que no se trataba de una acción real, o incluso aunque lo hubiese sido, sobre un inmueble situado en el extranjero y la competencia de los Tribunales españoles quedaba justificada por el hecho de que la empresa demandada tenía su domicilio en España.

Pero esta construcción doctrinal da un paso más y señala que la cuestión previa para resolver el caso, es decir determinar la legalidad de la expropiación realizada por las autoridades de Cuba, es competencia exclusiva de los Tribunales cubanos y por consiguiente mientras estos Tribunales no sentencien sobre la legalidad o ilegalidad de la expropiación, el Juzgado español no puede pronunciarse sobre la existencia de enriquecimiento injusto

vinculado por el Convenio, el artículo 2 de éste, con las posibles competencias especiales que el Convenio contempla, se aplica si el demandado está domiciliado en un Estado contratante, y el artículo 4 se aplica si el demandado está domiciliado en un Estado no vinculado por el Convenio».

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 28 de abril de 2009; asunto C-420/07; Meletis Apostolides/David Charles Orams, Linda Elizabeth Orams; *Rec.* (2009), I-357; ECLI:EU:C:2009:271.

La sentencia versa sobre un supuesto muy particular y por consiguiente la doctrina que se pueda extraer de ella debe ser tomada con precaución. El litigio original que dio lugar a la cuestión prejudicial tenía por objeto el reconocimiento y ejecución en el Reino Unido, en base al Reglamento (CE) 44/2001, de dos sentencias dictadas por un Tribunal Chipriota, ubicado en la zona bajo control del Gobierno de Chipre, relativas a una acción ejercitada por el Sr. Apostolides contra los esposos Orams sobre un bien inmueble, que se hallaba situado en el Norte de la isla en la zona ocupada por el ejército turco, en la que existe una entidad denominada República Turca de Chipre del Norte, que solamente es reconocida por Turquía. El inmueble era propiedad de la familia del Sr. Apostolides, que lo usaba pero que se vio obligado a abandonar su casa por pertenecer a la comunidad grecochipriota. El Tribunal de Justicia admitió indirectamente la competencia de los Tribunales Chipriotas de la zona bajo control gubernamental en relación con un litigio referente a un derecho real sobre un inmueble ubicado en el territorio que de hecho no controlaba el Gobierno de Chipre. En concreto afirmó: *«El hecho de que el inmueble se encuentre en la zona norte puede tener eventualmente incidencia sobre la competencia interna de los tribunales chipriotas, pero no a efectos de este Reglamento. ... El artículo 35, apartado 1, del Reglamento n.º 44/2001 no autoriza a un tribunal de un Estado miembro a denegar el reconocimiento y la ejecución de una resolución dictada por un tribunal de otro Estado miembro y referida a un inmueble situado en una zona del territorio de ese Estado en la que el Gobierno de éste no ejerce un control efectivo»* (apartados 51 y 52).

por parte de la empresa española demandada. O sea, «*en este caso, era imprescindible decidir si la expropiación realizada en Cuba era legal o no, antes de decidir si el enriquecimiento fue injusto o no lo fue. En consecuencia, el tribunal de Mallorca, que conoce de la cuestión principal, no puede conocer de la cuestión incidental si ésta corresponde a la competencia exclusiva de tribunales de otro Estado ... Suspenderá el proceso hasta que los tribunales cubanos que disponen de competencia exclusiva sobre la cuestión incidental dicten una resolución y se pronuncien sobre la cuestión incidental, esto es, sobre la legalidad de la expropiación en Cuba*»²¹.

El fundamento de esta última construcción se encuentra en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2006²². En ella se dijo que la competencia exclusiva prevista en el artículo 16.4 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (artículo 24.4 del Reglamento (UE) 1215/2012) —en materia de inscripción o validez de patentes tienen competencia exclusiva los tribunales del Estado donde se haya efectuado el registro— se aplica a todos los litigios relativos a la validez de una patente, tanto si la cuestión se suscita por vía de acción como por vía de excepción. Esta solución jurisprudencial ha sido interpretada por la doctrina²³ y los Informes de la Unión Europea²⁴ en el sentido de que cuando a un juez se le plantee un litigio en el que para su resolución se deba resolver previamente sobre una materia que es competencia exclusiva de los Tribunales de otro Estado se debe declarar de oficio incompetente para abordar esta última cuestión y, según los procedimientos previstos en su Derecho suspender el procedimiento antes de resolver sobre el fondo hasta que dicte sentencia el Tribunal con competencia exclusiva. Ciertamente esta solución se articuló con normativa de la Unión Europea y entre Estados miembros, pero puede trasladarse razonablemente a supuestos en los que la cuestión que debe resolverse previamente es competencia exclusiva de los Tribunales de un Tercer Estado.

Pero sin negar la indudable solidez de esta construcción doctrinal, también se puede propugnar otra solución parcialmente distinta basada en la concepción española del enriquecimiento injustificado. Ciertamente ésta es una figura compleja, de perfiles borrosos y sobre la que la jurisprudencia

²¹ Javier Carrascosa González, «Geopolítica triangular ...», (en prensa).

²² Asunto C-4/03; Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG/Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG; *Rec.* (2006), I-6523.

²³ Michael Wilderspin, «La compétence juridictionnelle en matière de litiges concernant la violation des droits de propriété intellectuelle. Les arrêts de la Cour de justice dans les affaires C-4/03, GAT c. LUK et C-539/03. Roche Nederland c. Primus et Goldberg», *Revue Critique de Droit International Privé*, N.º 4, (2006), 778-788.

²⁴ Fausto Pocar, «Informe explicativo ...», 26-27.

se muestra relativamente dubitativa. Sin embargo, atendiendo a la doctrina más autorizada, debemos recordar que «*La jurisprudencia española ha sostenido desde la lúcida sentencia de D. Celestino VALLEDOR, de 12 abril 1995 (RJ 1955/1126), que las acciones de daños y enriquecimiento tienen su propia fisonomía, independencia, función y plazo de prescripción*»²⁵. A partir de este presupuesto debemos recordar que en el caso que nos ocupa la parte expropiada no recibió ningún tipo de justiprecio, de tal manera que hubo un despojo de la propiedad y una atribución de la misma a quien nada había pagado. Todo esto provocó que Meliá Hotels International, a través de la intromisión en la propiedad de un ente público cubano, tuviese un enriquecimiento injustificado; de tal manera que obtuvo unos frutos respecto de los cuales la demandante no pudo pedir la restitución más que ejerciendo la demanda que ha planteado ante los Tribunales de Palma de Mallorca e incluso Meliá Hotels International realizó una actividad hotelera que en caso de no haberse producido la nacionalización hubiese podido ser efectuada por Santa Lucía Company S.A. y la sociedad civil Sánchez Hermanos, los propietarios originales. Por consiguiente hubo un despojo injustificado y un enriquecimiento igualmente injustificado. En este sentido hay que tener muy presente que ésta es una figura que opera objetivamente sin necesidad de probar la ilicitud de los actos de despojo y atribución; no es necesario que exista culpa o dolo del demandado.

Proyectando estas ideas al ámbito de la competencia judicial internacional hay que concluir lo siguiente: ya hemos justificado la indiscutible competencia de los Tribunales españoles, pues el litigio tiene su origen en una acción de naturaleza personal dirigida contra una persona jurídica domiciliada en España, pero además como se puede sostener que el enriquecimiento injustificado actúa objetivamente sin que sea preciso acreditar la ilicitud del acto de despojo, para resolver sobre el fondo del asunto no sería necesario el pronunciamiento previo de los Tribunales de la República de Cuba sobre la licitud o ilicitud de la expropiación, materia de su exclusiva competencia, y por consiguiente el Juzgado de Palma de Mallorca podría dilucidar en cuanto al fondo sin esperar a la resolución previa de los Tribunales cubanos. De esta manera quedaría clara su competencia judicial internacional para enjuiciar el asunto sin ningún otro condicionante.

Lo dicho en el párrafo anterior en nada prejuzgaría el fondo del asunto: para que la demandada deba restituir los frutos obtenidos sería necesario probar que era poseedora de mala fe. Esto no es sencillo, pues para que exista mala fe es necesario que Meliá Hotels International fuese consciente

²⁵ Xabier Basozabal Arrue, «La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: pautas para salir de un atolladero», *Revista de Derecho Civil* VI, n.º 2, (2019): 119. Y en general: Basozabal Arrue, *Enriquecimiento ...*, 202 y ss.

de estar explotando el inmueble a costa de que se privó del mismo a los antiguos propietarios. Por otro lado, su buena fe se puede defender alegando que negoció con una empresa pública de un Estado soberano, que aparentemente podía disponer libremente de «Playa Esmeralda» y que en todo momento cumplió escrupulosamente las leyes españolas y las de la República de Cuba.

IV. El estatuto de bloqueo de la Unión Europea

1. Aspectos generales y régimen legal

Un estatuto de bloqueo, también en ocasiones denominado ley antidoto²⁶, es una norma, o conjunto de normas, que tiene por objeto contrarrestar los efectos ilícitos de las sanciones extraterritoriales de terceros países en las personas físicas y jurídicas a las que protege. Como dice la Comisión de la Unión Europea: «*El estatuto de bloqueo tiene por objeto contrarrestar los efectos ilícitos de las sanciones extraterritoriales de terceros países en las personas físicas y jurídicas mencionadas en su artículo 11 (en lo sucesivo «operadores de la UE»). Por lo tanto, su objetivo principal es proteger a los operadores de la UE que ejerzan actividades internacionales legales de comercio o circulación de capitales y actividades comerciales conexas con terceros países, de conformidad con el Derecho de la UE*»²⁷.

El estatuto de bloqueo de la Unión Europea se contiene fundamentalmente en el Reglamento (CE) 2271/96 del Consejo, de 22 de noviembre de 1996, relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella²⁸. Como manifiesta su propio preámbulo,

²⁶ Hermenegildo Altozano García-Figueras, *La protección de las inversiones españolas en el exterior* (Madrid, 2001), 114-118.

²⁷ Comisión Europea, «Nota de orientación. Preguntas y respuestas: adopción de la actualización del estatuto de bloqueo», *DOCE C 277*, de 7 de agosto de 2018, 4.

²⁸ *DOCE L 309*, de 29 de noviembre de 1996, 1. Rectificación en *DOCE L 179*, de 8 de julio de 1997, 10. Hay que tener muy presente la fecha en la que se dictó esta norma y los cambios políticos y legislativos que han tenido lugar desde entonces. Así, cuando el Reglamento habla de la Comunidad hay que entender que se refiere a la Unión Europea; igualmente cuando se remite a alguna norma hay que interpretar que la remisión es a la disposición actualmente en vigor que ha sustituido posteriormente a la citada por el Reglamento.

El Reglamento tenía su fundamento en la Acción común, de 22 de noviembre de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base de los artículos J.3 y K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a las medidas de protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella (*DOCE L 309*, de 29 de noviembre de 1996, 7).

su origen se encuentra en que la Comunidad Europea pretende el desarrollo armonioso del comercio internacional y la supresión progresiva de las restricciones comerciales incluso con terceros Estados; igualmente propugna la libre circulación de capitales a todos los niveles y la supresión de cualquier restricción a las inversiones directas, a la prestación de servicios financieros o a la admisión de valores en los mercados de capitales. Frente a esto, un tercer país ha dictado diversa normativa con la que pretende regular la actividad de personas físicas y jurídicas dependientes de la jurisdicción de los Estados miembros de la Unión Europea; esta aplicación extraterritorial de dicha normativa es contraria al Derecho Internacional y además obstaculiza el logro de las pretensiones antes expuestas. Por todo esto, se dicta el Reglamento (CE) 2271/96 como un instrumento para proteger los intereses de la Unión Europea y de los sujetos que ejercen sus derechos en base al Tratado constitutivo de la Comunidad²⁹.

El estatuto de bloqueo se dictó para hacer frente a la entrada en vigor de la Ley Helms-Burton y se puede decir que, en principio, tuvo éxito, ya que Estados Unidos se avino a negociar con la Comunidad Europea y sus entonces Estados miembros y dejó en suspenso la aplicación del Título III de la citada Ley³⁰.

Véase también el Reglamento (CE) 807/2003 del Consejo, de 14 de abril de 2003, por el que se adaptan a la Decisión 1999/468/CE las disposiciones relativas a los comités que colaboran con la Comisión en el ejercicio de sus competencias de ejecución previstas en los actos del Consejo adoptados con arreglo al procedimiento de consulta (unanimidad) (DOUE L 122, de 16 de mayo de 2003, 36) y el Reglamento (UE) 37/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2014, por el que se modifican determinados reglamentos relativos a la política comercial común en lo referente a los procedimientos para la adopción de determinadas medidas (DOUE L 18, de 21 de enero de 2014, 1).

Jürgen Huber, «Le dispositif Législatif adopté par l'Union Européenne pour neutraliser les effets des lois américaines Helms-Burton et D'Amato-Kennedy», en *Sanctions unilatérales, mondialisation ...*, 219-237. Bruno Leurent, «Les implications des législations de sanction et de blocage sur les relations juridiques privées internationales», en *Sanctions unilatérales, mondialisation ...*, 277-292.

²⁹ Muchos otros países han dictado estatutos de bloqueo, por ejemplo: Canadá, mediante su *Foreign Extraterritorial Measures Act-Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères*, México son su Ley de Protección al Comercio y la inversión de normas extranjeras que contravengan el Derecho Internacional y la propia Cuba que dictó la Ley de Reafirmación de la Dignidad y la Soberanía Cubanas.

<https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/F-29.pdf> <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/63.pdf>

<http://www.parlamentocubano.gob.cu/index.php/documento/ley-de-la-dignidad-y-soberania-cubanas/>

³⁰ Paula Foces Rubio, *Cuba en el mundo: el papel de Estados Unidos, la Unión Europea y España* (Madrid, 2018), 34-37. *European Union-United States: Memorandum of Understanding Concerning the U.S. Helms-Burton Act and the U.S. Iran and Libya Sanctions Act.*

En el año 2018, ante la reintroducción de la mayor parte de las *Secondary Sanctions* de Estados Unidos contra la República Islámica de Irán³¹, el Reglamento (CE) 2271/96 fue actualizado y modificado mediante el Reglamento Delegado (UE) 2018/1100 de la Comisión, de 6 de junio de 2018, por el que se modifica el anexo del Reglamento (CE) n.º 2271/96 del Consejo, relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella³² y el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1101 de la Comisión, de 3 de agosto de 2018, por el que se establecen los criterios para la aplicación del artículo 5, párrafo segundo, del Reglamento (CE) n.º 2271/96 del Consejo, relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella³³.

Dadas las particularidades del Derecho de la Unión Europea y sobre todo porque ésta carece de administración periférica, los distintos Estados miembros dictaron en su momento Leyes para precisar las sanciones en caso de infracción del estatuto de bloqueo. En concreto España aprobó la Ley 27/1998, de 13 de julio, sobre sanciones aplicables a las infracciones de las normas establecidas en el Reglamento (CE) número 2271/96, del Consejo, de 22 de noviembre, relativo a la protección frente a la aplicación extraterritorial de la legislación de un país tercero³⁴.

La Ley española es muy sencilla. En sus artículos 2 y 3 reproduce las obligaciones que se derivan para los particulares de lo dispuesto en el Reglamento (CE) 2271/96, sobre las que posteriormente nos extenderemos, e identifica la autoridad española competente a los efectos de dichas obligaciones. En sus artículos 4 a 7 regula lo que es su contenido principal, es decir el régimen sancionador: responsables de las infracciones, sanciones, que son siempre de naturaleza pecuniaria, procedimiento sancionador y multas coercitivas. La Ley se ha quedado en gran medida obsoleta; dado el tiempo transcurrido desde que fue promulgada la mayor parte de las sanciones que prevé son económicamente muy leves al día de hoy, provocando la paradoja de que a una empresa española le puede convenir vulnerar el estatuto de bloqueo y, en consecuencia, afrontar la comparativamente suave sanción establecida en la Ley 27/1998 frente al enorme riesgo de ser objeto de las duras sanciones que le pueden imponer la Administración o los Tribunales

April 11, 1997. <http://www.parlamentocubano.gob.cu/index.php/documento/ley-de-la-dignidad-y-soberania-cubanas/>

³¹ <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/programs/pages/iran.aspx>

³² *DOUE* L 199, de 7 de agosto de 2018, 1.

³³ *DOUE* L 199, de 7 de agosto de 2018, 7.

³⁴ *BOE* de 14 de julio de 1998.

norteamericanos si vulnera las *Secondary Sanctions* dictadas por Estados Unidos³⁵. Por esta razón sería muy deseable que nuestro país, siguiendo el modelo de otros Estados europeos como por ejemplo Bélgica³⁶, reforme y actualice la Ley 27/1998 ó al menos, como ha hecho Francia, trate de identificar los problemas que le plantea la legislación sancionadora extraterritorial norteamericana para actuar en consecuencia en el plano legislativo³⁷.

2. *Sujetos a los que se les aplica el estatuto de bloqueo de la Unión Europea*

El artículo 11 del Reglamento (CE) 2271/96 enumera los sujetos a los que se aplica el estatuto de bloqueo europeo y a los que la Comisión denomina «operadores de la UE»³⁸. La aplicación de dicha normativa afecta a los citados operadores en un doble sentido: por un lado, les impone determinadas obligaciones que deben cumplir, pero por otro lado, articula mecanismos para protegerlos. No obstante, posteriormente defenderemos que la protección dimanante del estatuto de bloqueo europeo en ciertos supuestos puede llegar incluso a proteger a sujetos no enumerados en el artículo 11.

Los operadores de la UE son los siguientes:

³⁵ Por ejemplo, de acuerdo con las legislaciones europea y española actualmente un ciudadano iraní, salvo unos pocos sujetos muy determinados, puede abrir libremente una cuenta corriente en un banco español situado en España. Sin embargo, en estos momentos para cualquier nacional de Irán es extremadamente difícil operar con un banco español, incluso en algo tan sencillo y elemental como abrir una cuenta corriente, ya que nuestras entidades bancarias tienen mucho miedo a incurrir en las *Secondary Sanctions* norteamericanas. Si el iraní con el que un banco español se niega a operar denuncia este comportamiento ante las autoridades de nuestro país, a la entidad bancaria le puede convenir afrontar la sanción prevista en la Ley 27/1998, que no será de más de 60.000 Euros, frente al riesgo de que la Administración norteamericana le prohíba operar con dólares o le excluya de tener actividades de cualquier tipo en Estados Unidos.

³⁶ http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2019050225&table_name=loi Véase el Título VII.

³⁷ Raphaël Gauvain, Claire D'urso, Alain Damais y Samira Jemai, «Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriales. Rapport, Assemblée Nationale», <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/194000532.pdf> Pierre Januel, «Le rapport Gauvain sur la protection des entreprises contre les sanctions américaines», *Dalloz Actualite*, 26 de junio de 2019. Pierre Januel, «L'avocat en entreprise s'imposera-t-il cette fois-ci?», *Dalloz Actualite*, 24 de junio de 2019. Marine Babonneau, «Rapport Gauvain: et revoilà l'avocat en entreprise», *Dalloz Actualite*, 26 de marzo de 2019.

³⁸ Comisión Europea, «Nota de orientación. ...», 5.

1. Toda persona física residente en la Unión Europea y nacional de un Estado miembro. El propio estatuto de bloqueo precisa que a los efectos del mismo ser residente en la Unión «... *significa estar legalmente establecido en la [UE] durante un periodo mínimo de 6 meses en el periodo de 12 meses inmediatamente anterior a la fecha en que, con arreglo al presente Reglamento, surja una obligación o se ejerza un derecho*». Además, la Comisión ha precisado que los nacionales de un Estado miembro están sujetos al estatuto de bloqueo aunque residan fuera de la Unión Europea, incluso en los Estados Unidos de América³⁹.

2. Toda persona constituida en sociedad en la Unión Europea. Es decir, cualquier persona jurídica válidamente constituida de acuerdo con el ordenamiento de un Estado miembro. Esta inclusión plantea el arduo problema de las filiales de empresas norteamericanas en la Unión Europea y de las filiales de empresas europeas en Estados Unidos. La Comisión, en una solución simplista y no exenta de riesgos para los operadores económicos, entiende que existen básicamente tres situaciones⁴⁰:

A. Las filiales en la Unión Europea de empresas norteamericanas, que estén constituidas de acuerdo con la legislación de un Estado miembro y tengan su domicilio social, administración central o centro principal de actividad en el territorio de la Unión, se consideraran operadores de la UE y por consiguiente estarán sometidas al estatuto de bloqueo europeo a todos los efectos.

B. Las sucursales de empresas norteamericanas en la Unión Europea quedan al margen del estatuto de bloqueo, ya que no tienen personalidad jurídica propia distinta de la sociedad matriz.

C. Las filiales de empresas de la Unión Europea en los Estados Unidos de América están sometidas a la legislación en virtud de la cual se hayan constituido, que habitualmente será la de un Estado norteamericano. Por consiguiente no son operadores de la UE y no se les aplica el estatuto de bloqueo europeo. Sin embargo, su empresa matriz sí será un operador de la UE y en consecuencia está sometida a dicho estatuto.

Estas situaciones, muy especialmente la descrita en el párrafo A, pueden ser muy problemáticas en la práctica. Como ya hemos visto, en muchas

³⁹ Comisión Europea, «Nota de orientación. ...», 10.

⁴⁰ Comisión Europea, «Nota de orientación. ...», 10.

ocasiones las filiales en la Unión Europea de empresas norteamericanas son desde la perspectiva estadounidense *US Person* y por lo tanto tienen que cumplir todas las sanciones económicas impuestas por Estados Unidos. De esta manera, pueden verse atrapadas entre dos legislaciones contradictorias que les obligan simultáneamente: el estatuto de bloqueo europeo y las normas sancionadoras norteamericanas. Como veremos más adelante esta situación puede tener solución, pero en un primer momento se presenta viadosa y problemática y requiere que los gestores de las empresas tomen previsiones al respecto.

3. Todos los nacionales de un Estado miembro establecidos fuera de la Unión Europea y cualquier naviera establecida así mismo fuera de la Unión, pero controlada por nacionales de un Estado miembro cuando sus buques estén registrados en dicho Estado miembro con arreglo a su legislación⁴¹.

4. Cualquier otra persona física residente en la Unión Europea, a menos que se encuentre en el país del que es nacional.

5. Cualquier otra persona física que se encuentre en la Unión Europea, incluidos sus aguas territoriales y el espacio aéreo, y en toda aeronave o buque sujetos a la jurisdicción o simplemente al control de un Estado miembro, que actúen profesionalmente.

3. Normas frente a las que opera el estatuto de bloqueo europeo

El Reglamento (CE) 2271/96 contiene un Anexo, intensamente modificado por el Reglamento Delegado (UE) 2018/1100, en el que se enumeran las normas frente a las que actúa el estatuto de bloqueo. Es decir, este último ofrece protección contra los efectos extraterritoriales de las leyes recogidas en su Anexo, incluidas las reglamentaciones y otros instrumentos legislativos, y contra las acciones basadas en ellas o derivadas de ellas cuando su aplicación afecte a los intereses de los operadores de la UE, que se dediquen al comercio o a la inversión internacionales.

⁴¹ Véase el Reglamento (CEE) 4055/85 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre los Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros (*DOCE* L 378, de 31 de diciembre de 1986, 1). Su última versión la constituye el Reglamento (CE) 3573/90 (*DOCE* L 353, de 17 de diciembre de 1990, 16).

Por el momento en el Anexo del estatuto de bloqueo únicamente se han incluido disposiciones legales de Estados Unidos de América contra Cuba, Irán y Libia, si bien se debe entender que ya no se incluyen las referentes a este último país. Las normas norteamericanas que sancionan a Irán son las más numerosas en el Anexo. Este puede ser reformado en cualquier momento excluyendo algunas de las disposiciones que enumera o incluyendo nuevas normas en su elenco. Respecto de cada disposición enumerada en el Anexo se especifican las obligaciones que exige la misma y los posibles daños para los intereses de la Unión Europea que de ella se pueden derivar.

En cuanto a Cuba, el Anexo cita las siguientes leyes y regulaciones: *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 1993, Título XVII – Cuban Democracy Act 1992, secciones 1704 y 1706*, aunque se recuerda que las obligaciones y requisitos impuestos por esta norma están consolidados en el Título I de la Ley Helms-Burton, *Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act of 1996* y ►C1 1. 31 CFR ◀ (Code of Federal Regulations) Capítulo V (7-1-95 edition) Part 515 – Cuban Assets Control Regulations, subpart B (prohibitions), E (Licenses, Authorizations and Statements of Licensig Policy) y G (Penalties).

4. *El mandato fundamental del estatuto de bloqueo: los operadores de la UE no deben respetar ni cumplir las normas enumeradas en el Anexo del Reglamento (CE) 2271/96. Excepciones y alcance real de la prohibición*

El artículo 2 del estatuto de bloqueo impone una primera obligación, que es la de notificación o información. O sea, cuando los intereses económicos o financieros de un operador de la UE se vean afectados de cualquier manera, incluso indirectamente, por las disposiciones enumeradas en su Anexo o por acciones basadas en ellas o derivadas de ellas, por ejemplo por que se le comunica la existencia de una demanda contra ella en base a la Ley Helms-Burton, deberá notificarlo a la Comisión en un plazo de 30 días a partir de la fecha en la que haya conocido el hecho. Cuando el operador de la UE afectado sea una persona jurídica, la obligación de notificación recaerá sobre los directores, ejecutivos y otras personas con responsabilidades de gestión. La notificación podrá realizarse directamente a la Comisión o a través de las autoridades competentes del Estado miembro en el que resida o se haya constituido en sociedad la persona que tenga que facilitar la información⁴².

⁴² En el caso de España véase el artículo 2 de la Ley 27/1998.

Pero la obligación fundamental para los operadores de la UE es la de denegación de cooperación o deber de incumplimiento establecida en el artículo 5, párrafo 1.º, del estatuto de bloqueo. Es decir, ningún operador de la UE respetará de ninguna manera, ni directa ni mediante una filial o intermediario, de forma activa o por omisión deliberada, los mandatos, requisitos, condiciones, prohibiciones e incluso los requerimientos de juzgados extranjeros, basados en las normas citadas en el Anexo o derivados de ellos directa o indirectamente, o en las acciones basadas en ellos o derivadas de ellos; por consiguiente tampoco debe respetar ni cumplir las decisiones, sentencias y laudos basados en dichas normas. Este mandato se formula, en principio, de una manera absoluta; así por ejemplo, si un operador de la UE solicita a la OFAC una licencia individual de concesión de una excepción o exención de la normativa enumerada en el Anexo, ya estaría cumpliendo dicha normativa y por lo tanto vulnerando el estatuto de bloqueo y las normas estatales que lo implementan⁴³. Igualmente, si un operador de la UE recibe una demanda presentada ante un Tribunal norteamericano en base a la Ley Helms-Burton, los artículos 2 y 5 del Reglamento (CE) 2271/96 le obligan a comunicar la circunstancia a la Comisión y a prescindir de realizar cualquier acción en relación con tal demanda.

De lo hasta ahora dicho, pudiera parecer que los mandatos derivados de las normas recogidas en el Anexo del estatuto de bloqueo no van a tener ninguna eficacia en el territorio de la Unión Europea y de ninguna manera se van a aplicar en la misma. Sin embargo, esto no es verdad. Lo dispuesto en el artículo 5, párrafo 1.º, del Reglamento (CE) 2271/96 tiene dos importantes excepciones o particularidades, que en gran medida desvirtúan lo en él dispuesto.

En primer lugar, el párrafo 2.º del artículo 5 del Reglamento (CE) 2271/96 establece que la Comisión podrá autorizar a los operadores de la UE a respetar las disposiciones citadas en el Anexo, en su totalidad o en parte, en los casos en los que su incumplimiento pueda perjudicar gravemente a sus intereses o a los de la Unión Europea. De esta manera, el interesado puede dirigirse a la Comisión solicitando que le autorice a cumplir las normas sancionadoras extraterritoriales norteamericanas si acredita que su incumplimiento le puede perjudicar gravemente.

La Comisión para conceder la autorización valorará los argumentos y pruebas presentados con la solicitud y la concederá o denegará aplicando los criterios que establece el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1101. En su artículo 4, esta norma enuncia de manera ejemplificativa, por con-

⁴³ Comisión Europea, «Nota de orientación. ...», 10. No pasaría lo mismo si se limitase a sostener conversaciones con la Administración norteamericana.

siguiente se pueden ponderar otros índices, 14 criterios. Algunos son muy razonables y lógicos; por ejemplo: «... b) *la existencia de una investigación administrativa o judicial en curso contra el solicitante por parte del tercer país del que emane la legislación extraterritorial enumerada, o de un acuerdo previo de resolución con dicho país; c) la existencia de un vínculo de conexión sustancial con el tercer país del que emanen la legislación extraterritorial enumerada o las acciones subsiguientes; por ejemplo, el hecho de que el solicitante tenga sociedades matrices o filiales, o una participación de personas físicas o jurídicas, sujetas a la jurisdicción primaria del tercer país del que emanen la legislación extraterritorial enumerada o las acciones subsiguientes; d) si el solicitante podría razonablemente adoptar medidas para evitar o mitigar el perjuicio; e) el efecto adverso sobre el ejercicio de la actividad económica, en particular la eventualidad de que el solicitante se enfrente a importantes pérdidas económicas, que pudieran, por ejemplo, amenazar su viabilidad o suponer un grave riesgo o quiebra; f) si la actividad del solicitante se vería excesivamente dificultada debido a la pérdida de materias primas o recursos esenciales que no puedan sustituirse razonablemente; ...».*

Otros criterios se refieren a preservación del medio ambiente, políticas humanitarias de la Unión Europea, los efectos para el mercado interior, etc. En todo caso, la Comisión goza de gran discrecionalidad a la hora de conceder las autorizaciones, ya que, además de que algunos criterios son muy vagos y generalistas, el último dice: «n) *cualquier otro factor pertinente*». Por el camino de las autorizaciones previstas en el artículo 5, párrafo 2.º, del Reglamento (CE) 2271/96 se abre un importante camino para que las *Secondary Sanctions* norteamericanas se proyecten eficazmente en el territorio de la Unión Europea.

La segunda excepción o particularidad que hay que tener en cuenta es que la propia Comisión ha dicho expresamente que el estatuto de bloqueo no obliga a los operadores de la UE a hacer negocios con Cuba o Irán⁴⁴. En este sentido, los operadores de la UE tienen absoluta libertad para desarrollar su actividad siempre que respeten el Derecho de la Unión y la legislación nacional aplicable. Son libres para empezar, continuar o cesar sus actividades empresariales en Cuba o Irán y con los nacionales de estos países. El estatuto de bloqueo protege, dentro de sus límites, a los que deseen continuar trabajando con los citados Estados, pero no les obliga a hacerlo⁴⁵. Esta realidad jurídica da pie a que muchos operadores de la UE

⁴⁴ Comisión Europea, «Nota de orientación. ...», 6.

⁴⁵ Por ejemplo, no se puede invocar el estatuto de bloqueo para obligar a un banco español a operar con clientes cubanos o iraníes. Esa decisión queda absolutamente dentro de su libertad para tomar decisiones económicas y comerciales, dentro del marco de la legalidad.

se sometían espontáneamente a las *Secondary Sanctions* norteamericanas, e incluso en ocasiones de manera exagerada pues van más lejos de lo que ellas imponen⁴⁶.

5. La protección que el estatuto de bloqueo confiere a los operadores de la UE

5.1. Introducción

La finalidad fundamental del estatuto de bloqueo europeo es proteger a los operadores de la UE frente al efecto extraterritorial de ciertas normas sancionadoras de Estados Unidos. La protección se articula mediante dos mecanismos: el rechazo al reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales y administrativas dictadas en base a dichas normas y la compensación por daños. Como veremos posteriormente la protección que confiere el estatuto de bloqueo tiene algunos límites importantes.

5.2. El rechazo al reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales y administrativas dictadas en base a las normas enumeradas en el Anexo

El artículo 4 del Reglamento (CE) 2271/96 establece que las resoluciones judiciales y decisiones administrativas adoptadas por Tribunales o autoridades ubicados fuera de la Unión Europea que hagan efectivas, directa o

⁴⁶ Recientemente en varios países europeos se han dictado resoluciones atinentes a este aspecto del estatuto de bloqueo. Se trata de decisiones cautelares y referentes a las *Secondary Sanctions* contra Irán. Una decisión italiana ha ordenado a un banco de su país continuar prestando servicios a una empresa controlada por iraníes, ya que la interrupción de tales servicios podría implicar una vulneración del estatuto de bloqueo europeo. También en Italia se ha ordenado a un banco desbloquear unos fondos que tenía congelados por que las sanciones norteamericanas no tienen efectos en la Unión Europea.

Sin embargo, un Tribunal alemán ha rechazado la demanda solicitando la continuación de los servicios bancarios prestados a una entidad iraní incluida nuevamente en las listas de sujetos sancionados de la OFAC. El banco alegaba que si continuaba operando con el demandante corría grave riesgo de ser objeto de las sanciones norteamericanas. El Tribunal ha recordado que el estatuto de bloqueo no obliga a los operadores de la UE a hacer negocios con empresas iraníes, especialmente cuando esto pudiera ser contrario a sus intereses comerciales y que su finalidad es garantizar la libertad de los comerciantes europeos para continuar trabajando en transacciones relacionadas con Irán si así lo desean. Por el contrario, otra decisión alemana ha ordenado a una empresa proveedora de servicios de telecomunicaciones que continúe trabajando con la sucursal europea de un banco iraní por lo menos durante el periodo de preaviso previo necesario para la interrupción del contrato.

https://www.eversheds-sutherland.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Competition_EU_and_Regulatory/eu-blocking-regulation-081019

indirectamente, las disposiciones legales enumeradas en su Anexo o las acciones basadas en ellos o derivadas de ellos no serán reconocidas ni ejecutadas en modo alguno en los Estados miembros. De esta manera se articula un motivo específico, propio del Derecho europeo, para rechazar la eficacia de las decisiones judiciales y administrativas dictadas en terceros países cuando las mismas tengan su origen o apliquen las normas citadas en el Anexo del estatuto de bloqueo. Tales decisiones no van a tener ninguna eficacia en el territorio de la Unión Europea.

La Comisión ha precisado que el artículo 4 abarca a los laudos arbitrales⁴⁷. También hay que entender que se refiere a decisiones de cualquier naturaleza: civil, penal, etc.

Aunque las causas para denegar el *exequatur*, en principio, deben ser interpretadas y aplicadas de manera restrictiva⁴⁸, no podemos olvidar que en este caso nos encontramos con una causa de denegación que se dicta para hacer frente a los efectos de unas disposiciones claramente contrarias al Derecho Internacional, en cuanto que son normas sancionadoras de efecto extraterritorial. Desde esta perspectiva se puede defender razonablemente que lo dispuesto en el artículo 4 puede ser objeto de interpretaciones y aplicaciones no necesariamente radicalmente restrictivas.

Por otro lado, aunque el estatuto de bloqueo señala que su finalidad es proteger a los operadores de la UE y la Comisión así lo reitera, los términos en los que está redactado el artículo 4, que en ningún momento exige que el sujeto contra el que se pretenda ejecutar la sentencia extranjera deba ser uno de los citados operadores, puede dar sustento a la tesis de que protege a cualquier demandado en el *exequatur*, aunque sea una persona física o jurídica no europea; es decir, que cualquier demandado contra el que pretendiese ejecutar una decisión dictada en base a la Ley Helms-Burton podría alegar lo dispuesto en el artículo 4 con independencia de sus circunstancias personales (nacionalidad, domicilio, etc.). Además, al margen de lo establecido en el artículo 4 y de la interpretación que del mismo hagan en el futuro los Tribunales de los distintos Estados europeos, los sujetos que no sean operadores de la UE siempre podrán alegar las causas de denegación del *exequatur* previstas en el Derecho interno de cada país, como son en nuestro caso las recogidas en el artículo 46 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil; en este sentido pueden tener gran eficacia la contrariedad con el orden público español (artículo 46.1.a)) o el que la competencia del juez norteamericano no obedece a una conexión razonable con el litigio (artículo 46.1. c)).

⁴⁷ Comisión Europea, «Nota de orientación. ...», 5.

⁴⁸ Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, (18.ª ed., Granada, 2018), vol. I, 431-453.

El artículo 4 articula un mecanismo de protección muy importante frente a las sentencias que se puedan llegar a dictar en base al Título III de la Ley Helms-Burton. Los operadores de la UE, y dependiendo de la interpretación del precepto incluso otros sujetos, tienen asegurada la intangibilidad de sus bienes e intereses ubicados en el territorio de la Unión Europea. Pero esta protección no va más lejos. Sus bienes en Estados Unidos están completamente desprotegidos y en cuanto a los que puedan tener en terceros Estados habrá que estar a lo que disponga la legislación de cada país, si en el mismo existe un estatuto de bloqueo tal vez les pueda amparar, si no existe una norma de este tipo habrá que estar a la casuística concreta.

5.3. El derecho a compensación por los daños sufridos

El artículo 6 del estatuto de bloqueo regula el derecho a compensación de los operadores de la UE. Estos tienen derecho a compensación por cualquier daño (incumplimiento de un contrato por la otra parte, perjuicios a su solvencia o a su buen nombre comercial, daño reputacional, costas procesales, etc.) que se les cause al amparo de la aplicación de las normas enumeradas en el Anexo de dicho estatuto o de acciones basadas en ellas o derivadas de ellas. La reclamación se dirigirá contra la persona física o jurídica, o cualquier otra entidad, causante de los daños o contra cualquier persona que actúe en su nombre o como intermediario. La compensación podrá materializarse en cualquier forma prevista en el ordenamiento jurídico del Estado miembro de la Unión en el que se desarrolle el procedimiento, como por ejemplo la incautación y venta de activos, incluidas las acciones que los demandados posean en una persona jurídica constituida en sociedad en la Unión Europea.

En conclusión, el artículo 6 del estatuto de bloqueo articula la posibilidad de que el operador de la UE demandado en Estados Unidos en base al Título III de la Ley Helms-Burton responda con otra demanda planteada en la Unión Europea, reclamando cualquier daño que le cause el pleito seguido en Norteamérica y las decisiones a las que el mismo de lugar. Esto en modo alguno excluye que los operadores de la UE, y especialmente los que no lo sean, planteen demandas ante los Tribunales de los Estados miembros en base a lo previsto en el ordenamiento interno de cada uno de ellos, cuando tales ordenamientos contengan disposiciones procesales y sustantivas que puedan dar sustento a sus pretensiones.

En cuanto al problema de la competencia judicial internacional, y no olvidemos que estamos ante supuestos en los que habitualmente el demandado estará domiciliado en Estados Unidos, el artículo 6 determina que el Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de diciembre, referente a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones

judiciales en materia civil y mercantil⁴⁹ se aplicará a los procedimientos judiciales entablados y a las resoluciones judiciales dictadas con arreglo a dicho artículo. La competencia se determinará sobre la base de las disposiciones de las secciones 2 a 7 del capítulo II de dicho Reglamento, así como de acuerdo con el artículo 67 del mismo, se podrá demandar ante los Tribunales de cualquier Estado miembro en el que el demandado (persona física, entidad, persona que actúe en su nombre o intermediario) posea activos⁵⁰.

Los foros previstos en las secciones 2 a 7 del capítulo II del Reglamento (UE) 1215/2012 carecen de operatividad real en los supuestos de reclamaciones de compensación pretendidas por operadores de la UE perjudicados por demandas planteadas al amparo del Título III de la Ley Helms-Burton⁵¹. Se pudiera intentar forzar el foro del lugar del daño, previsto en el artículo 7.2, diciendo que el daño financiero o reputacional derivado de la demanda sustanciada en Estados Unidos se produce en territorio de la Unión Europea. Sin embargo, después de lo sostenido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus sentencias de 19 de septiembre de 1995⁵², 10 de junio de 2004⁵³ y 16 de junio de 2016⁵⁴, esta argumentación carece de fundamento, pues en la primera de ellas, que determinó la doctrina jurisprudencial posterior, el Tribunal afirmó: «*Aunque se admita así que el concepto de «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso», en el sentido del número 3 del artículo 5 del Convenio, puede referirse a*

⁴⁹ El Reglamento (CE) 2271/96, como no podía ser de otra manera dada la fecha en la que se dictó, se remite al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. Se debe entender que ahora la remisión es al Reglamento Bruselas I Bis, y así lo dice expresamente la Comisión, aunque en la misma página se contiene un curioso error en cuanto a sucesión normativa. Comisión Europea, «Nota de orientación. ...», 8.

⁵⁰ El Reglamento (CE) 2271/96 se remite a las secciones 2 a 6 del título II y al artículo 57.3 del Convenio de Bruselas.

⁵¹ Por el contrario si pueden tener operatividad en los casos de perjuicios causados por otras *Secondary Sanctions* norteamericanas; por ejemplo, las impuestas a Irán pueden dar lugar a incumplimientos de contratos, en estos supuestos el foro del artículo 7.1 de Bruselas I Bis puede tener una gran proyección.

⁵² Asunto C-364/93; Antonio Marinari/Lloyd's Bank plc y Zubaidi Trading Company; ECLI:EU:C:1995:289. Peter Mankowski, «Article 7», en: *European Commentaries on Private International Law ECPIIL. Vol. I Brussels Ibis Regulation*, ed. Por Ulrich Magnus y Peter Mankowski (Köln, 2016), 305-314. Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, (Cizur Menor, 2017), 386-407.

⁵³ Asunto C-168/02; Rudolf Kronhofer/M. Maier, Ch. Möller, W. Hofius y Z. Karan, ECLI:EU:C:2004:364.

⁵⁴ Asunto C-12/15; Universal Music International Holding BV/M. Tétéreault Schilling, I. Schwartz y J. Broz; ECLI:EU:C:2016:449.

la vez al lugar en donde sobrevino el daño y al lugar del hecho causante, dicho concepto no puede interpretarse de una manera extensiva hasta el punto de englobar cualquier lugar donde puedan experimentarse las consecuencias perjudiciales de un hecho que haya causado ya un daño efectivamente sucedido en otro lugar. En consecuencia, el referido concepto no puede interpretarse en el sentido de que incluya el lugar en el que la víctima, como sucede en el litigio principal, alega haber sufrido un perjuicio patrimonial consecutivo a un daño inicial sucedido y sufrido por ella en otro Estado contratante». Ciertamente, dada la peculiar problemática respecto de la que actúa el estatuto de bloqueo pudiera ser tentador matizar esta posición jurisprudencial, sobre todo si se tiene en cuenta que el daño original se produce fuera de la Unión Europea y por la aplicación extraterritorial de una legislación sancionadora y con estos presupuestos construir que el foro del lugar del daño se da en el sitio de la Unión Europea en el que el operador de la UE perjudicado tenga su domicilio, sede o esté presente.

Ante la eventual ineficacia de los foros contenidos en las secciones 2 a 7 del capítulo II de Bruselas I Bis, los redactores del estatuto de bloqueo tuvieron el acierto de, en base al artículo 67⁵⁵, crear un foro que atribuye competencia a los Tribunales del lugar donde el demandado posea activos. De esta manera, cualquier sujeto que tenga bienes en la Unión Europea tendrá que ser muy cauto a la hora de demandar a un operador de la UE basándose en el Título III de la Ley Helms-Burton, pues se puede encontrar fácilmente con una contrademanda en el lugar de la ubicación de sus activos.

Además, al margen del estatuto de bloqueo y del Reglamento Bruselas I Bis, tanto los operadores de la UE como quienes no lo sean deben explorar las posibilidades de demandar basándose en los foros de competencia judicial internacional previstos en las normas de origen interno de cada Estado miembro de la Unión Europea.

V. Conclusiones

La Ley Helms-Burton es un ejemplo paradigmático de una norma jurídica con claros objetivos políticos, pero que incide intensamente en las operaciones comerciales internacionales de los particulares. Con el agravante de que su Título III establece una modalidad de *Secondary Sanction*, en cuanto que puede afectar a personas físicas y jurídicas y a transacciones

⁵⁵ Peter Mankowski, «Article 67», en: *European Commentaries* ..., 1020-1023.

o inversiones que no tengan ninguna vinculación con los Estados Unidos de América. El reciente levantamiento de su suspensión ya ha tenido el efecto de que a su amparo se han presentado algunas demandas ante los Tribunales norteamericanos; éstas han dado lugar a unos litigios que están en su fase inicial. No obstante ya se han dictado unas pocas decisiones judiciales de indudable interés pero de las que actualmente no se puede extraer una doctrina concluyente.

Por otro lado, en España se ha planteado una demanda respecto de un supuesto paralelo a los que contempla el Título III de la Ley Helms-Burton; la magistrada ha sostenido que los Tribunales españoles carecen de competencia judicial internacional para enjuiciar el caso, pero su resolución se sustenta sobre presupuestos erróneos y puede ser objeto de críticas. Además, no debemos olvidar que se trata de un litigio en el que no sólo se dirimen intereses privados sino que también están en juego importantes intereses de la sociedad española en su conjunto.

La Unión Europea ha respondido a las *Secondary Sanctions* norteamericanas dictando y actualizando un estatuto de bloqueo. Este pretende proteger a los operadores de la UE, pero la protección que ofrece es bastante limitada; ciertamente salvaguarda los bienes situados en el territorio de la Unión Europea, pero nunca los ubicados en Estados Unidos y en cuanto a los que se encuentren en terceros Estados habrá que estar a lo que disponga la legislación del país de que se trate. También se articula la posibilidad de que los operadores de la UE puedan demandar a quienes les causen perjuicios por la aplicación de las *Secondary Sanctions*. Pero, salvo en el caso de que el demandado tenga bienes en el territorio europeo, los demás foros de competencia judicial internacional son poco operativos a este respecto.

Todo lo dicho pone de relieve que *Secondary Sanctions* y estatutos de bloqueo son instrumentos jurídicos que tienen un efecto muy negativo sobre el comercio y las inversiones internacionales.

Sobre el autor

José Luis Iriarte Ángel. Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Pública de Navarra. Cátedra Jean Monnet de la UE. Of Counsel en Lupicinio International Law Firm. Entre otros cargos universitarios, ha sido Vicerrector en su actual Universidad (2003-2007). Durante su formación ha realizado diversas estancias de investigación en prestigiosos centros extranjeros (Universidad de Harvard, Instituto Suizo de Derecho Comparado de Lausana, Universidad de Cambridge, etc.). Ha dictado numerosos cursos y conferencias de su especialidad,

además de en España, en Universidades e instituciones de Cuba, Chile, Moldavia, Colombia, Alemania, Polonia, Hungría, Japón, Brasil, Estados Unidos de América, Ecuador, Francia, Venezuela, Nicaragua, Andorra, Italia, México, Rusia, Guatemala, Ucrania y Perú. A lo largo de su trayectoria universitaria ha recibido diversas becas y ayudas financiadas con fondos públicos o privados, en este sentido ha participado en numerosos proyectos de investigación (europeos, nacionales, autonómicos y de entidades privadas), en varios como investigador principal. Sus investigaciones se han materializado en diversos libros, entre los que hay que resaltar cinco monografías, así como en numerosos comentarios a distintos textos legales —uno de ellos un comentario al Código Civil en el que colabora con los Magistrados de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, y del que ya ha aparecido su 2.^a edición—, y varias decenas de artículos. Igualmente, es editor científico de cuatro libros. También es coautor de una recopilación de textos legales de Derecho Internacional Privado, que en el presente va por su 17.^a edición. Actualmente trabaja fundamentalmente en: conflictos de leyes internos, sanciones internacionales, negocios y derechos humanos y algunas figuras de la contratación internacional. Su actividad investigadora ha sido evaluada positivamente en seis tramos (sexenios).

About the author

José Luis Iriarte Ángel. Professor of Private International Law at the Public University of Navarra. Jean Monnet Chair of the EU. Of Counsel at Lupicinio International Law Firm. Among others, he has held the position of Vice-rector at his current University (2003-2007). During his training he has carried out various research stays at prestigious foreign centers (Harvard University, Swiss Institute for Comparative Law in Lausanne, Cambridge University, etc.). He has taught numerous courses and conferences on his specialization, in addition to Spain, at Universities and institutions in Cuba, Chile, Moldova, Colombia, Germany, Poland, Hungary, Japan, Brazil, United States of America, Ecuador, France, Venezuela, Nicaragua, Andorra, Italy, Mexico, Russia, Guatemala, Ukraine and Peru. Throughout his university career he has received various scholarships and grants financed with public and private funds. In this sense, he has participated in numerous research projects (European, national, autonomous and private entities), in several as principal investigator. His research have materialized in several books, including five monographs, as well as numerous commentaries on different legal texts —one of them, a commentary on the Civil Code in which he collabo-

rates with the Magistrates of the 1st Chamber of the Supreme Court, and of which its 2nd edition has already been published—, and several dozen articles. Likewise, he is the scientific editor of four books. He is also the co-author of a compilation of legal texts on Private International Law, which is currently in its 17th edition. At present he works mainly in the field of internal conflicts of Laws, international sanctions, business and human rights and some figures in international contracting. His research activity has been positively evaluated with six six-year research periods from the national committee for the assessment of the research action (CNEAI).

Los obstáculos de una demanda civil de responsabilidad transnacional por violación de derechos humanos: desde la perspectiva del titular del derecho

Legal Barriers to Transnational Civil Liability Claims for Business-Related Human Rights Abuses: a Rightsholder's Approach

Maria Font-Mas
Universitat Rovira i Virgili
maria.font@urv.cat

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-63-2020pp113-151>

Recibido el 6 de abril de 2020
Aceptado el 5 de junio de 2020

Sumario: I. La acción civil transnacional contra multinacionales por violación de derechos humanos.—II. Presentación del ejemplo-litigio «*Akpan & Milieudedefensie v. Shell Nigeria & Netherlands*».—III. Obstáculos y dificultades procesales en el litigio transnacional. 1. La determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales del domicilio de la matriz de un Estado miembro de la UE. 2. Competencia territorial, presentación de la demanda, representación y tasas judiciales. 3. Lengua del proceso judicial. 4. Capacidad para ser parte (legitimación procesal), la legitimación (material) y subrogación: el papel de las ONGs. 5. Plazos de caducidad y/o prescripción. 6. Ley aplicable al fondo. 7. Prueba del derecho extranjero. 8. La carga y aportación de pruebas y su valor probatorio. 9. Sentencia, apelación y ejecución forzosa.—IV. Costes del litigio, costas, asistencia jurídica gratuita.—V. Reflexiones finales.

Resumen: El objeto del presente estudio se focaliza en los procesos civiles internacionales en materia de responsabilidad empresarial por abusos de los derechos humanos. Desgranamos cronológicamente las fases del proceso ejemplificándolas a través de un caso muy conocido (*Akpan* contra *Shell*) en el que fue competente un tribunal de un Estado miembro de la UE (Países Bajos) respecto de los daños sufridos en un tercer Estado (Nigeria). Exponemos las principales trabas jurídicas en este tipo de litigio, desde la interposición de la demanda, pasando por la lengua del proceso, hasta plantear una hipotética ejecución transnacional de la sentencia neerlandesa en Nigeria. Ello con una doble finalidad, por un lado, proporcionar desde la perspectiva del titular del derecho en este tipo de procesos (víctimas y ONGs) información previa para poder planificar y advertir las dificultades jurídicas que plantea una demanda transnacional por daños contra una multinacional. Por otro lado, para evidenciar la desigualdad existente

entre las partes en litigio desde el punto de vista económico y procesal, alentando a que las normas internas e internacionales cumplan con los derechos fundamentales a un proceso equitativo y a la tutela judicial efectiva (art. 6 CEDH y art. 47 CDFUE) en este tipo de litigios.

Palabras clave: Demanda civil de responsabilidad transnacional, derechos humanos y empresas, derecho a un proceso equitativo

***Abstract:** The article sets out to identify key barriers that rightsholders face when bringing a business human rights claim against a corporate opponent. It points out each barrier with an illustration from the Akpan & Milieudefensie v. Shell Nigeria & Netherlands case. It presents the main legal obstacles in this type of litigation, such as the filing of the lawsuit, the language of the process, a hypothetical transnational execution of the Dutch judgement in Nigeria. It has a double purpose, namely, to provide the rightsholders in this sort of process (victims and NGOs) information about legal difficulties caused by a transnational claim for damages against a multinational corporation. As well as to confirm the inequality between the parties from the economic and procedural point of view, encouraging the fulfillment of the fundamental rights to a fair trial and right to an effective remedy (art. 6 ECHR and art. 47 CFREU).*

***Keywords:** transnational civil liability claims, human rights & business, right to a fair trial*

I. La acción civil transnacional contra multinacionales por violación de derechos humanos

Las vulneraciones de los derechos humanos perpetrados por empresas transnacionales en todo el mundo, a través de sus filiales, socios comerciales o subcontratantes es, desafortunadamente, una realidad¹. Ello, a pesar de los tímidos avances en las políticas legislativas nacionales, y la creciente sensibilización internacional por parte de la ONU y organizaciones internacionales públicas y privadas, que dictan directrices para precaver los abusos. Ante esta situación, y mientras no se eviten las violaciones de derechos humanos por parte de las empresas a través medidas legislativas preventivas (proteger) y la implicación de las empresas en el deber de vi-

¹ Indicamos solo una de las plataformas dónde pueden encontrarse las denuncias de prácticas de violación de derechos humanos perpetradas por empresas multinacionales, en concreto, el «Business & Human Rights Resource Centre»: <https://www.business-humanrights.org/es#>, acceso en enero de 2020.

gilancia (respetar), sólo queda la posibilidad de tomar medidas correctivas (remediar)².

Efectivamente, las víctimas de las violaciones de derechos humanos pueden denunciar a las empresas generadoras de las vulneraciones por varias vías: como es en el ámbito penal³ o en el ámbito administrativo⁴ ante los tribunales del país donde se ha desarrollado la violación de derechos humanos, o bien, buscar un arreglo de la controversia a través de un mecanismo extrajudicial ante instancias supranacionales. Recientemente (diciembre 2019), se han presentado las «Normas de arbitraje de La Haya sobre Derechos humanos y empresa (*The Hague Rules*)» que prevén un mecanismo nuevo y flexible para resolver disputas de forma consensuada⁵.

Asimismo, puede interponerse una demanda por responsabilidad civil en la que se solicite judicialmente indemnizaciones por los daños sufridos ante la jurisdicción civil de un Estado, sea el Estado del territorio donde se ha producido el daño, o bien ante los tribunales donde tiene el domicilio la empresa multinacional, esta última es la vía que analizamos en el presente estudio.

Antes, debemos advertir, que la acción civil transnacional contra una multinacional por violación de derechos humanos no es la solución, ya que, de conseguirse una sentencia favorable para las víctimas, ello no es óbice

² Hacemos referencia a los Principios Rectores *Ruggie*: «Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”» (2011), que fueron elaborados por el Representante Especial del Secretariado General (John Ruggie) para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas.

³ La Corte Penal Internacional carece de jurisdicción sobre las empresas; por ello, solo podrían ser denunciadas en los foros estatales cuando su actuación esté tipificada como responsabilidad penal. Un ejemplo de la lentitud y dificultad de la vía penal es el caso *Bhopal* (1984) que conoció la justicia india, la cual reconoció la perpetración de delitos graves. A pesar de la sentencia condenatoria, todavía están abiertos los procesos penales mientras aumenta el número de víctimas, sin que se ejecuten las reparaciones. José Elías Esteve Moltó, «The impunity veil of transnational corporations: the judicial saga of Bhopal», en: *Empresas y Derechos humanos*, coord. por Maria Chiara Marullo y Francisco Javier Zamora Cabot (Nápoles: Ed. Scientifica srl, 2018), esp. 249-276.

⁴ A través de sanciones pecuniarias, que en ámbito medioambiental está más extendido legislativamente por contemplar la regla de que quién contamina paga. En otros ámbitos, por ejemplo, el laboral, y teniendo en cuenta el ámbito internacional al que nos referimos, una posible vía de sanción sería la aplicación de las normas imperativas o de policía, cuando existieran.

⁵ *The Hague Rules On Business and Human Rights Arbitration, Center for International Legal Cooperation, The Hague, December 2019*: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acceso en enero de 2020.

para que las empresas multinacionales cesen sus actividades abusivas en ese mismo territorio o en otro.

El punto de partida de la acción civil son las violaciones de derechos humanos, pero necesariamente adaptadas a las figuras de derecho privado, en concreto, en la esfera de la responsabilidad civil por daños extracontractuales. Debe realizarse el arduo ejercicio de calificación y subsumir violaciones de derechos humanos, como sería la esclavitud, el desplazamiento de personas, desastres medioambientales, la tortura, etc., en figuras civiles como la detención ilegal, daños personales o patrimoniales, obligaciones extracontractuales. Como indica M. Requejo Isidro, no puede reprobarse a las legislaciones nacionales las deficiencias en este ámbito en materia de responsabilidad civil, ya que dichas normas no han sido concebidas para ser aplicadas en la esfera de la defensa de los derechos humanos. De forma clara sintetiza la misma autora: «estamos ante una litigación civil en la que los derechos humanos son objeto de la acción de forma indirecta: ellos (DDHH) son el verdadero propósito del litigio, pero se reivindican a través de otras categorías».⁶

El análisis que proponemos en este estudio, tiene por objeto los obstáculos jurídico-económicos que surgen en el proceso civil transnacional por daños en que las víctimas reclaman responsabilidad civil en los supuestos en que la matriz de la multinacional se encuentra radicada en un Estado miembro de la Unión Europea (UE). A tal efecto, la razón del presente estudio estriba en la necesidad de informar y prever a las víctimas, sociedad civil y organizaciones no gubernamentales (ONGs) de la existencia de estas trabas u obstáculos jurídicos, en orden a que les permita valorar la conveniencia o no de interponer dicha demanda o, como mínimo, conocer con anticipación, a qué largo, costoso y exasperante proceso judicial se enfrentan. Las dificultades que se apuntan ya se prevén en los Principios Rectores de la ONU de 2011, en concreto el 26, sobre los mecanismos judiciales estatales en que se compele a los Estados a adoptar las medidas apropiadas para asegurar la eficacia de dichos mecanismos, en particular «limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos que puedan conducir a una denegación del acceso los mecanismos de reparación».

Destacamos, a priori, una primera constatación que no por obvia no merece ser reiterada, y es que un obstáculo omnipresente durante todo el proceso judicial es el desequilibrio de fuerzas existente entre las partes confrontadas. El poder económico y la influencia política de las

⁶ Marta Requejo Isidro, «La responsabilidad de las empresas por violación de derechos humanos deficiencias del marco legal», *Scientia Juris* (2011), 27. https://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/scientia01theme_requejo.pdf. Acceso en enero de 2020.

grandes corporaciones mercantiles es correlativo con los recursos financieros de los que disponen y, consecuentemente, el asesoramiento jurídico y el acceso a la información es ingente para las multinacionales mientras que, para las víctimas, sociedad civil y ONGs resulta, por lo general, más limitado. Lo describe L.F.H. Enneking en términos de desigualdad existente entre la demandante del país del daño (violación) y la demandada empresa, en lo que respecta al alcance financiero, el nivel de organización y el acceso a la información relevante de que dispone la empresa⁷. En relación al caso Lago Agrio, M. Requejo Isidro llega a la conclusión desalentadora, si bien realista: «(...) Los demandantes en Ecuador gozaron en varios foros del beneficio de la justicia gratuita; también tuvieron acceso a financiación por parte de terceros. Con ello se puede considerar salvado el desequilibrio de fuerzas que habitualmente se percibe entre las partes activa y pasiva en los litigios similares al presente. Así las cosas, la verdadera asimetría deriva de la protección procesal incrementada de que goza el inversor extranjero, en un marco donde además el derecho de sociedades opera también a su favor. Dos datos que son habituales en el panorama de los movimientos económicos transfronterizos.»⁸

En este contexto, las víctimas, sociedad civil y ONGs tendrán que plantearse previamente a la interposición de la demanda, por un lado, las repercusiones personales y sociales, y, por otro, las dificultades jurídicas y económicas de llevar a término la acción judicial.

Así, en cuanto las repercusiones personales y sociales que podrían sufrir las víctimas y quiénes demanden y se oponen a la explotación económica de una multinacional en un territorio, son la propia integridad física, su seguridad o la de sus familiares, o la de sus vecinos⁹. Además, debería asumirse que en una demanda de responsabilidad civil sólo se re-

⁷ Liesbeth F.H. Enneking, «Multinationals and Transparency in Foreign Direct Liability Cases», *The Dovenschmidt Quarterly*, n.º 3 (2013), 135.

⁸ Marta Requejo Isidro, «El Caso Lago Agrio. Multipolaridad en la litigación civil internacional», *Revista Catalana de Dret Ambiental* 5, n.º1 (2014): 25. Acceso en enero 2020: <https://revistes.urv.cat/index.php/rcda/article/view/1440>.

⁹ En los movimientos populares de denuncias a las multinacionales en el área del medio ambiente son innumerables los asesinatos de defensores/as ambientales. Se contabilizaron 321 personas defensoras de derechos humanos asesinadas en 27 países en 2018 de las cuales 247 defendían la tierra, los derechos de los pueblos indígenas y el medio ambiente. En Colombia y México se produjeron el 54% del total de asesinatos. Datos extraídos de: Antoni Pigrau Solé, «Los mecanismos nacionales de protección de las personas defensoras del medio ambiente en América Latina: avances y limitaciones» (Conferencia, VIII congreso nacional derecho ambiental (vulneración ambiental). Congreso homenaje a Ramón Martín Mateo, Universidad de Sevilla, septiembre 2019) (pendiente de publicación).

clama una compensación económica, de modo que no es una causa penal y no habrá una sentencia que condene a ningún responsable por delito. Así mismo, tal y como se ha reiterado, de obtener una sentencia favorable a las pretensiones de resarcimiento del daño y al cese de la actividad dañosa, ello no garantizará la no repetición de las actuaciones dañosas de las empresas.

Es imprescindible también advertir que el proceso civil transnacional será extremadamente largo, de ahí la necesidad del apoyo comprometido de la sociedad del entorno donde se ha cometido la violación de derechos humanos, normalmente vehiculada, en el mejor de los casos, a través de una o varias asociaciones o fundaciones, ello es ONGs nacionales del país dónde se ha sufrido el daño; pero también es imprescindible en las demandas transnacionales en esta área la ayuda y el compromiso de las ONGs del país del tribunal donde se interponga la demanda, normalmente, donde radica la matriz de la empresa multinacional.

Por otro lado, deberían plantearse las dificultades jurídicas y económicas que surgen en un litigio transnacional de estas características, que desarrollaremos en los siguientes apartados. La intención es ofrecer información, de forma clara, para que las víctimas y las ONGs demandantes, puedan conocer las características básicas del proceso transnacional y sopesar las dificultades y aspectos jurídico-económicos antes de interponer una demanda civil ante un foro europeo e intentar valorar la viabilidad de sustentar jurídica y económicamente el proceso. O bien, valorar otras posibilidades, como litigar ante los tribunales de su país, es decir, en el foro donde se ha cometido el daño por parte de la filial, asumiendo las limitaciones que ello supone¹⁰; o sugerir un arbitraje internacional, o bien, plantear una mediación a los puntos nacionales de contacto (PCN)¹¹. Estas alternativas al proceso civil internacional o complemen-

¹⁰ La ONG Milieudéfensie responde porque los agricultores no interpusieron la demanda ante los tribunales nigerianos: «Two of them did bring their cases to a Nigerian court but the legal processes in their own country are lengthy and not transparent, so Shell Nigeria is able to constantly intervene in the process. In Nigeria, there are many options for multinationals with sufficient funds to hire expensive lawyers to delay legal proceedings indefinitely. Moreover, our plaintiffs have more faith in the independence of the courts in the Netherlands and therefore in a fair trial.» <https://en.milieudéfensie.nl/shell-in-nigeria/frequently-asked-questions#8--why-haven-t-the-plaintiffs-brought-their-cases-to-the-nigerian-court>. Acceso en enero 2020.

¹¹ En seno de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) se han elaborado las «Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales» (revisión 2011) que prevé un singular mecanismo de implementación, los Puntos Nacionales de Contacto (PNC), que son organismos constituidos por los gobiernos de los países adherentes con el fin de promover e implementar las Directrices. Pero también constituyen «una plataforma de mediación y conciliación para resolver los problemas prácticos que puedan plantearse»: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>

tarias, si bien pueden superar algunos obstáculos importantes como es la lentitud en la obtención de una resolución, no tienen por qué suponerse más satisfactorias¹².

II. Presentación del ejemplo-litigio «*Akpan & Milieudéfensie v. Shell Nigeria & Netherlands*»

Litigio-ejemplo: *Akpan & Milieudéfensie v. Shell Nigeria & Netherlands* → presentación del caso

Cuatro agricultores y pescadores nigerianos demandan a la petrolera *Shell*, en concreto a *Shell petroleum development company of Nigeria LTD* (filial de *Shell* en Nigeria) y a *Royal Dutch Shell PLC* (matriz neerlandesa de *Shell*), por los daños causados a las tierras y a los lagos, por derrames de petróleo ocasionados por el sabotaje de las tuberías de las instalaciones de la filial nigeriana, en el territorio del Delta de Nigeria, en concreto, en las poblaciones de Goi, Oruma e Ikot Ada Udo.

Los derrames de petróleo contaminaron las tierras de los agricultores de modo que se destruyó su medio de vida. «Goi es ahora una ciudad fantasma; muy pocos de sus habitantes se han quedado. (...). El olor de la zona es insoportable, el agua potable está contaminada, los peces han muerto y el agua está tan contaminada que no crece nada cerca. El petróleo continúa vertiéndose en la tierra y *Shell* no se ha molestado a actualizar sus gaseoductos oxidados ni a intentar aumentar la seguridad alrededor de las tuberías para protegerlas de los sabotajes.» *Milieudéfensie* calcula que los derrames continuos afectan a 30 millones de personas¹³.

Los cuatro agricultores nigerianos presentaron demanda civil contra la filial nigeriana de *Shell* y contra la matriz neerlandesa de *Shell* ante los tribunales ordinarios de los Países Bajos. Junto a estos demandantes, la ONG neerlandesa *Milieudéfensie* [Amigos de la Tierra Países Bajos] es codemandante.

La demanda tiene como pretensiones centrales: la limpieza de los derrames de petróleo, indemnizaciones para los agricultores y que *Shell* realice las obras de mantenimiento necesarias para evitar futuros derrames.

¹² De las alternativas existentes, no hay una óptima, y puede desencadenar una fragmentación de la tutela, véase el ejemplo del caso Lago Agrio en que se iniciaron tres vías distintas de resolución: Marta Requejo Isidro, «El Caso Lago Agrio. Multipolaridad en la litigación civil internacional», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 5, n.º1 (2014). Acceso en enero 2020: <https://revistes.urv.cat/index.php/rcda/article/view/1440>.

¹³ <https://en.milieudéfensie.nl/shell-in-nigeria/frequently-asked-questions>, acceso en enero de 2020.

El tribunal del distrito de La Haya (Países Bajos) resolvió y estimó parcialmente una de las demandas el 30 de enero de 2013 (caso Akpan-Shell); las otras causas fueron desestimadas. La sentencia fue recurrida por ambas partes.

El fundamento de nuestro trabajo sigue los parámetros que ya tuvimos la oportunidad de exponer en el estudio: «Derechos humanos y empresas europeas. Un manual práctico para las organizaciones de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos» (2016), en adelante el *Manual práctico 2016*¹⁴, y que seguiremos, en parte, como hilo conductor. La voluntad del presente trabajo es subsumir, en la medida de lo posible, los obstáculos jurídicos desgranados en dicho *Manual práctico 2016*, en un ejemplo de demanda civil internacional paradigmático y muy conocido entre la doctrina y los movimientos sociales, en concreto, el caso Akpan contra Shell (Nigeria).

En este asunto se presentaron cuatro demandas por parte de cuatro agricultores y pescadores residentes y nacionales de Nigeria, víctimas de daños ocasionados por la explotación del oleoducto de la petrolera Shell en el Delta de Nigeria. Estas demandas contaban como codemandantes con la ONG neerlandesa Milieudefensie [defensa ambiental]. Los demandados eran la empresa petrolera multinacional Shell, tanto la filial nigeriana como la matriz europea, ante los tribunales de los Países Bajos, en 2008. En 2013 el tribunal del distrito de La Haya (Países Bajos) dictó sentencia¹⁵, que servirá de ejemplo en este estudio, en la cual se estimaba parcialmente las pretensiones del agricultor Akpan. Las otras causas fueron desestimadas. Pero el caso Akpan aún está vivo, debido a que la sentencia fue recurrida por ambas partes de modo que aun está pendiente la resolución de la apelación por parte del alto tribunal neerlandés.

En aras de desgranar las distintas cuestiones jurídicas del litigio-ejemplo que utilizamos, emplearemos, además del citado *Manual práctico 2016*, algunos estudios doctrinales sobre el caso, que son innumerables, de en-

¹⁴ Antoni Pigrau; María Álvarez; Antonio Cardesa; María Font; Daniel Iglesias; Jordi Jaria, *Derechos humanos y empresas europeas. Un manual práctico para las organizaciones de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos*, 2016: http://humanrightsinbusiness.eu/wp-content/uploads/2016/09/DERECHOS_HUMANOS_Y_EMPRESAS_EUROPEAS_ES.pdf (disponible también en: inglés, francés, portugués), acceso en enero de 2020.

¹⁵ *District Court of The Hague, c. C/09/337050/ HA ZA 09-1580, Judgment 30 January 2013, Friday Alfred Akpan & Milieudefensie, c. Royal Dutch Shell, PLC & Shell Petroleum Development Company of Nigeria*: ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854 Rechtbank Den Haag, 30-01-2013, C/09/337050 / HA ZA 09-1580. Esta sentencia es un ejemplo ideal para ir desgranando los obstáculos procesales que se suceden de forma lineal, sin profundizar en especial en ninguno de ellos, ya que se pretende ofrecer una visión global, aunque inacabada, de una demanda transnacional de responsabilidad por daños.

tre los que destacamos el de L. García Álvarez¹⁶ y el de L.F.H. Enneking¹⁷; también utilizaremos información del portal de la ONG Milieudefensie¹⁸; noticias y comentarios¹⁹; la traducción de la legislación neerlandesa²⁰ y las fichas de derecho comparado del portal de justicia de la UE, en concreto la Red Judicial Europea²¹.

III. Obstáculos y dificultades procesales en el litigio transnacional

Antes de abordar en detalle algunos de los obstáculos procesales que se suceden en un litigio internacional en este concreto ámbito, primero es necesario diferenciar las cuestiones consideradas procesales de las cuestiones calificadas como sustantivas. Dependiendo de tal calificación, se aplicará el derecho procesal del foro (*lex fori regit processum*) o bien la ley rectora de la relación jurídica (*lex causae*).

Hay un cierto consenso en considerar como cuestiones procesales: la competencia judicial, las condiciones para la apertura procesal y el sistema de recursos, el desarrollo del proceso y de la vista, la prueba de los hechos y las costas. Y, considerar como cuestiones sustantivas, por lo tanto, vinculadas a la ley rectora que resulte aplicable al fondo del asunto, la legitimación o las presunciones legales²².

Sin embargo, hay cuestiones que se califican de uno u otro modo según el sistema jurídico o la norma de origen europeo que la prevea, tal y como sucede en relación a la prescripción o la caducidad.

Presentamos a continuación algunos de los obstáculos propios en los procedimientos transnacionales de forma cronológica al desarrollo del proceso ejemplo (*Akpan v. Shell*), utilizando para ello la legislación neerlandesa o a la nigeriana según cuál sea el derecho aplicable (procesal o sustantivo) y aplicando o descartando la aplicación de los Reglamentos europeos. Seguidamente indicaremos brevemente la cuestión jurídica en ámbito de Derecho internacio-

¹⁶ Laura García Álvarez, «Daños privados por contaminación en el tráfico externo: a propósito del caso *Akpan vs. Shell* (Nigeria)», *Cuadernos de Derecho Transnacional* 5, n. 2 (2013): 548-583. Acceso en enero de 2020, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1823>.

¹⁷ Liesbeth F.H. Enneking, «The future of Foreign Direct Liability? Exploring the International Relevance of the Dutch Shell Nigeria Case», *Utrecht Law Review*, 10-1 (2014): 44-54.

¹⁸ Milieudefensie: <https://en.milieudefensie.nl/>, acceso en enero de 2020.

¹⁹ Una selección puede encontrarse en: <https://www.business-humanrights.org/en/shell-lawsuit-re-oil-pollution-in-nigeria>. Acceso en enero de 2020.

²⁰ Disponible en: <http://www.dutchcivillaw.com>, acceso en enero de 2020. Básicamente el *Dutch Code of Civil Procedure (DCCP)* y el *Dutch Civil Code (DCC)*.

²¹ Portal europeo de e-justicia: <https://e-justice.europa.eu/home.do>, acceso en enero de 2020.

²² Pilar Jiménez Blanco, *El proceso civil transfronterizo*, (Madrid: Col. Abogacía internacional, 2016), Vol. IV, 22.

nal privado europeo, en ocasiones no aplicable o existente, por ello atenderemos a las características de las normas estatales de los Estados miembros.

1. *La determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales del domicilio de la matriz de un Estado miembro de la UE*

Litigio-ejemplo: *Akpan & Milieudefensie v. Shell Nigeria & Netherlands* → Shell como multinacional

En el caso, es una sociedad domiciliada en Nigeria la que comete el daño y a pesar de formar parte del grupo societario con la matriz domiciliada en la UE, son personas jurídicas independientes. Los demandantes (víctimas y ONG) no pudieron probar la dependencia de la filial con la matriz en la toma de decisiones y con ello la responsabilidad de la matriz. A pesar de que se alegó como precedente la doctrina *Chandler v Cape* (vid. nota 24), el tribunal estimó que no era aplicable por no ser supuestos similares y no cumplir el test de relación entre la matriz y la filial (FJ 4.32-34) (Vid. ep. III.8 y III.9).

Como cuestión previa a la determinación del foro competente, es preciso conocer la estructura y organización de la empresa multinacional a demandar, con la finalidad de determinar qué conexión hay entre las empresas que conforman el grupo societario, y el nivel de control directo o indirecto que ejerce la empresa matriz respecto a las otras empresas que conforman el grupo. La conexión viene fijada legalmente y de esta puede determinarse la responsabilidad separada entre ellas por considerarse personas jurídicas independientes²³, o bien, podría considerarse que hay de-

²³ El objetivo es responsabilizar la matriz por los daños y que responda con su patrimonio; aunque lo óptimo sería demandar la filial que ha cometido directamente el daño, ante el tribunal del territorio donde se ha cometido el daño y aplicarse el derecho de dicho país donde residen las víctimas, y responder, en su caso, con el patrimonio de la filial. Pero esta segunda posibilidad no es la deseable de momento y en algunos Estados, por falta de garantías judiciales en el proceso en ese país donde radica la filial. Las políticas de promoción y recepción de capital extranjero para la explotación industrial de determinados países, favorecen las prácticas de dichas vulneraciones. Por ejemplo, en México, la inacción del Estado en la esfera de los derechos humanos, ha propiciado la conducta ventajosa de las empresas a causa de la ausencia de transparencia y rendición de cuentas, incremento de la corrupción y la impunidad. Jessica Cristina Romero Michel y Arianna Sánchez Espinosa, «La función social de la empresa en la esfera de los derechos humanos. El panorama actual en México», en: *Empresas y Derechos humanos*, coord. por María Chiara Marullo y Francisco Javier Zamora Cabot (Nápoles: Ed. Scientifica srl, 2018), 181-203. Vid. José Luis Iriarte Ángel, «Empresas multinacionales y derechos humanos. Un análisis reciente desde la perspectiva española», en: *Empresas y Derechos humanos*, coord. por María Chiara Marullo y Francisco Javier Zamora Cabot (Nápoles: Ed. Scientifica srl, 2018), 91-114.

pendencia, por ejemplo, en la toma de decisiones comunes (u otros criterios) a través de la teoría del levantamiento del velo corporativo. Ello posibilita imputar la responsabilidad a la matriz porque existe prueba de su ejercicio abusivo o fraudulento de la personalidad jurídica. Pero resulta sumamente difícil o imposible examinar (y probar por la actora, que es la demandante-víctima) las relaciones de dependencia entre las empresas que forman un grupo societario, y con ello imputar la responsabilidad a la empresa matriz que es quien toma las decisiones y recibe los beneficios. Consecuentemente, el contexto normativo actual facilita la separación de la personalidad jurídica, y solo la prueba a contrario podría vincular el daño a la matriz que se encuentra en otro Estado y que no ha cometido directamente el daño, ello sería probar que la empresa matriz tenía conocimiento preciso de las actividades de la empresa filial y que ejercía un control efectivo sobre esta²⁴.

La determinación de la competencia judicial internacional constituye el primer gran obstáculo al que debe afrontarse el demandante (parte actora) y que condicionará la articulación del resto de aspectos del proceso internacional (ley aplicable, derecho procesal aplicable, cooperación judicial internacional, reconocimiento y ejecución de sentencias, etc.).

La gran dificultad radica en determinar el alcance de la conexión del daño (violación de DDHH) con el foro del Estado dónde se encuentra la empresa matriz, cuando el territorio donde se ha cometido el daño es el del Estado dónde se encuentra la filial²⁵. Debe resolverse si los tribunales de los Estados europeos dónde se hallan las sedes de las matrices están legitima-

²⁴ El ejemplo más conocido en el ámbito del presente estudio es el caso *Chandler contra Cape, PLC* (2012) EWCA Civ 525, resuelto por los tribunales ingleses, en relación a los daños de salud de los trabajadores de la filial, estableciendo tres criterios de relación entre la empresa matriz y la filial y los daños causados. La sentencia fue muy relevante porque señaló la existencia del deber de cuidado por parte de la empresa matriz de un grupo corporativo cuando se vulneran derechos fundamentales de los empleados de sus filiales.

²⁵ Presentamos los aspectos jurídicos que entablan dicha cuestión de forma resumida por haber sido estudiado en profundidad por otros autores a los que nos remitimos. Laura García Álvarez y Daniel Iglesias Márquez, «La regla de la ubicuidad y la responsabilidad corporativa», en: *Empresas y Derechos humanos*, coord. por Maria Chiara Marullo y Francisco Javier Zamora Cabot (Nápoles: Ed. Scientifica srl, 2018), 115-156. Daniel Augenstein y Nicola Jägers, «Judicial remedies: The issue of jurisdiction», en: *Human Rights in Business. Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, eds. por Juan José Álvarez Rubio; Katerina Yiannibas, (London & New York: Routledge, 2017) 7-37; Laura García Álvarez, *Competencia judicial internacional, daños ambientales y grupos transnacionales de sociedades*, (Granada: Ed. Comares 2016); María Álvarez Torné, «El Derecho internacional privado ante las vulneraciones de derechos humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE», *REDI* 67, n 2 (2015): 291-296; Marta Requejo Isidro, «Litigación civil internacional por abusos contra Derechos Humanos. El problema de la competencia judicial internacional», *AEDIPr* 10 (2010): 259-300.

dos para extender su jurisdicción, es decir, conocer y resolver las controversias acaecidas en terceros Estados. De ser así, ello supondría un ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, contrario a las normas de soberanía y no intervención²⁶.

Litigio-ejemplo: *Akpan & Milieudéfensie v. Shell Nigeria & Netherlands* → competencia judicial internacional del domicilio de la matriz europea

El tribunal neerlandés admitió su competencia para resolver la causa planteada porque la demandada *Shell* (matriz) tenía su domicilio en los Países Bajos, en aplicación del art. 2 del Reglamento 44/2001 (anterior al Reglamento 1215/2012), que establecía el foro general del domicilio del demandado. En aplicación del artículo 60 del anterior reglamento, la *Royal Dutch Shell PLC* tiene su domicilio en la ciudad de La Haya, donde tiene su centro de actividad principal, aunque tiene su sede estatutaria en Londres. El Reglamento entonces aplicable y la versión actualizada, permiten que ambos foros (inglés y neerlandés) sean competentes ya que cumplen con el foro general del domicilio del demandado y los criterios de conexión con el domicilio (art. 60, actual 63 RBlbis).

A pesar de admitir la demanda contra la empresa matriz, y que precisamente ello supuso el puente para poder aceptar la demanda contra la filial nigeriana de *Shell* (vid. ep. III.1), la sentencia, en aplicación del derecho nigeriano, desestimó la demanda contra la matriz *Shell* (vid. ep. III.9).

Efectivamente, no obstante se haya asumido la competencia, más difícil resultará que dicho tribunal acabe estimando que el daño sufrido en un tercer Estado sea responsabilidad de la matriz.

Así pues, para determinar el instrumento o norma de Derecho internacional privado que establezca el foro competente es necesario distinguir entre la empresa filial y la empresa matriz. Cuando la empresa matriz radica en un Estado miembro de la UE, la norma que prevé que un determinado tribunal de un Estado miembro tiene competencia para conocer un asunto y resolver, es, en primer lugar, el Reglamento UE 1215/2012 (RBlbis). Cuando este Reglamento sea de aplicación desde la perspectiva material (daño extracontractual, materia delictual o cuasidelictual) y temporal (a partir del 10 de enero de 2015), los tribunales de los Estados miembros donde es de aplicación dicho reglamento, utilizarán las normas sobre competen-

²⁶ Marta Requejo Isidro, «La responsabilidad de las empresas por violación de derechos humanos deficiencias del marco legal», *Scientia Juris* (2011), 31. https://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/scientia01theme_requejo.pdf. Acceso en enero de 2020. Liesbeth F.H. Enneking, «Judicial remedies: The issue of applicable law», en: *Human Rights in Business. Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, eds. por Juan José Álvarez Rubio; Katerina Yiannibas, (London & New York: Routledge, 2017), 43-48.

cia judicial internacional previstas en su articulado. En concreto, contiene el foro general del domicilio del demandado (art. 4 RBIbis), foro que puede ser utilizado directamente si el demandado (la empresa matriz) tiene el domicilio en un Estado miembro de la UE.

Litigio-ejemplo: *Akpan & Milieudéfensie v. Shell Nigeria & Netherlands* → competencia judicial internacional de la filial nigeriana

La empresa *Shell* se opone en reiteradas ocasiones a que el tribunal del distrito de La Haya, tenga competencia judicial internacional para conocer la causa. En la moción sobre la jurisdicción resuelta en la interlocutoria de 24/02/2010, el tribunal, en aplicación del derecho interno neerlandés, concluye que sí tiene competencia, tanto para la causa contra la matriz como la que es contra la filial, bajo el argumento de que son demandas conectadas entre ellas, y por ello, se resuelven conjuntamente por razones de eficiencia.

La norma jurídica neerlandesa que fundamenta esta decisión es la sección 7, libro 1, del Código procesal civil neerlandés (*DCCP*): «Article 7 Jurisdiction over counter actions, joinders and interventions- 1. If legal proceedings are to be initiated by a writ of summons and a Dutch court has jurisdiction with respect to one of the defendants, then it has jurisdiction as well with respect to the other defendants who are called to the same proceedings, provided that the rights of action against the different defendants are connected with each other in such a way that a joint consideration is justified for reasons of efficiency.» (FJ 4.1).

Shell argumenta de nuevo que *Milieudéfensie et al.* abusaron de las normas procesales al presentar demanda contra la matriz y la filial colectivamente, pero el tribunal desestima dicho argumento. El tribunal arguye que, según el derecho nigeriano (aplicable al fondo del asunto (*vid. ep. III.6*)), la matriz puede ser responsable por daños por negligencia sufrida por personas como consecuencia de las actividades de la filial (cita *Chandler v. Cape*) (FJ 4.3).

Destacamos los argumentos del tribunal que justifican que son demandas conectadas entre ella: 1) son demandas con la misma base legal (*tort of negligence under Nigerian Law*) y 2) la tendencia internacional a responsabilizar a las empresas matrices de multinacionales en su propio país por las prácticas nocivas de sus filiales extranjeras (FJ 4.5).

El tribunal incluso argumenta, que de desestimarse la causa contra la matriz [como finalmente sucede], el tribunal neerlandés continuaría siendo competente bajo la norma de la Sección 7 *DCCP*, a pesar de que ya no quedaría conexión con la jurisdicción neerlandesa (FJ 4.6)²⁷.

²⁷ Para ampliar el estudio en relación a la competencia judicial internacional de los tribunales de La Haya sobre ambas sociedades, matriz y filial de Shell: Laura García Álvarez, «Daños privados por contaminación en el tráfico externo: a propósito del caso *Akpan v. Shell (Nigeria)*», *Cuadernos de Derecho Transnacional* 5, n. 2 (2013): 558 y ss. Acceso en enero de 2020, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1823>.

Este caso, es un ejemplo más de la poca utilidad de los foros contemplados en el Reglamento europeo que se debería utilizar para determinar la competencia judicial de los tribunales de los Estados miembros, tanto la versión anterior, como la actual (R.1215/2012) en la que durante el proceso legislativo de modificación no se aprobó la eliminación de la conexión europea, ni la introducción de un *forum necessitatis*. Por ello este caso, y tantos otros, justifican la competencia de tribunales de Estados europeos a través de las normas internas o foros residuales.

Foros contemplados en el Reglamento 1215/2012 (RBIbis) que podrían resultar útiles en el presente ámbito de estudio, serían: el foro de la responsabilidad extracontractual del tribunal del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso (art. 7.2 RBIbis); acción civil de reparación de daños y perjuicios acumulada a un proceso penal (art. 7.3 RBIbis)²⁸; cuando hay pluralidad de demandados ante el domicilio de cualquiera de las partes demandantes (art. 8.1 RBIbis)²⁹. Sin embargo, aplicar estos foros a la matriz son poco probables. Por ejemplo, en relación al art. 7.2 RBIbis, el daño ocasionado en un tercer Estado —lugar del resultado lesivo— tendría que tener su origen en un Estado miembro —lugar del hecho causal—, y ello implica tener que demostrar que el origen causal es la decisión (u omisión) o negligencia de la matriz respecto a las operaciones de su filial.

No es posible, además, aplicar estas normas de competencia judicial internacional cuando la demandada es la filial domiciliada en un tercer Estado, precisamente por no cumplir con el requisito de tener el domicilio en un Estado miembro de la UE (conexión comunitaria)³⁰.

Al no poder aplicarse los foros previstos en el Reglamento europeo, deberá recurrirse a las normas residuales de los Estados miembros (art. 6

²⁸ En cuanto a la acumulación de acción civil por responsabilidad a un proceso penal (art. 7.3 RBIbis) se requiere que la norma procesal del foro lo admita, así es en el derecho español, francés, sueco y croata.

²⁹ Requiere que todos los demandados tengan el domicilio en un Estado miembro.

³⁰ Uno de los objetivos de la reforma del RBI (R. 44/2001) era excluir la conexión comunitaria, pero no se logró. Asimismo, tampoco consiguió introducirse foros que habrían favorecido determinar como competentes tribunales de Estados miembros, a través de criterios como la localización del patrimonio del demandado o la actividad de la sociedad demandada, o el foro de necesidad o el *forum non conveniens*. Para su análisis crítico véase: Daniel Augenstein y Nicola Jägers, «Judicial remedies: The issue of jurisdiction», en: *Human Rights in Business. Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, eds. por Juan José Álvarez Rubio; Katerina Yiannibas, (London & New York: Routledge, 2017) 19-22; Marta Requejo Isidro, «La responsabilidad de las empresas por violación de derechos humanos deficiencias del marco legal», *Scientia Juris* (2011) 39-43. https://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/scientia01theme_requejo.pdf. Acceso en enero de 2020.

R.1215/2012). Así las cosas, entran en juego las normas de competencia judicial internacional de las normas internas de los Estados miembros o foros residuales para determinar su propia competencia. Dichas normas estatales abren un abanico de posibilidades diversas con foros que se determinan por: la nacionalidad de las partes (Bélgica, Francia o Luxemburgo), presencia del demandado (Inglaterra, Malta, Finlandia), ubicación de los bienes (Alemania, Polonia, o en Escocia), ubicación de ciertas actividades (Chipre, Polonia, Portugal), domicilio del demandante (Letonia), pluralidad de demandados (Países Bajos), foro de necesidad (Austria, España, Rumanía)³¹. De este modo, entran en juego ciertos foros considerados en general poco razonables, pero que precisamente resultan de utilidad en la materia que nos ocupa³². A estos criterios deben añadirse los de tradición anglosajona (la *tag jurisdiction* o *transient jurisdiction* —ligada a lograr el trámite de notificación al demandado en un determinado lugar); la *doing business jurisdiction*— vinculada a la realización regular de actividades con una cierta relevancia en un territorio; el «forum non conveniens» propio del *common law*, que permite un margen de discrecionalidad al indicar el foro más apropiado (alejándose de la previsibilidad, proximidad y seguridad jurídica). También es largamente contemplado en algunos ordenamientos internos de la UE el foro de necesidad (*forum necessitatis*) para evitar los casos de denegación de justicia y garantizar la tutela judicial efectiva (art. 6 CEDH), como es en Bélgica, Países Bajos y Francia³³.

Litigio-ejemplo: *Akpan & Milieudéfensie v. Shell Nigeria & Netherlands* → acción colectiva y ONG como co-demandante

El derecho neerlandés admite la demanda colectiva en su Código civil. Nos remitimos al apartado de legitimación de la ONG como co-demandante en que se examina la decisión del tribunal del distrito de La Haya de admitirla como parte actora, a pesar de los argumentos en contra de la empresa *Shell* (*vid. ep. III.4*)

En el contexto de las demandas civiles internacionales que analizamos, además del objetivo de que figuren como demandadas tanto la ma-

³¹ Arnaud Nuyts, 2007 *Study on Residual Jurisdiction: General Report*, http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf, y, en el *Manual práctico 2016*, 64-69.

³² Marta Requejo Isidro, «La responsabilidad de las empresas por violación de derechos humanos deficiencias del marco legal», *Scientia Juris* (2011) 38. https://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/scientia01theme_requejo.pdf. Acceso en enero de 2020.

³³ Un ejemplo destacado fue el caso *Akala et al. contra Comilog International S.A.*, en que el tribunal francés conoció del asunto por ser competente a través del foro de necesidad. *Cour d'appel de Paris, 10 septembre 2015. Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 28 janvier 2015.*

triz como la filial en el proceso ante el tribunal nacional de un Estado de la UE, también surge el planteamiento de que la parte actora (demandante-víctima) sea múltiple. Ello se conoce como acciones colectivas (*class actions*), solo aconsejable si la compensación que se reclama es semejante o equiparable entre ellas. De nuevo, la norma aplicable es el Reglamento 1215/2012, y según este las acciones de tipo colectivo dependerán de la ley del país del tribunal que tenga competencia para conocer el litigio; es decir, según el derecho del foro regule la posibilidad o no de múltiples demandantes. Es una posibilidad regulada en algunos ordenamientos internos de la UE en materias específicas, como el consumo, las inversiones o el derecho de la competencia. Señalar que el art. 7.2 del Reglamento 1215/2012 admite el ejercicio de acciones por parte de ONGs o asociaciones de apoyo a víctimas.

2. Competencia territorial, presentación de la demanda, representación y tasas judiciales

Litigio-ejemplo: Akpan & Milieudéfensie v. Shell Nigeria & Netherlands → inicio del proceso

La *Royal Dutch Shell PLC* tiene dos domicilios: el de Londres (Reino Unido), donde tiene su sede estatutaria, y el domicilio del lugar del centro principal de actividad, en La Haya (*Den Haag*, Países Bajos). En la sentencia estudiada, si fuera de aplicación el RBIBis (R.1215/2012), el domicilio viene determinado por el art. 63, que establece estos dos criterios para determinar la competencia judicial internacional, que, en el caso, podría haber sido propuesta ante los tribunales ingleses, o los neerlandeses como finalmente se optó. Distinta es la competencia territorial, es decir, cuál tribunal concreto de la jurisdicción neerlandesa resuelve el asunto. En el supuesto es competente el tribunal del distrito de La Haya, ya que territorialmente es dónde tiene su domicilio el demandado, y conoce causas de un importe superior a 25.000€. La distribución de las poblaciones en jurisdicciones está prevista en la Ley de clasificación judicial (*Wet op de rechterlijke indeling*).

El contenido de la demanda viene determinado por la legislación neerlandesa por ser el derecho procesal aplicable (art 10:3 *Book 10 DCC*). En el proceso a instancia de parte, la demanda se presenta directamente ante la secretaría judicial y contiene la correcta identificación de las partes, la descripción de la solicitud y los motivos en los que se fundamenta, incluidos los motivos para la competencia local del órgano jurisdiccional e identificación del representante profesional de la abogacía.

Efectivamente, en los Países Bajos, el principio jurídico es que las partes deben estar representadas por un abogado/a en los asuntos civiles y mercantiles,

y en los litigios en que conoce el tribunal de un Distrito es necesaria la representación legal. En este asunto el agricultor nigeriano y la ONG están representados por el bufete de abogados *Prakken d'Oliveira Human Rights Lawyers* (Ámsterdam), en concreto, por la letrada Channa Samkalden.

Para presentar la demanda se tuvieron que pagar tasas al tribunal del distrito de La Haya. Las tasas exigidas dependen de la naturaleza y cuantía del litigio previsto en la ley de tasas en los procedimientos civiles (*Wet tarieven in burgerlijke zaken*). En la justicia neerlandesa también intervienen profesionales de la oficina judicial en los asuntos civiles al inicio del proceso que realiza las notificaciones (*dagvaarding*) y, posteriormente, interviene en la ejecución de la sentencia³⁴.

El tribunal territorialmente competente viene determinado por las normas internas de cada Estado. Los criterios habitualmente utilizados para ello son: el domicilio o residencia habitual del demandado o el lugar en el que el demandado tenga sus bienes. También hay legislaciones que permiten presentar el escrito de inicio del procedimiento ante cualquier tribunal (Inglaterra y Gales). La admisión a trámite de una demanda civil o del inicio del proceso depende del cumplimiento de requisitos formales que fija la legislación del tribunal que conoce del litigio. En la mayoría de Estados miembros de la UE una demanda de responsabilidad civil por daños requiere que sea presentada por escrito, y cada ordenamiento establece qué información debe incluirse, como sería: la identificación de las partes, la cuantía reclamada, la fecha del daño, etc. Añadir que en alguna legislación se prevé la presentación de un formulario para iniciar un procedimiento y otros ordenamientos aceptan la presentación por vía telemática.

En la mayoría de legislaciones de los Estados miembros de la UE se exige el pago de tasas judiciales para iniciar un procedimiento judicial, es decir, hacer uso del servicio público de las administraciones de justicia, aunque en Luxemburgo, por ejemplo, no se prevea una tasa inicial en ámbito civil; o en Finlandia se distinga entre la tasa judicial y la documental. La cuantía de las tasas depende de varios factores, como del montante de la demanda, el tipo de litigio o la materia objeto de controversia (por ejemplo, se elimina cuando hay menores), o una mezcla de criterios. Generalmente, el hecho de que sea un procedimiento transnacional no encarece la tasa. El momento de pago de la tasa, varía de ordenamiento a ordenamiento, pudiendo ser, cuando se interpone la demanda, cuando se

³⁴ El precio por las notificaciones *ex officio* realizadas por el agente (*bailiff*) está fijado por ley. Una notificación de demanda, tenía un coste de 72€ en 2010. Mark L. Tuil, «The Netherlands», en *The Costs and Funding of Civil Litigation. A comparative Perspective*, eds. por Christopher Hodges *et al.*, (Oxford, Portland, Oregon: Hart publishing, 2010), 411.

archiva o cuando se resuelve. La cuantía es muy variada y puede ir de un euro a miles de euros³⁵.

Las legislaciones de los Estados miembros de la UE requieren de la intervención de un profesional de la abogacía (letrado, *attorney*, *solicitor*, *avocat*, *rechtsanwalt*, *avvocato*) para el desarrollo del procedimiento, aunque puede no ser necesario, dependiendo de la materia y de la cuantía de la reclamación. En algunas legislaciones, se regula la intervención de otros profesionales en los procedimientos judiciales. Por ejemplo, en España se contempla la figura del procurador, cuya función es la de representación, mientras que en otros ordenamientos intervienen profesionales para realizar las notificaciones, para levantar actas o para ejecutar la sentencia (*bailiffs*, *huissier de justice*).

3. Lengua del proceso judicial

Litigio-ejemplo: *Akpan & Milieudéfensie v. Shell Nigeria & Netherlands* → lengua del proceso

La lengua oficial en los Países Bajos es el neerlandés, y en la provincia de Frisa también el frisón. El escrito de demanda y los documentos anexos se tienen que presentar en la lengua oficial (neerlandés) aunque en la sentencia estudiada se comprueba que el tribunal aceptó documentos en inglés, así por ejemplo: Informe de 25 de junio de 2009 firmado por el *Clean Up Supervisor* del gobierno de Nigeria; Declaración de los representantes de la comunidad de Ikot Ada Udo (Delta de Nigeria) de 17 de mayo de 2012; Informe de Mr. Kuprewicz of *Accufacts Inn* de 3 de septiembre de 2012 encargado por *Milieudéfensie*. Otros documentos, como informes periciales, sí figuraban en neerlandés.

Asimismo, destacar que, en relación al derecho aplicable al supuesto, que era el nigeriano, éste figura redactado en inglés y se fundamenta en el *common law* (*vid. ep. III.6*). El tribunal neerlandés utilizó y citó directamente en inglés las leyes nigerianas como la OPA (*Oil Pipelines Act 1956*); y aplicó jurisprudencia del *common law* de Inglaterra leída también en inglés, por ejemplo, el caso *Chandler v Cape*. Además, utiliza los términos «Tort of negligence and duty of care» a lo largo de la resolución (p.ej., FJ 4.23, 4.26, 4.35).

Consideramos que es destacable la utilización del inglés por parte del tribunal, a pesar de que obviamente la lengua vehicular fue el neerlandés. El dominio del inglés por parte de la población neerlandesa, y en particular de los operadores jurídicos, fue un factor favorable en este proceso teniendo

³⁵ Costas procesales, E-Justicia: https://e-justice.europa.eu/content_costs_of_proceedings-37-es.do; Christopher Hodges *et al.*, eds., *The Costs and Funding of Civil Litigation. A comparative Perspective* (Hart publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2010), 114-131.

en cuenta que el inglés es la lengua oficial en Nigeria (aunque tiene más de quinientas lenguas no oficiales). El conocimiento de la lengua extranjera facilitó el contacto entre los agricultores y sus representantes legales, pero, además, supuso el ahorro de algunas traducciones, coste que es notable en procesos transnacionales³⁶.

Todos los escritos aportados durante un proceso deben estar en la lengua oficial del foro competente (Francia, Alemania) o cualquiera de ellas cuando son varias las oficiales (España, Bélgica) para ser aceptados por los tribunales. En los supuestos transnacionales es habitual tener que traducir la documentación y, en su caso, las declaraciones de testimonios o peritos tendrán que ser interpretadas por traductor en la lengua oficial del tribunal. En derecho comparado de la UE existe la posibilidad que el operador jurídico (p.ej. notariado) utilice otras lenguas cuando las conocen bien, asimismo, hay legislaciones que también permiten investigar el derecho extranjero *motu proprio* (p.ej. derecho español). Sin embargo, no es habitual aceptar documentos en otras lenguas (más allá de certificados estándares multilingües o formularios dinámicos de la UE).

4. *Capacidad para ser parte (legitimación procesal), la legitimación (material) y subrogación: el papel de las ONGs*

Litigio-ejemplo: *Akpan & Milieudefensie v. Shell Nigeria & Netherlands* → legitimación del señor Akpan

Las demandadas *Shell et al.* están en desacuerdo sobre la legitimación del Sr. Akpan para ser parte actora en la causa de reclamación por daños.

Por su parte, las demandantes prueban que el Sr. Akpan es el poseedor de las tierras y estanques que explota de modo agrario y pesca, dado que en aplicación de la ley nigeriana del *common law*, si la usa y la cultiva es posesión. Fue presentada como prueba la declaración de la comunidad de Ikot Ada Udo que indicaba que los terrenos eran usados por el Sr. Akpan. Este documento se aportó en inglés. (FJ 4.16,17; 2.12)

Comprobamos que se mezcla la norma procesal neerlandesa sobre la legitimación con el derecho material nigeriano, que también es de aplicación para justificar la legitimación material como titular del derecho de reparación del daño sufrido.

³⁶ Los honorarios fijados por el Ministerio de Justicia neerlandés, en cuanto a las traducciones del inglés es de 0.79 euros/línea y, respecto a los intérpretes es de 43.89 euros/hora más desplazamientos, en su caso.

Las víctimas extranjeras que han sufrido el daño tienen que disponer de capacidad para ser parte en el momento de presentar la demanda, es decir, capacidad para ser titular de derechos y deberes en un proceso judicial, asimismo, capacidad para comparecer y realizar válidamente actos procesales. Como cuestión procesal, cada tribunal aplica su derecho procesal (*lex fori regit processum*) y dispone cuál será la ley utilizada para determinar si se dispone de capacidad.

Más complejo en estos asuntos es determinar la legitimación (material) para intervenir en un proceso, requisito también procesal de modo que depende de la ley procesal del foro, pero vinculada al derecho material aplicable al asunto, ya que es esta última la que determina en cada caso quiénes pueden ser demandantes y demandados en un proceso según la titularidad del objeto litigioso (el daño sufrido). Se distingue, por un lado, la legitimación directa, de modo que se es titular de la relación jurídica, o en el ámbito de responsabilidad extracontractual, quien ha sufrido el daño (víctima). Por otro lado, la legitimación indirecta (o por sustitución), es decir si cabe la posibilidad que una persona que no ha sufrido el daño directamente tiene igualmente interés legítimo para ser parte actora en la demanda. Cada legislación puede ser más o menos restrictiva en cuanto a las personas legitimadas, de modo que establezcan si está legitimada solo la víctima (por interés legítimo) o también establezcan como legitimados otras personas (también personas jurídicas) no titulares de la relación jurídica o interés legítimo.

Concretamente, en ámbito de la responsabilidad por daños, en aplicación del Reglamento Roma II (R. 864/2007)³⁷, cuando el foro competente sea el de un Estado miembro de la UE, el cual determina la ley aplicable a la obligación extracontractual, también establece que será dicha ley sustantiva aplicable la que determinará las personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente (art. 15.f RR II). Esta sería la legitimación directa de la víctima, ya que tiene un interés legítimo en que sea resarcido el daño.

Litigio-ejemplo: *Akpan & Milieudéfensie v. Shell Nigeria & Netherlands* → legitimación de la ONG como actora

La ONG *Milieudéfensie* disponía de legitimación para ser parte actora en la demanda contra *Shell* (filial y matriz) como codemandante, junto a los agricultores según el tribunal neerlandés. Este aplica la Sección 3:305a, del título 3.11, del Libro 3 del *Dutch Civil Code (DCC)*, sobre las acciones

³⁷ 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), DOUE 31.7.2007.

colectivas (*class actions*)³⁸. En su primer apartado indica que: una fundación o asociación con plena capacidad jurídica que, según sus estatutos, tiene por objeto la protección de intereses específicos, puede presentar demanda judicial que pretenda proteger intereses similares de otras personas (en el caso, las pretensiones del agricultor).

Shell et al. arguyen como inadmisibles las demandas de la ONG, porque el Código civil utilizado es neerlandés cuando el derecho sustantivo aplicable en el caso es el derecho nigeriano y, este, no reconoce ningún tipo de acción colectiva.

El tribunal del distrito de La Haya responde que la sección 3:305a DDC es una norma de derecho procesal aplicable al supuesto, cuestión resuelta en la interlocutoria del mismo tribunal de distrito de 14.9.2011³⁹. (FJ 4.11)

Shell et al. también argumentan que *Milieudéfensie* no desarrolla suficientes actividades para proteger el medio ambiente en Nigeria, y que los intereses de las reclamaciones son individuales y puramente locales.

El tribunal rechaza el argumento y sostiene que varias reclamaciones de la ONG son supraindividuales, porque del mandato de descontaminación del suelo, la limpieza de los estanques y la elaboración de planes de contingencia, se beneficiaría no solo el Sr. Akpan sino también el resto de la comunidad y el medio ambiente de ese territorio. Todo ello responde a la actividad objetiva que *Milieudéfensie* desarrolla en la promoción de los intereses ambientales en Nigeria, y que figura en sus estatutos de promover la protección de medio ambiente a nivel mundial. (FJ 4.12-13)

Las asociaciones o fundaciones que denuncian las violaciones de derechos humanos cometidos por empresas transnacionales, las ONGs, juegan un papel esencial cuando se presenta una demanda judicial contra las empresas multinacionales. Existen ONGs nacionales del país donde se ha cometido el daño que pueden representar a las víctimas concretas o intereses colectivos generales en un proceso interno. Estas mismas ONGs, con interés legítimo, devienen extranjeras cuando sea competente un tribunal de otro Estado. Es por ello que previamente debe determinarse su capacidad para ser parte según el derecho procesal del foro, y para ello debe reconocerse su personalidad jurídica otorgada por el derecho de otro Estado a esa entidad extranjera⁴⁰. Ante dichas dificultades, puede recomendarse la participación de una ONG con sede en el país del tribunal del Estado miembro que

³⁸ Desde 1994 las asociaciones y las fundaciones (*vereniggen* y *stichtingen*) están legitimadas para presentar demandas que tengan por objeto los intereses de un grupo de personas con intereses similares. Mark L. Tuil, «The Netherlands», en *The Costs and Funding of Civil Litigation. A comparative Perspective*, eds. por Christopher Hodges *et al.*, (Oxford, Portland, Oregon: Hart publishing, 2010), 409.

³⁹ ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3529

⁴⁰ Es el derecho procesal del tribunal que conoce el asunto el que determina la capacidad procesal y la exigencia de requisitos para ser titular de derechos y deberes procesales de las personas físicas o jurídicas, por lo general, cuando ostentan personalidad jurídica según su derecho nacional, de su domicilio, residencia habitual o sede.

conozca del asunto, como sucede en el caso, en la que interviene como codemandante *Milieudedefensie*. Los argumentos de su intervención no solo es la economía procesal, sino porque esta gozará de capacidad para ser parte, ya que se le reconoce la personalidad jurídica. Superada esta cuestión previa (reconocimiento de la capacidad procesal), resultará de gran complejidad determinar si la ONG «europea» ostenta de legitimación material.

En cuanto a la legitimación indirecta, ello es, establecer otros legitimados además de la víctima titular del derecho, dependerá de la ley sustantiva aplicable para determinar si lo están. Esta legitimación indirecta nos interesa para los supuestos que presentamos. La víctima del daño, legitimada para ser parte, puede convenir con una ONG que se subrogue de modo que pueda ejercer una acción procesal en nombre propio y como parte. Esta posibilidad de transmisibilidad del derecho a reclamar suele regirse por la ley de la relación jurídica afectada⁴¹. En concreto, en las reclamaciones extracontractuales, el Reglamento Roma II (R. 864/2007) determina que la ley aplicable al supuesto será la que establecerá la posibilidad de la transmisibilidad del derecho a reclamar por los daños o solicitar indemnización (art. 15.e RRII).

En estos supuestos, la ONG podrá optar por actuar de distinta forma. Por un lado, como legitimada en una acción colectiva, para ello el derecho sustantivo aplicable (determinado por el Reglamento Roma II (R. 864/2007) cuando el foro competente sea de un Estado miembro de la UE) establecerá cómo acreditar su condición de representante de las víctimas legitimadas para ser demandantes. Por otro lado, cuando el bien protegido sea difuso (el territorio, el medio ambiente), podría ostentar de legitimación extraordinaria en que su fundamento sea la protección del interés general y su objetivo sea el cese de las actividades dañosas⁴². De esta segunda posibilidad contamos con un ejemplo reciente (abril de 2019) que merecerá seguir su evolución. En concreto, siete ONGs junto con centenares de codemandantes particulares han demandado a Shell por negligencia en las actuaciones de la empresa por no evitar los daños medioambientales que está generando en el mundo⁴³.

⁴¹ Pilar Jiménez Blanco, *El proceso civil transfronterizo*, (Madrid: Col. Abogacía internacional, 2016), Vol. IV, 55.

⁴² Para ampliar el estudio sobre la legitimación y las acciones colectivas, véase: Laura García Álvarez, *Daños ambientales transnacionales y acceso a la justicia* (Madrid: Dykinson, 2016), 69-226.

⁴³ En abril de 2019, la ONG Milieudedefensie y otras 6 ONGs, junto a unos 400 codemandantes, demandaron civilmente a Shell ante los tribunales neerlandeses, no por un daño concreto, sino bajo el argumento de negligencia en las actuaciones de la empresa porque no evita daños que, según la legislación aplicable, en su caso la de los Países Bajos, le obliga a cum-

5. Plazos de caducidad y/o prescripción

Litigio-ejemplo: *Akpan & Milieudéfensie v. Shell Nigeria & Netherlands* → derecho aplicable a la prescripción de la acción

La demanda contra *Shell* se presentó en 2008 y los daños en el Delta de Nigeria sucedieron en 2006 y 2007. Podría plantearse si la acción había prescrito, para ello, debemos saber qué derecho determinará el tiempo de prescripción.

El tribunal del distrito de La Haya utiliza sus normas de derecho internacional privado para determinar si considera la cuestión de la prescripción como sustantiva o procesal. El art. 10:14 de su Código civil [se aplica dicha norma ya que el Reglamento Roma II (R. 864/2007) aún no era de aplicación en la fecha] establece que la prescripción y la existencia de derecho de acción se determina por el derecho aplicable a la relación jurídica, de modo que a la prescripción fue aplicable el derecho sustantivo nigeriano (*vid. ep. III.6*).

Para los derechos continentales la prescripción o la caducidad son cuestiones sustantivas, así se aplica el derecho material aplicable al litigio (sea el del foro o una ley de otro Estado). En otros sistemas jurídicos la caducidad o la prescripción son cuestiones procesales, como sucede en el *common law*, de modo que se rigen por las normas procesales del tribunal que conoce el asunto.

Añadimos la norma de origen europeo, el Reglamento Roma II (R. 864/2007), la cual dispone que será la ley aplicable al fondo (la determinada por las normas de conflicto del mismo reglamento) la que se aplicará para determinar el inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad (art.15.h RRII).

Conocer qué ley se aplicará repercute en la cuestión tan importante como es el plazo de caducidad o prescripción. Los plazos previstos en las

plir con el objetivo de la prevención del cambio climático (objetivos de París). Los demandantes exigen que «Shell comience a reducir inmediatamente sus emisiones de CO2 al menos al 45% para 2030 (respecto de 2010) y al cero neto en 2050». De no cumplir con la ley, la negligencia supone un acto ilícito. Los argumentos jurídicos se inspiraron en el caso *Fundación Urgenda v. Reino de los Países Bajos*, en que los demandantes acusaron al gobierno neerlandés de violar su deber de protección a la sociedad según la sección 6:162 del código de Derecho civil de los Países Bajos. De este modo, el gobierno tiene la obligación legal de evitar las emisiones. Los demandantes exigieron que el gobierno neerlandés tomase más medidas para reducir las emisiones de efecto invernadero en los Países Bajos, incluso para asegurar que las emisiones neerlandesas en el año 2020 sean al menos un 25% más bajas que las de 1990. <https://en.milieudéfensie.nl/climate-case-shell/friends-of-the-earth-netherlands-sues-shell-for-causing-climate-change>. Acceso en enero de 2020.

legislaciones de los Estados miembros no están unificados y varían según la materia en litigio. Por ejemplo, en España el plazo general es de 5 años, mientras que en Italia es de 6 años, en los Países Bajos de 20 años o en Inglaterra y Gales son 6 años. Sin embargo, se establecen plazos particulares en materia de daños extracontractuales, que pueden resultar más reducidos, como en España 1 año, en Italia 5 años al igual que en los Países Bajos, pero en Luxemburgo son 30 años⁴⁴.

6. *Ley aplicable al fondo*

Litigio-ejemplo: *Akpan & Milieudéfensie v. Shell Nigeria & Netherlands* → Ley aplicable

En el caso, no se utilizó el Reglamento Roma II (R. 864/2007) para determinar la ley aplicable porque no era de aplicación temporal en el momento en que sucedieron los hechos generadores de los daños (art. 31 y 32 RRII). Consecuentemente, se aplicó la norma neerlandesa sobre conflicto de leyes en materia de *tort* (*Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad; WCOD*). En aplicación de la Sección 3 (1) y (2) *WCOD*, las demandas se debían sustentar con la ley nigeriana, en concreto, la del Estado de Akwa Ibom, por ser el lugar donde ocurrió el daño y causó sus efectos nocivos. (FJ 4.8-10).

En la sentencia neerlandesa se comprueba como el tribunal aplica el derecho nigeriano, en concreto, la *Nigerian Oil Pipelines Act 1956*, y también, el derecho inglés y su jurisprudencia, que es la que se utiliza para dilucidar si había o no un deber de control (*duty of care*) de la empresa petrolera respecto a sus instalaciones por el que resultó el daño causado a la demandante. Finalmente, es el derecho utilizado por el tribunal para eximir de responsabilidad a la matriz. (*vid. ep. III.8*)

En el supuesto hipotético de que el Reglamento Roma II (R. 864/2007) hubiera sido de aplicación temporal, entonces, siguiendo la norma general se debería aplicar el derecho nigeriano, con lo cual, la misma solución que aporta el derecho internacional privado neerlandés. Ahora bien, el Reglamento Roma II (R. 864/2007) hubiera podido dar otra solución y determinar como aplicable el derecho neerlandés, atendiendo a las disposiciones específicas para daños medioambientales (art. 7 RRII). Para ello, la demandante hubiera teniendo que demostrar (difícil) que las acciones u omisiones de la empresa matriz domiciliada en los Países Bajos fueron la causa de los daños ambientales. De admitir la causalidad, se

⁴⁴ Rosa María García Pérez, «La prescripción en el derecho europeo», en: Sixto Sánchez Lorenzo, coord..., *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, (Thomson Reuters Aranzadi, 2013), 1727-1760.

podría haber aplicado la ley del Estado del hecho generador del daño, en este caso la ley de los Países Bajos⁴⁵. Las diferencias de aplicar un derecho u otro son notables, téngase en cuenta que dicha ley es la que determina cuestiones tan importantes como el alcance de la responsabilidad, la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus actos, las medidas para garantizar el cese y la reparación, causas de exoneración, la evaluación de los daños o la indemnización solicitada, entre otras (art. 15 RRII).

Una vez determinada la competencia del tribunal y la legitimación de la parte actora/s, es necesario fundamentar la demanda en un derecho sustantivo que dé repuesta a la pretensión de la víctima. Este derecho material, en un litigio transfronterizo, tiene que ser previamente determinado para poder ser alegado en los escritos judiciales de las partes y, posteriormente, aplicado por el tribunal para fundamentar la resolución.

El instrumento normativo aplicable para determinar la ley aplicable a la responsabilidad civil por daños no contractuales cuando conoce del asunto un tribunal de un Estado miembro de la UE, será el Reglamento Roma II (R. 864/2007)⁴⁶, a partir del 11 de enero de 2009 (art. 32 RRII) y con carácter universal (art. 3 RRII) es decir, que la ley designada puede ser la de cualquier país, respecto las materias no excluidas⁴⁷.

La norma general prevista en el Reglamento Roma II (R. 864/2007) es que será de aplicación la ley del país en que se haya producido el daño, con independencia del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualquiera que sea el país(es) en que se producen las consecuencias indirectas del hecho (art. 4 RRII). Así, en los supuestos objeto del presente estudio, en muchas ocasiones la ley aplicable será la del país donde la filial ha producido el daño (*lex loci delicti commissi*); de modo que el tribunal de un Estado miembro aplicará un derecho extranjero en su foro (*Vid. ep. III.6*).

Esta norma general tiene varias excepciones, así, se aplicará preferentemente la ley elegida por las partes en determinadas circunstancias (art. 14 RRII), o bien, puede ser aplicable una norma concreta sobre ilícito

⁴⁵ *Manual práctico 2016*, p. 73

⁴⁶ Para su análisis detallado véase: Liesbeth Enneking, «Judicial remedies: The issue of applicable law», en: *Human Rights in Business. Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, eds. por Juan José Álvarez Rubio; Katerina Yiannibas, (London & New York: Routledge, 2017), 49-65.

⁴⁷ Cuando el objeto del daño a la víctima esté vinculado a un contrato laboral, entonces será de aplicación para determinar la ley aplicable el Reglamento 593/2008 (RRI). El Reglamento 864/2007, asimismo tiene un listado amplio de materias excluidas de su aplicación en ámbito de extracontractuales (art. 1.2).

tos específicos, de entre los cuales destacamos la norma de conflicto sobre daños medioambientales (art. 7 RRII). Este último artículo permite a la víctima del daño ambiental, elegir entre la ley del país donde se produce el daño o la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño.

7. Prueba del derecho extranjero

Litigio-ejemplo: *Akpan & Milieudéfensie v. Shell Nigeria & Netherlands* → prueba del derecho extranjero

Según el Código civil neerlandés, las normas de derecho internacional privado y la ley designada por éstas serán aplicadas *ex officio* (art. 10:2 DCC). Así pues, si la norma de conflicto neerlandesa designó como aplicable el derecho nigeriano (ley extranjera), este, imperativamente será de aplicación por parte del tribunal.

En los Países Bajos, el derecho extranjero que sea de aplicación ante sus tribunales, debe ser probado por las partes, aunque el tribunal también puede obtener información a través de convenios Internacionales o solicitando un informe de un experto al Instituto Jurídico Internacional (*International Juridisch Instituut*)⁴⁸ o investigando por sí mismo.

En el litigio contra *Shell*, el tribunal utiliza un Informe del *International Juridisch Instituut*, e investiga *motu proprio* el *common law* inglés dado que el derecho nigeriano forma parte del *common law* basado en el derecho de Inglaterra (FJ 4.10). En concreto, analiza los casos *Rylands v Fletcher*, *Chandler v. Cape*, *Capar PLC, Industries plc v. Dickman (1990)*, *Smith v. Littlewoods (1987)*. Para probar el derecho nigeriano-*common law*, ambas partes aportan dictámenes jurídicos (FJ 4.10)

Cuando la *lex causae* resulte ser una ley extranjera a la del foro que conozca el asunto, esta deberá ser aplicada como si de su propio derecho se tratara. Pero obviamente, los operadores de los tribunales y la judicatura no tienen la obligación de conocer dicho derecho extranjero como sí lo tienen de su propio derecho (*iura novit curia*). Cómo debe conocerse dicho derecho extranjero y ser aplicado es una cuestión no resuelta por el Derecho de la UE, a pesar de contar con varios Reglamentos europeos que determinan

⁴⁸ *International Juridisch Instituut*, situado también en La Haya (<https://www.iji.nl/en>). Para un informe de la *IJI*, la tarifa es de 175€/hora sin IVA. Las tarifas de expertos extranjeros también se contabilizan. Para los informes en los litigios donde se dispone de asistencia jurídica gratuita, la tarifa es de 44€/hora sin IVA, solo las 6 primeras horas se facturan al solicitante, ya que las restantes son reembolsados por el Ministerio de Seguridad y Justicia.

la ley aplicable (como el Reglamento Roma II). Atendiendo a cada ordenamiento jurídico el trato previsto para el derecho extranjero es diverso en relación a la carga de la prueba, los medios de prueba admitidos o si su aplicación es imperativa, *ex officio* o facultativa⁴⁹. Así, por ejemplo, en España y en Francia el derecho extranjero debe ser probado por las partes, mientras que en Alemania y Grecia los jueces tienen la obligación de investigar el derecho extranjero o solicitar informe a un experto. La consecuencia de la falta de la prueba también varía, a modo de ejemplo, se opta por aplicar el derecho propio (*lex fori*) solo cuando las partes podían escoger el derecho aplicable (Francia), de forma excepcional (España) o como último recurso (Italia, Portugal)⁵⁰.

8. La carga y aportación de pruebas y su valor probatorio

Litigio-ejemplo: *Akpan & Milieudéfensie v. Shell Nigeria & Netherlands* → carga de la prueba

En el caso, el derecho procesal neerlandés (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*) establece como norma general que la carga de la prueba recae en quien afirma el hecho, aunque el tribunal puede requerir pruebas de la otra parte (arts. 149-207 *WBR*). El derecho internacional privado neerlandés, sin embargo, establece que la ley aplicable a la relación jurídica o hecho se aplicará también cuando contenga reglas para la distribución de la carga de la prueba (art. 10:13 *DCC*). Es decir, a pesar de que la carga de la prueba es una cuestión esencialmente procesal, en los asuntos internacionales también es de aplicación el derecho sustantivo que se aplica en la resolución del litigio.

Durante el proceso, los demandantes (agricultor y ONG) reiteran ante el tribunal la petición para que la empresa aporte documentación sobre el mantenimiento de los conductos del petróleo, y *Shell* no la aporta. En la sentencia examinada (30.1.2013), el tribunal desestima de nuevo el requerimiento tal y como había establecido en una interlocutoria anterior (14.09.2011) (FJ 4.61). El tribunal realiza una interpretación restrictiva del artículo 843a del Código civil neerlandés, de manera que, si la parte actora no prueba suficientemente el interés determinante en obtener un documento

⁴⁹ Véase: Maria Font i Mas, «La aplicación del derecho extranjero resultante de la remisión de las normas de conflicto europeas en el contexto de los sistemas imperativos *sui generis* como el español o el facultativo inglés», en *Práctica de la prueba del derecho extranjero*, dir. por Joan Picó i Junoy (Madrid: La Ley, 2011), 44-74.

⁵⁰ Clemens Trautmann, «Foreign Law. Application. Ascertainment» en: *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, ed. por Jürgen Basedow *et al.*, (Oxford University Press, 2013), 711-719.

concreto, no se estima su «legítimo interés» y, por tanto, será denegada su petición⁵¹.

La demandante reclama de nuevo al tribunal la aportación de documentación a *Shell*, en concreto, sobre el control de la matriz respecto a la filial nigeriana, y el tribunal, de nuevo, deniega la petición (10.9.2013).

La ONG obtiene información sobre *Shell* a través de otro proceso judicial también contra la misma multinacional petrolera que se desarrolla ante el tribunal inglés y por daños sucedidos en Nigeria. Con esta nueva información, requiere de nuevo documentación sobre el estado de los conductos del petróleo en el Delta de Nigeria, la cual revelaría el conocimiento de su estado por parte de la matriz (12.03.2015). El tribunal ordena a *Shell* permitir el acceso a todos los documentos relacionados con el caso (18.12.2015)⁵². *Shell* envía documentación a la parte actora, pero *Milieudefensie* indica que ésta es parcial, *Shell* responde a ello que parte de la documentación está perdida (11.10.2016)⁵³.

En este tipo de litigios, mucha de la información necesaria está en posesión de las empresas, las cuáles, como partes demandadas, no tienen la obligación de probar los hechos y pueden evitar su presentación, o bien, presentar parcialmente la documentación, como argucia procesal.

La aportación de pruebas por parte de los demandantes (agricultores y ONG) fue realmente difícil, situando las partes en plena desigualdad al no disponer de la misma información⁵⁴.

El derecho procesal del tribunal competente para resolver el litigio, es el que determina la admisibilidad de los medios de prueba (documental, pericial, testimonial), su fuerza probatoria, el procedimiento probatorio y el aseguramiento de pruebas. En relación a qué pruebas son requeridas o sobre quién recae la carga de la prueba, puede venir regido por la ley sustantiva aplicable en determinadas materias, opción prevista en el Reglamento Roma II (R. 864/2007) sobre obligaciones extracontractuales (art. 22 RRII).

⁵¹ Laura García Álvarez, «Daños privados por contaminación en el tráfico externo: a propósito del caso *Akpan vs. Shell* (Nigeria)», *Cuadernos de Derecho Transnacional* 5, n. 2 (2013): 577. Acceso en enero de 2020, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1823>.

⁵² Court of Appeal The Hague 17 December 2015, ECLI: NL: GHDHA: 2015: 3586 (Dooh/Shell); Court of Appeal The Hague 17 December 2015, ECLI: NL: GHDHA: 2015: 3587 (Shell/Akpan); Court of Appeal The Hague 17 December 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588 (Oguru-Efanga/Shell). Véase el comentario de Cees van Dam, «Preliminary judgments Dutch Court of appeal in the Shell Nigeria case», 14th January 2016. Acceso en enero de 2020. <http://www.ceesvandam.info/default.asp?fileid=643>.

⁵³ Acceso en enero de 2020, www.milieudefensie.nl.

⁵⁴ Liesbeth Enneking se muestra crítica con el sistema neerlandés de aportación de pruebas y de valoración, situación que considera que vulnera el art. 6 CEDH. Liesbeth F.H. Enneking, «Multinationals and Transparency in Foreign Direct Liability Cases», *The Dovenschmidt Quarterly*, n.º 3(2013), 137-141; 146.

A pesar de esta norma europea, en los ordenamientos internos de los Estados miembros, como norma general, se determina que la carga de la prueba recae en los demandantes (parte actora). Ahora bien, en ámbito de derechos humanos y empresa, no son pocas las voces que reclaman una inversión de esta norma ya que los demandantes son la parte débil en el litigio. De hecho, en algunos ordenamientos, como en los Países Bajos o Francia, existe una tendencia a invertir la carga de la prueba o modificarla ligeramente en algunas materias sobre responsabilidad, a favor de la víctima⁵⁵.

Litigio-ejemplo: *Akpan & Milieudéfensie v. Shell Nigeria & Netherlands* → aportación de pruebas y valor probatorio

Para resolver el litigio en estudio es importante determinar la causa del derrame de petróleo, ya que, si se determina que hubo sabotaje, la ley nigeriana prevé que la empresa no es responsable por el daño causado por el derrame. *Shell et al.* demuestran mediante pruebas que fue fácil cerrar las válvulas abiertas causantes del derrame con una llave inglesa. La demandante no aportó ninguna prueba que cerciorarse que podría haber otras causas distintas al sabotaje. (FJ 4.18-21 e Interlocutoria de 14 de septiembre de 2011).

En los Países Bajos, el tribunal es libre de evaluar las pruebas presentadas, excepto si la ley determina el contrario. Presentamos como ejemplo de la dificultad de probar y determinar su valor probatorio, el supuesto concreto en que la demandante pretendía demostrar la insuficiencia de medios de limpieza utilizados por la empresa en la zona afectada por los derrames del petróleo. El tribunal desestimó su pretensión porque no consiguieron probar que el método utilizado fue inadecuado. En concreto, la limpieza fue certificada por autoridades nigerianas a través del informe *RENA: Remediaton by Enhanced Natural Attenuation through land faming process* (FJ 2.8 y 9). La ONG alegó que los certificados nacionales nigerianos eran poco de fiar, pero el tribunal neerlandés no entró a valorar esta cuestión, sino que se centró en el contenido del documento (FJ 4.48, 49 y 50).

En este tipo de procesos es esencial probar dos cuestiones, por un lado, como se ha comprobado, la vinculación entre la empresa matriz y la filial para poder levantar el velo y demostrar la «business unit»⁵⁶. Y, por otro lado, resulta esencial para resolver el litigio en materia de daños extracontractuales aportar documentales que prueben las causas de los

⁵⁵ *Rapport donnant suite au postulat 14.3663 CPE-E du 26 novembre 2014*, «Entreprises et droit de l'home: analyse comparée des mesures judiciaires et non judiciaires offrant un accès à la réparation», Berne, 14.09.2018, 6.

⁵⁶ José Elías Esteve Moltó, «The impunity veil of transnational corporations: the judicial saga of Bhopal», en: *Empresas y Derechos humanos*, coord. por Maria Chiara Marullo y Francisco Javier Zamora Cabot (Nápoles: Ed. Scientifica srl, 2018), 274-275.

daños y los efectos, con el fin de demostrar los daños sufridos y poder reclamar responsabilidad (indemnización) y, en su caso, cese de las acciones dañosas. Para ambas cuestiones es necesario el acceso a documentación que evidencie tales extremos, y la parte actora no siempre tiene acceso a dichas evidencias.

Así de crítico se muestra un artículo de Amnistía Internacional sobre la resolución del tribunal neerlandés de 2013: «Todos los demandantes se encontraron con la tarea prácticamente imposible de demostrar sus alegaciones. (...) el tribunal holandés tuvo que depender de los informes de la investigación de los vertidos de petróleo elaborados por la propia Shell. La investigación llevada a cabo por Amnistía Internacional ha revelado serias deficiencias en el proceso de investigación de los vertidos de petróleo en Nigeria. (...) A lo largo de toda la sentencia queda patente que los agricultores sencillamente no tuvieron acceso a la información y los conocimientos necesarios para refutar las afirmaciones de Shell.»⁵⁷

9. Sentencia, apelación y ejecución forzosa

Litigio-ejemplo: *Akpan & Milieudéfensie v. Shell Nigeria & Netherlands* → sentencia y apelación

La sentencia del tribunal del distrito de La Haya de 30 de enero de 2013, dictamina:

- En relación a la empresa matriz neerlandesa: el desistimiento de las reclamaciones contra la empresa *Shell* en aplicación del derecho nigeriano y la jurisprudencia inglesa (*vid. ep. III.6*), en especial, en el examen de la aplicabilidad del «duty of care» respecto a las instalaciones que causan un daño provocado por terceros. El tribunal neerlandés excluye la responsabilidad de la matriz de ese control, a pesar de tener como política de empresa la prevención de daños medioambientales por sus actividades; también se excluye, por falta de proximidad entre la matriz y los habitantes de la zona afectada, de modo que no sería aplicable como precedente el caso *Chandler v. Cape PLC*; tampoco sería aplicable porque el negocio no es exactamente el mismo, ya que la matriz formula las líneas de política general y participa en la estrategia mundial y la gestión de riesgos mientras que la filial produce el petróleo. Tampoco se acepta como argumento que la matriz debiera

⁵⁷ Audrey Gaughran, «La contaminación causada por Shell en el Delta del Níger: lo bueno, lo malo y la búsqueda incesante de la justicia», Amnistía Internacional, 1.02.2013, acceso en enero de 2020, <https://www.amnesty.org/es/latest/campaigns/2013/02/shell-s-niger-delta-pollution-the-good-the-bad-and-the-ongoing-quest-for-justice>.

conocer mejor los riesgos específicos de la industria filial que opera en Nigeria.

- La sentencia dictamina en relación a la filial nigeriana: por un lado, la desestimación de las reclamaciones contra la filial nigeriana por daños causados a *Milieudefensie*. Esta ONG situada en Ámsterdam, a pesar de estar legitimada por el derecho procesal neerlandés (*vid. ep. III.4*), no ha sufrido los daños en Nigeria, por lo tanto, no lo ampara la ley nigeriana (ni la neerlandesa), por falta de proximidad. Por otro lado, la desestimación de la responsabilidad de la filial nigeriana por los daños causados al Sr. Akpan por los derrames de petróleo en 2006 y 2007 porque fueron causados por sabotaje de terceros, y según la norma nigeriana *OPA*, es causa de excepción de la obligación de pagar indemnización si sufre daños cualquier persona como consecuencia de cualquier rotura o fuga de la tubería (Sección 11 (5) (c) *OPA*). Distinto sería que la causa fuera que la filial nigeriana respondió inadecuadamente del derrame de petróleo o las consecuencias de la limpieza inapropiada.

Sin embargo, el tribunal, sí que estima que hay responsabilidad por negligencia de la filial nigeriana, porque sí tenía un deber específico de cuidado «*duty of care*» con respecto a las personas que viven en las cercanías del pozo petrolero y especialmente pescadores y agricultores, como el Sr. Akpan. La sentencia establece que era razonablemente exigible a la empresa que se hubiesen tomado medidas de seguridad contra el sabotaje, que era previsible y creó una situación peligrosa a los habitantes de la zona. Ello conduce a estimar una compensación económica para el Sr. Akpan de la empresa nigeriana.

La sentencia fue apelada por ambas partes (1.05.2013)⁵⁸ y aun no hay resolución.

El proceso se está dilatando en el tiempo: la duración de un proceso interno ante un tribunal de distrito se estima de media entre 1.5 y 2 años. El litigio-ejemplo, tuvo una duración de 4 años y 7 meses desde la presentación de la demanda (9.5.2008) hasta la fecha de la sentencia (30.1.2013). La dilación en el proceso se debe, en parte, por las continuas interposiciones de recursos de la empresa *Shell* respecto la competencia del tribunal, así como la negativa reiterada de aportar información que reclamaba insistentemente la demandante. Por otro parte, por las circunstancias propias de ser un litigio transnacional. Sea como fuere, la duración del proceso afecta económicamente y conlleva desgaste personal (o social) a ambas partes, pero no tienen parangón.

⁵⁸ En el portal de la ONG explica los distintos pasos de la apelación, como por ejemplo, la reclamación de documentación a Shell, o como, de nuevo, la empresa impugna la competencia del tribunal neerlandés. A día de hoy, aun no hay sentencia: <https://en.milieudefensie.nl/shell-in-nigeria/timeline-the-course-of-the-lawsuit>, acceso el enero de 2020.

Los litigios internacionales se dilatan en el tiempo, pero terminan. Puede finirse el litigio antes de obtener una resolución judicial a través de un acuerdo entre las partes, una transacción, o bien, acabar con una sentencia judicial, si bien esta puede ser apelada. Y, aún puede transcurrir mucho más tiempo cuando la sentencia deba ejecutarse internacionalmente.

Litigio-ejemplo: *Akpan & Milieudéfensie v. Shell Nigeria & Netherlands* → hipótesis de ejecución forzosa

Si la sentencia de la apelación condenara a la matriz de *Shell* domiciliada en los Países Bajos, su ejecución sería sencilla procesalmente porque se aplicaría el propio derecho procesal ya que no sería una sentencia extranjera.

En cambio, si la sentencia neerlandesa tuviese que ejecutarse en Nigeria, se tendrían que accionar las normas de cooperación jurídica internacional, en concreto, el sistema de ejecución de sentencias extranjeras previsto en la legislación nigeriana a falta de convenio internacional aplicable.

En Nigeria ha habido un aumento de peticiones de ejecución de sentencias extranjeras en materia comercial entre el 2005 y el 2015⁵⁹. Según A. Yekini, existirían dos métodos de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, la «common law action» que implica un nuevo procedimiento (sin revisar el fondo) que es largo y con altos costes de litigio, y el «statutory registration» que debe realizarse en un plazo de 12 meses desde la petición. Este último sistema se fundamenta en la reciprocidad prevista en las *Acts* inglesas (1922 y 1961) aunque de la doctrina del Tribunal Supremo de Nigeria se aparta de su aplicación literal y las aplica de forma liberal y pragmática. Según el autor, de la jurisprudencia del alto tribunal nigeriano se desprende que no es necesaria la reciprocidad, de manera que se reconocerían las sentencias extranjeras cuando no incumpliesen alguno de los motivos de no ejecución, que son: la falta de jurisdicción del tribunal extranjero, falta de notificación, fraude y orden público; estos dos últimos motivos son poco utilizados en la práctica jurisprudencial.

Para nuestro litigio-ejemplo, merece mencionar que podría ser o no motivo de denegación de ejecución de una eventual sentencia neerlandesa a través de la «statutory registration», la falta de competencia del tribunal extranjero (tribunal del distrito de La Haya), dado que según el derecho nigeriano se fundamentaría en que el deudor (a quien debe ejecutarse la sentencia) tenía la residencia en ese país extranjero en el momento de realizarse la acción contra él. No obstante, incluye particularidades, como

⁵⁹ Nigeria es un Estado federal en el que los tribunales que tienen competencia de registrar las sentencias extranjeras son: *State High Courts, Federal High, National Industrial Court*. Abubakri Yekini, «Foreign judgments in Nigerian courts in the last decade: a dawn of liberalization», *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, n 2 (2017), 204.

el supuesto en que la sociedad mercantil tenga su sede principal o el lugar donde se mantiene una filial, siempre que sea más adecuado en relación con la actividad de esa filial. Para ello, se requieren pruebas evidentes que demuestren que la matriz controla y dirige los negocios de la filial (*Adams v. Cape Industries Plc* (1990) 2 WLR 657)⁶⁰.

De nuevo, sería necesario demostrar la vinculación de la empresa matriz y la filial «business unit» y el deber de vigilancia.

Superada, en su caso, la apelación, si la sentencia fuera condenatoria a la empresa (p.ej. indemnizar, tomar medidas para resarcir el daño, cesar la causa del daño) debería iniciarse un nuevo procedimiento de ejecución. La ejecución internacional deviene complicada según el país donde deba desprender efectos ejecutivos cuando no exista un convenio internacional entre los Estados parte, de modo que el proceso de ejecución, que puede requerir la obtención de una previa declaración judicial de ejecutividad (*exequatur*), alargando de nuevo el proceso. Además, existe la posibilidad que según el derecho del Estado de recepción de la sentencia extranjera puede hallarse algún argumento o condición para no homologar dicha sentencia en su país.

IV. Costes del litigio, costas, asistencia jurídica gratuita

Litigio-ejemplo: *Akpan & Milieudéfensie v. Shell Nigeria & Netherlands* → costas

En el presente estudio no se ha conseguido conocer los costes de todo el proceso, pero indudablemente han sido enormes.

En cuanto a las costas, la normativa neerlandesa sigue la regla general de que quien pierde el litigio paga el proceso, bajo el concepto de «billijkheid» que se traduce como «fairnes» en inglés, de modo que los costes de la parte vencedora son compensados, incluidos los honorarios de los peritos expertos (art. 237.1 *DCCP*)⁶¹. Se prevén legislativamente excepciones en ámbito de familia, en que cada parte carga con sus gastos (art. 327 *DCCP*). También existe la posibilidad de que el juez ordene a

⁶⁰ Abubakri Yekini, «Foreign judgments in Nigerian courts in the last decade: a dawn of liberalization», *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, n 2 (2017), 205-218.

⁶¹ «The policy objective that is being served is the objective of access to justice. In serving this objective, the interests of two parties are weighed against each other, on the one hand, the interest of a party that has prevailed in litigation and wants to recover his or her costs on the other hand, the interest of a party with an arguable claim who should not be deterred from instigating his claim». Mark L. Tuil, «The Netherlands», en *The Costs and Funding of Civil Litigation. A comparative Perspective*, eds. por Christopher Hodges *et al.*, (Oxford, Portland, Oregon: Hart publishing, 2010), 405.

cada parte sufragar sus propios gastos si ambas partes han ganado y perdido distintas pretensiones en el caso.

Este último supuesto es el que el tribunal del distrito de La Haya decide aplicar en cuanto a las costas, de modo de que cada parte cargue con sus propias costas del proceso (FJ 4.62)

Son diversos los costes que se generan en un proceso judicial, y estos se multiplican cuando el litigio es internacional. A continuación, un listado no exhaustivo de los costes comunes en un proceso de derecho privado: tasas judiciales, honorarios de abogacía y otros profesionales jurídicos cuando la legislación procesal del foro lo requiera, honorarios de los peritos expertos, gastos de los testigos, costas judiciales, pago de impuestos, obtención de pruebas, servicio de ejecución a través de profesionales, y, en ocasiones, depósito preventivo de gastos. A este elenco, debe añadirse los gastos específicos de los litigios transfronterizos: coste de la traducción de la documentación (pruebas y derecho extranjero) y del servicio de interpretación para las vistas orales, certificación o prueba del derecho extranjero, legalización o apostilla de los documentos públicos que se aporten, cooperación de autoridades judiciales, nuevo procedimiento en caso de ejecución forzosa transnacional.

Litigio-ejemplo: *Akpan & Milieudéfensie v. Shell Nigeria & Netherlands* → asistencia jurídica gratuita

En el presente estudio no se ha conseguido conocer si los demandantes han obtenido asistencia jurídica gratuita, aunque pensamos que esta es insuficiente para cubrir los gastos de un proceso internacional de estas características.

En derecho neerlandés se encuentra regulado en la Ley de asistencia jurídica gratuita (*Wet op de rechtsbijstand*), la cual tiene fundamento constitucional (art. 18.2). Los solicitantes pueden ser tanto personas físicas como jurídicas, en cualquier rama del derecho. La norma prevé su concesión a residentes, así que no cubriría a los agricultores, pero sí a la ONG, aunque esta última tendría que demostrar la insuficiencia de recursos económicos.

Efectivamente, en algunos ordenamientos la asistencia jurídica gratuita es solo para las personas residentes o nacionales del foro, ello excluye a los demandantes extranjeros en los casos de responsabilidad transnacional directa⁶². En el supuesto de que efectivamente la víctima demandante fuera beneficiaria de dicha asistencia jurídica gratuita, tendría que examinarse

⁶² Liesbeth Enneking, «Judicial remedies: The issue of applicable law», en: *Human Rights in Business. Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, eds. por Juan José Álvarez Rubio; Katerina Yiannibas, (London & New York: Routledge, 2017), 68.

previamente qué cubriría la ayuda teniendo en cuenta que es un litigio transnacional y qué consecuencias económicas supondría perder el litigio.

Los recursos económicos necesarios para iniciar un costoso y duradero proceso internacional es una premisa que condiciona sin lugar a dudas la posibilidad de acceso a la justicia. La tutela judicial efectiva debe garantizar la asistencia jurídica gratuita con el fin de garantizar el acceso al proceso como demandante (y, en su caso como demandado) a aquellos quienes no tengan suficientes recursos. A pesar de que garantizar la tutela judicial efectiva y un proceso equitativo, conllevaría correlativamente la asistencia jurídica gratuita de forma universal (art. 6.1 CEDH y art. 47 CDFUE), lo cierto es que hay limitaciones de acceso a esa asistencia por razón de extranjería.

V. Reflexiones finales

Demandar civilmente a las empresas multinacionales por daños causados a las personas o a la tierra, aunque no sea la solución, tal y como señalábamos al inicio, sí puede considerarse un paso hacia adelante para combatir la violación de derechos humanos por parte de las empresas. De superar el largo y costoso proceso judicial y conseguir una sentencia condenatoria de la empresa, para la víctima supone una compensación económica, y en el mejor de los casos un cese de la violación o abuso; pero no compensa en absoluto perder la tierra, el hogar, los medios de subsistencia, la salud o la propia vida. Para las víctimas indirectas, estas somos la sociedad en general cuando los daños son sobre todo medioambientales, una sentencia condenatoria puede suponer el cese del daño (p.ej. contaminación) y la recuperación del espacio natural, aunque solo sea parcialmente.

Efectivamente, si los litigios terminan con una sentencia condenatoria pueden suponer un motivo disuasorio de violación de derechos humanos y un mandato para que las multinacionales tengan una posición activa y vinculante de control de las actividades de sus filiales. Así lo valora *Milieudefensie* en el caso que hemos presentado: «Si estos cuatro agricultores finalmente ganan sus casos, se espera que conduzcan a más casos. Pero no es probable una avalancha de casos. Lleva mucho tiempo y es muy costoso llevar a una gran compañía petrolera a los tribunales. Esperamos especialmente que Shell y otras compañías petroleras sean más cuidadosas y hagan un mayor esfuerzo para evitar daños a las personas y al medio ambiente, porque saben que podrían ser llevados a los tribunales en Europa.»⁶³

⁶³ La traducción es nuestra. Acceso en enero de 2020, <https://en.milieudefensie.nl/shell-in-nigeria/frequently-asked-questions>.

Merece destacar el aumento de causas civiles abiertas contra empresas, según el Informe de Responsabilidad Legal Empresarial 2018: «Sube la temperatura: rendición de cuentas empresarial por el cambio climático» del Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos⁶⁴. Se rastrearán 14 demandas sólo en el sector de combustibles fósiles en todo el mundo (demandas climáticas) a principios de 2018. Ciertamente cada día aumentan el número de demandas civiles por responsabilidad de las empresas multinacionales, a pesar que solo hace unos pocos años parecía insuperable el primer obstáculo jurídico que era la asunción de la competencia de los tribunales del domicilio de las matrices por hechos acaecidos en terceros Estados perpetrados por sus filiales. No obstante los pequeños avances, los datos indican que son pocos los litigios contra empresas sitas en la UE que resuelven considerando responsable a las multinacionales, siendo la mayoría de causas desestimadas, a menudo por falta de pruebas suficientes para justificar las reclamaciones, o bien, son resueltas fuera de los tribunales⁶⁵.

Del litigio-ejemplo que hemos ido desglosando pueden realizarse distintas valoraciones de las que destacaremos solo dos. La primera, es que los obstáculos jurídicos en estos litigios transnacionales evidencian la desigualdad económica y procesal de las partes siendo imprescindible el apoyo de las ONGs europeas. La segunda, que la traba procesal más evidente, a nuestro entender, se centra en la carga de la prueba que recae en la parte actora, víctima y titular del derecho a proteger, que resulta ser parte débil en el proceso.

Si bien puede afirmarse que la víctima tiene acceso a la justicia en términos generales, este acceso no goza de garantías cuando debe obtener pruebas, que generalmente están en posesión de la empresa demandada, con el objetivo de probar cuestiones esenciales en el proceso y que de su no presentación suponen el desistimiento de la pretensión. Por una parte, deviene básico probar la vinculación entre la empresa matriz con la filial, del que derivan la competencia del tribunal del Estado de la matriz para demandar a la filial, así como, la posible responsabilidad de la matriz por los daños. Y, por otra parte, es esencial la prueba de los daños sufridos en sí mismos, que suponen la legitimación en el proceso.

En aras de garantizar el derecho fundamental de acceso a la justicia, en concreto, a un proceso equitativo y a la tutela judicial efectiva (art. 6 CEDH y art. 47 CDFUE), resulta imprescindible legislar con el fin de eli-

⁶⁴ Acceso en enero de 2020, https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/Spanish_ES_FINAL.pdf.

⁶⁵ Liesbeth Enneking, «Judicial remedies: The issue of applicable law», en: *Human Rights in Business. Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, eds. por Juan José Álvarez Rubio; Katerina Yiannibas, (London & New York: Routledge, 2017), 41-42.

minar el desequilibrio procesal entre las partes. Ello ya fue apuntado en los Principios Rectores de la ONU (26)⁶⁶ y deviene un Objetivo de Desarrollo Sostenible (16)⁶⁷. En este sentido, veamos cómo evolucionan las legislaciones de los Estados miembros de la UE y las medidas que promocionan las políticas de la Unión Europea en la consecución de la Agenda 2030, en especial, en la promoción de los principios de responsabilidad de las empresas y derechos humanos⁶⁸. En concreto, a través del nuevo «Plan de Acción de la UE sobre derechos humanos y democracia para 2020-2024», en el que se prevé «promover el derecho a un juicio imparcial a fin de garantizar el respeto de los derechos humanos en la administración de justicia. Mejorar el acceso a la justicia y a la asistencia jurídica, incluida la asistencia jurídica gratuita, (...)»⁶⁹.

Como indicábamos el acceso a los tribunales es posible, aunque no fácil, a través de foros residuales (el legislador europeo tendría que incluir como mínimo un foro de necesidad); pero la competencia judicial internacional de un tribunal de un Estado miembro de la UE no garantiza, a pesar de la neutralidad de los tribunales, que el desequilibrio existente entre las partes no afecte en la consecución de un proceso equitativo, como se ha observado en el ejemplo. En futuras modificaciones legislativas de las normas procesales internas de los Estados, sería deseable considerar a los titulares de los derechos de resarcimiento por daños por violaciones de derechos humanos, como parte débil en el proceso, y atribuirles prerrogativas particulares de protección como se prevé, por ejemplo, al consumidor. La inversión

⁶⁶ En los principios operativos, en materia de «mecanismos judiciales estatales», núm. 26 «Los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para asegurar la eficacia de los mecanismos judiciales nacionales cuando aborden las violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas, en particular considerando la forma de limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación.»

⁶⁷ ODS 16: Paz, Justicia e Instituciones Sólidas, en concreto la meta: 16.3 Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos.

⁶⁸ «(...) Tanto en su actuación interior como exterior, la UE tendrá que seguir promoviendo la aplicación de las directrices y los principios acordados internacionalmente sobre conducta empresarial responsable, como los Principios rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos. Este aspecto también es importante para garantizar la igualdad de condiciones a nivel internacional.» Comisión Europea: «Documento de reflexión. Hacia una Europa sostenible en 2030», COM (2019) 22, (30.1.2019), 26.

⁶⁹ Comunicación conjunta al Parlamento europeo y al Consejo, Comisión europea, Join (2020) 5 final, Bruselas, 25/3/2020. En su anexo, p.5. El nuevo plan establece cinco líneas de actuación, una de las cuales es «promover un sistema mundial de derechos humanos y democracia», en la que figura «E) Sector empresarial», indicando como una de las acciones la de reforzar el compromiso a la aplicación de los principios rectores, en particular mediante planes de acción nacionales y directrices pertinentes sobre diligencia debida, *inter alia*.

de la carga de la prueba podría ser una buena medida procesal a considerar; así como la posibilidad de obtener el beneficio de justicia gratuita a pesar de ser extranjero residente en un tercer Estado cuando el demandado sea una empresa sita en el Estado del foro. Veremos durante los próximos años la aplicación de la Agenda 2030 en la UE y si sus políticas legislativas en esta materia se dirigen en la dirección propuesta.

Sobre la autora

Maria Font-Mas es Doctora en derecho con mención internacional en la Universidad de Barcelona (UB). Es profesora agregada (contratada doctor) y responsable del área de Derecho internacional privado de la Universitat Rovira i Virgili (URV). Ha realizado estancias de investigación en varias universidades e institutos, destacando el Instituto Suizo de Derecho Comparado. Sus líneas de investigación engloban la circulación de los documentos públicos extranjeros; la coherencia jurídico-lingüística de las traducciones de los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado; las empresas de economía social en el derecho europeo (ahora también plataformas virtuales); derechos humanos y empresas. Sus últimos artículos son: Multilingualism in EU Private International Law Regulations: the Chimera of Vertical and Horizontal Coherence? J. Forner & A. Santos (eds.), *Coherence of the Scope of Application. EU Private International Legal Instruments*, ISDC, Geneva/Zurich 2020, Schulthess Editions Romandes, pp. 43-68; «Plataformas de Capital versus Plataformas Sociales en la Economía Colaborativa: Punto de vista jurídico internacional», (CIRIEC 2018/12); «Human Rights in European Union. A practical handbook for civil society organisations and Human Rights defenders», A. Pigrau *et al.*, *Civil Justice Programme of the European Union*, (September 2016.); (Dir): El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público. (Bosch Editor, 2014). Dirige la Clínica Jurídica-Aprendizaje Servicio del Master en derecho de la empresa y la contratación. Es secretaria del Departamento de Derecho privado, procesal y financiero (URV).

About the author

Maria Font-Mas is a PhD in Law (international mention) at the University of Barcelona. Senior Lecturer of Private International Law at Universitat Rovira i Virgili (URV-Tarragona). Main areas of teaching and research are in Private International Law. Visiting researcher at *Institut Suisse*

de Droit Comparé, University of Aberdeen, University of Lyon, University of Torino, University of Nijmegen, University McGill (Canada). Her main work-lines cover areas such as foreign authentic acts's circulation and effects; linguistic and legal coherence of European PIL Regulations's translations; Business & Human Rights; Social enterprises in European Law (now, digital platforms). Her last works are: Multilingualism in EU Private International Law Regulations: the Chimera of Vertical and Horizontal Coherence? J. Forner & A. Santos (eds.), Coherence of the Scope of Application. EU Private International Legal Instruments, ISDC, Geneva/Zurich 2020, Schulthess Editions Romandes, pp. 43-68; «Plataformas de Capital versus Plataformas Sociales en la Economía Colaborativa: Punto de vista jurídico internacional», (CIRIEC 2018/12); «Human Rights in European Union. A practical handbook for civil society organisations and Human Rights defenders», A. Pigrau *et al.*, Civil Justice Programme of the European Union, (September 2016.); (Dir): El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público. (Bosch Editor, 2014). She is the coordinator of the Legal Clinic-Service Learning in the University Master's Degree in Business and Contractual Law (URV). Secretary of the Department of Private, Procedural & Financial Law.

Minerales y diamantes de conflicto: mecanismo de control y diligencia debida en tiempos de ODS

Minerals and Conflict Diamonds: Control Mechanism and Diligence in Time of Goals

M.^a Pilar Diago Diago

Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Zaragoza
mpdiago@unizar.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-63-2020pp153-182>

Fecha de recepción: 6 de mayo de 2020
Fecha de aceptación: 2 de junio de 2020

Sumario: I. Introducción.—II. Marco y contexto actual de la problemática en tiempos de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS).—III. Estudio de los mecanismos legales articulados en las dos normativas de la Unión Europea sobre minerales y diamantes de conflicto 1. El Reglamento 2368/2002 por el que se aplica el sistema de certificación del proceso de Kimberley para el comercio internacional de diamantes en bruto 2. El Reglamento 2017/821 por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro.—IV. Fortalezas y debilidades del sistema de certificación y de la diligencia debida.—V. Prospección de soluciones con especial atención a la implementación de los dos mecanismos.—VI. Consideraciones finales

Resumen: el presente estudio analiza exhaustivamente los mecanismos legales elegidos por la Unión Europea para combatir el fenómeno de los minerales y diamantes de conflicto y las violaciones de derechos humanos que le acompañan. Estas importantes normativas marcan la política comercial común actual en estos sectores, lo que afecta directamente a las relaciones privadas internacionales y al comercio internacional; de ahí, la importancia del estudio que desde estos parámetros se presenta con un carácter pionero y abierto. Se presta especial atención al encaje en los ODS y se realiza, además, una prospección de soluciones jurídicas y de implementación que ayuden a esta lucha.

Palabras clave: comercio internacional, Sistema de certificación del Proceso Kimberley, diamantes de conflicto, minerales de conflicto, diligencia debida, Derechos Humanos

Abstract: *This study analyzes the legal mechanisms chosen by the European Union to combat the conflict of minerals and diamonds and human rights violations that this entails. These important regulations mark the*

current common commercial policy in these sectors, which directly affects international private relations and international trade; hence the importance of this study, which from these parameters is presented with a pioneering and open character. Special attention is paid to the fit into the SDGs and, in addition, a search is made for legal and implementation solutions that help this fight.

Keywords: *The international trade, The Kimberley Process Certification (KP) conflict diamonds, conflict minerals, due diligence, human rights*

I. Introducción

Este estudio parte de una cruel realidad, la extracción de determinados recursos naturales se relaciona con violaciones reiteradas de Derechos humanos. Estas tiñen de sangre el origen de los diamantes que llegan a las joyerías y de los minerales y metales que forman parte de nuestros ordenadores, teléfonos móviles, coches etc. La extracción y comercialización de los diamantes y de los minerales se relaciona con los conflictos y con las vulneraciones de los Derechos Humanos, configurando un triángulo siniestro que hoy ya no puede ocultarse.

La Unión Europea reacciona ante esta realidad a la que responde la denominación de «diamantes y minerales de conflicto» o de manera más gráfica aún «diamantes y minerales de sangre». La reacción se produce a través de sendas normativas de igual rango, Reglamentos de la Unión, pero de dispar estrategia legislativa. Como se va a tener ocasión de ver en el presente estudio, los mecanismos elegidos para la lucha contra los diamantes y los minerales de conflicto son bien diferentes.

En el primer caso la Unión Europea aprobó el Reglamento 2368/2002 por el que se aplica el sistema de certificación del proceso de Kimberley para el comercio internacional de diamantes en bruto (en adelante Reglamento Kimberley)¹. El sistema que se instaura es el de Certificación Kimberley acompañado de la prohibición de comercializar con aquellos países que no sean participantes en el mismo.

¹ De 20 de diciembre de 2002 *DOUE* L 358 de 31 de diciembre de 2002 y Reglamento de ejecución de 28 de enero de 2020 por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2368/2002 del Consejo por el que se aplica el sistema de certificación del proceso de Kimberley para el comercio internacional de diamantes en bruto *DOUE* L27/10 de 31 de enero de 2020.

Para los minerales en conflicto², sin embargo, la Unión Europea opta por aprobar el Reglamento 2017/821 por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro (en adelante Reglamento de minerales de conflicto)³. El sistema que articula gira en torno a la diligencia debida con un sesgo un tanto voluntarista, que se aleja de la contundencia del Reglamento Kimberley. El Reglamento será plenamente aplicable a partir del 1 de enero de 2021⁴.

Obsérvese que estas importantes normativas marcan la política comercial común actual en estos sectores, lo que afecta directamente a las relaciones privadas internacionales y al comercio internacional; de ahí, la importancia del estudio que desde estos parámetros se presenta con un carácter pionero y abierto.

El objeto de investigación se centra en los mecanismos articulados en ambas normativas. Se estudiarán sus fortalezas y debilidades y se tratará de proyectar sistemas de implementación. La finalidad de estos últimos no es otra que, junto con las normativas existentes, contribuir a romper el ya descrito triángulo siniestro.

II. Marco y contexto actual de la problemática en tiempos de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS)

Tanto los diamantes como los minerales son bienes que regala la naturaleza a diferentes territorios y que son codiciados por todos los demás que

² Entiéndase que los minerales de conflicto no son sólo aquellos a los que se dedica el Reglamento. La misma problemática se produce respecto de otros, como ocurre con el cobalto, y que, sin embargo, no han sido incluidos en el ámbito de aplicación material de la normativa.

³ De 17 de mayo de 2017 *DOUE* L130/1 de 1 de mayo de 2017 y Reglamento delegado 2019/429 de 11 de enero de 2019 por el que se completa el Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la metodología y los criterios para la evaluación y el reconocimiento de los programas de diligencia debida en la cadena de suministro de estaño, tantalio, wolframio y oro *DOUE* L 75/59 de 19 de marzo de 2019.

⁴ Art. 20 Entrada en vigor y fecha de aplicación

1. El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.
2. A excepción de las disposiciones enumeradas en el apartado 3, el presente Reglamento será aplicable a partir del 9 de julio de 2017.
3. El artículo 1, apartado 5, el artículo 3, apartados 1 y 2, los artículos 4 a 7, el artículo 8, apartados 6 y 7, el artículo 10, apartado 3, el artículo 11, apartados 1, 2, 3 y 4, los artículos 12 y 13, el artículo 16, apartado 3, y el artículo 17 serán aplicables a partir del 1 de enero de 2021.

no los tienen. La comercialización a nivel mundial responde, en realidad, a la misma diversidad de la naturaleza. La Unión Europea no dispone de diamantes, pero los consumidores de joyas los reclaman; La Unión Europea no es autosuficiente en numerosos metales y minerales estratégicos y por ello, se recurren a transacciones comerciales por parte de grandes empresas multinacionales para conseguirlos.

Las coordenadas que marcan el negocio de los diamantes y de los minerales de conflicto, en realidad, son las mismas. Los primeros integran un mercado de lujo exigente. Los segundos son recursos imprescindibles para la alta tecnología cuya demanda crece exponencialmente. Su extracción y traslado está marcado por elementos internacionales, que confluyen en la importación a la Unión de los mismos.

Los caprichos de la naturaleza hacen que los países más ricos en estos bienes sean países en desarrollo muy vulnerables que dependen de estos recursos, ya que son sus fuentes más importantes de ingresos y de empleo. Sin embargo, diferentes factores hacen que esta riqueza no se transforme en un crecimiento de su economía y en ellos se bebe la llamada «maldición de los recursos naturales» que se acompaña por el ansia de control sobre los mismos y la falta absoluta de ética y de escrúpulos de aquellos que tienen o quieren alcanzar el control.

Pues bien, la vulnerabilidad de estos países en desarrollo, en relación con el contexto descrito, nos sitúa ante un campo de acción propicio para la proyección de los objetivos de desarrollo sostenible (en adelante ODS) contenidos en la Agenda 2030 sobre el desarrollo sostenible aprobada por la ONU en 2015⁵. A este respecto, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema de «garantizar las importaciones esenciales de la Unión Europea mediante la actual política comercial de la Unión y sus demás políticas relacionadas» ya lo apuntaba⁶. En el Dictamen se insiste en que la sostenibilidad ha de ser fundamental en toda estrategia de la Unión para las importaciones esenciales⁷.

No obstante, esta problemática va mucho más allá de la sostenibilidad y se relaciona con un buen número de objetivos y de metas a los que las normativas de referencia, en su aplicación práctica, pueden ayudar y a los que, por ende, la Unión Europea puede contribuir. Desde la eliminación de la pobreza hasta la protección de la mujer, la defensa del medio ambiente etc.

⁵ Pagina oficial de Naciones Unidas <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

⁶ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo *DOUE* de 6 de marzo de 2014. Ponente Jonathan Peel.

⁷ V. en concreto Conclusión y recomendación 1.7.1 y 3 dedicada al reto estratégico de la sostenibilidad para la Unión Europea.

Sin ánimo de exhaustividad, algunos de los objetivos más importantes son los que a continuación se señalan.

El objetivo número 2 se resume en «hambre Cero» y cuenta con un pilar importante que es la cooperación para el desarrollo. Los países ricos en diamantes y minerales, aunque pueda resultar paradójico, presentan peores tasas de crecimiento, en ellos se genera corrupción y otras prácticas ilegales. La población sufre la pobreza en países muy ricos en recursos naturales. Sirva como ejemplo la República Democrática del Congo, un país con diamantes, cobre, coltán, cobalto etc. y que, lamentablemente, según datos del Banco Mundial se sitúa entre los países más pobres y que, además, se ha visto azotado recientemente por la epidemia del ébola⁸.

Los dos Reglamentos configuran marcos normativos que se extienden a la cooperación para el desarrollo y al impulso de la buena gobernanza, lo que se espera repercuta en el desarrollo de la economía de los países de origen de los diamantes y minerales. En este sentido, el Reglamento Kimberley señala como la protección de los ingresos procedentes de las exportaciones de diamantes en bruto, contribuirá al desarrollo de los países africanos productores⁹.

Por su parte, el Reglamento de minerales de conflicto reconoce su extensión a políticas de la Unión en materia de cooperación para el desarrollo¹⁰. Ambas normativas se inscriben, por tanto, en un marco de política comercial común que tiene en cuenta el desarrollo de los países con los que se comercializa y que pueden contribuir de esa manera a la consecución del objetivo 2.

Otro de los objetivos implicados en el resultado de la operatividad práctica de las normativas de referencias, es el objetivo número 8: Trabajo decente y crecimiento económico. En concreto, la meta 8.7 se orienta

⁸ El Banco Mundial en julio de 2019 moviliza hasta 300 millones dólares para contribuir a detener la epidemia v. Comunicado de prensa N.º 2020/018/HD disponible en la página web oficial del Banco Mundial <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2019/07/24/world-bank-mobilizes-us300-million-to-finance-the-ebola-response-in-democratic-republic-of-congo> Todos los enlaces web de este estudio fueron comprobados el día 4 de mayo de 2020.

⁹ En concreto el Considerando 4 dispone que «Dicho control contribuirá al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y protegerá los ingresos procedentes de las exportaciones de diamantes en bruto, condición esencial para el desarrollo de los países africanos productores.

¹⁰ Considerando 26 «Evitar, mediante la diligencia debida y la transparencia, que los beneficios derivados del comercio de minerales y metales se utilicen para financiar conflictos armados impulsará la buena gobernanza y el desarrollo económico sostenible. Por consiguiente, el presente Reglamento se extiende, de modo accesorio, a ámbitos de las políticas de la Unión en materia de cooperación para el desarrollo, además del ámbito primordial al que se aplica, que se inscribe en el marco de la política comercial común de la Unión».

a «Adoptar medidas inmediatas y eficaces para erradicar el trabajo forzoso, poner fin a las formas contemporáneas de esclavitud y la trata de personas y asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, incluidos el reclutamiento y la utilización de niños soldados, y, de aquí a 2025, poner fin al trabajo infantil en todas sus formas».

La violación de derechos humanos que se produce en torno a la extracción de diamantes y minerales tiene muchas formas, pero un denominador común, la explotación ejercida por grupos armados sobre las poblaciones locales. Los trabajadores son forzados a trabajar en condiciones de semi-esclavitud y es muy común el trabajo infantil. Basta recordar la acción del Frente Unido Revolucionario en Sierra Leona y el control de las minas de diamantes en la guerra civil. Situaciones similares se produjeron en Angola, Congo o Liberia. Los mismos hechos se repiten en las zonas de conflicto o de alto riesgo ricas en minerales y en metales¹¹.

El efecto de la aplicación de los Reglamentos se programa para tratar de evitar estas violaciones de Derechos humanos. Tanto la certificación Kimberley como el Reglamento de minerales pueden «limpiar» de explotación la extracción de los recursos naturales. Obsérvese, que uno de los efectos colaterales de eliminar el flujo de diamantes de sangre al mercado legal y de aplicar la diligencia debida en la cadena de suministro de los minerales, es el de acabar con la explotación, el trabajo forzoso y el trabajo infantil.

Otro de los objetivos a los que los Reglamentos se espera puedan contribuir, aún de manera indirecta, como consecuencia de su implantación, es el objetivo número 5: lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas. En especial, a la meta 5.2 «Eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación».

Lamentablemente, en muchas ocasiones, las mujeres sufren doblemente la violación de Derechos Humanos por su condición femenina. En las guerras a las que se ha hecho referencia fueron habituales las violaciones y siguen siéndolo en las zonas de conflicto y alto riesgo. El Reglamento de minerales de conflicto reconoce abiertamente esta situación cuando señala que «los grupos armados utilizan con frecuencia las violaciones en masa como estrategia deliberada para intimidar y controlar a las poblaciones locales y preservar así sus propios intereses»¹².

De nuevo, la operatividad de los Reglamentos conduce en la práctica a evitar estas situaciones a través de sus respectivos mecanismos de control. Por un lado, la presión a los países a través de la exclusión del sistema de

¹¹ V. Considerando 3 Reglamento de minerales de conflicto.

¹² V. Considerando 10.

certificación y la esperada reacción de los mismos. Por otro lado, la presión a los agentes económicos y proveedores, que se espera pueda impedir o mitigar cualitativamente el riesgo, al garantizar que no contribuyen a los conflictos. Entendidos estos en sentido amplio, con la repercusión en las violaciones a las mujeres.

De manera general, las dos normativas son hábiles también para contribuir decididamente al objetivo número 16: paz, justicia e instituciones sólidas. Recordemos que el reto que afrontan las normativas es impedir la financiación de grupos armados (de grupos rebeldes en Kimberley), al establecer un control sobre el comercio de minerales y de metales.

Estas medidas deberían impactar en las instituciones de los países de origen de los recursos, en aras a aumentar su capacidad de prevención de la violencia, la delincuencia y la corrupción. A estos efectos, el Reglamento de minerales de conflicto señala en su Considerando 7 que «las acciones de política exterior y de desarrollo de la Unión también contribuyen a la lucha contra la corrupción local, al refuerzo de las fronteras y a la formación de la población local y sus representantes para que puedan denunciar las irregularidades». ¹³

En definitiva, la Unión Europea a través de estos Reglamentos contribuye a la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible y, por tanto, a la iniciativa de la ONU de construir un mundo mejor. La trayectoria del Reglamento Kimberley, con claros oscuros, ya ha demostrado su idoneidad para ello. Queda ahora, esperar a la puesta en marcha definitiva del Reglamento de minerales de conflicto para comprobar si cumple las expectativas. De momento, cuenta con anclajes jurídicos y con antecedentes de los que cabe augurar unas buenas perspectivas.

III. Estudio de los mecanismos legales articulados en las dos normativas de la Unión Europea sobre minerales y diamantes de conflicto

1. *El Reglamento 2368/2002 por el que se aplica el sistema de certificación del proceso de Kimberley para el comercio internacional de diamantes en bruto*

Antes de abordar el estudio de los mecanismos legales que articula el Reglamento Kimberley, conviene detenerse en una idea que requiere re-

¹³ Considerando 7 «Al establecer un control sobre el comercio de minerales procedentes de zonas de conflicto, el presente Reglamento constituye un medio para eliminar la financiación de los grupos armados. Las acciones de política exterior y de desarrollo de la Unión también contribuyen a la lucha contra la corrupción local, al refuerzo de las fronteras y a la formación de la población local y sus representantes para que puedan denunciar las irregularidades».

flexión. Es común referirse a las gemas en general y a los diamantes en particular, como objeto de protección en el ámbito internacional. La protección, en teoría, vendría motivada por el extraordinario valor que se les concede, y que, de manera directa, como ya se ha expuesto, desencadena la existencia de negocios ilegales, así como la violación reiterada de los Derechos humanos.

Esta apreciación es falsa. No existe normativa internacional protectora de gemas ni de diamantes¹⁴. Lo que es objeto de protección, y lo es por el Reglamento Kimberley, es el mercado legal de diamantes, de manera que lo que se quiere evitar es el flujo al mismo de *diamantes de conflicto*. Por lo tanto, la supuesta protección de los diamantes se predica únicamente del mercado legal de compra-venta de diamantes. Esta premisa es fundamental para entender el mecanismo que artículo la normativa para la lucha contra los diamantes de conflicto.

La herramienta base del Reglamento es el Certificado del proceso Kimberley. El Certificado tiene su origen en la Resolución 55/2056 (2000) de Naciones Unidas¹⁵. En ella se instaba a la Comunidad Internacional a preparar escrupulosa y urgentemente medidas eficaces y pragmáticas para solucionar este grave problema. Estas medidas desembocaron en la creación de un sistema de certificación internacional de diamantes, que se bautizó como sistema de certificación del Proceso Kimberley¹⁶. El nombre se debe a que fue en esa ciudad en la que se comenzó el Proceso los días 11 y 12 de mayo del año 2000.

¹⁴ M.ª Pilar Diago Diago «Las gemas como objeto de protección en la normativa internacional (Proceso Kimberley)», en M.ª Cinta Osácar Soriano (ed.), *Actas de las I Jornadas Internacionales sobre Gemología científica en la sociedad actual* (Zaragoza, 9-12 de abril de 2008), Universidad de Zaragoza, 2008, 72 a 90. «En realidad no existe normativa internacional protectora de gemas, ni siquiera hay referencias expresas en la normativa dedicada al patrimonio histórico o su recuperación, pese a que las gemas forman parte de las joyas que integran aquel» p. 73.

¹⁵ V. referencias relativas al sexagésimo segundo periodo de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas relativas a los diamantes como factor en los conflictos en la página web oficial accesible en https://www.un.org/es/ga/63/plenary/A_diamonds.shtml

¹⁶ V. el análisis del papel de Naciones Unidas, así como el de la Organización Mundial del Comercio y las excepciones del GATT (con especial atención al principio de superioridad de la OMC) en Enrique J. Martínez Pérez «El comercio de diamantes conflictivos ante el Derecho Internacional» en *Comercio Internacional y Derechos Humanos* Coord. Antonio Embid Irujo (Madrid: 2007) 247-264 Respecto de la última cuestión v. la referencia a Joost Pauwelyn «compassion or superiority complex?: what to make of the WTO waiver for «conflict diamonds»», en *Michigan Journal of International Law*, (vol. 24, 2003): 1198 y ss (agradezco al autor que me haya proporcionado su trabajo. Este estudio se ha redactado durante el periodo de alarma creado por el COVID 19 que ha obligado a cerrar las bibliotecas por lo que los investigadores no hemos tenido acceso a las obras editadas en papel que no hubiéramos consultado con anterioridad. La generosidad de nuestros colegas, como la del autor, nos ha permitido seguir trabajando, pese a esta eventualidad).

Todos los países participantes del Proceso Kimberley, utilizan el sistema internacional de certificación y adquieren un compromiso: garantizar que cada remesa de diamantes se acompañe del correspondiente certificado del Proceso. El certificado ha de cumplir una normativa mínima (establecida en la Sección IV) y unos requisitos mínimos (anexo 1).

El Certificado deberá llevar el título «Certificado del Proceso Kimberley»¹⁷, y la siguiente declaración: Los diamantes en bruto de esta remesa han sido tratados conforme a las disposiciones del sistema de certificación del Proceso Kimberley para diamantes en bruto.¹⁸ A partir de aquí, el Reglamento de la Unión establece sus propias peculiaridades de implantación del sistema, dentro de su ámbito de aplicación que aparece configurado en el artículo 28 que dispone que se aplicará:

- a) en el territorio de la Comunidad, incluido su espacio aéreo, o a bordo de los aviones o barcos bajo la jurisdicción de un Estado miembro,
- b) a cualquier nacional de un Estado miembro y a cualquier persona jurídica o cualquier entidad u organismo constituido de acuerdo con la legislación de un Estado miembro.

La delimitación personal del Reglamento relativa a los nacionales de los Estados miembros, debería ser interpretada de manera extensa. Referida, por tanto, a los residentes, personas físicas o jurídicas, con independencia de si ostentarán o no la nacionalidad de un Estado miembro. Algo especialmente importante por lo que se refiere a las personas jurídicas.

Junto a la Certificación, lo más importante es el establecimiento de la prohibición de importación y exportación de diamantes que no cumplan los requisitos Kimberley, al igual que establece el resto de países participantes.

En concreto, el artículo 3 prohíbe la importación de diamantes en bruto a la Comunidad, a menos que reúnan todas las condiciones siguientes:

- a) que vayan acompañados de un certificado validado por una autoridad competente de un participante;
- b) que sean transportados en contenedores inviolables y los sellos aplicados en la exportación por el citado participante estén intactos;
- c) que el certificado defina con claridad la remesa a la que se refiere.

¹⁷ V. el sistema de certificación del proceso Kimberley en el Anexo 1 al Reglamento. Para un análisis exhaustivo de su funcionamiento y del funcionamiento del Reglamento de la Unión v. M.^a Pilar Diago Diago «El comercio internacional de diamantes: Sistema de certificación del Proceso Kimberley», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (vol. 1, núm. 1, marzo 2009): 72-91.

¹⁸ Junto con otras especificaciones como la identificación del exportador y del importador, autoridad que expide el Certificado y la validación del mismo por la autoridad exportadora.

El sistema de verificación realizado por la autoridad de la Unión Europea, de que las cargas de los contenedores se ajustan a los detalles especificados en el certificado correspondiente, se hará conforme a uno de los dos métodos siguientes (art. 4.5).

- a) Aquella abrirá cada uno de los contenedores a fin de proceder a dicha verificación; o
- b) determinará los contenedores que se hayan de abrir para proceder a dicha verificación basándose en un análisis de riesgo o sistema equivalente que tenga debidamente en cuenta las remesas de diamantes en bruto.

Se indica, además, que la autoridad ejecutará la verificación sin demora (art. 4.6), si bien, no establece plazos concretos sobre el particular.

Cuando se compruebe que se cumplen las condiciones para la importación de los diamantes, la autoridad lo confirmará en el certificado original y entregará al importador una copia autenticada a prueba de falsificaciones de dicho certificado confirmado¹⁹. Como se verá más adelante, las falsificaciones van a ser precisamente una de las debilidades del sistema de funcionamiento de la normativa.

Por lo que se refiere a la prohibición de la exportación de diamantes, el artículo 11 establece que:

Se prohíbe la exportación de la Comunidad de diamantes en bruto que no reúnan las dos condiciones siguientes:

- a) que vayan acompañados de un certificado comunitario correspondiente, expedido y validado por una autoridad comunitaria competente;
- b) que sean transportados en contenedores inviolables sellados de conformidad con lo establecido en el artículo 12;

Por su parte, el mencionado artículo 12 establece las condiciones en las que la autoridad comunitaria podrá expedir un certificado comunitario a un exportador. Para ello se ha tenido que asegurar de que se den las siguientes circunstancias:

- a) que el exportador ha proporcionado pruebas concluyentes de que los diamantes en bruto para los cuales se solicita el certificado fueron importados de manera legal de conformidad con las disposiciones del artículo 3;

¹⁹ Este procedimiento de confirmación tendrá lugar en un plazo de diez días hábiles a partir de la presentación de certificado (art. 5). En el caso que no se cumplan las condiciones se detendrá la remesa.

- b) que la restante información facilitada en el certificado es correcta;
- c) que los diamantes en bruto se importarán al territorio de un participante están destinados efectivamente a llegar al territorio de un participante y
- d) los diamantes en bruto se vayan a transportar en un contenedor inviolable.

El sistema de verificación es el mismo que el establecido para el régimen de importación (art. 12.3)²⁰.

Una vez visto, aún brevemente, el sistema de funcionamiento del Reglamento, conviene retener que sólo operará respecto de diamantes en bruto que puedan ser considerados diamantes conflictivos. El Reglamento acoge la definición de diamante en bruto y el sistema de certificación Kimberley acoge además la definición de diamante. Estas definiciones son muy importantes pues implican una homologación de descriptores de los diamantes y de su consideración de no tallados. Si bien, la comunidad científica presenta ciertas reservas respecto de la segunda definición, lo que pone el acento en la importancia de contar con la comunidad científica, en este caso gemológica, a la hora de aprobar normativas que inciden en su campo de especialidad.

A lo que aquí interesa, los diamantes en brutos son definidos en el apartado i) del artículo 2 como diamantes no trabajados o simplemente aserrados, exfoliados o desbastados, descritos en el Sistema Armonizado e incluidos en las partidas 7102 10, 7102 21 y 7102 31 de la nomenclatura combinada (en lo sucesivo NC);

La pregunta que cabe hacerse, habida cuenta de que el Reglamento sólo se refiere a diamantes en bruto es ¿por qué el peso de la certificación recae sobre los diamantes en bruto y no sobre los diamantes en general? La respuesta la da el hecho de que sólo se puede detectar el origen de esta gema cuando no ha sido manipulada. Como se verá, algo parecido sucede con los metales y los minerales. Una vez que la gema ha sido trabajada, se borra su origen y ya el sistema deviene inoperativo.

Por lo que respecta a los diamantes conflictivos, la definición que ofrece el Reglamento en el apartado h) del mismo artículo 2, remite al sistema de certificación del Proceso Kimberly. La sección I del mismo acoge la definición en los siguientes términos: *diamantes en bruto utilizados por los movimientos rebeldes o por sus aliados para financiar conflictos enca-*

²⁰ Se prevé, además, que la autoridad comunitaria entregue al exportador una copia autenticada a prueba de falsificación del certificado comunitario que ha validado. El exportador mantendrá accesible cualquier copia durante tres años como mínimo (art.12.4). Se establece un periodo de validez del certificado comunitario no superior a dos meses a partir de la fecha de expedición. En el caso en que los diamantes no sean exportados, el certificado deberá ser devuelto a la autoridad comunitaria que lo expidió. En el caso en que la remesa no reúna las condiciones, esta se detendrá.

minados a desestabilizar gobiernos legítimos, según los describen las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU) vigentes al respecto u otras resoluciones similares del CSNU que puedan adoptarse en el futuro, y tal como los entiende y reconoce la Resolución 55/56 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) u otras resoluciones similares de la Asamblea que puedan adoptarse en el futuro;

La delimitación que se hace de los diamantes de conflicto, en un principio parecía adecuada para solucionar la problemática concreta respecto de la cual reacciona Naciones Unidas. Sin embargo, se ha quedado corta para poder abordar de manera global, las situaciones que generan el triángulo siniestro ya expuesto y que desborda la actuación de los movimientos rebeldes. Son, en demasiadas ocasiones, los propios gobiernos tiránicos y opresivos los que someten a condiciones de semi esclavitud a su población. En estos momentos es necesaria la evolución del Sistema Kimberley²¹. Esta cuestión se abordará en el apartado IV de este estudio.

2. El Reglamento 2017/821 por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro

Una vez examinados los mecanismos que articula el Reglamento Kimberley y que giran en torno al sistema de certificación internacional, con la consiguiente prohibición de importación y exportación de diamantes en bruto, corresponde analizar los mecanismos de los que se va a valer el Reglamento de minerales de conflicto.

Antes de entrar en materia, conviene recordar que a diferencia del Proceso Kimberley que cuenta con un recorrido temporal, que permite sondear sus éxitos y sus fracasos, este nuevo Reglamento no está aún plenamente operativo. Su entrada en vigor se produjo en el año 2017 pero no será plenamente aplicable en todos sus preceptos hasta el 1 de enero de 2021. La razón de este aplazamiento que, pudiera antojarse excesivo, se debe a la implementación que requiere el complejo sistema burocrático que crea.

Al respecto debe señalarse que ha sido necesario aprobar recientemente el Reglamento delegado 2019/429 de 11 de enero de 2019 por el que se completa el Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la metodología y los criterios para la evaluación y el reconocimiento de los programas de diligencia debida en la cadena de su-

²¹ M.ª Pilar Diago Diago «Los diamantes de conflicto y el comercio internacional: necesaria evolución del sistema de certificación del proceso Kimberley (PK)» *Diario La Ley*, No 8364, Sección Tribuna, 29 de (Julio de 2014 Año XXXV):1-4.

ministro de estaño, tantalio, wolframio y oro²². La necesidad de contar con un Reglamento delegado, da cuenta de la complejidad señalada.

El Reglamento de minerales no continúa la senda abierta por el Reglamento Kimberley. Este último sí que ha servido de inspiración para la lucha contra la tala y el comercio ilegal de madera en los países en desarrollo²³. Al igual que ocurre con los diamantes y con los minerales de conflicto, los beneficios de aquellas actividades también se utilizan para prolongar conflictos violentos²⁴. Es por ello que, a imagen de Kimberley, se aprobó un sistema de licencias que trata de garantizar la legalidad de la tala y de la exportación. Para ello, las importaciones están sometidas a control e inspección en los términos establecidos por el Reglamento 2173/2005 relativo al establecimiento de un sistema de licencias FLEGT, aplicable a las importaciones de madera en la Unión Europea.²⁵

Pese a que el sistema de certificación y de licencias, con todas sus dificultades, ha dado buenos resultados y ha demostrado su utilidad para ayudar a frenar los conflictos, la Unión Europea prefiere sondear otro mecanismo muy diferente: la diligencia debida. Si bien, no se trata de una estrategia original pues toma como referencia directa la Ley estadounidense sobre minerales de guerra²⁶. En concreto la Sección 1502 de la Ley *Dodd*

²² V. ref. en nota 3.

²³ Tal y como señala Martínez Pérez, «El Comercio de diamantes conflictivos ante el Derecho Internacional», 19 (En la versión original del trabajo).

²⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo —Aplicación de las leyes, gobernanza y comercio forestales (FLEGT)— Propuesta de plan de acción de la Unión Europea, doc. COM (2003) 251 final, de 21 mayo de 2003.

²⁵ Reglamento (CE) núm. 2173/2005 del Consejo, de 20 de diciembre de 2005, relativo al establecimiento de un sistema de licencias FLEGT aplicable a las importaciones de madera en la Comunidad Europea *DOUE* núm. L 347 de 30 de diciembre de 2005 v. sobre el mismo Brack Duncan «Controlling Illegal Logging and the Trade in Illegally Harvested Timber: The EU's Forest Law Enforcement, Governance and Trade Initiative», en *Review of European Community and International Environmental Law*, (vol. 14, 2005): 28-38.

²⁶ V. Considerando 9 que da cuenta del origen «En sus Resoluciones de 7 de octubre de 2010, de 8 de marzo de 2011, de 5 de julio de 2011 y de 26 de febrero de 2014, el Parlamento Europeo pidió a la Unión que legislase en el sentido de la Ley estadounidense sobre minerales de guerra, es decir, la sección 1502 de la Ley Dodd-Frank de Reforma de Wall Street y Protección de los Consumidores. En sus Comunicaciones de 2 de febrero de 2011, titulada «Abordar los retos de los mercados de productos básicos y de las materias primas», y de 27 de enero de 2012, titulada «Comercio, crecimiento y desarrollo — Una política de comercio e inversión a medida para los países más necesitados», la Comisión anunció su intención de explorar el modo de incrementar la transparencia a lo largo de la cadena de suministro, incluidos los aspectos de la diligencia debida. En la segunda de estas Comunicaciones, y en consonancia con el compromiso asumido en la sesión de mayo de 2011 del Consejo Ministerial de la OCDE, la Comisión abogó también por un mayor apoyo y una mayor utilización de las Líneas Directrices actualizadas de la OCDE para Empresas Multinacionales y de la Guía de Diligencia Debida de la OCDE, incluso entre no miembros de la OCDE.»

Frank de Reforma de *Wall Street* y Protección de los Consumidores²⁷ que cuenta con una regla de implementación²⁸.

El objetivo del Reglamento es eliminar la importación a la Unión Europea de minerales y metales, cuya extracción esté generando violación de los Derechos Humanos. Para ello establece una serie de obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro que recaen en los importadores de la Unión Europea y que se denomina sistema de la Unión²⁹. Obsérvese que no se trata de desviar las importaciones a otras zonas libres de conflicto, sino de controlar que las mismas cumplan la diligencia debida. Se trata de lograr, de esta forma, el desarrollo y la paz social en estas zonas, como ya se ha señalado en el apartado relativo a los objetivos de desarrollo sostenible.

Desde esta perspectiva la estrategia es diferente a la de Kimberley. En esta se protege al mercado legal de diamantes y se corta el flujo a él de diamantes conflictivos. Sin embargo, con el sistema de diligencia debida se opera en las mismas áreas de conflicto, tratando de depurar el sistema a través del control que ejercitan los mismos agentes económicos. En realidad, el sistema opera en el plano de la prevención.

La diligencia debida en la cadena de suministro, en consonancia con la Guía de Diligencia Debida de la OCDE³⁰, es definida de manera general en el mismo Reglamento como un proceso continuo, proactivo y reactivo, a través del cual los agentes económicos supervisan y administran sus compras con el fin de garantizar que no contribuyan a conflictos o a los efectos negativos de estos³¹.

Más en concreto, el artículo 2 del Reglamento en su apartado d) ofrece la definición de la diligencia debida en la cadena de suministro y la describe como «las obligaciones de los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro en relación con sus sistemas de gestión, su gestión de riesgos, las auditorías externas independientes y la

²⁷ La *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (Pub.L. 111-203, H.R. 4173) aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en Julio de 2010.

²⁸ Aprobada por la *Securities and Exchange Commission* (SEC), Final Rule, SEC 17 CFR PARTS 240 and 249b, Conflict Minerals.

²⁹ Art.1.1.

³⁰ OCDE Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas, *Recommendation of the Council on Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chain of Minerals from Conflict-Affected and Risk Areas*. Adopción por el Consejo el 25 de Mayo de 2011, C/MIN(2011)12/FINAL

³¹ Considerando 11. Sobre diligencia debida y la experiencia francesa v. Antonia Duran Ayago «Sobre la responsabilidad por violaciones graves de los Derechos humanos en terceros países (a propósito de la ley francesa 2017-399, de marzo 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales)», *AEDIPr*. (T.XVIII, 2018): 323-348.

comunicación de información con el fin de identificar y abordar los riesgos reales y potenciales vinculados a las zonas de conflicto o de alto riesgo para impedir o reducir los efectos negativos asociados a sus actividades de abastecimiento».

A su vez, la norma ofrece en el apartado c) la definición de lo que se debe de entender por cadena de suministro de minerales «el sistema de actividades, organizaciones, actores, tecnologías, información, recursos y servicios que opere en el desplazamiento y procesamiento de los minerales desde el lugar de extracción hasta su incorporación en el producto final».

Los minerales objeto de control son el estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro (art. 2). Quedan, por tanto, fuera el cobalto o cobre y los diamantes. La última exclusión es lógica ya que se cuenta con el Reglamento Kimberley. Más dudosa es la exclusión del cobalto o del cobre, dado que, sobre todo, el primero es un mineral estratégico de importancia creciente³².

El famoso coltán está incluido entre los minerales de conflicto, pese a las informaciones que en su día se divulgaron³³. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el término «coltán» no es el de un mineral aprobado y su uso está extendido especialmente en la zona de África y se está expandiendo. Su inclusión viene dada porque están incluidas las fuentes del metal tántalo.

El Reglamento reacciona ante los minerales y metales de conflicto. Estos son los originarios de zonas de conflicto o alto riesgo, extraídos en unas condiciones que impliquen violación de los Derechos Humanos. El Reglamento define las zonas de conflicto o alto riesgo como «zonas que se encuentren en situación de conflicto armado o de posconflicto frágil, así como las zonas con gobiernos o seguridad precarios o inexistentes, como los Estados fallidos, y con vulneraciones generalizadas y sistemáticas del Derecho internacional, incluidas las violaciones de los derechos humanos».³⁴

³² Silvia Vilar González señala que la exclusión también del jade o de los rubíes puede deberse a presiones de los lobbies en Bruselas Silvia Vilar González «Iniciativas para la erradicación de los abusos de los derechos humanos asociados al negocio de las «minas de sangre» en *Usos sostenibles de la tierra y desarrollo humano* Coord Manuel Rivera Mateos (Sevilla 2029),104-124 en concreto p. 115 En especial respecto de la exclusión del cobalto v. Nerea Magallón Elósegui «Comercio de minerales y Derechos humanos: el Reglamento 2017/821: hacia un abastecimiento responsable de los minerales procedentes de las zonas de conflicto en Europa» en *Anuario de los cursos de Derechos humanos de Donostia-San Sebastián* Dir. Juan Soroeta Licerias (Valencia 2019), 152.

³³ V. un ejemplo en Comparte en Facebook Comparte en Twitter <http://www.lavanguardia.com/politica/20170316/42927634741/el-pe-aprueba-norma-contraminerales-de-conflicto-que-no-incluye-diamantes.html>

³⁴ Artículo 2.

A diferencia de lo que ocurre con la normativa estadounidense que se refiere en concreto a la República Democrática del Congo y países limítrofes, el Reglamento no ofrece un listado de estas zonas. Si bien, el artículo 14 establece directrices al respecto. En concreto señala que «Para aportar claridad, seguridad y coherencia a las prácticas de los agentes económicos, en particular las pymes, la Comisión, consultando al Servicio Europeo de Acción Exterior y a la OCDE, elaborará directrices no vinculantes, en forma de manual para los agentes económicos en el que se explique el mejor modo de aplicar los criterios para la determinación de zonas de conflicto o de alto riesgo. Dicho manual se basará en la definición de zonas de conflicto o de alto riesgo del artículo 2, letra f), del presente Reglamento y tendrá en cuenta la Guía de Diligencia Debida de la OCDE en la materia, incluidos otros riesgos relacionados con la cadena de suministro que desencadenen señales de alerta definidas en los suplementos correspondientes de dicha Guía»

La concreción relativa a los grupos armados y fuerzas de seguridad (recuérdese que se trata de que tengan menos oportunidades de comercializar con los minerales) se hace a través del Anexo II de la Guía de Diligencias Debida de la OCDE, tal y como establece el apartado g) del artículo 2 de la norma.

El Reglamento establece cuatro tipos de obligaciones que recaen en todos los importadores de la Unión Europea, con independencia de que se abastezcan o no, de minerales o metales que procedan de zonas de conflicto o alto riesgo. Teniendo en cuenta la enorme carga burocrática que ello implica, quizás esta medida debería haberse limitado a sólo los importadores que se abastezcan de las zonas de conflicto, en cuanto que la problemática se suscita en ellas.

Cabe destacar, y esto juega como una debilidad del sistema, que sólo opera respecto de importadores directos de minerales. Ello se deduce de la propia definición ya anotada relativa a la cadena de suministro de minerales. Como puede comprobarse, la cadena termina con la incorporación en el producto final. Esto es, las empresas que importan los componentes ya facturados, que se dedican, precisamente, a la facturación y venta del producto final, quedan fuera del sistema de la Unión³⁵.

También quedan fuera tal y como establece el artículo 1.3 los importadores de la Unión de minerales o metales cuando el volumen anual de sus importaciones de cada uno de los minerales o metales de que se trate sea in-

³⁵ Así lo describe Magallón Elósegui «Comercio de minerales y Derechos humanos: el Reglamento 2017/821: hacia un abastecimiento responsable de los minerales procedentes de las zonas de conflicto en Europa» en *Anuario de los cursos de Derechos humanos de Donostia-San Sebastián* 156 como una de las grandes debilidades del Reglamento

ferior al mínimo respectivo establecido en el anexo I³⁶. Esta prescripción supone otro límite a su ámbito de aplicación. Al respecto debe señalarse que este límite se aparta de lo dispuesto en la guía para la interpretación de los principios rectores sobre empresas y D. Humanos³⁷ que, precisamente, se refiere a las empresas de minerales, en lo referente a la relación del tamaño de la empresa con su responsabilidad en el respeto de los Derechos Humanos.

La guía parte de este ejemplo «una empresa pequeña con menos de diez empleados que se dedique al comercio de minerales o metales desde una zona caracterizada por los conflictos y las violaciones de los derechos humanos vinculados a la minería tiene un alto perfil de riesgo en materia de derechos humanos. Sus procesos y políticas destinados a velar por que no se vea involucrada en esas violaciones habrán de ser proporcionales a ese riesgo».

Al respecto la guía continúa señalando que «en el comentario del Principio Rector 17 se examina más detalladamente cómo el asesoramiento especializado externo y la utilización de un conjunto de recursos comunes pueden ayudar a todas las empresas, y particularmente a las pequeñas y medianas, a observar un proceso de debida diligencia en materia de derechos humanos que sea a la vez eficaz y proporcional a sus riesgos relacionados con los derechos humanos y a sus recursos»

A estas exclusiones hay que añadir que el Reglamento no se aplica tampoco a los minerales reciclados. Como ocurría en Kimberley el Sistema de la Unión debe operar sobre minerales y metales «puros», puesto que cuando se someten a manipulación se borran sus huellas y entonces, el sistema deja de ser operativo³⁸.

Una vez delimitado el concreto ámbito de aplicación del Reglamento, corresponde ahora hacer un acercamiento a los cuatro tipos de obligaciones ya mencionadas³⁹.

³⁶ El precepto continúa señalando que «Todos los volúmenes mínimos se fijan en un nivel que garantiza que, para la gran mayoría, sin bajar del 95 %, de los volúmenes totales importados a la Unión de cada mineral o metal bajo el código de la nomenclatura combinada se hayan de cumplir las obligaciones impuestas a los importadores de la Unión en virtud del presente Reglamento.»

³⁷ Guía para la interpretación de los principios rectores «La responsabilidad de las empresas de respetar los Derechos humanos» Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra 2012 disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf p. 24.

³⁸ V. Considerando 16.

³⁹ V. estas obligaciones en mi trabajo M.ª Pilar Diago Diago «El control del comercio internacional de los minerales de conflicto: Reglamento (UE) 2017/831 por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro de estaño, tántalo y wolframio, sus minerales y oro» en *Diario La Ley* n.º 90999 (2017): 12-19 en las que adelanto lo que entiendo son debilidades del sistema del Reglamento.

Las primeras son obligaciones relativas al sistema de gestión (art.4). Estas obligaciones consisten, en especial, en «aplicar una cadena de custodia o un sistema de trazabilidad de la cadena de suministro que aporte una información determinada sobre los minerales o metales»: descripción del mineral, nombre y dirección del proveedor, país de origen de los minerales etc.

Cuando los minerales o metales sean originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo se prevé una información adicional como «la mina de origen de los minerales, los lugares en los que los recursos se consolidan, comercializan y procesan y los impuestos, tasas y cánones pagados» (art.4 f) y g).

Téngase en cuenta al respecto, la dificultad en ocasiones de verificar la información sobre el origen del mineral. Una vez que se produce su transformación, como ya se ha advertido, es casi imposible rastrear su origen, de ahí, la importancia de conseguir esta información en las fases iniciales

Las segundas son obligaciones en materia de gestión de riesgos (art.5). Los importadores estarán obligados a detectar y evaluar los riesgos de efectos negativos en su cadena de suministro. En su caso, deberán aplicar una estrategia para afrontar los riesgos, que bien puede ser la de ejercer presión sobre los proveedores que «más eficazmente pueden impedir o reducir el riesgo» art. 5 b) ii). En este sentido, ninguna presión mayor que las que señala la normativa: suspensión temporal del comercio o incluso romper la relación con el proveedor tras intentos fallidos de reducción del riesgo.

Las terceras obligaciones establecidas por el Reglamento se refieren a auditoría externa (art.6). Los importadores de la Unión deben llevar a cabo auditorías externas por medio de terceros independientes. Estarán exentos de esta obligación aquellos importadores que faciliten «pruebas sustanciales, incluidos informes de auditorías externas, de que todas las fundiciones y refinerías de su cadena de suministro cumplen el Reglamento». Con la precisión que introduce en apartado segundo del art. 6 «El requisito de las pruebas sustanciales se considerará cumplido cuando los importadores de la Unión de metales demuestren que se abastecen exclusivamente de las fundiciones y refinerías incluidas por la Comisión en una lista de conformidad con el artículo 9»⁴⁰.

⁴⁰ Al respecto el Reglamento explica la importancia de las refinerías y fundiciones y la obligación de someterse a auditoría «Las fundiciones y refinerías son un eslabón importante de las cadenas de suministro mundiales de minerales, pues suelen ser la última fase en la que puede garantizarse la diligencia debida al recoger, comunicar y verificar información sobre el origen del mineral y la cadena de custodia. Después de esa primera fase de transformación, a menudo se considera imposible rastrear el origen de los minerales. Lo mismo sucede con los metales reciclados, que han pasado incluso por más fases en el proceso de transformación. Por tanto, una lista de la Unión de las fundiciones y refinerías a escala mundial responsables podría aportar transparencia y seguridad a los agentes económicos de las fases finales por lo

Esta prescripción requiere de una mayor reflexión relativa al efecto que quiere producir. En realidad, la elaboración de la lista de fundiciones y refineras a escala mundial responsables, tiene como finalidad última, la de conseguir que los importadores de la Unión Europea se abastezcan exclusivamente de ellas. Ello explica, que la exención opere como un incentivo. Al margen de ello, queda pendiente el trabajo de certificación de minas *in situ* y la aprobación de medidas de acompañamiento⁴¹.

Las cuartas obligaciones se refieren a la comunicación (art. 7) y tienen una gran importancia de cara a las medidas de implementación que se van a formular en este trabajo. Las auditorías externas deberán ser puestas a disposición de las autoridades competentes de los Estados miembros. Los importadores pondrán a disposición de sus compradores inmediatos de las fases finales la información obtenida en el cumplimiento de la diligencia debida con «la debida atención al secreto comercial y otras cuestiones ligadas a la competencia de mercado». Es evidente que esta precaución sesgará la información, con lo que la obligación queda un tanto diluida⁴², lo cual apunta a otra debilidad del sistema.

Por último, se exige que los importadores de la Unión Europea informen anualmente al público sobre sus políticas de diligencia debida en la cadena de suministro y sus practicas al respecto. La información la deberán de proporcionar con la mayor amplitud posible, también por internet.

que se refiere a las prácticas de diligencia debida en la cadena de suministro. De conformidad con la Guía de Diligencia Debida de la OCDE, los agentes económicos de las fases iniciales, como las fundiciones o las refineras, deben someterse a una auditoría externa independiente en relación con sus prácticas de diligencia debida en la cadena de suministro, también con vistas a incluirlos en la lista de fundiciones y refineras a escala mundial responsables» Considerando 16.

⁴¹ En esta línea Magallón Elósegui «Comercio de minerales y Derechos humanos: el Reglamento 2017/821: hacia un abastecimiento responsable de los minerales procedentes de las zonas de conflicto en Europa» nota 49 p. 165 señala que «El Reglamento sobre minerales debe ir acompañado de las medidas de acompañamiento en el lugar de producción para garantizar la mejora de las condiciones de los trabajadores en las minas. En este sentido para que realmente sea efectivo el cambio en las políticas de suministro y abastecimiento, se debe insistir en las medidas de acompañamiento, tal y como pone de relieve, un informe realizado por *The European Network for Central Africa* (EurAc) «Accompanyng Measures in the EU Regulation on the responsible sourcing of minerals», marzo 2017. El Parlamento Europeo intento introducir un artículo 15 a) en la Propuesta del Reglamento mediante la enmienda no 55 en el que interpelaba a establecer un Programa por la Comisión de medidas de acompañamiento de cara a asegurar la eficacia del Sistema de la Unión, pero finalmente no salió adelante, P8_TA (2015) 0204».

⁴² V. esta cuestión en Diago Diago «El control del comercio internacional de los minerales de conflicto: Reglamento (UE) 2017/831 por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro de estaño, tántalo y wolframio, sus minerales y oro» p. 15.

Al calor de la normativa estadounidense es habitual encontrar información sobre las prácticas comerciales relativas a los minerales de conflicto y al cumplimiento ético y legal de las prácticas comerciales por parte de las empresas⁴³. Esta información redundante en el buen prestigio de aquellas, lo que resulta especialmente importante en el ámbito comercial.

IV. Fortalezas y debilidades del sistema de certificación y de la diligencia debida

Como se ha tenido ocasión de comprobar las dos normativas de la Unión Europea reaccionan ante un mismo hecho: las violaciones de los Derechos Humanos en las zonas ricas en recursos y que se relacionan con su explotación. En el preámbulo del sistema de certificación Kimberley se reconoce abiertamente «los efectos devastadores de los conflictos alimentados por el tráfico de esos diamantes sobre la paz y la seguridad de las poblaciones de los países afectados, así como las graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos perpetradas en esos conflictos»⁴⁴.

Por su parte, el Reglamento de minerales lo hace en su Considerando tercero donde se afirma que «Las violaciones de los derechos humanos son habituales en zonas de conflicto o de alto riesgo ricas en recursos y pueden consistir en trabajo infantil, violencia sexual, desapariciones de personas, reasentamientos forzados y destrucción de enclaves importantes desde el punto de vista cultural o ritual».

Las dos normativas son pioneras y establecen, por primera vez, mecanismos que tratan de romper el nexo entre conflictos y explotación de minerales. En el Reglamento Kimberley se adoptan medidas contra el comercio ilícito para romper los vínculos entre los diamantes en bruto y los conflictos armados⁴⁵. En el Reglamento de minerales se opta por el abastecimiento responsable, promoviendo prácticas de diligencia debida orien-

⁴³ Valga como ejemplo la información contenida en la página web de Komatsu <https://mining.komatsu/es/compañ%C3%ADa/nuestra-compañ%C3%ADa/how-we-do-business/declaración-de-minerales-de-conflicto> o la declaración sobre su política sobre minerales de conflicto de HermanMiller disponible en https://www.hermanmiller.com/es_lac/legal/conflict-minerals/

⁴⁴ Anexo 1 del Reglamento

⁴⁵ V. en concreto, Considerando 2 del Reglamento Kimberley que recuerda que «en su reunión celebrada en Göteborg en junio de 2001, el Consejo Europeo adoptó un programa para la prevención de enfrentamientos, que establece, entre otras cosas, que los Estados miembros y la Comisión adoptarán medidas contra el comercio ilícito de mercancías de gran valor».

tadas a la ruptura de aquel nexo. Con ello, ambos instrumentos pretenden contribuir a la paz y a la seguridad⁴⁶ y con ello, contribuyen a la consecución de varios objetivos de desarrollo sostenible y a sus metas desde la Unión Europea.

Estas normativas tienen un alcance de primer orden en el ámbito comercial internacional. Téngase en cuenta que las dos generan una política comercial común de la Unión Europea. El Reglamento Kimberley, además, enlaza con la política comercial del resto de países participantes lo que hace que, en realidad, su esfera de actuación sea a nivel mundial. El Reglamento de minerales de conflicto es más modesto, pero también aspira a un efecto mayor, si se tiene en cuenta la elaboración de la lista de fundiciones y refinerías a escala mundial responsables y el efecto que se espera conseguir y que ya se ha analizado.

Ahora bien, como se ha tenido ocasión de analizar, los dos Reglamentos utilizan mecanismos muy diferentes. El Reglamento Kimberley apuesta por proteger el mercado legal de diamantes en bruto. Lo hace a través del sistema de certificación y de las prohibiciones de exportar e importar diamantes que procedan de países no participantes. El efecto es contundente, se crea un mercado legal de diamantes que impide el flujo de diamantes de conflicto.

Esta normativa entraña una clara limitación al principio de libre comercio a escala mundial. Constituye un auténtico hito en la Historia del Derecho contemporáneo, porque con ella se va mucho más lejos que con otras medidas que con frecuencia se han tomado en este ámbito, como son los vetos a las relaciones comerciales con otros países⁴⁷. Esta limitación merece la pena si se tiene en cuenta que, en gran medida, el Sistema de certificación Kimberley ha logrado sus objetivos. Gran parte de los diamantes de sangre han dejado de «colarse» en el mercado legal y países de origen de estas preciosas gemas, son parte de Kimberley y aseguran el cumplimiento de las normativas.

Ahora bien, no se trata de un éxito completo. Por un lado, se han detectado falsificaciones en los certificados. Pese a que el certificado del Proceso Kimberley es definido como un documento a prueba de falsificaciones, con

⁴⁶ Considerando 1 del Reglamento de minerales «En las zonas de conflicto o de alto riesgo, los recursos naturales minerales, a pesar de que entrañan un gran potencial para el desarrollo, pueden ser causa de disputas si los ingresos que producen alimentan el brote o la continuación de conflictos violentos, lo que socava los esfuerzos en pos del desarrollo, la buena gobernanza y el Estado de Derecho. En dichas zonas, romper el nexo entre los conflictos y la explotación ilegal de minerales es un elemento esencial para garantizar la paz, el desarrollo y la estabilidad».

⁴⁷ Diago Diago «El comercio internacional de diamantes: Sistema de certificación del Proceso Kimberley», 74.

un formato especial, que califica una remesa de diamantes en bruto de conforme con las exigencias del sistema de certificación⁴⁸, la *praxis* ha demostrado que la falsificación existe. Amberes alertó sobre la falsificación de certificados Kimberley en diciembre de 2015⁴⁹. En el año 2016 las autoridades del Proceso Kimberley en Sierra Leona activaron la alerta sobre un envío a Hong Kong de diamantes en bruto con certificado falsificado⁵⁰.

Por otro lado, siguen existiendo diamantes de conflicto que penetran en el mercado, incumpliendo el sistema Kimberley. Valga como ejemplo que atestigua esta realidad la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea en el asunto *Badica y Kardiam* contra el Consejo de la Unión Europea⁵¹. El supuesto de hecho de la Sentencia se refiere a la suspensión temporal en mayo de 2013 de la República Centroafricana del sistema de certificación del Procedimiento Kimberley y al hecho de que las empresas *Badica* y *Kardiam* continuaron comprando diamantes que eran objeto de tráfico ilegal desde dicha región. Sus beneficios sirvieron para financiar a los grupos armados de los antiguos *Seleka* y anti-*balaka* que operaban en dicha zona⁵².

No obstante, la mayor debilidad que presenta Kimberley es su no evolución. La realidad demuestra que siguen produciéndose violaciones de Derechos Humanos relacionadas con la extracción y comercialización de los diamantes en bruto y que esas violaciones no se generan por la acción de grupos rebeldes, tal y como están definidos en el Proceso. Los conflictos son generados, en ocasiones, por los propios gobiernos tiránicos. Precisamente, la crisis más importante del Procedimiento tuvo lugar en diciembre de 2011 cuando la ONG *Global Witness* decide abandonar Kimberley⁵³, al no producirse una evolución para acabar con los vínculos existentes entre diamantes-violencia-tiranía⁵⁴.

⁴⁸ V. Anexo I Sección I del Reglamento.

⁴⁹ <http://www.goldandtime.org/noticia/80832/Goldtime/Amberes-alerta-sobre-la-falsificacion-de-certificados-Kimberley-desde-Sierra-Leona.html>

⁵⁰ <http://www.goldandtime.org/noticia/81048/Goldtime/Falso-Certificado-Kimberley-de-diamantes.html>

⁵¹ Asunto T-619/15 (*Badica y Kardiam/Consejo*) ECLI:EU:T:2017:532

⁵² V. análisis de esta Sentencia en Vilar González «Iniciativas para la erradicación de los abusos de los derechos humanos asociados al negocio de las «minas de sangre» 116-118.

⁵³ Charmian Gooch (2011). Global Witness leaves Kimberley Process, calls for diamond trade to be held accountable. Global Witness. Press Release, Dec. 2, 2011. Disponible en <https://www.globalwitness.org/es/archive/global-witness-leaves-kimberley-process-calls-diamond-trade-be-held-accountable/>

⁵⁴ El detonante lo produjo la situación de Zimbabue Jerbi, S. Evaluación del papel de las iniciativas de múltiples actores en la promoción del programa de empresas y derechos humanos. *International Review of the Red Cross*, n.º 887 (2012): 29-50 p. 43.

La solución debería pasar por la evolución del Proceso Kimberley por la que ya he abogado en otros estudios⁵⁵. En especial, sería necesaria una redefinición de «diamantes de conflicto». Bastaría para ello con ampliar la definición e incluir los diamantes cuya comercialización da lugar a violación de Derechos humanos, siendo indiferente de dónde provengan aquellos: movimientos rebeldes o «gobiernos legítimos». Desde esta perspectiva, resulta mucho más acertado el funcionamiento del Reglamento de minerales, que opera respecto de zonas de conflicto y alto riesgo. Como ya se ha expuesto, su definición es amplia y acoge a las zonas con gobiernos o seguridad precarios o inexistentes, como los Estados fallidos, y con vulneraciones generalizadas y sistemáticas del Derecho internacional, incluidas las violaciones de los derechos humanos⁵⁶. Esa misma amplitud debería acogerse en Kimberley dentro de su más que necesaria evolución.

Por su parte, el Reglamento de minerales de conflicto utiliza, como se ha expuesto, mecanismos muy diferentes. La diligencia debida juega en el plano de la prevención y se apoya en este «mecanismo extrajudicial» como método principal de acción. Se transita de esta manera por los caminos marcados por la OCDE, que como es sabido, se asientan en recomendaciones no vinculantes.

El hecho de que no tenga aún recorrido temporal hace difícil que se pueda vaticinar el éxito de su implantación. Sin embargo, su inspiración directa en la Ley estadounidense y el seguimiento de esta en la práctica, hace posible prever que tendrá una aceptable implementación y seguimiento, al igual que ya ha ocurrido con la Sección 1502 de la Ley *Dodd-Frank*.

Quizás una de sus principales fortalezas es que, a diferencia de Kimberley, se trabaja con zonas de conflicto, si bien estableciendo cierto control sobre el comercio, que no llega a asemejarse al creado por Kimberley. Desde este ángulo, el Reglamento resulta muy interesante para contribuir al desarrollo de las zonas de conflicto y alto riesgo. Piénsese que, en el caso de los diamantes, la exclusión de un país participante puede conducir a extremar la pobreza de sus ciudadanos, ya que una gran parte de ellos sobrevive con los ingresos de las minas.

Ahora bien, su estudio detallado permite revelar ciertas debilidades, algunas de las cuales ya se han mencionado en este trabajo. Como apreciación general cabe decir, que todo el sistema se asienta en una especie de auto regulación voluntaria, en el sentido en que los importadores deben velar ellos mismos por el cumplimiento de las obligaciones. En esta línea

⁵⁵ Diago Diago «El control del comercio internacional de los minerales de conflicto: Reglamento (UE) 2017/831 por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro de estaño, tántalo y wolframio, sus minerales y oro»

⁵⁶ Art. 2 f)

cabe señalar, que el mismo régimen de sanciones aplicables a las posibles infracciones, no está siquiera especificado⁵⁷.

Desde apreciaciones más concretas, también su ámbito de aplicación plantea dudas ¿Por qué no se ha incluido el cobalto o el cobre? Y ¿por qué se ha excluido a las empresas que importan productos en los que ya se ha incorporado el material? ¿por qué, además, han quedado fuera importadores de la Unión Europea de minerales y metales cuyo volumen anual no llega al mínimo marcado por la normativa? Y en otro orden de cuestiones ¿por qué el deber de comunicación se ha visto diluido con la atención al secreto comercial y a otras cuestiones ligadas a la competencia del mercado?

Los agentes económicos van a tener que afrontar una gran carga administrativa y burocrática que puede repercutir en la propia competitividad de las empresas. Ello ocurrirá cuando se eleve el coste del abastecimiento, como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Reglamento. Baste recordar las relativas a la gestión de riesgos o las auditorías. Estas consecuencias serán mayores para las medianas y pequeñas empresas y es por ello, que se ha previsto que disfruten de una ayuda técnica y financiera para facilitar la aplicación de la normativa⁵⁸.

Existe además un riesgo que debería minimizarse. La carga de gestión y de comunicación que implica el proceso de diligencia debida, podría convertirse en un mero cumplimiento de requisitos formales. Sin una implicación sustantiva de los agentes económicos el proceso podría quedar muy diluido⁵⁹.

⁵⁷ Así el «artículo 16 dispone que los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicable a cualquier infracción del presente Reglamento, lo que significa que puede haber variaciones entre ellas. Pero a ello hay que añadir que las autoridades competentes de los Estados miembros no tienen, en realidad, competencia para imponer sanciones a los importadores. El citado precepto sólo establece que «en caso de infracción, las autoridades competentes de los Estados miembros notificarán las medidas correctoras que deberá adoptar el importador de la Unión» (Esta es una de las cuestiones que la Comisión evaluará en la revisión del Reglamento (art. 17)) Diago Diago «El control del comercio internacional de los minerales de conflicto: Reglamento (UE) 2017/831 por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro de estaño, tántalo y wolframio, sus minerales y oro» p.14.

⁵⁸ Programa COSME v. Reglamento UE n.º 1287/2013.

⁵⁹ Así lo apunta Olga Martín-Ortega «Europa se enfrenta (por fin) al resto de los minerales conflictivos: El Reglamento 2017/821» *Revista General de Derecho Europeo* (45, 2018): 276-298 en concreto p. 298 De la misma autora en prensa ref nota 57 «Due Diligence, Reporting and Transparency in Supply Chains: The UK Modern Slavery Act», en BONFANTI (ed), *Business and Human Rights: International Law Challenges, European Responses* (Routledge, Oxon, 2018).

V. **Prospección de soluciones con especial atención a la implementación de los dos mecanismos**

Como se ha tenido ocasión de comprobar en este estudio, las dos normativas pioneras en sus respectivos sectores de referencia, presentan fortalezas y debilidades. El Sistema Kimberley, ha contribuido a reforzar el mercado legal de diamantes en bruto, si bien no lo ha limpiado del todo. El Reglamento de minerales de conflicto, cuenta con un antecedente directo que permite augurar éxito en su implantación, si bien, de base, parte con puntos débiles que es de presumir afecten al grado de consecución de sus objetivos.

Pues bien, una perspectiva global nos sitúa en un plano en el cual puede realizarse una prospección de otras soluciones, a la problemática que genera el contexto base al que responden los dos Reglamentos. La primera idea enlaza con la posibilidad de ampliación de los respectivos ámbitos de aplicación de sendas normativas.

Kimberley reúne las características necesarias para convertirse en un procedimiento estándar del comercio internacional para materias primas problemáticas⁶⁰. De hecho, los conflictos originados por la extracción de diamantes, son exactamente los mismos que se producen por la extracción del metal tántalo (conocido por coltán), es más coincide hasta el área geográfica. Por ello, hubiera sido acertado seguir esta línea de actuación más inmediata y con un alcance mundial. Bien entendido, que para que tuviera la máxima potencialidad debería introducirse la evolución por la que se aboga en este estudio. De cualquier manera, el Procedimiento Kimberley puede seguir inspirando nuevas normativas.

La Unión Europea no aprovecha esa oportunidad respecto de los minerales y metales, y opta por aprobar el Reglamento de diamantes de conflicto, basado en la diligencia debida. Su marco de actuación está limitado a los conocidos por sus siglas en inglés 3T+G. De nuevo, el sistema se queda corto, no acoge otros minerales estratégicos y no tiene un carácter mundial, con lo que puede contribuir a mitigar el problema, pero difícilmente podrá terminar con él. Dependiendo del éxito de su implantación, otra posible solución vendría dada por la aplicación de su ámbito de aplicación.

Otro posible enfoque llevaría a intentar diseñar una normativa mixta que se inspirase en el tejido estructural de ambas normativas. Sin embargo, la propia naturaleza de los mecanismos estudiados, no parece que haga factible esta opción. Kimberley se ancla en la prohibición de comercialización

⁶⁰ Diago Diago «El comercio internacional de diamantes: Sistema de certificación del Proceso Kimberley», p. 91.

con los países no participantes, lo que casa mal con el carácter voluntario, si se permite la expresión «benigno», del Reglamento de minerales de conflicto.

La cuarta idea enlazaría con la visión más ambiciosa del diseño de una solución de alcance mundial⁶¹. Se trataría de proyectar una normativa de carácter global que fuera aplicable a la comercialización de recursos naturales, cuya extracción genera conflictos que entrañan violaciones de Derechos Humanos⁶². Sin olvidar un problema que también acompaña a la extracción de esos recursos y que se refiere a las consecuencias lesivas para el medio ambiente y la destrucción de enclaves importantes desde el punto de vista cultural o ritual⁶³.

Una normativa de este calado y de este alcance debería contar con un compromiso mayor que el de los Estados. Las industrias del sector deberían estar implicadas y ello es factible, si tenemos en cuenta el precedente de Kimberley con el sistema de autorregulación de la industria del diamante⁶⁴. También debería contarse con la implicación de la sociedad civil y en especial, de los ciudadanos. La toma de conciencia de esa problemática, desde todos los sectores, resultaría vital para la consecución de los objetivos.

Precisamente, la implementación que cabría realizar respecto de las normativas de referencia y respecto del posible diseño de una normativa a nivel mundial, debería venir dada por la implicación directa del consumidor. En realidad, esta estrategia ya se ha ensayado, con éxito, por lo que se refiere a los diamantes en bruto.

La opinión pública no despierta a la realidad que rodea a los diamantes de conflicto con la reacción de Naciones Unidas, ni con el Procedimiento Kimberley. El detonante que lleva a un posicionamiento de la ciudadanía

⁶¹ Diago Diago «El control del comercio internacional de los minerales de conflicto: Reglamento (UE) 2017/831 por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro de estaño, tántalo y wolframio, sus minerales y oro», último apartado.

⁶² En esta línea Vilar González «Iniciativas para la erradicación de los abusos de los derechos humanos asociados al negocio de las «minas de sangre» señala que «la Comunidad Internacional no debería descartar la adopción de un instrumento internacional, de carácter global, que fuera de aplicación en la comercialización de recursos minerales y metales con carácter general, en el que deberían estar implicados gobiernos, industria del sector, sociedad civil e, incluso, los ciudadanos particulares, que deberían alcanzar un notable grado de consciencia con respecto a la problemática asociada a las llamadas «minas de sangre» para, con ello, seguir avanzando en la erradicación o, cuanto menos, minimización de las consecuencias lesivas que estas prácticas suponen en los derechos humanos y en el medio ambiente» p. 119.

⁶³ A esta problemática concreta se refiere el Reglamento de minerales en el Considerando 3.

⁶⁴ V. Capítulo IV del Reglamento Kimberley art. 17

fue la proyección de la película «Blood Diamond», protagonizado por Leonardo Di Caprio, Jennifer Connelly y Djimon Hounsou. Esta película está ambientada en Sierra Leona y describe el comercio de diamantes como fuente de financiación para la guerra, así como la violación de Derechos Humanos, desde la esclavitud, las torturas, mutilaciones, violaciones, hasta el asesinato.

El temor ante la reacción negativa de los consumidores, condujo al Consejo Mundial del diamante a intervenir. La estrategia que se desarrolló fue la de informar a los consumidores, a través de una campaña de publicidad que costó aproximadamente 15 millones de dólares, de la situación actual, en la que existen ya medios para impedir que los diamantes de sangre penetren en el mercado. Así es como se presentó Kimberley a la sociedad.

Por su parte Amnistía Internacional y *Global Fitness*, aprovechó la proyección de la película, para lanzar una campaña de información y concienciación sobre el problema real de los diamantes de sangre. Se solicitaba, en especial, a los consumidores que se informasen y que exigieran garantías antes de comprar un diamante.

La concienciación de los consumidores resulta vital para el desarrollo con éxito de los diferentes procedimientos. No debe olvidarse que el juego del prestigio de las empresas puede ser utilizado como un incentivo para su cumplimiento en este marco. Pero a su vez, la creación de una, por llamarla así, «etiqueta responsable» justificaría un pequeño aumento del precio final.

La línea que se propone, tiene precedentes que se sitúan, por ejemplo, en las recomendaciones de los Confederación internacional de joyería (CIBJO) sobre el abastecimiento responsable. De hecho, hoy existe la joyería responsable y sostenible⁶⁵. También cabe recordar la existencia del oro de minería justa⁶⁶ e incluso, las normativas de etiquetado ecológico de los alimentos⁶⁷.

En definitiva, la oportunidad de implicar a los consumidores se proyecta en dos ámbitos. El primero, es el de la información. El consumidor debe conocer que los productos que llegan a sus manos pueden estar relacionados con la violación de Derechos Humanos. El segundo, se relaciona con el trabajo realizado por la industria, en la ejecución de las buenas prácticas o diligencia debida. De manera que se debe poder ofrecer al consumidor la posibilidad de adquirir productos «libres de conflicto». Como ya se han indicado, esa «etiqueta responsable» puede justificar un aumento en el precio que compense el esfuerzo que las empresas realizan en este ámbito.

⁶⁵ <https://www.responsiblejewellery.com>

⁶⁶ <https://www.fairmined.org/es/>

⁶⁷ <https://www.ecoagricultor.com/etiquetado-de-los-alimentos-ecologicos/>

VI. Consideraciones finales

La Unión Europea se encuentra en una posición óptima para contribuir a la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible y sus metas. Cuenta con dos normativas pioneras que se orientan a romper el triángulo siniestro que relaciona la extracción y comercialización de los diamantes y de los minerales con los conflictos, con las vulneraciones de los Derechos Humanos.

Ambas normativas utilizan mecanismos diferentes que han sido analizados exhaustivamente en este estudio. El Reglamento Kimberley apuesta por proteger el mercado legal de diamantes en bruto; lo hace a través del sistema de certificación y de las prohibiciones de exportar e importar diamantes que procedan de países no participantes. El resultado es la creación de un mercado legal de diamantes que deja fuera a los diamantes en conflicto.

Por su parte, el Reglamento de minerales de conflicto establece una serie de obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro que recaen en los importadores de la Unión Europea y que se denomina sistema de la Unión. Su plena operatividad no se producirá hasta el 1 de enero del 2021, lo cual no ha sido impedimento para estudiar su estructura y sus mecanismos de actuación.

Como se ha tenido ocasión de demostrar, ambas normativas presentan fortalezas importantes y también debilidades. Se ha tratado de apuntar posibles soluciones de reforzamiento de estas últimas. No debe olvidarse que al margen de la importancia de la problemática que abordan, está el hecho de que ambas configuran una política comercial común de la Unión Europea. Esta política afecta directamente a las relaciones privadas internacionales y al comercio internacional. De ahí, que todas las vías de mejora sean necesarias, dado lo sensible que es para todos los agentes implicados, el establecimiento de un control sobre el comercio de los diamantes y de los minerales de conflicto.

Se ha realizado, por último, una prospección de soluciones jurídicas con especial atención a la implementación de los dos mecanismos. Esta debe venir dada por una implicación del consumidor final. El camino recorrido por la llamada joyería responsable puede ser un ejemplo a tomar en cuenta. El consumidor debe conocer que existen estos conflictos y que sus productos de consumo pueden relacionarse con violaciones de Derechos Humanos.

A su vez, debe poder acceder a productos finales con la «etiqueta responsable» «libre de conflicto» que justificaría un pequeño aumento del precio final del producto. A estos efectos, la reputación y el prestigio de las empresas también son herramientas para la consecución efectiva de los objetivos trazados por las normativas.

En tiempos de objetivos de desarrollo sostenible, la proyección en la práctica de normativas que sean aptas para su consecución, adquiere protagonismo. Tanto los juristas como los agentes económicos, la sociedad civil y en especial, los consumidores debemos estar implicados en esta problemática. Los avances alcanzados y que se esperan alcanzar con ambos Reglamentos son notables, pero insuficientes. Podemos y debemos aunar esfuerzos para combatir las consecuencias que la explotación de los recursos naturales tiene sobre la vulneración de Derechos Humanos. La vida de las personas, la paz y la seguridad internacional bien lo vale.

Sobre la autora

Dra. M.^a Pilar Diago Diago, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Zaragoza, miembro de la Cátedra UNESCO sobre «Ciudadanía Democrática y Libertad Cultural (785)» y Vicepresidente de las Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones internacionales. Es responsable editorial de la Revista científica Bitácora Millennium DIPr <http://www.millenniumdipr.com/bitacora> e informante de las principales publicaciones de su disciplina como REEI, REDI, AEDIPr o SYBIL. Es experta evaluadora de la Agencia Estatal de Investigación. Ha impartido conferencias científicas y ha participado como ponente y conferenciante en instituciones y eventos en España, Holanda, Marruecos, Italia, Brasil, Túnez, Suiza, Argelia, Portugal y Puerto Rico.

En el ámbito de la innovación docente ha acuñado el lema ¡Todo es Internacional! que inspira el apasionante proyecto Millennium DIPr. <http://www.millenniumdipr.com>, del cual es coordinadora. En este marco, el proyecto «el empleo de las Redes sociales y el cine en la enseñanza universitaria del S XXI» ha merecido el accésit al Premio Cátedra Santander en su XI Edición. Es colaboradora habitual de diferentes medios de difusión y trabaja como experta independiente en diversos organismos públicos y privados.

About the author

Dr. M.^a Pilar Diago Diago, Professor of Private International Law at the University of Zaragoza, member of the UNESCO Chair on «Democratic Citizenship and Cultural Freedom» (785) and Vice-President of the Association of Teachers of International Law and International Relations. Director of the scientific journal Bitácora Millennium DIPr <http://www.millenniumdipr.com/bitacora> evaluator of the main publications in her discipline such as REEI, REDI,

AEDIPr or SYBIL. She is an expert of the State Research Agency. She has given scientific conferences and has participated as a speaker and lecturer in institutions and events in Spain, Holland, Morocco, Italy, Brazil, Tunisia, Switzerland, Algeria, Portugal and Puerto Rico.

She has coined the motto Everything is International! which inspires the exciting Millennium DIPr project <http://www.millenniumdipr.com> of which she is the coordinator. Within this framework, the project «The use of social networks and cinema in university education in the 21st century» has been awarded the 11th edition of the Santander Chair Award. She is a regular contributor to different media and works as an independent expert in various public and private organizations.

***Lex Damni vs. Lex Societatis* en la aplicación de la ley francesa del deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales: crónica de un diálogo necesario**

Lex Damni vs. Lex Societatis in the Application of the French Law on the Corporate Duty of Vigilance of Parent Companies on their Subsidiaries: Chronicle of a Necessary Dialogue

Antonia Durán Ayago
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca
aduran@usal.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-63-2020pp183-206>

Recibido: 6 de abril de 2020
Aceptado: 28 de abril de 2020

Sumario: I. Con carácter introductorio.—II. Ley francesa sobre el deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales y sociedades dependientes: objetivo y caracteres.—III. Responsabilidad por daños causados por filiales y sociedades dependientes de empresas francesas: incidencia en el sistema de DIPr. europeo 1. De dónde venimos y dónde estamos 2. Responsabilidad social empresarial y *lex societatis*: el debate necesario 3. El encaje del deber de vigilancia en la *lex damni*.—IV. A modo de conclusión

Resumen: La Ley francesa del deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales ha introducido importantes elementos para el debate, también desde la perspectiva del Derecho internacional privado. En este trabajo se afronta el análisis de la interrelación entre la *lex societatis*, como reguladora de la responsabilidad social de las empresas y la *lex damni*, como reguladora de la responsabilidad por el daño causado por las filiales de estas empresas en terceros Estados, y su repercusión para obtener una verdadera reparación del daño causado para las víctimas, cuestión ésta que todavía no se ha allanado lo suficiente, pero que en lo aportado por la Ley francesa encuentra un interesante precedente del que habrá que seguir aprendiendo.

Palabras clave: empresas multinacionales, derechos humanos, responsabilidad civil, deber de vigilancia, *lex societatis*, *lex damni*

Abstract: *The French Law on the corporate duty of vigilance of parent companies on their subsidiaries has introduced important elements for discussion, also from Private International Law. This paper deals with the analysis of the interrelation between the lex societatis, as a regulator of corporate social*

responsibility and the lex damni, as a regulator of liability for the damage caused by the subsidiaries of these companies in third States, and their repercussion to obtain a true reparation of the damage caused to the victims, an issue that has not yet been sufficiently paved, but that in what contributed by the French Law finds an interesting precedent from which it will be necessary to continue learning.

Keywords: multinational companies, human rights, civil responsibility, duty of vigilance, lex societatis, lex damni

I. Con carácter introductorio

Lenta pero progresivamente asistimos a un cambio de paradigma en los negocios internacionales, vinculado estrechamente con la necesidad de que estos se desempeñen en el marco del respeto a los Derechos humanos¹. Una prueba palpable de este cambio lo encontramos en la aprobación en Francia de la *Ley 2017-399, de 27 de marzo de 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales*². Aunque ya realicé un primer análisis de esta Ley en otro trabajo³, uno de los aspectos que considero de interés desarrollar, porque en el anterior sólo quedó esbozado, es el relativo a la necesaria coexistencia y articulación entre la *lex societatis* y la *lex damni* a la hora de vehicular acciones contra la empresa matriz por los daños causados por sus filiales en terceros Estados. Pues si complicado es, desde la perspectiva del Derecho internacional privado (en adelante, DIPr.) encontrar un foro idóneo para demandar conjuntamente a la filial y a la empresa matriz por los daños causados por

¹ El marco normativo internacional en el que encuadrar este cambio de paradigma se halla en el *Pacto Mundial de las Naciones Unidas – Principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos*, 2011; *Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico* (OCDE), 2011; *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo* (OIT), adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 204.^a reunión (Ginebra, noviembre de 1977) y enmendada en sus 279.^a (noviembre de 2000), 295.^a (marzo de 2006) y 329.^a (marzo de 2017) y, en el ámbito específico del sector extractivo, los *Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos* (2000).

² Acceso el 10 de enero de 2020, <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/2017-399/jo/texte>.

³ Antonia Durán Ayago, «Sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países. A propósito de la Ley francesa 2017-399, de 27 de marzo de 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales», *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, t. XVIII, 2018, 323-348.

la primera, cuestión ésta que en la doctrina ha sido la más analizada⁴, sin duda también por su carácter previo, no menos relevante es determinar el derecho a aplicar, puesto que conforme a él deberán determinarse el fundamento y el alcance de dicha responsabilidad.

Para contextualizar la trascendencia de las cuestiones que vamos a tratar, conviene aportar algunos datos. Según el Índice de Transnacionalización de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), las 100 primeras empresas multinacionales del mundo poseen una media de 500 filiales en más de 50 países. Su estructura de propiedad posee 7 niveles jerárquicos, lo que implica que los eslabones de propiedad con las filiales pueden cruzar hasta 6 fronteras⁵. Ampliando estos datos, según precisa la revista Fortune, en la actualidad hay unas 50.000 empresas multinacionales con 450.000 filiales en el mundo, y aproximadamente 159 de las 500 multinacionales más grandes del mundo tienen su sede matriz en Europa⁶.

⁴ La bibliografía sobre esta cuestión comienza a ser importante. Destaco algunos de los trabajos que me han parecido de interés resultado útiles para preparar este artículo: Juan José Álvarez Rubio / Katerina Yiannibas, *Human Rights in Business. Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, Routledge, 2017; María Álvarez Torné, «El Derecho Internacional Privado ante las vulneraciones de Derechos humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV (2013), 2, 157-190; Laura García Álvarez, *Competencia judicial internacional, daños ambientales y grupos transnacionales de sociedades*, Editorial Comares, Granada, 2016; Id, *Daños ambientales transnacionales y acceso a la justicia*, Dykinson, Madrid, 2016; «Daños privados por contaminación en el tráfico externo: a propósito del caso Akpan vs. Shell (Nigeria)», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 2 (2013), 548-583; Id., «Las acciones colectivas en los litigios internacionales por daños ambientales», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 30, 2015; Daniel Iglesias Márquez / Stephanie V. Ascencio Serrato, «Las vías de responsabilidad de las empresas multinacionales por daños ambientales. El caso Dutch Shell Nigeria», *Revista catalana Dret ambiental*, vol. V, núm. 1 (2014), 1-40; José Luis Iriarte Ángel, *Negocios internacionales y Derechos humanos*, Lección Inaugural del curso académico 2016/2017, Universidad Pública de Navarra, 2016; Maria Chiara Marullo / Francisco Javier Zamora Cabot, (eds.), *Empresas y Derechos humanos. Temas actuales*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; Antoni Pigrau Solé / María Álvarez Torné / Antonio Cardesa-Salzmán / María Font i Mas / Daniel Iglesias Márquez / Jordi Jaria i Manzano, *Derechos humanos y empresas europeas. Un manual práctico para las organizaciones de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos*, 2016; Francisco Javier Zamora Cabot / Jesús García Cívico / Lorena Sales Pallarés (eds.), *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de Derechos humanos*, *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, Alcalá de Henares, 2013.

⁵ UNCTAD, *Informe sobre las inversiones en el mundo 2016. Nacionalidad de los inversores: retos para la formulación de políticas*, 2016, 8, acceso el 28 de enero de 2020, http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2016_Overview_es.pdf.

⁶ Vid. Pigrau Solé, / Álvarez Torné / Cardesa-Salzmán / Font i Mas / Iglesias Márquez. / Jaria i Manzano, *Derechos humanos y empresas europeas...*, 45.

Según la OCDE, más de la mitad de las importaciones manufacturadas de todo el mundo son bienes intermedios utilizados en la producción de otros bienes⁷. Apunta la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) que aproximadamente el 80% del comercio internacional puede vincularse actualmente a las redes mundiales de producción de las empresas multinacionales⁸. Y según la Confederación Sindical Internacional, el 60% del comercio mundial en la economía real depende de las cadenas de suministro de 50 corporaciones, las cuales emplean directamente solo el 6% de los trabajadores, pero dependen de una fuerza laboral oculta que asciende a 116 millones de personas⁹.

En este contexto marcado por la globalización, la Ley francesa sobre el deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales y sociedades dependientes ha aportado nutrientes del máximo interés para el debate. Se trata de la primera legislación a nivel mundial¹⁰, que contempla, como obligación vinculante, el deber de vigilancia por parte de las empresas, incluyendo sus filiales, proveedores y subcontratas, con independencia de en qué parte del mundo se encuentren. Esto supone romper con los principios de personalidad jurídica propia y responsabilidad patrimonial separada, acuñados a fuego por el Derecho mercantil, abogando por el deber de vigilancia y el control de dirección, lo que supone un giro radical en la conformación de las responsabilidades en los grupos de empresas, que tiene un significado muy importante para lograr la consecución del respeto a los Derechos humanos por parte de las grandes empresas multinacionales y transnacionales¹¹.

Hay que tener en cuenta que en estos casos se suele suceder un patrón. En el ámbito del sector extractivo, las empresas multinacionales suelen tener filiales que desempeñan su actividad en Estados con importantes recursos naturales, pero que son débiles institucionalmente hablando, lo que implica que la tradicional *lex loci delicti comissi*, anudada en estos casos también a la *lex damni*, no suele dar buenos resultados. Tampoco en el caso de las empresas transnacionales dedicadas al sector textil que buscan cen-

⁷ Acceso el 28 de enero de 2020, http://www.oecd.org/dac/aft/mappingglobalvaluechains_web_usb.pdf.

⁸ Acceso el 28 de enero de 2020, <https://unctad.org/es/paginas/PressRelease.aspx?OriginalVersionID=113>.

⁹ Acceso el 28 de enero de 2020, <https://www.ituc-csi.org/supply-chains-resources-hub?lang=en>.

¹⁰ Iniciativas que van en la misma dirección se han desarrollado recientemente en Finlandia y Países Bajos. Desarrolladas en <https://observatoriorsc.org/avances-en-debida-diligencia-en-materia-de-derechos-humanos-en-la-ue/>, acceso el 28 de enero de 2020.

¹¹ Sobre la diferenciación entre empresas multinacionales y empresas transnacionales, *vid.* Durán Ayago, «Sobre la responsabilidad de las empresas...», 329-330.

tros de producción en países en que las condiciones laborales tienen un menor coste y en donde los derechos de los trabajadores son prácticamente inexistentes, puesto que la *lex loci laboris* y la *lex damni* también conducen a la aplicación de la legislación del Estado menos protector para los trabajadores.

En ambos casos, surgen importantes dificultades a la hora de exigir responsabilidad por los daños que estas empresas causen ante las autoridades gubernamentales y judiciales del Estado de acogida, a lo que se une la complejidad jurídica de armar acciones extraterritoriales que vayan bien por la omisión del deber de vigilancia de la empresa matriz, bien se amparen en una especie de jurisdicción universal de carácter civil, como lo ha sido hasta hace bien poco la *Alien Tort Statute* estadounidense, ley federal que otorga competencia a los tribunales federales de Estados Unidos para atender las demandas de responsabilidad civil interpuestas por extranjeros ante violaciones del Derecho internacional consuetudinario o un tratado internacional que vincule a este país¹².

En este trabajo, tras exponer cuáles son las premisas sobre las que la Ley francesa del deber de vigilancia se asienta, y también sus puntos débiles, constatados tras sus casi tres años de vigencia¹³, nos centraremos en el análisis de las cuestiones de DIPr. que se pueden generar. En esta ocasión, prestando particular atención a la concreción del derecho aplicable a los casos de responsabilidad civil por daños causados por las filiales radicadas en terceros Estados. En concreto, enmarcaremos el debate en torno a si es necesario la conformación de una nueva categoría de norma de conflicto que englobe la responsabilidad social empresarial conjuntamente con la ley aplicable al daño, como ha demandado, entre otros, Pataut¹⁴, o bastaría con un diálogo inteligente entre la *lex societatis* y la *lex damni*.

II. Ley francesa sobre el deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales y sociedades dependientes: objetivo y caracteres

Aunque es cierto que esta Ley supuso un salto cualitativo en lo que hasta entonces había venido siendo el papel de los Estados en su implicación para obligar a las empresas a cumplir unos mínimos estándares en el

¹² En concreto, su formulación es la siguiente: «*The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States*».

¹³ Entró en vigor el 27 de marzo de 2017.

¹⁴ Etienne Pataut, «Le devoir de vigilance – Aspects de droit international privé», *Droit Social*, núm. 10, 2017, 833-839.

respeto de los Derechos humanos¹⁵, también lo es que no ha llegado a ser todo lo que en principio se pensó que fuera¹⁶. La idea inicial era mucho más ambiciosa, puesto que pretendía posibilitar que la empresa matriz respondiera por los daños que causarían sus filiales y sociedades dependientes, en todos los casos, sin necesidad de justificar que hubiera habido un comportamiento imprudente por parte de la matriz, como responsable última del daño causado. Ante un daño, ambas deberían responder. Se trataba de evitar que los principios de personalidad jurídica propia y responsabilidad jurídica limitada actuaran como dique de contención para hacer responder del daño también a la empresa matriz.

Pero la confrontación con los lobbies empresariales fue tan fuerte que finalmente, y tras tres intentos fracasados¹⁷, la cuarta versión de la Ley

¹⁵ Obligación que consta expresamente, por ejemplo, en los Principios rectores sobre las empresas y los Derechos humanos de Naciones Unidas, en los que se indica que los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar los abusos cometidos por las empresas mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.

¹⁶ Sin ánimo de exhaustividad, como comentarios de esta Ley, *vid.* Stéphane Brabant / Elsa Savourey, «Scope of the Law on the Corporate Duty of Vigilance. Companies Subject to the Vigilance Obligations», *Revue Internationale de la Compliance et de l'éthique des affaires*, núm. 50, 2017, 1-8; Marie Caroline Caillet, «Du devoir de vigilance aux plans de vigilance: quelle mise en oeuvre?», *Droit Social*, núm. 10, 2017, 819-827; Nicolas Cuzacq, «Commentaire des propositions de loi relatives au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre», *Revue de Droit du Travail*, núm. 4, 2014, 265-266; Anne Danis-Fatôme / Geneviève Viney, «La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre», *Recueil Dalloz*, núm. 28, 2017, 1610-1618; Renée Claude Drouin, «Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises transnationales: quel rôle pour le devoir de vigilance?», *Droit social*, 2016, 246; Adoración Guamán Hernández, «Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos», *Lex Social – Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 8, núm. 2, 2018, 216-250; Charley Hannoun, «Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017», *Droit Social*, núm. 10, 2017, 806-818; J. Heinich, «Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre: une loi finalement adoptée, mais amputée », *Droit sociétés*, 2017, 78; Peter Herbel, «La responsabilité sociétale de l'entreprise en tant que vecteur pour faire avancer les droits de l'homme par l'entreprise», *Recueil Dalloz*, 2013, 1570; Kathia Martin-Chenut, «Devoir de vigilance: internormativités et durcissement de la RSE», *Droit Social*, núm. 10, 2017, 798-805; Maire-Ange Moreau, «L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiales», *Droit Social*, núm. 10, 2017, 792-797; Béatrice Parance, «La consécration législative du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre», *Gaz. Pal.* 18 avr. 2017, núm. 15, 16; Pataut, «Le devoir de vigilance...», 833-839; Tatiana Sachs, «La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre: les ingrédients d'une corégulation», *Revue de Droit du Travail*, núm. 6, 2017, 380-390; Jean-Brice Tap, «Le devoir de vigilance, un nouvel horizon», *Revue de Jurisprudence Commerciale*, janvier / février 2018, 1-12.

¹⁷ *Id.* Cuzacq, «Commentaire des propositions...», 265-266.

quedó reducida a una obligación de medios, y no de resultados, dado que para poder hacer responder a la empresa matriz por los daños causados por su filial, era preciso acreditar que la matriz bien no había implementado un obligatorio Plan de Vigilancia, o no lo había ejecutado adecuadamente¹⁸.

Además, el Tribunal Constitucional francés intervino también para modular aún más los efectos de la Ley en el terreno de las sanciones-multa que se podían imponer a estas empresas¹⁹, lo que dejó a la Ley muy debilitada.

Pero pese a todas las limitaciones, a día de hoy, la Ley francesa sigue suponiendo un precedente de indiscutible importancia, puesto que impone el deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales y sociedades dependientes, obligando a elaborar y aplicar un Plan de Vigilancia a todas las empresas cuya sede social se encuentre en territorio francés y que al cierre de dos ejercicios financieros consecutivos empleen a al menos 5.000 asalariados en Francia o a al menos 10.000 asalariados en el mundo, en su sede y filiales²⁰. En consecuencia, esta Ley se aplicaría a todas las empresas que tengan su sede social en Francia, siempre que cumplan estas características (art. L 225-102-4 Código de Comercio francés), lo que estaría en sintonía con lo establecido por la ley que rige el estatuto jurídico de las personas jurídicas en Francia (*lex societatis*), ya que según dispone el artículo L 210-3 del Código de Comercio francés, «*las sociedades cuya sede social esté situada en territorio francés se someterán a la Ley francesa*»²¹.

Para delimitar cuáles son las empresas a las que debe abarcar el Plan de Vigilancia, la Ley utiliza el concepto de control empresarial, directo o

¹⁸ Vid. Hannoun, «Le devoir de vigilance...», 809; Durán Ayago, «Sobre la responsabilidad de las empresas...», 337.

¹⁹ Conseil constitutionnel n° 2017-750 DC de marzo de 2017, acceso el 20 de enero de 2020, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017750DC.htm>. Inicialmente, la Ley establecía la posibilidad de imponer multas civiles por el incumplimiento del Plan de Vigilancia, multa que no podía superar los 10 millones de euros, incorporando también la posibilidad de aumentar hasta tres veces la multa prevista por la condena del infractor a la reparación del daño.

²⁰ Se ha criticado por parte de las organizaciones de la sociedad civil el ámbito subjetivo de aplicación de la ley, ya que se considera un umbral demasiado alto que deja fuera a numerosas empresas, y se ha planteado que una posible referencia para ampliar su ámbito de aplicación sea atender a la *Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos*, que afecta a las empresas con balances de más de 20 millones de euros, un volumen de negocio de más de 40 millones de euros y más de 500 empleados. Vid. <https://www.amisdelaterre.org/IMG/pdf/ley-francesa-deber-de-vigilancia-faq-web-final.pdf>, 6, acceso el 21 de enero de 2020.

²¹ Pataut, «Le devoir de vigilance...», 835, se cuestiona sobre el alcance real de su ámbito subjetivo de aplicación, puesto que quedarían fuera de su esfera todas las empresas que tuvieran sede en otros países, aunque su sede real estuviera en Francia.

indirecto, aunque este concepto no se desarrolla específicamente en esta Ley, sino que se realiza una remisión al artículo L 233-3 del Código de Comercio francés²². De su regulación se desprende que se aplica a la empresa matriz, a las empresas controladas directa o indirectamente por la empresa matriz y a los subcontratistas y proveedores con los que mantenga una *relación comercial consolidada*, en los términos del artículo L 442-6, I, 5.º del Código de Comercio francés, esto es, que se trate de relaciones profesionales regulares y estables, con o sin contrato, con un determinado volumen de negocio y que razonablemente sean sostenibles en el futuro.

La concreción del deber de vigilancia gira en torno a la elaboración del Plan de Vigilancia, factor clave en el desarrollo de la Ley, que debe incluir los siguientes elementos, a tenor de lo dispuesto en el artículo L 225-102-4 del Código de Comercio francés: a) Un mapa de riesgos con su identificación, análisis y jerarquía; b) Los procedimientos de evaluación regular de la situación de sus filiales, proveedores y subcontratas en relación con el mapa de riesgos; c) Las acciones emprendidas para atenuar los riesgos y prevenir las violaciones de derechos; d) Los mecanismos de alerta frente a los riesgos, establecidos de acuerdo con las organizaciones sindicales representativas y e) Un dispositivo para el seguimiento de las medidas adoptadas y de evaluación de su eficacia.

En definitiva, el Plan debe contener medidas razonables de vigilancia orientadas a identificar riesgos, prevenir violaciones graves de Derechos humanos y libertades fundamentales y proteger la salud y la seguridad de las personas y del medio ambiente. Si la empresa no elabora y publica su Plan de Vigilancia, un juez puede ordenar que lo haga e imponerle sanciones financieras. Estos planes se deben elaborar y aprobar anualmente y deberán ser públicos, adjuntándose a los informes financieros y extrafinancieros de cada año.

²² Este precepto dispone que «I.—Se considerará que una sociedad controla a otra, para la aplicación de las secciones 2 y 4 del presente capítulo: 1.º Cuando posea directa o indirectamente una fracción del capital que le confiera la mayoría de los derechos de voto en las juntas generales de esta sociedad; 2.º Cuando disponga por sí misma de la mayoría de los derechos de voto en esta sociedad en virtud de un acuerdo firmado con otras sociedades o accionistas que no sea contrario al interés de la sociedad; 3.º Cuando tenga el control de hecho sobre las decisiones en las juntas generales de esta sociedad, debido a los derechos de voto de los que disponga. 4.º Cuando esté asociada o sea accionista de dicha sociedad, y disponga de la facultad de nombrar o revocar a la mayoría de los miembros de los órganos de administración, dirección o supervisión de la misma. II.—Se presumirá que ejerce este control cuando disponga directa o indirectamente de un porcentaje de derechos de voto superior al 40%, y siempre que ningún otro socio o accionista posea directa o indirectamente un porcentaje superior al suyo. III.—Para la aplicación de las mismas secciones del presente capítulo, se considerará que dos o varias sociedades que actúen de modo concertado controlarán conjuntamente a otra cuando tengan el control de hecho de las decisiones tomadas en las juntas generales».

Pero, como apuntábamos, sólo si la omisión de la obligación de vigilancia o su incorrecta ejecución es la causa del daño, la empresa matriz podrá ser considerada responsable directa del daño. Ello implica la necesidad de establecer la relación directa entre el perjuicio causado y, bien la ausencia del Plan de Vigilancia, bien la defectuosa ejecución del mismo, correspondiendo además la carga de la prueba a los demandantes o víctimas que han sufrido el daño, lo que a la postre, puede llegar a complicar su eficacia real.

La Ley contempla la posibilidad de publicar las decisiones judiciales en las que se haga visible la transgresión del deber de vigilancia por parte de una determinada empresa, ya sea por no tener implementado el Plan de Vigilancia, por no ejecutarlo o por no evaluar de forma periódica la puesta en marcha del mismo. Se trataría de mantener una sanción informativa que entroncaría directamente con la reputación de las empresas que, en el actual mundo globalizado de la información, puede tener también importantes consecuencias²³.

Si la Ley ya nació captidisminuida, tras tres años de vigencia han ido aflorando algunos puntos débiles, que organizaciones que representan a la sociedad civil se han encargado de denunciar. En este sentido, han constatado que algunas grandes corporaciones francesas aún no han publicado su Plan de Vigilancia, a pesar de su obligación legal de hacerlo; que los Planes de Vigilancia publicados son de escasa calidad y, en muchos casos, en ellos no se identifican de forma clara los riesgos; que se aprecia una débil participación de los accionistas, pese a que la Ley obliga a esta participación y que, en algunos casos, no se describe la cadena de suministro afectada por el Plan. En términos generales, constatan una escasa voluntad de cumplir con la Ley²⁴.

Estas mismas organizaciones no gubernamentales han recomendado a las empresas obligadas por esta Ley, así como a las no cubiertas pero que igualmente trabajan en ámbitos de «alto riesgo», a cumplir con la responsabilidad legal de elaborar, publicar e implementar instrumentos de identificación de riesgos y desarrollo de mecanismos de alerta eficaces. Pero son, sin duda, las autoridades públicas francesas las que deben desarrollar un papel más proactivo, poniendo en marcha diversos mecanismos que coadyuvarán a desarrollar y apuntalar los efectos de esta Ley. Entre estos mecanismos, destacan la necesaria publicación de una lista anual de compañías sujetas a esta Ley, dado que, en estos momentos, no existe un listado exhaustivo de las empresas que están sujetas a ella; deberían designar una en-

²³ Tap, «Le devoir de vigilance...», 10; Durán Ayago, «Sobre la responsabilidad de las empresas...», 337.

²⁴ *Vid.* <https://www.amisdelaterre.org/IMG/pdf/ley-francesa-deber-de-vigilancia-faq-web-final.pdf>, acceso el 21 de enero de 2020.

tividad administrativa encargada de realizar un seguimiento de la aplicación de la Ley, que garantice un acceso centralizado a los Planes de Vigilancia de estas empresas. *De lege ferenda*, el legislador debería plantearse ampliar, por una parte, el ámbito de aplicación de la Ley, de forma que cubra a más empresas cuyas actividades sean altamente susceptibles de provocar violaciones contra los Derechos humanos y contra el medio ambiente y, por otra parte, revertir la carga de la prueba, esto es, no hacer recaer sobre las víctimas la carga de demostrar la responsabilidad en el daño de la empresa. Y, con carácter más amplio, la sociedad civil le ha pedido a las autoridades francesas que apoyen la extensión de una Ley del deber de vigilancia en la Unión Europea, al tiempo que también aboguen por que en la Unión se apoye la elaboración y adopción del tratado sobre empresas multinacionales y transnacionales y Derechos humanos que actualmente se está negociando en el seno de Naciones Unidas, colaborando activamente con su Grupo de Trabajo²⁵. Aunque esta cuestión será complicada pues, por el momento, la Unión Europea no parece estar muy interesada en ello²⁶.

III. Responsabilidad por daños causados por filiales y sociedades dependientes de empresas francesas: incidencia en el sistema de DIPr. europeo

1. *De dónde venimos y dónde estamos*

En el *Informe elaborado por el Parlamento Europeo sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los Derechos humanos en terceros países*²⁷ se realiza un análisis interesante del contexto en el que nos encontramos. Realista y necesario. En él se señala la carencia en la Unión Europea de un enfoque holístico con respecto a la responsabilidad de las empresas por la violación de los Derechos humanos y denuncia la indefensión a la que las víctimas de estas violaciones se enfrentan, debido a los múltiples obstáculos que existen para acceder a la justicia, no

²⁵ Vid. Resolución A/HRC/RES/26/9 «Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos»: adoptada con votación en el Consejo de derechos humanos de las Naciones Unidas el 26 junio 2014, acceso el 30 de enero de 2020, https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs_SP.pdf.

²⁶ Vid. Guamán Hernández, «Diligencia debida en derechos humanos...», 246.

²⁷ (2015/2315(INI)) A8-0243/2016, accesible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2016-0243+0+DOC+XML+V0//ES>, acceso el 23 de enero de 2020.

sólo para hallar una posibilidad real de poder demandar a los responsables últimos del daño que se les haya causado, sino también por los obstáculos procedimentales a la admisibilidad y la divulgación de pruebas, los gastos procesales a menudo prohibitivos y la ausencia de normas claras en materia de responsabilidad de las empresas por la violación de los Derechos humanos²⁸. En el Informe se recuerda que los Estados, actuando en el ámbito de su jurisdicción, tienen el deber de proteger de forma activa los Derechos humanos, también contra las violaciones cometidas por las empresas, incluso si éstas operan en terceros países, lo que implica la necesidad de garantizar a las víctimas que se encuentren bajo su jurisdicción una vía efectiva de recurso. Para ello es preciso que los Estados miembros legislen de forma coherente, global, eficaz y vinculante con miras a cumplir su obligación de prevenir, investigar y sancionar las violaciones de los Derechos humanos cometidas por empresas bajo su jurisdicción, incluidas las perpetradas en terceros países.

En este sentido, el Parlamento europeo aboga por la construcción de un corpus legislativo coherente, incluidas las normas que rigen el acceso a la justicia, la jurisdicción, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, la legislación aplicable y la asistencia judicial en situaciones transfronterizas que impliquen a terceros países. Y alude directamente al *Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante, Reglamento 1215/2012)²⁹, como uno de los principales textos que habría que revisar, por la dificultad que existe con su actual formulación para subsumir acciones efectivas en estos casos, en la idea de introducir las modificaciones necesarias para posibilitarlas³⁰.

Son buenos propósitos, sin duda, pero lo cierto es que no han sido muchos los movimientos que se han dado en esta dirección, y a día de hoy, en el seno de la Unión Europea, no resulta sencillo juzgar conjuntamente a la empresa matriz y a su filial domiciliada en un tercer Estado por los daños ocurridos en el Estado de acogida. A este respecto, la *Recomendación CM/Rec(2016)3 sobre derechos humanos y empresas*³¹ propone a los Estados

²⁸ Un análisis pormenorizado de estas dificultades puede verse en Pigrau Solé / Álvarez Torné / Cardesa-Salzmán / Font i Mas / Iglesias Márquez / Jaria i Manzano, *Derechos humanos y empresas europeas*; Álvarez Rubio / Yiannibas, *Human Rights in Business...*

²⁹ DO L 351, de 20 de diciembre de 2012.

³⁰ Marta Requejo Isidro, «Access to remedy. Abusos contra Derechos humanos en terceros Estados, ¿justicia civil en Europa», en Zamora Cabot, F. J. / García Cívico, J. / Sales Pallarés, L., *La responsabilidad de las multinacionales...*», 81 y ss.

³¹ Acceso el 28 de enero de 2020, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c1ad4.

miembros del Consejo de Europa, como una posible vía para intentar acabar con la impunidad, que permitan que sus tribunales nacionales ejerzan su competencia judicial internacional en casos contra empresas matrices domiciliadas en su jurisdicción, así como contra las filiales domiciliadas en otra jurisdicción cuando las reclamaciones estén estrechamente relacionadas.

Se trataría de esgrimir, como ya hemos apuntado, frente a la personalidad jurídica propia y a la responsabilidad jurídica limitada, el control de dirección y el deber de diligencia, que son dos de los elementos en que se sustenta la Ley francesa. En su desarrollo, el artículo 4 del Reglamento 1215/2012, en que se regula el foro del domicilio del demandado, podría adquirir un renovado papel³².

El concepto de deber de diligencia procede del Derecho anglosajón y hace referencia a las medidas que una empresa debe tomar para tener conocimiento, prevenir y responder de los efectos negativos de sus actuaciones sobre los Derechos humanos³³. Entiende Giner que la debida diligencia implica, en primer lugar, esforzarse por conocer el contexto del país en el que las empresas desarrollan sus actividades y entender las cuestiones relacionadas con los Derechos humanos en ese entorno. Conlleva, además, realizar un diagnóstico de las prácticas y políticas corporativas, así como un análisis objetivo de los efectos reales y potenciales de sus actividades con el objetivo de identificar cuestiones importantes con enfoque en los Derechos humanos. Y supone, al fin, evitar estimular, perpetuar o contribuir a vulneraciones de los Derechos humanos por medio de relaciones vinculadas a sus actividades³⁴.

³² Durán Ayago, «Sobre la responsabilidad de las empresas...», 340.

³³ Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, Adición – Resumen de cinco reuniones de consulta con múltiples interesados, A/HRC/8/16, acceso el 22 de enero de 2020, https://observatoriorsc.org/wp-content/uploads/2013/11/Proteger_respetar_remediar_abril2008.pdf.

³⁴ Agnes Giner, «Las empresas transnacionales y los Derechos Humanos», *Law Harremanak* 19 (2008-II), 79. En el ámbito de la Unión Europea, el deber de diligencia ha sido plasmado hasta el momento en la *Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos* [DO L 330, de 15 de noviembre de 2014]. Esta Directiva ha sido incorporada recientemente a nuestro ordenamiento jurídico a través del *Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre, por el que se modifican el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad* [BOE núm. 287, de 25 de noviembre de 2017]. También contiene esta obligación el *Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo* [DO L130, de 19 de mayo de 2017].

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

Aunque Ley francesa reguladora del deber de vigilancia no introduce ninguna disposición de DIPr., su alcance para las normas de DIPr. está fuera de toda duda, tanto a la hora de la precisión de los foros de competencia judicial internacional, como para determinar el Derecho aplicable a la responsabilidad civil derivada del daño causado en el ejercicio de las actividades del grupo de empresas. No vamos a detenernos aquí en el análisis de la competencia judicial internacional y los ajustes necesarios que habría que llevar a cabo en el Reglamento 1215/2012 para que la forzada interpretación y la discrecionalidad judicial dejaran de ser los artífices de una correcta modulación de las acciones que se pudieran presentar en este sentido en los Estados miembros de la Unión³⁵. Vamos a detenernos, en cambio, en precisar el diálogo que debe entablarse entre la *lex societatis* y la *lex damni* para una correcta determinación del derecho aplicable que redunde en el interés de las víctimas o, dicho con otras palabras, que posibilite el resarcimiento del daño en toda su extensión.

2. Responsabilidad social empresarial y *lex societatis*: el debate necesario

Como venimos apuntando, la Ley francesa del deber de vigilancia se incardina dentro de un contexto global que exige la necesidad de elaborar un marco normativo que limite la actuación de las empresas multinacionales y transnacionales. Abogan por ello el Pacto Mundial de las Naciones Unidas (Global Compact), en el que se solicita a estas empresas que, dentro de su esfera de influencia, adopten, apoyen y apliquen un conjunto de valores centrales en materia de Derechos humanos, normas laborales, medio ambiente y lucha contra la corrupción, mediante un compromiso con estos valores y su integración en la actividad empresarial con carácter voluntario³⁶. En la misma senda están los Principios rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de Naciones Unidas (ONU, 2011) (los denominados Prin-

³⁵ Remitimos a nuestro trabajo Durán Ayago, «Sobre la responsabilidad de las empresas...», 339-342 y la bibliografía allí citada.

³⁶ Acceso el 28 de enero de 2020, <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>.

cipios Ruggie)³⁷; las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, 2011)³⁸; la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1977)³⁹ y, en el ámbito específico del sector extractivo, los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos (2000)⁴⁰. En el contexto europeo, el ya citado *Informe sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países* camina en la misma línea⁴¹. Todos ellos inciden en la necesidad que incorporar a la responsabilidad social de las empresas su compromiso con los Derechos humanos⁴². De hecho, no parece posible plantearse una política de responsabilidad social empresarial válida sin tomar como referente los Derechos humanos⁴³. En este sentido, y aunque es difícil encontrar un concepto unívoco de responsabilidad social empresarial⁴⁴, el Consejo Empresarial Mundial para el Desarrollo Sostenible la ha definido como el compromiso continuo de la empresa de actuar éticamente y de contribuir al crecimiento económico, al mismo tiempo que mejora la calidad de la fuerza laboral, así como de las comunidades locales y de la sociedad en general⁴⁵.

En la Estrategia renovada de la Unión Europea para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas⁴⁶, se señala que el respeto de la

³⁷ Acceso el 28 de enero de 2020, https://www.ohchr.org/documents/publications/guidinprinciplesbusinesshr_sp.pdf.

³⁸ Acceso el 28 de enero de 2020, <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesES-PANOL.pdf>.

³⁹ Acceso el 28 de enero de 2020, https://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_124924/lang--es/index.htm.

⁴⁰ Acceso el 28 de enero de 2020 <https://www.international-alert.org/publications/principios-voluntarios-en-seguridad-y-derechos-humanos>.

⁴¹ Vid. Carmen Márquez Carrasco / Inmaculada Vivas Tesón (coords.), *La implementación de los Principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por la Unión Europea y sus Estados miembros*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

⁴² Vid. Olga Martín-Ortega, *Empresas multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional*, Bosch Internacional, Barcelona, 2008, 135 y ss.

⁴³ María Prandi / Josep María Lozano, *Guía práctica de derechos humanos para empresas*, Escola de Cultura de Pau (UAB) – ESADE, Barcelona, 2006, p. 16.

⁴⁴ Vid. Martín-Ortega, *Empresas multinacionales...*, 207 y ss.

⁴⁵ World Business Council for Sustainable Development, *Corporate Social Responsibility: Meeting changing expectations*, Ginebra, 1999, 6. Adela Cortina va más allá en su tribuna en el Diario El País, «Ética de la empresa, no sólo responsabilidad social», publicada el 20 de agosto de 2005, acceso el 28 de enero de 2020, https://elpais.com/diario/2005/08/20/opinion/1124488806_850215.html. La misma idea desarrollada en artículo académico en *Revista Portuguesa de Filosofia*, t. 65, fasc. 1, 2009, 113-127.

⁴⁶ Estrategia renovada de la Unión Europea para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 25.10.2011

legislación aplicable y de los convenios colectivos entre los interlocutores sociales es un requisito previo al cumplimiento de dicha responsabilidad. Para asumir plenamente su responsabilidad social, las empresas deben aplicar, en estrecha colaboración con las partes interesadas, un proceso destinado a integrar las preocupaciones sociales, medioambientales y éticas, el respeto de los Derechos humanos y las preocupaciones de los consumidores en sus operaciones empresariales y su estrategia básica, a fin de maximizar la creación de valor compartido para sus propietarios/accionistas y para las demás partes interesadas y la sociedad en sentido amplio, además de identificar, prevenir y atenuar sus posibles consecuencias adversas.

De esta manera, la responsabilidad social empresarial abarca, como mínimo, los Derechos humanos, las prácticas de trabajo y de empleo (como la formación, la diversidad, la igualdad de género y la salud y el bienestar de los trabajadores), las cuestiones medioambientales (como la biodiversidad, el cambio climático, el uso eficiente de los recursos, la evaluación del ciclo de vida y la prevención de la contaminación) y la lucha contra el fraude y la corrupción. La participación de las comunidades locales y el desarrollo, la integración de las personas con discapacidad y los intereses de los consumidores, incluida la intimidad, forman parte también de la agenda sobre la responsabilidad social corporativa⁴⁷.

En este contexto, de interiorización de la responsabilidad social empresarial, un hándicap añadido es integrar este concepto de manera real en lo que supone la globalización⁴⁸. Algo que consigue la Ley francesa del deber de vigilancia. La cuestión es discernir si la responsabilidad social empresarial se integra dentro del estatuto jurídico de la empresa y quedaría sujeta, por tanto, a la *lex societatis*, o se trata de una cuestión diferenciada, en cuyo caso, habría que encontrarle un acomodo adecuado, o crear una norma de conflicto específica para este nuevo concepto jurídico.

Para posicionar convenientemente el debate, es menester comenzar sosteniendo que la ley que rige la vida interna de la sociedad (*lex societatis*) es una única ley estatal⁴⁹. Ley que puede concretarse atendiendo fun-

COM(2011) 681 final, acceso el 22 de enero de 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0681&from=ES>. De interesante consulta también la Estrategia española de responsabilidad social de las empresas. Acceso el 28 de enero de 2020, <http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/rse/documentos/eerse/EERSE-Castellano-web.pdf>.

⁴⁷ *Supra*, 8.

⁴⁸ Jean-Philippe Robé, *Le temps du monde de l'entreprise: globalisation et mutation du système juridique*, Dalloz, 2016.

⁴⁹ Alfonso Luis Calvo Caravaca / Javier Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. II, Editorial Comares, 2018, 868. En concreto, sobre el estatuto regulador de los grupos de empresas, *vid.* José Carlos Fernández Rozas / Rafael Arenas García / Pedro Antonio de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, 6.^a ed. 2020, 235-236.

damentalmente a dos variables, la subjetiva y la objetiva. Dentro de la primera, englobada dentro de un sistema contractualista, son los socios los que eligen la ley aplicable a la sociedad, bien optando por la teoría de la incorporación, en que la sociedad se rige por la ley del Estado con arreglo a cuya legislación se constituye, bien por la teoría de la sede estatutaria, en que la sociedad se rige por ley del país en que los socios fijan, libremente, el domicilio de la sociedad a efectos civiles. El otro sistema para concretar la ley aplicable a la sociedad es el sistema objetivo de determinación de la ley aplicable o modelo de la sede real, en el cual los socios no pueden elegir la ley, sino que se rige por ley del país con el que la sociedad presenta los vínculos más estrechos, bien atendiendo a la sede de dirección; a la del centro de explotación; a la del lugar de constitución o a la del control económico⁵⁰.

La *lex societatis* regula todas las cuestiones relativas a la vida de la sociedad en sí misma, esto es, su constitución, funcionamiento y extinción. También las cuestiones relativas a las relaciones internas societarias, esto es, las relaciones jurídicas de los socios entre sí y las relaciones entre los socios y los administradores sociales. Y las cuestiones relativas al status legal de la sociedad en sus relaciones externas, tales como la capacidad de la sociedad y la responsabilidad jurídica de la sociedad.

La *lex societatis* regula, además, la responsabilidad patrimonial de la sociedad, esto es, determina la cuestión de saber si la sociedad responde sólo con sus bienes o si la responsabilidad de la sociedad alcanza o no, y en qué grado, al patrimonio de los socios; también si puede procederse al levantamiento del velo societario, de modo que pueda dirigirse contra los socios, personalmente, la responsabilidad en la que ha incurrido la sociedad⁵¹.

Es cierto que el concepto de responsabilidad social empresarial no encaja exactamente en el concepto de responsabilidad jurídica de la sociedad o empresa. La responsabilidad social va más allá de la responsabilidad jurídica, pero, en algunos casos, puede y debe ir unida indisolublemente a ella. De hecho, es lo que la Ley francesa posibilita. No es que esta Ley regule íntegramente y con carácter vinculante las cuestiones que deben integrar la responsabilidad social de las empresas con sede social en Francia, pero sí establece una obligación, la de elaborar un Plan de Vigilancia, siendo esta una de las cuestiones que integran su responsabilidad social. De manera que todas aquellas empresas que obligadas a ello no lo hagan, estarán incurriendo en responsabilidad jurídica, lo que va a

⁵⁰ Luis Fernández de la Gándara / Alfonso-Luis Calvo Caravaca, *Derecho Mercantil internacional*, Editorial Tecnos, 1995.

⁵¹ Calvo Caravaca / Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, 873.

poder traer aparejadas sanciones que pueden ir más allá de ese incumplimiento, puesto que por este motivo se les podrá imputar el daño causado en terceros Estados por sus filiales y sociedades dependientes. Por tanto, la responsabilidad social empresarial en Francia también conlleva responsabilidad jurídica, y, por ello, a mi juicio, debe incardinarse en la *lex societatis*.

Pero ha de tenerse en cuenta, además, que hablamos de grupos de empresas. Existe un grupo de empresas cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. De manera que ha de existir, de un lado, una relación de dependencia, directa o indirecta, de una o varias sociedades con respecto de otra, y, de otro lado, se ha de ejercer una dirección económica única por la empresa matriz sobre el conjunto de las demás. En el caso de filiales, cada sociedad tendrá su propia ley reguladora, si bien, debería ser la ley reguladora de la empresa matriz la que fije las pautas de la responsabilidad social del grupo⁵².

Para Pataut, someter la responsabilidad social empresarial a la *lex societatis* es, en cierto modo, devaluar lo que implica este concepto, pues se va a hacer depender de la voluntad de los socios, ya que son estos los que pueden decidir dónde fijar la sede social de su empresa⁵³. A su juicio, esta Ley debería poder aplicarse, como ley de policía, incluso a empresas que no tengan sede social en Francia, si su sede real sí está en este país⁵⁴. Considera que la regulación de la responsabilidad social empresarial debería integrarse en una nueva norma de conflicto, tal y como se deduce del artículo 1, apartado tercero de la Propuesta sobre ley aplicable a las sociedades, elaborada por el Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado, en su encuentro de Milán, del 16 al 18 de septiembre de 2016⁵⁵, que establece que «[e]

⁵² En cuanto al control de dirección, y por citar el ejemplo de la legislación española, el artículo 42 del Código de Comercio, establece que se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se califica como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta.

⁵³ Pataut, «Le devoir de vigilance...», 835-836.

⁵⁴ Pataut, «Le devoir de vigilance...», 836.

⁵⁵ Acceso el 20 de enero de 2020, <https://www.gedip-egpil.eu/documents/Milan%202016/GEDIPs%20Proposal%20on%20Companies.pdf>

l presente Reglamento no prejuzga el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad social de las empresas tal como se define en las normas nacionales, europeas o internacionales»⁵⁶.

En realidad, según señala Garcimartín, este precepto es el resultado de la falta de consenso sobre el significado y el alcance del concepto de responsabilidad social empresarial, por un lado, y la dificultad de encontrar una norma adecuada de conflicto de leyes para abordarlo, por otro⁵⁷. De ahí esta solución intermedia que no cierra el debate, sino que lo deja abierto en toda su extensión⁵⁸.

3. El encaje del deber de vigilancia en la lex damni

En este complejo escenario surge inmediata la cuestión de desentrañar si la Ley francesa sobre el deber de vigilancia entraría dentro de lo que es en sentido estricto la responsabilidad social de las empresas y se enmarcaría en consecuencia dentro de la *lex societatis*, o si, por el contrario, cabe subsumirla en el Derecho que regula el daño causado, esto es, en la norma que regula la responsabilidad civil.

La norma de conflicto que en la Unión Europea regula la responsabilidad civil es el *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») (en adelante, *Reglamento Roma II*)⁵⁹. Su artículo 1.2 d) expresamente excluye de su ámbito de aplicación material «*las obligaciones extracontractuales que se deriven del Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, de la responsabilidad personal de los socios y de los administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas y de la responsabilidad personal de los*

⁵⁶ Su versión original: «*This Regulation does not prejudice the fulfilment of the obligations deriving from social responsibility of companies (corporate social responsibility) as defined by national, European or international norms*».

⁵⁷ Francisco J. Garcimartín Alférez, «The Law Applicable to Companies in the European Union. A Proposal by the European Group for Private International Law» (October 21, 2016), 15-16. Acceso 29 de enero de 2020, <https://ssrn.com/abstract=2857077> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2857077>.

⁵⁸ Maka Mahbuba Mammadova, «The Law Applicable to Attribution of Conduct and Veil Piercing. From a Single Parent Company to Global Corporations», *Studi Europee*, núm. 14, 2019, 102-164.

⁵⁹ *DO L* 199, de 31 de julio de 2007.

*auditores frente a una sociedad o sus socios en el control legal de los documentos contables»*⁶⁰.

Partimos de la base de que en el tema que analizamos esta exclusión no sería aplicable, puesto que, aunque la responsabilidad social de las empresas quede regulada por la *lex societatis*, la exclusión que se deduce del artículo 1.2 d) tiene que ver con la responsabilidad extracontractual que se derive para con la propia sociedad, no, entendemos, respecto de los daños que la incorrecta implementación de una ley como la que analizamos pueda causar a terceros⁶¹. O, dicho con otras palabras, la exclusión que se realiza en el citado artículo del Reglamento afectaría a aquellas cuestiones relacionadas íntegramente con la sociedad en cuestión, y, en consecuencia, no se entenderían excluidos los daños que dicha sociedad pueda provocar a terceros, aun cuando la imputación concreta de estos daños pueda producirse en virtud de una ley que regula la responsabilidad social empresarial.

Realmente, consideramos que la Ley francesa está a caballo entre ambas regulaciones (*lex societatis / lex damni*), puesto que es cierto que la Ley del deber de vigilancia impone obligaciones a las empresas que tienen sede social en Francia, a saber, la elaboración y correcta aplicación de un Plan de Vigilancia relativo a las actividades de la empresa principal, sus filiales y las sociedades que controla, así como a las de los proveedores y subcontratistas con los que mantenga una relación comercial regular. Pero si se causa un daño y es posible relacionarlo bien con la falta del Plan de Vigilancia, bien con su defectuosa aplicación, la empresa matriz será responsable junto con su subordinada del daño causado, por lo que en este sentido, ambas cuestiones, ley reguladora de la empresa, como ley reguladora del daño, deben plantearse en estrecha vinculación⁶².

Ahora bien, si está claro que la ley que regula la exigencia de establecimiento del Plan de Vigilancia y su correcta ejecución es la ley francesa, en tanto, *lex societatis*, ¿qué ley será la que regule la responsabilidad civil?

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

⁶⁰ Vid. Peter Huber (dir.), *Rome II Regulation. Pocket Commentary*, European Law Publishers, 2011, 48-50.

⁶¹ Vid. European Commission, *Study on the Law Applicable to Companies, Final Report*, 2017, pp. 191 y ss., acceso el 23 de enero de 2020, <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/259a1dae-1a8c-11e7-808e-01aa75ed71a1/language-en>.

⁶² Pataut, «Le devoir de vigilance...», 837.

La articulación del artículo 7, permitiendo elegir a la víctima entre la ley del Estado en que se ha generado el daño y la ley del Estado en que se ha manifestado, ofrece a la víctima, en el concreto caso de un daño causado por una empresa subordinada de una matriz francesa, la posibilidad de elegir la ley del Estado de acogida o la ley francesa, si entendemos que el hecho generador del daño se ha producido en Francia por una incorrecta aplicación de la Ley francesa del deber de vigilancia. Esta autonomía de la voluntad limitada resulta positiva, porque podrá elegirse el Derecho más eficiente en términos jurídicos desde la perspectiva de la víctima⁶³.

Sin embargo, en el caso de que nos hallemos ante otro tipo de daños diferentes a los medioambientales, el artículo 4 daría como solución aplicar la ley del Estado de acogida, que no suele ser la más idónea en estos casos, por lo que más atrás ya hemos analizado. En este escenario, cabrían dos hipótesis de resolución⁶⁴: bien considerar la cláusula de excepción que contempla el último apartado del artículo 4, teniendo en cuenta que el litigio está estrechamente vinculado con el Estado francés, pues el daño causado emana de una incorrecta aplicación del Plan de Vigilancia al que está obligado la matriz francesa, o bien apelar al artículo 9 del Reglamento Roma II, considerando a la Ley francesa del deber de vigilancia como una norma de policía⁶⁵. En el primer caso, se aplicaría el Derecho de responsabilidad francés en su conjunto, mientras que, en el segundo, recurrir a la articulación de la Ley del deber de vigilancia como ley de policía, supondría la necesaria coordinación de la ley francesa y la ley del Estado de acogida donde ha tenido lugar el daño, lo que complicaría a la postre la solución final⁶⁶.

Esta podría ser una solución derivada de una interpretación posible del contexto actual que tenemos. Pero no está de más exigir cambios que desde el sistema europeo de DIPr. acompañen al cambio que necesariamente se está produciendo paulatinamente en los derechos materiales, exigiendo de manera vinculante a las empresas compromisos reales con el respeto a los Derechos humanos.

⁶³ En sentido crítico a la operatividad real del artículo 7, *vid.* Eduardo Álvarez-Armas, «Daños al medioambiente y Derecho internacional privado europeo: ¿quid de la determinación de la ley aplicable como herramienta de gobernanza global medioambiental?», *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XVIII, 2018, 193-225.

⁶⁴ *Vid.* interesante argumentación sobre ambas posibilidades en Pataut, «Le devoir de vigilance...», 838-839.

⁶⁵ Por esta última vía se inclina el diputado D. Potier en el Informe presentado ante la Asamblea francesa, *Assemblée Nationale*, N° 2628..., *loc. cit.*

⁶⁶ Hasta aquí hemos reproducido casi fielmente las ideas expuestas en Durán Ayago, «Sobre la responsabilidad de las empresas...», 343-344.

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

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

IV. A modo de conclusión

Empresas matrices, filiales, Derechos humanos, deber de vigilancia, control de dirección, responsabilidad social empresarial, ética de los negocios, responsabilidad civil, *lex societatis*, *lex damni*. Y las víctimas. Y su derecho a la tutela judicial efectiva y a una real reparación del daño causado.

Durante demasiado tiempo, la globalización ha conseguido que la ley del más fuerte sea una verdad indiscutida e inapelable. El Derecho mercantil ha desempeñado eficazmente su papel y ha limitado la responsabilidad de las empresas. Las reglas de la personalidad jurídica propia y la responsabilidad jurídica separada han sido elevadas a máximas indiscutibles. Y los grandes grupos empresariales han hecho de ella su bandera para su expansión y fortalecimiento.

Han tardado en llegar las reivindicaciones de justicia, con los Derechos humanos reclamando un papel protagónico que hasta el momento la globalización no ha querido darles. Pero la realidad comienza a ser otra. Y debe llegar a ser otra totalmente distinta de la que ahora tenemos. Por ahora, sólo se vislumbran algunos pasos relevantes, pero es claro que aún queda camino por recorrer.

Al Derecho le cuesta reaccionar, más cuando existen claras hostilidades para que lo haga. Pero es claro que sobre la regulación de los grupos internacionales de empresas se ha extendido un silencio en el legislador llamativo. Y es preciso dar pasos para abordar su correcta regulación, si es que pretendemos lograr un Derecho también para quienes se ven afectados por las decisiones de estas grandes empresas. En este sentido, la Ley francesa del deber de vigilancia decidió dar el paso, y aunque con zancadillas, ha abierto camino para los que necesariamente habrán de venir. Pero también ha puesto de manifiesto que no sólo en el Derecho mercantil es preciso llevar a cabo reformas, también en el DIPr.

En este sentido, además de orientar el sistema europeo de competencia judicial internacional a posibilitar acciones contra las empresas que tengan sede en la Unión Europea, aunque los daños se hayan causado en terceros Estados por sus filiales o empresas dependientes, otra de las cuestiones de interés es determinar el derecho a aplicar en estos casos, puesto que la actual formulación del Reglamento Roma II basada en la *lex damni*, lleva con carácter general a la aplicación de la ley del Estado de acogida, que no resulta ser la más efectiva para los derechos de las víctimas.

Es verdad que la cláusula de los vínculos más estrechos (art. 4.3 Reglamento Roma II), puede facilitar la aplicación del Estado en que se encuentra domiciliada la empresa matriz, pero también cabría reflexionar si en estos casos, la *lex societatis* en su integridad tiene algo que decir, algún papel que desarrollar. Es cuestión todavía debatida si realmente la responsabili-

dad social de las empresas debe quedar regulada por la *lex societatis*. Como hemos expuesto en este trabajo, consideramos que lo idóneo es que así sea, como forma de interiorizar esta responsabilidad y considerarla un elemento más de su estatuto jurídico. La Ley francesa del deber de vigilancia se enmarca en esta senda. Establece un deber vinculante de vigilancia a las empresas que tengan su sede social en Francia y cumplan con un mínimo de trabajadores contratados. La responsabilidad por su incumplimiento podrá ser meramente interna, de la que se derivarán una serie de sanciones-multa para la empresa, o puede ser externa, en la medida en que a consecuencia de la omisión del deber de vigilancia o de su incorrecta ejecución se derive un daño causado por una de las filiales o sociedades dependientes asentadas en terceros Estados. Es en estos casos, cuando es importante hacer dialogar a la *lex damni* y a la *lex societatis*. Y ello porque el daño surge de la responsabilidad social de las empresas, o, mejor dicho, del incorrecto ejercicio de esta responsabilidad. Al final, la solución más eficiente es la transustanciación de la *lex damni* en la *lex societatis*, porque el daño realmente deriva de su carencia de responsabilidad social. Será esta ley también la que en estos casos posibilite un correcto resarcimiento del daño.

En todo caso, estas son sólo algunas ideas sobre lo que habrá de venir. Mucho camino aún por recorrer en esta materia para el DIPr., pero es menester comenzar a andarlo ya, puesto que su interlocución en estos casos es determinante.

Sobre la autora

Antonia Durán Ayago es Profesora Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Salamanca. Licenciada y Doctora en Derecho por la Universidad de Extremadura con Premio Extraordinario (2004). Ha publicado dos monografías, *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico* (Colex, 2004) y *La protección de las pymes en el comercio internacional: propuestas de regulación* (Atelier, 2008). Y es coautora de los siguientes libros: *Guía Legal Práctica de Extranjería* (Comares, 2006); *Curso de Nacionalidad y Extranjería* (Colex, última edición 2008) y *Aplicación práctica del Derecho internacional privado: casos y soluciones* (Ratio Legis, última edición 2015). Ha escrito además numerosos artículos y capítulos de libros sobre distintas cuestiones del Derecho internacional privado, fundamentalmente en materia de Derecho de familia. Obtuvo el XV Premio La Ley de artículos doctrinales para profesionales del Derecho con el artículo «La filiación adoptiva en el ámbito internacional» (2001). Ha promovido la Clínica Jurídica de Acción Social de la USAL y la ha dirigido desde su creación en 2016 hasta 2019.

About the autor

Antonia Durán Ayago is Associate Professor of Private Internacional Law at the University of Salamanca. PhD of Law from the University of Extremadura with Extraordinary Prize (2004). He has published two monographs, *The international protection of homeless minors: legal regime* (Colex, 2004) and *The protection of SMEs in international trade: regulatory proposals* (Atelier, 2008). And she is the co-author of the following books: *Legal Practical Guide to Immigration* (Comares, 2006); *Course on Nationality and Immigration* (Colex, last edition 2008) and *Practical application of private international law: cases and solutions* (Ratio Legis, last edition 2015). He has also written numerous articles and book chapters on different issues of Private International Law, mainly in matters of Family Law. He obtained the XV Prize «La Ley» on doctrinal articles for legal professionals with the article «International adoption» (2001). She has promoted the Legal Clinic of Social Action of the University of Salamanca and has directed it from its creation in 2016 to 2019.

Informes de sostenibilidad y planes de vigilancia: explorando nuevos caminos para luchar contra la impunidad empresarial

*Sustainability Reports and Vigilance Plans:
Exploring New Ways to Fight Corporate Impunity¹*

Lorena Sales Pallarés
Universidad de Castilla-La Mancha
Lorena.Sales@uclm.es

Maria Chiara Marullo
Universitat Jaume I
marullo@uji.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-63-2020pp207-235>

Recibido el 7 de abril de 2020
Aceptado el 24 de mayo de 2020

Sumario: I. Introducción.—II. La obligación de diligencia debida (reporting). 1. El uso del reporting en algunas normas supranacionales. 2. La utilización del reporting en un plano nacional.—III. Abriendo nuevos caminos desde reflexiones críticas sobre lo existente y lo venidero.—IV. Conclusiones.

Resumen: El propósito de este trabajo es seguir avanzando en el tema de las Empresas y los Derechos Humanos, área temática que ha adquirido mucha trascendencia en las relaciones transfronterizas y que puede plantear nuevas líneas de investigación actualmente poco exploradas. En este artículo reflexionamos sobre el potencial que tiene la nueva política de transparencia empresarial, propiciada por las normas relativas a la obligación de la publicación de la información no financiera, prácticas de esclavitud moderna o de planes de vigilancia. Las obligaciones de vigilancia y de *reporting*, podrían permitir superar las barreras de derecho mercantil para lograr un concepto unitario de grupo empresarial y por tanto responsabilizar a la matriz por falsear la información y por no haber controlado debidamente las actividades de las empresas que pertenecen a su grupo. Al mismo tiempo, estos deberes podrían abrir nuevos foros para otras empresas y para los consumidores afectados por la falsedad u omisión de la información presentada. Un paso, útil, necesario y complementario para poner fin a la impunidad de estos entes transnacionales.

¹ Este artículo ha sido preparado en el marco del Proyecto CONCLIMA. Proyecto financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Período 2017-2019. DER2016-80011-P.

Palabras clave: Empresas y derechos humanos, informes de sostenibilidad, planes de vigilancia, reporting, esclavitud moderna.

Abstract: *The purpose of this work is to continue advancing the topic of Business and Human Rights, a thematic area that has acquired much importance in cross-border relations and that may pose new lines of research currently under-explored. In this article we reflect on the potential of the new policy of corporate transparency, fostered by the rules regarding the obligation to publish non-financial information, modern slavery practices or vigilance plans. Monitoring and reporting obligations could help to overcome commercial law barriers to a unitary concept of corporate groups and therefore make the parent company responsible for misrepresentation and failure to properly control the activities of companies belonging to its group. At the same time, these duties could open up new forums for other companies and for consumers affected by the misrepresentation or omission of the information presented. This is a useful, necessary and complementary step to put an end to the impunity of these transnational entities.*

Keywords: *Business and human rights, sustainability reports, vigilance plans, reporting, modern slavery*

I. Introducción

El análisis que se propone en este artículo toma como eje central los informes relativos a la información no financiera y los planes de vigilancia², propiciados por las recientes prácticas legislativas que se fundamentan en el concepto de debida diligencia, *due diligence*³, y sus impactos en los merca-

² Para una aproximación a estos conceptos puede consultarse Julita García Díez y Pilar Sáenz de Jubera Álvarez, «Información no financiera: memorias e informes de sostenibilidad», en *La contabilidad al servicio de la empresa y de la sociedad: homenaje al profesor Antonio López Díaz* (Oviedo: Universidad de Oviedo, Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2016): 127-148; Nélica Porto Serantes, «Tendencias en la información no financiera para la gestión de la empresa socialmente responsable», *Revista iberoamericana de contabilidad de gestión*, n.º 5 (2005): 13-44; Carlos de Miguel Perales, «Hacia una mayor transparencia: divulgación de información no financiera y sobre diversidad», *Actualidad jurídica Uria Menéndez*, n.º 49 (2018): 141-149, <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5896/documento/art012.pdf?id=8348>.

³ Para un estudio más en extenso sobre este concepto nos remitimos a Olga Martín Ortega y Johanna Hoekstra, «Reporting as a Means to Protect and Promote Human Rights? The EU Non-Financial Reporting Directive», *European Law Review*, n.º 5 (2019): 622-645; Olga Martín Ortega, «La diligencia debida de las empresas en materia de Derechos Humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad», en *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos*, eds. por Francisco Javier Zamora Cabot, Jesús García Cívico y Lorena Sales Pallarés (Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá de Henares, 2013), 167-192; Nicolás Bueno, «Diligence en matière de droits de l'homme et responsabilité de l'entreprise: Le point en droit-

dos, para avanzar en la propuesta de nuevos foros que legitimen a nuevos sujetos de derecho, como pueden ser los consumidores, para responsabilizar a las corporaciones por las graves violaciones sobre los derechos humanos en general y contra el medio ambiente en particular, pero partiendo de la información que estas empresas han publicado sobre sus propias actuaciones, en el marco de la debida diligencia.

En el marco de las relaciones entre empresas y derechos humanos, la debida diligencia la debemos entender como el proceso mediante el cual se identifican los riesgos y se gestionan los impactos negativos que el desempeño de una actividad empresarial puede tener, en términos de derechos humanos y protección del medio ambiente, y que se extiende transversalmente desde la extracción de las materias primas hasta la venta de los productos⁴.

Algunos autores se han referido a la debida diligencia como el «grado razonable de prudencia ejercido por una empresa». [...] La Debida Diligencia en Derechos Humanos se refiere tanto al «proceso» (la forma en que hacemos las cosas) como a los «resultados» (los resultados logrados). Desde una perspectiva de Derechos Humanos, resultan fundamentales los métodos que las empresas utilizan para involucrar a los individuos o comunidades, teniendo en cuenta que éstas pueden impactar en sus derechos humanos.»⁵

De acuerdo con la texto elaborado por el Grupo de trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁶, la *due diligence* «in-

suisse», *Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht = Revue-suisse de droit international et droiteuropéen*, Vol. 29, n.º 3 (2019): 345-366; Adoración Guamán Hernández, «Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos», *Lex social: revista de los derechos sociales*, n.º 2 (2018): 216-250; María Eugenia Hernández Peribañez, «Empresas transnacionales y esclavitud moderna en la cadena de suministro textil: implementación de la debida diligencia y sus efectos en el acceso a mecanismos de reparación judicial» (tesis doctoral, Universitat de València, 2017), <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=WdZG2xOp0f8%3D>.

⁴ Más información sobre el concepto de debida diligencia en el tema de las Empresas y los Derechos Humanos: Principios Rectores Empresas y Derechos Humanos, en: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf.

⁵ Centro Regional de Empresas y Emprendimientos Responsables (CREER), debida diligencia en derechos humanos en el marco de la política sectorial minera, octubre 2018, p. 6.

⁶ Toda la información sobre el Grupo se puede encontrar en *Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, acceso el 13 de enero de 2020, <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Pages/WGHRandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx>.

volves various processes and has multiple objectives. The most important purpose is to prevent adverse impacts»⁷.

Las recientes regulaciones comunitarias sobre la publicación de la información no financiera, o las relativas a las prácticas de esclavitud moderna y deber de vigilancia se fundamentarían en estos procesos para identificar los riesgos, potenciales o reales, y para la creación de estrategias en la gestión y la minimización de los impactos. Para ello como veremos, establecen obligaciones de divulgación para las corporaciones que, debido a diferentes factores, como pueden ser su tamaño o la influencia ejercitada en el grupo, tendrían que tener un conocimiento amplio de todas las actividades empresariales desarrolladas por el grupo y que puedan tener impactos negativos sobre las comunidades locales.

De esta forma, estas normas supondrían una superación de las doctrinas clásica de personalidad jurídica separada y responsabilidad limitada de las empresas, que podría conllevar un aumento de los riesgos legales, comerciales y de reputación de las corporaciones que están obligadas a publicar la información pero que no estén tomando medidas efectivas para evaluar el riesgo, medir y reducir sus impactos en términos de derechos humanos, laborales y sobre el medio ambiente y remediar por los daños causados.

Si las empresas se ven obligadas y comprometidas en la transparencia de estos informes y en mantener una diligencia frente a la observancia y respeto de los derechos humanos, podría exigírseles algún tipo de responsabilidad ya sea por el incumplimiento de estos deberes, pero también por la falsedad en el contenido de los mismos. Se abriría de este modo una nueva vía de protección material de los derechos humanos si consiguiéramos articular a los afectados por estas falsedades una vía de acción jurídica vinculante para la empresa. El modo de articular esta vía será lo que exploraremos en este trabajo.

II. La obligación de diligencia debida(*reporting*)

Desde los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos se ha entendido la obligación de diligencia debida como un medio de identificar y mitigar los impactos de las actividades empresariales⁸, implicando

⁷ Nota al Report de 2018 (A/73/163), *Corporate human rights due diligence – Background note elaborating on key aspects*, Version de 16 de octubre de 2018, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Session18/CompanionNote1DiligenceReport.pdf>.

⁸ En este sentido nos remitimos a María del Carmen Márquez Carrasco, «La implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y Derechos Humanos por medio de los planes nacionales de acción», *Revista de responsabilidad social de la empresa*, n.º 20 (2015): 55-87.

de este modo un deber de vigilancia por el que la empresa se compromete a identificar el riesgo y evaluarlo, vigilar el desempeño en las empresas que controla o sobre las que tiene un grado elevado de control o influencia, y a dar acceso a remedios para los afectados.

El *reporting*, por tanto, debería reflejar toda la información relativa a estas fases de control y remedio y fomentar también un grado importante de transparencia sobre todas las precauciones «razonables» que la empresa está tomando para prevenir impactos en las comunidades donde se desarrollan sus actividades de fabricación, producción o venta de los productos. En el ámbito estatal, la obligación de debida diligencia a través del *reporting* está siendo incorporada en los Planes Nacionales⁹ así como en otras iniciativas relativas al seguimiento y vigilancia tanto de las empresas como de sus cadenas de suministro.

En el plano empresarial, los informes de sostenibilidad¹⁰, auspiciados por las normas de diligencia debida, están siendo utilizados por grandes marcas con una finalidad claramente lucrativa y de aumento de la competitividad. Sin tener que hacer necesariamente una lectura negativa de ello, lo cierto es que estas nuevas herramientas pretenden institucionalizar un modelo de negocio socialmente responsable a través de procedimientos de *reporting* no financiero. Hablamos de lectura negativa porque a pesar de su

⁹ Sobre el significado y alcance de los Planes Nacionales véase <https://www.business-humanrights.org/es/herramientas-y-gu%C3%ADAs-para-el-desarrollo-de-planes-de-acción-nacionales>, así como los estudios de José Elías Esteve Moltó, «Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos: la imperiosa complementariedad con normas vinculantes Referencia al plan español», *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 34 (2018): 729-751; Antoni Pigrau Solé, «El Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos de España. Balance y retos pendientes», *PolicyPaper ICIP*, n.º 17 (2018): 1-6; María del Carmen Márquez Carrasco, «Los planes nacionales de acción sobre empresas y derechos humanos de los estados miembros de la Unión Europea: especialmente al plan español», en *La implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por la Unión Europea y sus Estados Miembros*, coords. por María del Carmen por Márquez Carrasco e Inmaculada Vivas-Tesón, (Pamplona: Aranzadi, 2017), 81-104; María del Carmen Márquez Carrasco, *El I plan de acción nacional sobre empresas y derechos humanos de España: evaluación, seguimiento y propuestas de revisión*, (Pamplona: Aranzadi, 2019) y Humberto Cantú Rivera, «Planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos: sobre la instrumentalización del derecho internacional en el ámbito interno», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, n.º 17 (2017): 113-144.

¹⁰ Sobre los mismo véase, además de García Díez, «Información no financiera: memorias e informes de sostenibilidad», y para el contexto de los derechos humanos en concreto, a José Aureliano Martín Segura, César Pérez López y José Luis Navarro Espigares, «Los derechos humanos en las empresas multinacionales según sus informes de sostenibilidad», en *Investigación e innovación en el ámbito universitario: Tendencias ante los retos actuales de la sociedad*, coord. por Juan Miguel Alcántara-Pilar, M. Bermúdez Martínez, Francisco Javier Blanco Encomienda, José María Heredia Jiménez (Ed. EOS: 2017), 255-266.

loable finalidad, en la actualidad se carece de mecanismos de sanción en caso de incumplimiento¹¹ con las consecuencias que en buena lógica cabe extraer de esta situación para las empresas y los afectados en el sentido más amplio de la acepción¹².

A pesar de ello, una lectura positiva puede mostrarnos como, frente al vacío legal internacional relativo a las responsabilidades por ilícitos internacionales, estas iniciativas están conduciendo al menos a una colaboración entre los gobiernos y los entes empresariales¹³, en el sentido de incorporar los avances en el tema de gestión más sostenible y la supervisión de las actividades de las empresas que participan en las cadenas de suministro, enfatizando las mejores prácticas empresariales en las diferentes dimensiones, ambiental, social y económica.

En este sentido nos asaltan varias cuestiones a resolver: ¿qué impacto están teniendo dichos informes de sostenibilidad en los mercados? Y, no menos importante, a falta de una sanción legal en caso de incumplimiento, ¿existe algún otro mecanismo que se pueda activar en los mercados para castigar a las empresas en los casos de incumplimiento?

La importancia de evaluar el impacto de los informes de sostenibilidad y planes de vigilancia es clara: en la medida que los mercados respondan o sean sensibles al contenido de los mismos, podremos medir el impacto de

¹¹ De hecho, la crítica más frecuente es el débil régimen de sanciones en caso de incumplimiento. En la mayoría de casos el principio que se aplica es del *comply or explain*, en base al cual una empresa que no cumple con las reglas establecidas tendrá que motivar el porqué de tal inobservancia. En este sentido nos remitimos a Joseba Fernández Gaztea y Alberto Muñoz Fernández, «*Comply or explain in the EU, or the new human rights reporting obligation: an analysis of directive 2014/95/EU*», *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 9, n.º 1 (2017): 285-299, doi: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3622>. Como consecuencia, muchas empresas sostienen sus decisiones de no estar obligados en cumplir con una determinada norma por razones de *privacy* o de costes elevados. Cierto es también sin embargo, que se empieza a cambiar esta percepción y surgen posiciones que abogan por tender hacia una regulación más rigurosa, como pone de manifiesto Juan Ignacio Peinado García, «La sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores: Una primera reflexión sobre la sostenibilidad de la sociedad mercantil y la responsabilidad por falta de diligencia de los administradores», *Revista de derecho mercantil*, n.º 311 (2019): 1-30.

¹² Otro dato que en este momento solo ponemos de manifiesto, es el hecho de la verificación de los datos contenidos en los informes emitidos por las Empresas. En este sentido véase el trabajo de Natalia Vaz Ogando, Silvia Ruiz Blanco y Belén Fernández-Feijóo Souto, «El mercado de verificación de las memorias de sostenibilidad en España: un análisis desde la perspectiva de la demanda», *Revista de contabilidad: Spanish Accounting Review*, Vol. 21, n.º 1 (2018):48-62, <https://doi.org/10.1016/j.rcsar.2017.07.003>.

¹³ Como puso de relieve el Informe del Department of State of the United States of America, *Trafficking in Persons Report*, June 2012, p. 7, <https://2009-2017.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/2012/index.htm>.

actuar sobre ellos pudiendo así calcular los efectos expansivos a lograr, y por tanto, podremos cuantificar la mejora en términos de calidad de derechos humanos.

Previo a este cálculo, es necesario abordar el tema de las herramientas actualmente más utilizadas a escala global por las empresas para publicar su desempeño, ya que es ciertamente inútil centrarnos en el análisis de unos resultados sin ser conscientes del modo en el que se realizan los mismos o los mecanismos que intervienen en ellos. Sabedores de que los mecanismos existentes para la elaboración de las memorias de sostenibilidad y demás informes a los que nos referimos, no resultan del todo satisfactorios, el uso a nivel mundial del *Global Reporting Initiative* (GRI)¹⁴ la convierte en el instrumento de referencia a pesar de las críticas. Se ha convertido de este modo en un instrumento de apoyo a las empresas en la redacción de informes o memorias de sostenibilidad¹⁵, contribuyendo a una mayor transparencia en la gestión empresarial.

Aunque pensamos que esta herramienta presenta muchas e importantes debilidades es que podrían conducir a desconfiar de la información presentada por las empresas en lo que se refiere a la organización, estructura y desempeño de actividades en su cadena de suministro¹⁶, la inercia legislativa actual sobre diligencia debida está fomentando la utilización de los informes de sostenibilidad para fortalecer la supervisión de las empresas matrices sobre sus cadenas de suministro, por lo que se debería seguir apostando por la misma con todos los matices que podamos y queramos hacerle.

¹⁴ El *Global Reporting Initiative* (GRI), es una organización independiente que, entre otras actividades, ayuda a las empresas a comunicar el impacto de sus actividades en temas de sostenibilidad importantes, como el cambio climático, los derechos humanos o la corrupción. Los informes se encuentran en el *database* de GRI que se puede consultar en <https://database.globalreporting.org>. Más información sobre GRI puede encontrarse en <https://www.globalreporting.org/information/about-gri/Pages/default.aspx>. Véase en el mismo sentido José Luis Blasco y Carlos Sáez Gallego, «Global Reporting Initiative, la historia de un éxito», *Revista de responsabilidad social de la empresa*, n.º 3 (*Ejemplar dedicado a: Empresas multinacionales y Responsabilidad Social de la Empresa*) (2009): 191-201.

¹⁵ Sobre este aspecto véase Rodrigo Lozano, «Sustainability inter-linkages in reporting vindicated: a study of European companies», *Journal of Cleaner Production* (2013): 57-65.

¹⁶ La primera y más evidente es que deja demasiada libertad a las organizaciones a la hora de proporcionar una orientación sobre cómo elaborar los informes, y esto se refleja en el grado de transparencia de las informaciones obtenidas, sobre todo en lo relativo a las categorías de impacto de desempeño social. Pero también la vaguedad de algunos de los indicadores utilizados, o la metodología empleada para determinar los aspectos materiales sobre los que informar en relación con la triple cuenta de resultados, económica, social y ambiental.

1. *El uso del reporting en algunas normas supranacionales*

La Unión Europea también ha sido sensible a esta tendencia que apuntamos y se han seguido estas dinámicas aprobándose la Directiva 2013/34/UE modificada por la 2014/95/UE¹⁷ sobre divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos¹⁸, donde se establecieron pautas sobre la divulgación de información no financiera de las grandes empresas, obligando claramente a éstas a presentar un informe anual que, entre otras cosas, precisara la gestión relacionada con el respeto de los derechos humanos. El legislador comunitario, como veremos que sucede en la esfera internacional, omite mencionar los mecanismos que los Estados deberían implementar para asegurar la veracidad de la información presentada, los medios empleados por las empresas para comunicar el desempeño empresarial y los mecanismos de control y sanción que habrían de activarse en caso de incumplimiento de esta obligación.

Estas carencias se reflejan también en el ámbito interno, ya que los legisladores estatales tampoco han entrado en estos temas al implementar la Directiva. La aprobación del Real Decreto-Ley 18/2017¹⁹ introdujo así me-

¹⁷ Respectivamente Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo, *DOUE* L 182, de 29 de junio de 2013, y la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, *DOUE* L 330, de 15 de noviembre de 2011.

¹⁸ En relación con esta Directiva véase Fernández Gaztea, «Comply or explain» in the EU, or the new human rights reporting obligation: an analysis of Directive 2014/95/EU» y Mark Anthony Camilleri, «The Corporate Governance Reporting in the European Union», en *Driving Productivity in Uncertain and Challenging Times*, ed. por Cooper, C. (University of the West of England, 5th September). British Academy of Management, UK, <https://ssrn.com/abstract=3238662>.

¹⁹ Real-Decreto Ley 18/2017, de 24 de noviembre, por el que se modifican el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad, *BOE* núm. 287, de 25 de noviembre de 2017. Para comprender el alcance del texto véase Carlos de Miguel Perales y Pablo Joaquín Martínez Carlos, «Información no financiera e información sobre diversidad: nuevas obligaciones», *Diario La Ley*, n.º 9167 (2018); Ignacio Moralejo Menéndez, «Real Decreto-Ley 18/2017, de 24 de noviembre, por el que se modifican el Código de Comercio, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad [*BOE*

didadas por las que las empresas obligadas debían facilitar información adecuada sobre los aspectos sobre los que existieran más probabilidades de que se materializaran los principales riesgos de efectos graves, junto con los referidos a riesgos que ya se hubieran materializado. Estos riesgos podrían derivarse de la gestión interna de la empresa o podrían estar vinculados con el desempeño de sus actividades.

En todo caso, no es descabellado acabar pensando que la normativa comunitaria no ha surtido, al estado actual, los efectos esperados. Los impactos de las actividades de las empresas europeas en el medio ambiente y los derechos humanos siguen siendo en general opacos, especialmente sobre los impactos en las cadenas de suministro globales de las empresas transnacionales. Si la información no se recopila, analiza y divulga debidamente, es difícil para las personas afectadas, como pueden ser los consumidores, comprender el alcance y el impacto de las actividades empresariales.

Junto a esto, la falta de medidas efectivas sancionatorias por parte de los Estados, ha tenido como consecuencia que solo una pequeña parte de las grandes empresas europeas informe sobre sus impactos ambientales y relativos a los derechos humanos.

No obstante, y a pesar de sus evidentes lagunas y limitaciones, este marco europeo puede sentar las bases para un nuevo modelo de informes corporativos, estandarizados, que complementen la información financiera. Y sobre todo y a los efectos que nos interesa, puede abrir nuevas vías para accionar contra violaciones de derechos humanos perpetradas por empresas, bien a partir de la propia normativa (si se consigue mayor concreción y sanciones) o bien a través de acciones impulsadas por consumidores, particulares o asociaciones, a la vista de estos informes.

En un plano supranacional, el tema del *reporting* acapara la mayoría de las discusiones sobre la creación de un Tratado Vinculante Sobre Empresas y Derechos Humanos (*Binding Treaty*)²⁰. En junio de 2014 el Consejo

n.º 287, de 25-XI-2017]», *Ars Iuris Salmanticensis: AIS : revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 6, n.º 1 (2018): 264-269.

²⁰ Sobre los elementos del borrador de este texto todos véanse: Adoración Guamán Hernández, «Del Documento de Elementos al Draft 0: apuntes jurídicos respecto del posible contenido del proyecto de Instrumento Vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos», *Revista de Direito Internacional. Brazilian Journal of International Law*, Vol. 15, n.º 2 (2018): 85-115; Adoración Guamán Hernández, «Empresas transnacionales y derechos humanos: acerca de la necesidad y la posibilidad de la adopción de un Instrumento Jurídicamente Vinculante (*Binding Treaty*)», *Jueces para la democracia*, n.º 92 (2018): 100-124; Adoración Guamán Hernández, «Derechos humanos y empresas transnacionales: la necesidad de un instrumento internacional jurídicamente vinculante», *Revista de derecho social*, n.º 81 (2018): 197-218; Humberto Cantú Rivera, «¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabili-

de Derechos Humanos de Naciones Unidas decidió elaborar un instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a derechos humanos²¹, creándose al mismo tiempo un Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta (*Open Ended Intergovernmental Working Group, OEIGWG*) estableciendo un proceso de negociaciones intergubernamentales en varias etapas²². Se iniciaba de este modo y por primera vez, un proceso intergubernamental sobre este tema en el ámbito de las Naciones Unidas, que allanaba el terreno para la adopción de un instrumento de *hard law* sobre la materia²³.

En todo caso es necesario subrayar que de acuerdo al estado actual de las negociaciones tras cinco sesiones²⁴, la creación de un instrumento vinculante parece destinada al fracaso²⁵. *De facto* el último texto (Draft 2019)

dad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos? Reflexiones sobre la primera sesión del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, n.º 16 (2016): 425-460, doi: <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24487872e.2018.18.12106>; Adoración Guamán Hernández y Gabriel Moreno González, *Empresas transnacionales y derechos humanos: la necesidad de un instrumento vinculante* (Albacete: Ed. Bomarzo, 2018); Adoración Guamán Hernández y Gabriel Moreno González, *El fin de la impunidad: la lucha por un instrumento vinculante sobre empresas transnacionales y derecho humanos* (España: Ed. Icaria, 2017), https://icariaeditorial.com/archivo/pdf_libros/EI%20fin%20de%20la%20impunidad_descarga%20gratuita.PDF.

²¹ Resolución A/HRC/RES/26/9, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, de 14 de julio de 2014.

²² Pueden consultarse los diferentes textos que han visto la luz en <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgontnc.aspx>.

²³ Sobre este tema véanse las entradas del Blog, «Law at the End of the Day», del Profesor Larry Catá Backer, Penn State Law University, relativas a los comentarios al *Draft Treaty* en: https://lcbackerblog.blogspot.com/search/label/BHR_Treaty_Draft_2019; en relación a la *due diligence*, el profesor Backer comenta la Declaración de la Coalición por la Paz y la Ética al inicio de la 5.ª sesión del *OEIGWG* sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, en la que se afirma (punto 5) [...] *Acogemos con beneplácito los esfuerzos por introducir una regulación jurídica de la debida diligencia en materia de derechos humanos en el marco del Tratado. Pero advierte contra la naturaleza porosa del enfoque actual que producirá fractura en lugar de coherencia ya que, en sus efectos, deshará los esfuerzos para unificar la práctica de la debida diligencia de derechos humanos entre empresas y estados, independientemente de la ubicación y sin tener en cuenta las desviaciones nacionales en el país, base normativa de dicha diligencia debida*. El texto en español se puede consultar en: <https://lcbackerblog.blogspot.com/2019/10/declaracion-de-la-coalicion-por-la-paz.html>.

²⁴ El estado actual en esta Quinta Sesión puede consultarse en <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session5/Pages/Session5.aspx>, al igual que el texto que actualmente se encuentra sometido a revisión: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session5/IGWG_5th_DraftReport.docx.

²⁵ Desde la cuarta reunión en Ginebra sobre esta materia, muchos países han rechazado abiertamente la creación de una nueva norma, como ya habían hecho la Unión Europea y los Estados Unidos, lo que dificultará claramente el debate internacional sobre esta materia.

ni crea herramientas nuevas para enfrentarse a la impunidad de las corporaciones, ni incorpora mecanismos de responsabilidad legal de las empresas (en general o en particular) sobre las cadenas de suministros. A pesar de ello, seguimos creyendo que esta sería la vía más oportuna y adecuada para evitar que la responsabilidad de las grandes empresas transnacionales se viera afectada por la inexistente regulación a nivel internacional, o por la debilidad en materia de protección de los derechos humanos de las legislaciones nacionales en un plano más interno.

En todo caso, y volviendo al tema de la *due diligence*, el art. 5 apartados 2 y 3 del Draft 2019 como antes lo hiciera el art. 9 del Draft 2018 (Tabla 1) señalan una serie de obligaciones (elenco no cerrado y susceptible de ser ampliado), pero de nuevo no se crean mecanismos de sanción en caso de incumplimiento. Y en todo caso, y aunque consten una serie de obligaciones, las mismas no garantizan por sí solas el acceso a los tribunales de las víctimas u otros afectados de las graves violaciones perpetradas por empresas fuera de sus países de origen. Reproducimos en la Tabla 1 una lectura comparativa del texto de los documentos del año 2018 y 2019 para visualizar la tendencia legislativa a la que nos referimos²⁶:

Tabla 1

Article 5. Prevention. Draft 2019	Article 9. Prevention. Draft 2018
2. For the purpose of paragraph 1 of this Article, State Parties shall adopt measures necessary to ensure that all persons conducting business activities, including those of transnational character, to undertake human rights due diligence as follows:	2. Due diligence referred to above under Article 7.1 shall include, but shall not be necessarily limited to:
a. Identify and assess any actual or potential human rights violations or abuses that may arise from their own business activities, or <i>from their contractual relationships</i> ;	a. Monitoring the human rights impact of its business activities including the activities of its subsidiaries and that of entities under its direct or indirect control or directly linked to its operations, products or services.

²⁶ La cursiva es nuestra.

Article 5. Prevention. Draft 2019	Article 9. Prevention. Draft 2018
<p>b. Take appropriate actions to prevent human rights violations or abuses in the context of its business activities, including those under their <i>contractual relationships</i>;</p>	<p>b. Identify and assess any actual or potential human rights violations that may arise through their own activities including that of their <i>subsidiaries</i> and of <i>entities under their direct or indirect control or directly linked to its operations</i>, products or services.</p>
<p>c. Monitor the human rights impact of their business activities, including those under their contractual relationships;</p>	<p>c. Prevent human rights violations within the context of its business activities, <i>including the activities of its subsidiaries and that of entities under its direct or indirect control or directly linked to its operations</i>, products or services, including through financial contribution where needed.</p>
<p>d. Communicate to stakeholders and account for the policies and measures adopted to identify, assess, prevent and monitor any actual or potential human rights violations or abuses that may arise from their activities, or from those under <i>their contractual relationships</i>.</p>	<p>d. Reporting publicly and periodically on non-financial matters, including at a minimum environmental and human rights matters, including policies, risks, outcomes and indicators. The requirement to disclose this information should be subject to an assessment of the severity of the potential impacts on the individuals and communities concerned, not to a consideration of their materiality to the financial interests of the business or its shareholders.</p>
<p>3. Measures referred to under the immediately preceding paragraph shall include, but shall not be limited to:</p>	<p>e. Undertaking pre and post environmental and human rights impact assessments covering its activities and that of its subsidiaries and entities under its control, and integrating the findings across relevant internal functions and processes and taking appropriate action.</p>
<p>a. Undertaking environmental and human rights impact assessments in relation to its activities and those under their <i>contractual relationships</i>, integrating the results of such assessments into relevant internal functions and processes, and taking appropriate actions.</p>	<p>f. Reflecting the requirements in paragraphs a. to e. above in all contractual relationships which involve business activities of transnational character.</p>

Article 5. Prevention. Draft 2019	Article 9. Prevention. Draft 2018
<p>b. Carrying out meaningful consultations with groups whose human rights can potentially be affected by the business activities, and with other relevant stakeholders, through appropriate procedures including through their representative institutions, while giving special attention to those facing heightened risks of violations of human rights within the context of business activities, such as women, children, persons with disabilities, indigenous peoples, migrants, refugees, internally displaced persons and protected populations under occupation or conflict areas. Consultations with indigenous peoples will be undertaken in accordance with the internationally agreed standards of free, prior and informed consultations, as applicable.</p>	<p>g. Carrying out meaningful consultations with groups whose human rights are potentially affected by the business activities and other relevant stakeholders, through appropriate procedures including through their representative institutions, while giving special attention to those facing heightened risks of violations of human rights within the context of business activities, such as women, children, persons with disabilities, indigenous peoples, migrants, refugees and internal displaced persons.</p>
<p>c. Reporting publicly and periodically on financial and non-financial matters, including policies, risks, outcomes and indicators on human rights, environment and labour standards concerning the conduct of their business activities, including those of their contractual relationships.</p>	<p>h. Due diligence may require establishing and maintaining financial security, such as insurance bonds or other financial guarantees to cover potential claims of compensation.</p>
<p>d. Integrating human rights due diligence requirements in contractual relationships which involve business activities of a transnational character, including through financial contributions where needed.</p>	
<p>e. Adopting and implementing enhanced human rights due diligence measures to prevent human rights violations or abuses in occupied or conflict-affected areas, arising from business activities, or from contractual relationships, including with respect to their products and services.</p>	

Fuente: elaboración propia.

Una simple lectura preliminar, pone en evidencia (en el texto resaltado en cursiva) que en la nueva versión se registra un retroceso en relación a la problemática de determinar qué entidades empresariales se entienden comprendidas dentro de la obligación de *reporting* de la empresa matriz. Para contestar a esta pregunta el Draft 2018 indicaba claramente que debían entenderse las subsidiarias y las otras entidades conectadas directamente o indirectamente con sus actividades económicas de la empresa matriz; esto es, para conectar estas empresas con la matriz, utilizaba el concepto de control directo o indirecto. Pero en el actual Draft 2019 se usa un lenguaje poco claro, «*that may arise from their activities, or from those under their contractual relationships*», y no coherente con las normas nacionales actualmente existentes sobre la debida diligencia de derechos humanos.

Todo ello nos inclina a pensar que en el nuevo borrador no se está avanzando en la creación de mecanismos para hacer respetar y cumplir a las empresas estas obligaciones, ni se articulan foros para las víctimas o para otros grupos de afectados de ilícitos internacionales. Establecen todo lo más la obligación del Estado de velar por el desempeño empresarial de las entidades que estén en su territorio o bajo su jurisdicción, y que desarrollen actividades de carácter transnacional, animándolas a que aseguren procedimientos nacionales efectivos para hacer cumplir estas obligaciones y determinar las responsabilidades e indemnizaciones correspondientes. Y esto lo promueven haciendo hincapié en estos casos en una de las obligaciones de debida diligencia: el reporting no financiero (art. 5.3.c. Draft 2019 y art.9.2.d. Draft 2018).

En todo caso, es constatable la creciente vaguedad con la que cada modificación del Draft afronta el tema de las medidas específicas que los Estados deberían implementar para controlar la veracidad de la información no financiera presentada, y sancionar en su caso la información fraudulenta. En el mismo sentido la identificación de los mecanismos que las empresas deberían utilizar para su comunicación, dejándolas libres de elegir el medio utilizado sin superar los obstáculos antes mencionados relativos a lo vago de los indicadores sobre el desempeño empresarial en temas sociales y medioambientales.

Queremos hacer una lectura interesada, en el sentido de que resulta paradójico que por un lado las empresas constaten y utilicen estos informes para mejorar su marca y su imagen, pero al mismo tiempo huyan de cualquier responsabilidad por el contenido de estos informes. ¿No sería posible suponer que si las empresas hacen uso continuo de estos informes, certificados etc...podríamos utilizar los mismos para exigir responsabilidades en el caso de que existiera falsedad en su contenido?

2. La utilización del reporting en un plano nacional

El Estado de California fue pionero en introducir esta herramienta como obligación de diligencia debida, creando una Ley de California sobre Transparencia en la Cadena de Suministros (CTSC)²⁷ que establecía sanciones a las empresas exclusivamente por el incumplimiento de la publicación de información empresarial, sin entrar a valorar el contenido de la información difundida. Con esta norma no se buscaba tanto un medio para obtener reparación por los daños causados, sino prevenir que éstos se produjeran mediante la obligación de divulgar las acciones en favor de la erradicación de las violaciones de derechos humanos llevadas a cabo, no sólo dentro de la propia empresa, sino también en su cadena de suministro. La CTSC se apoyaba en la confianza de que el consumidor premiaría o castigaría a aquellas empresas que realizaran actividades comerciales, en función de la preocupación de éstas por el respeto de los derechos humanos en su cadena de suministro.

Desde que entró en vigor el 1 de enero de 2012, y al margen de otras valoraciones, supuso al menos la obligación de publicar los esfuerzos por controlar que quienes formaban parte de la cadena de suministro de estas grandes corporaciones no incurrieran en trata de personas ni en prácticas esclavistas. Sin embargo, y aunque la CTSC ha hecho que numerosas empresas estén cumpliendo con el mandato impuesto de información, lo cierto es que su impacto no ha sido del calado que esperaban algunos sectores²⁸. También es cierto que si atendemos a las resoluciones judiciales surgidas a consecuencia de esta ley, hemos de constatar algún avance en la materia como ilustra el caso *Barber v. Nestlé USA Inc.*²⁹, aunque ciertamente tal caso alerta asimismo sobre la paradoja que encierra esta norma: la ley no fue invocada por los demandantes (consumidores), sino por Nestlé, que encontró en la CTSC un puerto seguro y asidero legal frente

²⁷ *Senate Bill Núm. 657. CHAPTER 556. An act to add Section 1714.43 to the Civil Code, and to add Section 19547.5 to the Revenue and Taxation Code, relating to human trafficking (California Transparency in Supply Chains Act)*. El texto completo de la ley se puede consultar en http://www.leginfo.ca.gov/pub/09-10/bill/sen/sb_0651-0700/sb_657_bill_20100930_chaptered.pdf.

²⁸ Según el informe de 2017 elaborado por *Development International*, que puede consultarse en https://www.ipoint-systems.com/fileadmin/media/resources/CA-TISCA.v.25_S.pdf.

²⁹ *Barber v. Nestlé USA, Inc.*, 154 F. Supp. 3d 954 (C.D. Cal.), resuelto el 9 de diciembre de 2015. Sobre este asunto véase Alberto Muñoz Fernández y Lorena Sales Pallarés, «Las leyes anti esclavitud: primeras respuestas judiciales», en *Empresas y derechos humanos: temas actuales*, coords. por María Chiara Marullo y Francisco Javier Zamora Cabot (Napoli: EditoreScientifica, 2018), 277-303.

a este tipo de demandas. En este sentido, creemos importante destacar las consecuencias que estas iniciativas están teniendo en la implementación de informes para la evaluación de la sostenibilidad empresarial, sin dejar de un lado la preocupación frente a la posibilidad de que estas normas se conviertan en puertos seguros para las empresas para escaparse de sus responsabilidades por los ilícitos perpetrados extraterritorialmente por sus cadenas de suministro.

En todo caso, la iniciativa californiana hace palpable el auge de la preocupación por la protección de los derechos humanos en relación con las empresas, especialmente en la vertiente de la esclavitud moderna y la vinculación con la responsabilidad empresarial, plasmándose en el desarrollo nacional de legislaciones similares desde entonces, que van desde la *UK Modern Slavery Act of 2015*³⁰ o la *French Duty of Vigilance Law 2017*³¹, a iniciativas como la *German Legislative Proposal: Corporate Responsibility and Human Rights*³²; la *Canada's Modern Slavery Act, an Act respecting the fight against certain forms of modern slavery through the imposition of certain measures and amending the Customs Tariff*³³; la *Australian Commonwealth Modern Slavery Act*³⁴, o la *Modern Slavery Bill to criminalize all forms of human trafficking in Hong Kong*³⁵.

El Gobierno canadiense ha anunciado también la intención de crear un *Independent Canadian Ombudsperson for Responsible Enterprise*,

³⁰ Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted>.

³¹ Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00034290626&dateTexte=20190724>.

³² Disponible en: <https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/publication/18575.pdf>.

³³ Disponible en: <https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/42-1/bill/C-423/first-reading>. Se establece en ella que estarán obligadas a proporcionar la información relativa a las prácticas de esclavitud las empresas o sociedades canadienses que coticen en una bolsa de valores canadiense o que tengan una sede en Canadá, negocios en Canadá o tengan activos en Canadá y cumplan al menos dos de las siguientes condiciones: (a) tiene al menos C \$ 20 millones en activos, (b) ha generado al menos \$ 40 millones en ingresos o (c) emplea un promedio de al menos 250 empleados.

Estos entes estarían obligados a discutir: 1. Los pasos tomados durante el año anterior para prevenir y reducir el riesgo de trabajo forzado o infantil en cualquier etapa de la fabricación, producción, cultivo, extracción o procesamiento de bienes en Canadá importados a Canadá; 2. la estructura y mapa de los *suppliers*; 3. las políticas y estrategias de la empresa matriz; 4. las actividades de las empresas que pertenecen al grupo y que conllevan un riesgo elevado y los pasos que ha tomado para evaluar y gestionar ese riesgo; 5. cualquier medida tomada para remediar los impactos negativos.

³⁴ Disponible en: https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bId=r6148.

³⁵ Disponible en: <https://www.legco.gov.hk/yr17-18/english/panels/se/agenda/se20180605.htm>.

para garantizar la protección de los derechos humanos y responsabilizar a las empresas canadienses por sus actividades delictivas extraterritoriales³⁶, así como proponer la modificación de la *Customs Tariff* para prohibir la importación de bienes fabricados o producidos por trabajo forzado o infantil³⁷.

La referencia genérica a las empresas se afina atendiendo a los diferentes ámbitos de aplicación de las normas a las que nos hemos referido, en el sentido de atender bien al tamaño bien al grado de influencia que ejercen o a su facturación. Así, la *UK Modern Slavery Act of 2015* por ejemplo, centra la atención en la facturación anual de las empresas para determinar las empresas nacionales sujetas a esta norma, que quedan de este modo obligadas a informar sobre su cadena de suministro. En los mismos términos se presenta la propuesta australiana (*Australian Commonwealth Modern Slavery Act*), mientras que en Francia, con la *French Duty of Vigilance Law 2017*, el requisito para determinar la obligación se extiende al número de empleados que tiene la empresa francesa, de modo que superado un determinado número estará sujeta a esta obligación de reporting.

También resulta interesante la *Swiss Responsible Business Initiative*³⁸ según la cual, para determinar las empresas que estarían sujetas a esta obligación de diligencia debida, se buscan cumulativamente el criterio del tamaño y de los riesgos que conllevan sus actividades extraterritoriales, dependiendo del sector en el que actúan³⁹.

³⁶ El mandato de este nuevo órgano es: «The Ombudsperson's mandate is to address complaints related to allegations of human rights abuses arising from a Canadian company's activity abroad. The Ombudsperson is mandated to undertake collaborative and independent fact-finding, make recommendations, monitor implementation of those recommendations, and report publicly throughout the process. The mandate and associated responsibilities are outlined through an Order in Council (2019-1323)». Para más información: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/other-autre/faq.aspx?lang=eng>.

³⁷ Sobre este tema: <https://www.ropesgray.com/en/newsroom/alerts/2019/04/Modern-Slavery-Compliance-For-US-based-and-Other-Multinationals-A-Review-of-Recent-Compliance->

³⁸ Véase <http://www.bhrinlaw.org/key-developments/64-switzerland>.

³⁹ Nicolás Bueno, *The Swiss Responsible Business Initiative and its Counter-Proposal: Texts and Current Developments*, https://www.academia.edu/38507525/The_Swiss_Responsible_Business_Initiative_and_its_Counter-Proposal_Texts_and_Current_Developments; Nicolás Bueno, *The Swiss Popular Initiative on Responsible Business. From Responsibility to Liability*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3125672; Valentin Jentsch, «Corporate Social Responsibility and the Law: International Standards, Regulatory Theory and the Swiss Responsible Business Initiative», *EUI Working Papers MWP 2018/05*, http://diana-n.ieu.it:8080/bitstream/handle/1814/59084/MWP_WP_Jentsch_2018_05.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Más en línea con la norma californiana, el interés protegido en la *Dutch Child Labor Due Diligence Act*⁴⁰ parece ser el de un consumidor informado. En este sentido la norma holandesa va un paso más allá ya que a diferencia del resto de normas señaladas, en lo referente a la sanción plantea que si las autoridades determinan que la empresa no ha llevado a cabo la debida diligencia de acuerdo con la legislación, se le proporcionan a la empresa instrucciones jurídicamente vinculantes y un plazo para su ejecución. El texto de la nueva regulación tendrá en cuenta la herramienta y los indicadores creados por la OIT sobre trabajo infantil⁴¹, para definir cómo las empresas deben evaluar sus riesgos. Si no se cumplen las obligaciones establecidas en la norma, la empresa puede ser multada, y si es multada dos veces en un plazo de cinco años, la siguiente violación puede llevar al encarcelamiento del director responsable. Víctimas, consumidores y otros *stakeholders* podrán presentar una queja relativa al incumplimiento. En el caso más extremo, el incumplimiento de la ley puede dar lugar a penas de prisión y multas de 750.000 euros o del 10% del volumen de negocios anual de la empresa⁴².

Sobre las sanciones por incumplimiento de estas leyes, y a salvo de lo dicho sobre la holandesa, la mayoría de veces estas se encuentran directamente relacionadas con la naturaleza y los fines perseguidos por los legisladores, esto es, son leyes de divulgación y, por ello, las sanciones no son ni numerosas, ni están dirigidas a compensar a las víctimas por los daños sufridos.

Frente a ello, somos de la opinión de que el mecanismo de *reporting* debería estar acompañado de un sistema de sanciones tendentes a desincentivar prácticas fraudulentas en la información proporcionada por las empresas y contemplar la posibilidad de que las acciones sancionatorias puedan ser activadas también por las denuncias de asociación de consumidores, usuarios u otros afectados.

Hemos enunciado solamente algunos ejemplos de legislaciones nacionales o propuestas que fomentan la transparencia en los procesos de gestión de las cadenas de suministro y que se apoyan en el *reporting* de algún modo para prevenir y minimizar los impactos de las actividades empresariales fuera de sus países de origen. No es la solución pero si es un buen co-

⁴⁰ Véase <https://www.mvoplatfom.nl/en/the-netherlands-takes-a-historic-step-by-adopting-child-labour-due-diligence-law/>.

⁴¹ Más información sobre la herramienta de la OIT, acceso el 13 de enero de 2020, https://www.ilo.org/ipec/Informationresources/WCMS_IPEC_PUB_27555/lang-en/index.htm.

⁴² Más información en <https://www.mvoplatfom.nl/en/frequently-asked-questions-about-the-new-dutch-child-labour-due-diligence-law/>.

mienzo del que asirse en la mejora de los derechos humanos en su relación con las empresas.

III. Abriendo nuevos caminos desde reflexiones críticas sobre lo existente y lo venidero

Somos conscientes de que una nueva política empresarial más sostenible en términos sociales necesita tiempo para ser implementada y que los resultados que hasta este momento tenemos son parciales y hasta cierto punto poco representativos. No obstante, parece oportuno hacer algunas críticas constructivas antes de proponer nuevos caminos ya que, conforme a los estudios sectoriales y estatales, los resultados obtenidos a través de esta divulgación no son prometedores⁴³.

Cuando el Gobierno del Reino Unido introdujo la primera regulación en materia de esclavitud en Europa con su *UK Modern Slavery Act of 2015*, se afirmó que la legislación tenía como objetivo sentar las bases para una política de transparencia en actividades de las multinacionales y de sus cadenas de suministro globales⁴⁴. La ley requería de las corporaciones, con sede en el Reino Unido que tuvieran una determinada facturación, que presentaran una declaración anual relativa a las prácticas de esclavitud moderna y tráfico de personas. Del análisis de estas declaraciones durante estos años, si bien se puede evaluar positivamente el hecho de que las empresas estén dispuestas a mejorar su desempeño en términos sociales, conforme a los requisitos legales nacionales y los estándares básicos internacionales, la información pública proporcionada refleja casi siempre los resultados positivos obtenidos y sirve, en muchos casos, como escaparate para mostrar a los consumidores y a los otros *stakeholders* las «buenas prácticas» puesta en marcha por la empresa que controla o tiene influencia en el grupo, pero se omiten las actividades de las filiales o de otras empre-

⁴³ En este sentido véase Leona Vaughn, Alex Balch, Jennifer Johns, & Samantha Currie, «Transparency in Supply Chains and the Lived Experiences of Workers and Their Families in the Garment Sectors of Bangladesh And Myanmar», *Journal of the British Academy*, Vol. 7, S1 (2019): 35-60, <https://www.thebritishacademy.ac.uk/publications/journal-british-academy/7s1/transparency-in-supply-chains-and-experiences-of-workers-in-garment-sectors>; Hinrich Voss, Matthew Davis, Mark Sumner, Louise Waite, Ilse A. Ras, Divya Singhal y Deepti Jog, «International Supply Chains: Compliance and Engagement with the Modern Slavery Act», *Journal of the British Academy*, Vol. 7, S1 (2019): 61-76, <https://www.thebritishacademy.ac.uk/publications/journal-british-academy/7s1/international-supply-chains-compliance-and-engagement-modern-slavery-act>.

⁴⁴ Agnes Simicy Brad K. Blitz, «The modern slavery regime: a critical evaluation», *Journal of the British Academy*, 7, S1 (2019):1-34.

sas controladas por la empresa matriz o principal⁴⁵ que sí cuentan con un alto grado de riesgos en términos sociales o laborales⁴⁶.

A UK registry of statements shows that over 750 companies—the majority of which are headquartered in either the UK or the US—have now published statements. While the legal requirements themselves do not obligate businesses to produce extensive statements or reports, current market practice strongly suggests that businesses across a variety of industries—including manufacturing, energy, technology, pharmaceutical, utilities, food and drug, consumer products, and professional services—are doing more than is strictly necessary to comply with the regulations. Unsurprisingly, few (if any) statements indicate that no steps have been taken, though such a statement would satisfy the requirements⁴⁷.

Hasta la fecha, la implementación de la Ley francesa no ha tenido mejores resultados⁴⁸. Esta norma establece obligaciones para las empresas matrices francesas, en el sentido de que deberán identificar y prevenir los impactos negativos en los derechos humanos, la salud y el medioambiente resultantes de sus actividades y las de las empresas que controlan, tanto sean subcontratistas como proveedoras⁴⁹. Las empresas sujetas a esta

⁴⁵ En mayo de 2019 se publicó el *Independent Review of the Modern Slavery Act 2015: Final Report*, que ha tenido como objetivo investigar la efectividad de la Ley inglesa y sugerir posibles mejoras. En el mismo los autores evidencian el potencial de esta regulación, pero al mismo tiempo denuncian las graves deficiencias que se dan ya que la norma deja a las corporaciones una flexibilidad demasiado amplia sobre los datos que debe publicar relativos a su desempeño en términos sociales. El informe está disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/803406/Independent_review_of_the_Modern_Slavery_Act_-_final_report.pdf.

⁴⁶ Lisa Rende Taylor y Elena Shih, «Worker Feedback Technologies and Combatting Modern Slavery in Global Supply Chains: Examining the Effectiveness of Remediation-oriented and Due-diligence-oriented Technologies in Identifying and Addressing Forced Labour and Human Trafficking», *Journal of the British Academy*, 7, S1 (2019): 131-165.

⁴⁷ Más información en: https://www.globalpolicywatch.com/2016/10/uk-rules-prompt-businesses-to-report-on-slavery-in-their-supply-chains/?_ga=2.17912505.1011687002.1568754636-560531109.1511261728

⁴⁸ Sobre los primeros resultados de la aplicación de esta ley véase Pierre Lequet, «Loi «devoir de vigilance»: de l'intérêt des nomes de management des risques», *Revue juridique de l'environnement*, n.º 4(2017): 705-725. Es interesante también ver el informe elaborado por Charlotte Michon, Sophie Berne y Sylvain Boucherand, «Application of the law on the corporateduty of vigilance analysis of the first published plans», en https://www.e-dh.org/userfiles/Edh_2018_Etude_EN_1.pdf.

⁴⁹ Pueden consultarse las empresas cubiertas por esta ley desde <https://vigilance-plan.org/> así como puede consultarse el estudio realizado por Charlotte Michon y Julia Velho, *Application of the Law in the Duty of Vigilance. Vigilance plans 2018-2019*, June 14, 2019

norma, entre otras medidas, deberán así establecer y aplicar efectivamente un plan de vigilancia que cubra las actividades de la empresa matriz y de las demás empresas bajo su control, así como de los proveedores y subcontratistas con los que la empresa matriz o cualquiera de sus filiales establezcan una relación comercial.

Como hemos mencionado, lo que se establece es la obligación de la empresa domiciliada en Francia, que en muchos casos es la matriz del grupo, y que por tanto es la que coordina o controla al grupo de empresas, filiales, proveedores y subcontratistas, las obliga decíamos a publicar, a través de un plan de vigilancia, la estructura del grupo, sus mapas de riesgos, las estrategias, etc., en relación a los riesgos y los mecanismos para reducir los impactos y dar seguimiento de las medidas y de su eficacia⁵⁰. En un primer momento, esta obligación estuvo acompañada de la posibilidad de imponer multas por el incumplimiento del plan de vigilancia, pero estas disposiciones fueron declaradas inconstitucionales⁵¹.

Sinceramente y visto lo expuesto hasta ahora, la vulneración de los derechos humanos por parte de las multinacionales no se ha conseguido ni frenar ni sancionar, a pesar de los diferentes intentos legislativos que hasta este momento se han intentado, o lo han hecho de un modo demasiado tibio⁵². Hay por tanto que abrir nuevos caminos, sintetizados en tres grandes vías de acción a nuestro entender: bien buscar la responsabilidad indirecta de la matriz por las violaciones de los derechos humanos perpetradas por sus filiales⁵³; bien forzar una acción por competencia desleal por parte de otras empresas que se verían perjudicadas por falsear el mercado a través de los informes de sostenibilidad emitidos por empresas competidoras en

Edition, <https://www.e-dh.org/userfiles/Etude%20plans%20de%20vigilance%202019%20-%20VEN.pdf>.

⁵⁰ Véase Antonia Durán Ayago, «Sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países (a propósito de la Ley francesa 2017–399, de 27 marzo 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales)», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, Tomo XVIII (2018): 323-348; y Guamán Hernández, «Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos», 246.

⁵¹ Conseil constitutionnel n.º 2017–750 DC de 23 marzo 2017. Más información en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017750DC.htm>.

⁵² El centro *Human Rights International Corner* – ETS (<https://www.humanrightsic.com/home-eng>) está desarrollando estudios sobre la Ley de Diligencia debida y en este sentido destaca por su interés el *Report, Italian Legislative Decree N.º 231/2001: A model for Mandatory Human Rights Due Diligence Legislation?*, en https://e6e968f2-1ede-4808-acd7-c626067cbc4.filesusr.com/ugd/6c779a_d800c52c15444d74a4ee398a3472f64c.pdf.

⁵³ En el mismo sentido James Sinclair, «Strategic Litigation as a Tool to Combat Modern Slavery», *Journal of Modern Slavery*, Vol. 4, n.º 2 (2018): 49.

su mercado⁵⁴; o bien fomentando reclamaciones o acciones por parte de los consumidores⁵⁵.

La primera de las posibilidades parte de la premisa de que las normas al establecer el grado de diligencia exigible a las empresas lo hacen en función de diferentes factores, como el tamaño, la facturación o el sector de sus actividades económicas, de modo que no hacen sino reconocer implícitamente la condición de liderazgo que ostentan y con ello su influencia, control o dominio sobre las demás. De esta forma, no se puede negar que las empresas que están obligadas a publicar los informes, planes de vigilancia u otros documentos relativos a la información no financiera, también tienen capacidad de influenciar sobre las demás empresas que pertenecen al grupo hasta tener, en algunos casos, un control total o un dominio sobre ellas. Influencia significa, o debería significar, disponer de un poder, que va más allá del poder económico que conlleva la capacidad de determinar las estrategias empresariales del grupo y tomar las decisiones más relevantes sobre las actividades. Significa también entender que se estaría reconociendo, siquiera implícitamente, la conexión existente entre ellas, y la posición de superioridad jerárquica ejercitada por la empresa sobre la que grava la obligación de *reporting*, la empresa matriz, y las otras empresas pertenecientes al grupo. Si esto es así, la esencia de la obligación que se pretende exigir a las empresas es por tanto la prevención y la vigilancia hacia sus propias actividades y hacia las empresas filiales sobre las que ejercen este control, así como las empresas proveedoras o subcontratadas con las que mantienen relaciones comerciales y sobre las que tienen influencia, y no solamente la mera publicación de la información⁵⁶.

⁵⁴ El planteamiento de esta vía forma parte de una línea de investigación abierta recientemente, que parte de entender que cuando los informes de sostenibilidad, incluso en algunos casos también de los certificados, son falseados de modo directo o indirecto por parte de la empresa, eso provoca una alteración «fraudulenta» del flujo del mercado, de modo que podría entenderse como una práctica de competencia desleal entre empresas. Si pudiera interpretarse como una acción de competencia desleal (dentro de las diferentes normas que la regulan básicamente a nivel nacional pero también comunitario) esto debería dar derecho a plantear acciones judiciales entre empresas, y por tanto actuar de un modo mucho más directo y tal vez efectivo en los mercados y las empresas.

⁵⁵ Bien es cierto que hasta el mismo concepto de consumidor está siendo reinterpretado y actualizado como lo demuestra la STJUE Sentencia del Tribunal De Justicia (Sala Primera) de 3 de octubre de 2019, Asunto C-208/18, Jana Petruchová contra FIBO Group Holdings Limited, (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=55B9E7D96FCCFD0A8729326AC30D6594?text=&docid=218626&pageIndex=0&doclang=ES&mode=1st&dir=&occ=first&part=1&cid=717523>), y habrá que atender cuidadosamente al alcance de esta «Doctrina Petruchová».

⁵⁶ Algunos asuntos ya han sido juzgados en tribunales ingleses atendiendo a esta interpretación extensa del levantamiento del *levo*, así *Lungawe and others v. Vedanta Resources*

Ello podría implicar, o al menos haría factible interpretar, un concepto unitario de grupo de empresas donde la matriz fuera la empresa que controla el grupo, estableciendo las estrategias y tomando las decisiones relativas a las actividades empresariales. Por tanto, esta última tiene una responsabilidad indirecta, si no ha activado debidamente medidas preventivas adecuadas para prevenir los daños, sobre las actividades desarrolladas extraterritorialmente por las otras empresas, siempre que no se demostrara que no tiene control sobre las mismas, invirtiendo de esta forma la carga de la prueba. Plantearíamos por tanto una responsabilidad indirecta solidaria con la empresa local en casos de graves violaciones a los derechos humanos.

Por ello, creemos que los informes de sostenibilidad y los planes de vigilancia posibilitarían demandar a las empresas matrices cuando se demostrara que bien no han cumplido con la obligación genérica de publicar el mapa de las empresas que pertenecen al grupo, los riesgos y las medidas adoptadas para reducir los impactos, según los requerimientos de cada legislación estatal, pero también deberían servir para entablar una relación entre la empresa matriz y sus filiales⁵⁷, cuando se desprendiera que la existencia de una conexión real entre ambas, cuando estas últimas estuvieran bajo su control y dominio, responsabilizando a la matriz por los delitos extraterritoriales por no haber activado las medidas concretas para controlar las actividades extraterritoriales y mitigar los impactos negativos.

Al mismo tiempo, podríamos avanzar en la dirección de que estos informes activaran la competencia del foro del domicilio de la empresa matriz, donde la empresa está obligada a publicar sus informes o documentos de sostenibilidad, para entablar demandas sobre daños extraterritoriales. En otras palabras, si las empresas que pertenecen al grupo de la matriz causan un daño fuera del Estado del foro y se logra relacionar este daño con el deber de vigilancia, debería ser posible utilizar el foro de la empresa matriz para exigir su responsabilidad solidaria con la filial, rompiendo, de esta forma, las reglas de la responsabilidad jurídica limitada y personalidad jurídica separada.

En esta línea, en octubre de 2019, seis ONGs han demandado en Francia a la empresa *Total* por incumplir su deber de vigilancia sobre sus filiales, involucradas en Uganda en graves violaciones de los derechos humanos y del medio ambiente.

PLC and Konkola Copper Mines PLC ([2017] EWCA Civ. 1528) o *Okpabi and others v Royal Dutch Shell* ([2017] EWHC 89).

⁵⁷ No sería necesario recurrir a la doctrina clásica del levantamiento del velo aunque podríamos utilizarlo cual «test de efectos» para reafirmar la relación de dependencia entre las empresas a las que nos estuviéramos refiriendo.

La multinacional petrolera francesa *Total* es el principal operador del mega proyecto petrolero *Tilenga*, junto con la firma británica *Tullow Oil* y la *China National Offshore Oil Corporation* (CNOOC), que planea perforar más de 400 pozos en seis campos petroleros y construir un oleoducto de 900 millas hasta Tanzania, lo que conllevará el desplazamiento de unos 50.000 agricultores en las regiones occidental y central de Uganda. Según los abogados de las OGNs, la ley francesa obligaría a *Total* a publicar los verdaderos impactos negativos de sus actividades petroleras, operadas por sus filiales, y a cumplir con sus obligaciones de proteger y garantizar derechos humanos y el medio ambiente⁵⁸.

Dorothy Mbabazi, fue una de las primeras personas a las que *Total* notificó en mayo de 2017, que se bloquearía el acceso a su tierra expropiada para la construcción del oleoducto, y que optó por un reasentamiento en otra zona que le ofreció la petrolera francesa. En mayo de 2019, cuando los funcionarios locales de *Total* finalmente llevaron a la Sra. Mbabazi a su nueva parcela de tierra, ella pidió un mejor acceso a las carreteras y a los servicios básicos antes de mudarse, pero *Total* no ha respondido a su petición⁵⁹, argumentando que es responsabilidad de su subsidiaria implementar esas regulaciones.

Este caso es el primero que se juzgará en virtud de la nueva ley francesa de deber de vigilancia, que obliga a las grandes empresas a desarrollar planes de vigilancia y a garantizar prácticas sociales y medioambientales responsables en sus filiales y subcontratistas. Si los jueces fallan a favor de los demandantes, es probable que se ordene a *Total* publicar un nuevo plan de vigilancia. Los jueces también podrían ordenarle que tome medidas urgentes para evitar que las violaciones existentes continúen y que se produzcan nuevas violaciones sobre el resto de agricultores afectados. Tienen hasta el 30 de enero de 2020 para decidir, y no hay noticias sobre cual será la actitud procesal de las partes, pero será importante ver cómo se comportan todos los interesados en este juicio.

Pero hablábamos de varias vías de acción, de modo que vamos a prestar atención a las otras dos, en las que la falsedad en los informes de sostenibilidad alteran el mercado para todos lo implicados: empresas y consumidores. Dejando de lado las acciones que afectan estrictamente la competencia

⁵⁸ Para más información: <https://www.business-humanrights.org/en/6-ngos-file-lawsuit-against-total-over-alleged-failure-to-respect-french-duty-of-vigilance-law-in-its-operations-in-uganda#c201181>.

⁵⁹ Hay que señalar que el marco de reasentamiento fijado por *Total* para la adquisición de tierras específica que los ugandeses deben ser compensados antes de que se les confisquen sus tierras.

entre empresas, interesa ahora prestar la atención a los efectos que esta desinformación provoca.

Falsear la información sobre el desempeño empresarial a través de los informes de sostenibilidad o similares, equivale a falsear el juego de competencia entre empresas en los mercados y conlleva, entre otras consecuencias, a inducir (potencialmente) a error al consumidor final del producto por lo que, conforme a las legislaciones nacionales en el tema de protección del consumidor y sobre la competencia desleal, el Estado debería garantizar foros adecuados para determinar las responsabilidades e indemnizar por los daños derivados de dichas prácticas.

Esto lo decimos teniendo en cuenta que la información difundida por la empresa está siendo empleada con fines lucrativos, de reputación y de competitividad, pero al mismo tiempo, esta misma información es fundamental a la hora de orientar al usuario en la elección de uno u otro producto, atendiendo justamente a las modalidades de fabricación o distribución y al respeto a ciertos parámetros. En otras palabras, la información proporcionada por la empresa a través de sus informes de sostenibilidad está poniendo en las manos de los particulares y de los mercados la protección de los derechos humanos y de las normas laborales. Son por tanto los consumidores o clientes/importadores los que van a castigar (o premiar) a aquellas empresas que no sean transparentes en la gestión de su cadena de producción o las que tengan (o no) impactos sociales negativos en las comunidades en la que desarrollan sus actividades.

Por tanto, no es descabellado plantearse la ampliación de la legitimación a las asociaciones de consumidores cuando hablamos de estas prácticas desleales y plantear como propuesta para avanzar en su protección, ampliar y reforzar su legitimación pensando en estos supuestos. Esto permitiría tener resultados homogéneos y reducir los costes procesales, siendo tales costes un verdadero —casi insalvable— obstáculo para la tutela de los derechos e intereses colectivos. Es más, en junio de 2013 la Comisión Europea emitía una Recomendación a los Estados Miembros para que introdujeran en sus sistemas procesales mecanismos de tutela colectiva de los derechos e intereses de consumidores y usuarios⁶⁰, advirtiendo expresamente (apartado VII «Supervisión y presentación de informes»), que los Estados miembros debían «aplicar los principios establecidos (en aquella) a sus sistemas nacionales de recursos colectivos el 26 de julio de 2017, a más tardar».

⁶⁰ Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (2013/396/UE), DO L núm.201 de 26 de julio de 2013.

A raíz del caso *Dieseltgate*, generado entre otros motivos por la información fraudulenta presentada por Volkswagen sobre las emisiones contaminantes de sus vehículos, y que provocó afectados en todo el mundo, la Unión Europea se ha planteado reforzar de forma más contundente los derechos de los consumidores a través de una directiva sobre acciones en masa⁶¹. Desde la Comisión se indica que esta propuesta, bautizada como *New Deal for Consumers*⁶², debe ayudar a que el consumidor mantenga la confianza en las empresas en sus relaciones habituales, lo que ayudará a reforzar el concepto de mercado único interior. Así, además de ampliar la legitimación para entablar las acciones en masa, se pide multar a las empresas que incumplan derechos del consumidor con el 4% de sus ingresos anuales, cuando sus acciones provoquen daños generalizados al medioambiente y a las comunidades donde desarrollan sus actividades⁶³.

Es solo el inicio pero tal vez con estos pequeños avances se consiga au-
nar la protección de derechos humanos con los derechos de los consumi-
dores y se puede de algún modo mejorar el acceso a la justicia y por tanto,
mejorar la situación de los más vulnerables.

IV. Conclusiones

La demanda presentada en Francia contra la empresa *Total*, el primer caso basado sobre el incumplimiento del deber de vigilancia, por su responsabilidad indirecta que derivaría de las obligaciones establecidas en la Ley sobre el deber de vigilancia francesa, abre un camino nuevo y esperanzador. Lo que se pide es reconocer que la ley no se limita a pedir a las corporaciones la publicación de la información, sino también que la misma refleje la realidad de los impactos sobre el medio ambiente y los derechos humanos, tanto de la matriz como de sus filiales y de otras empresas que pertenecen al mismo grupo o que están bajo el su control. Es por ello por lo que creemos que esta acción legal marcará un punto de inflexión en la lucha a la impunidad corporativa.

Pero esta no es la única vía que se podría explorar para responsabilizar las corporaciones por sus actividades delictivas extraterritoriales; el derecho

⁶¹ Más información en: <https://confilegal.com/20180413-bruselas-plantea-reforzar-los-derechos-de-consumidores-con-una-directiva-que-impulse-las-acciones-colectivas/>.

⁶² Véase [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI\(2018\)623547](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI(2018)623547).

⁶³ Más información en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0183&from=EN>.

de la competencia ya sea entre las propias empresas o en su relación con los consumidores, podría abrir las puertas a nuevas acciones o ampliaciones de legitimaciones que permitieran pedir responsabilidades o incluso sancionar por publicar datos falsos o deliberadamente erróneos o incompletos en sus *reporting*.

Es manifiestamente claro que la tendencia general acepta ya que las relaciones entre empresas y derechos humanos requieren de instrumentos jurídicos vinculantes. Y decimos esto porque la reticencia que se palpa desde la Unión Europea a un Tratado Vinculante y los retrocesos constantes de las Sesiones del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta que tiene como objetivo este *Binding Treaty* no son sino muestras del interés en no llegar a una normativa de *hard law*. Si el sujetarse a normas estrictas, en el sentido de vinculantes, de control de promoción y protección de derechos humanos causa tanto desasosiego a las multinacionales es muestra de que es imprescindible alcanzar este objetivo, supranacional o nacional, que acabe con la sensación de impunidad diluida en la cadena de suministros. Solo en la medida que seamos capaces de implementar normas vinculantes podremos creer que la impunidad de las corporaciones internacionales tiene fecha de caducidad.

Pensamos que el *reporting* puede ser la punta de lanza que agriete la coraza empresarial porque es un instrumento que implementan como parte de su estructura empresarial. Saben que el consumidor actual se fija en las marcas y en su imagen corporativa y los informes de sostenibilidad les ayudan a proyectar una imagen de empresas comprometidas con el medio ambiente, alejadas de prácticas de esclavitud o defensoras de los derechos de los niños. Sabiendo esto deberíamos ser capaces de hacer de la necesidad virtud y exigir que esta imagen que pretenden dar a través del *reporting* en sentido extenso no solo se corresponda con la realidad, sino que en caso de no hacerlo conlleve sanciones jurídico-económicas cuantificables y materialmente exigibles.

Tenemos algunos ejemplos nacionales a seguir, ahí está la ley francesa o la holandesa, pero si son las corporaciones internacionales los verdaderos interlocutores se debería afrontar una regulación a nivel internacional. El peligro, como hemos visto en los diferentes *Drafts* que se han manejado en el seno de Naciones Unidas, es diluir la normativa en negociaciones con demasiados intereses en juego, cuando en realidad el objetivo único y último es la protección de los derechos humanos más elementales, y ese interés debería ser universal y ajeno a intereses empresariales. No debería ser imposible que la relación entre empresa y derechos humanos tuviera como consecuencia la impunidad.

Sobre las autoras

Lorena Sales Pallarés, es Profesora Titular de Universidad de Derecho Internacional Privado, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, de la Universitat de Castilla-La Mancha. Con anterioridad ha sido profesora de Derecho internacional privado en la Universitat Jaume I de Castelló, donde realizó sus estudios de Licenciatura, y defendió su Tesis Doctoral (Doctora cum laude por la Universitat Jaume I en 2002). Cuenta con más de 40 publicaciones entre libros, capítulos de libros y artículos en revistas especializadas sobre diversos temas que centran su labor investigadora. En este sentido y aunque su inicial línea de investigación fue el transporte marítimo y aéreo internacional, desde hace unos años trabaja fundamentalmente dos temáticas: las relaciones entre derechos humanos y empresas multinacionales y el derecho de familia internacional, cada una de las cuales sustentada por diversas publicaciones, seminario y proyectos de investigación nacionales y europeos (Proyecto Europeo «Human Rights in Business» entre 2014 y 2016). Además de participar como docente en diferentes masters oficiales, imparte conferencias a colectivos especializados y a diversas asociaciones profesionales, participando activamente en diversos grupos de trabajo dentro de la OIT dedicados a la esclavitud moderna. Recientemente participa en la creación y el impulso de la Red REDH-EXATA, redhexata.com.

María Chiara Marullo. Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Departamento de Derecho Privado de la Universitat Jaume I. Acreditada a Profesora Contratada Doctora. Miembro de la REDH-EXATA, redhexata.com. Doctora cum laude por la Universitat Jaume I (2014) y Premio Jaime Brunet a la mejor tesis doctoral a la promoción de los Derechos Humanos, Universidad Pública de Navarra (2016). Investigadora postdoctoral en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Departamento de Finanzas y Contabilidad. Grupos de investigación: «Sostenibilidad de las Organizaciones y Gestión de la Responsabilidad Social - Mercados Financieros» y «Derechos Humanos y Derechos Fundamentales». Investigadora en el proyecto «SMART Sustainable Market Actors for Responsible Trade» (2016-2020); colaboradora del proyecto «Constitución climática global: gobernanza y Derecho en un contexto complejo» (2017-2019) y investigadora en el Proyecto Europeo «Human Rights in Business» (2014-2016).

About the authors

Lorena Sales Pallarés, is Professor of International Private Law, at Faculty of Social Sciences of Cuenca, University of Castilla-La Mancha.

Previously, she was Professor of Private International Law at the Universitat Jaume I de Castelló; BA in Law, and PhD in Law at the University of Jaume I (2002). She has more than 40 publications among books, book chapters and articles in specialized reviews on various topics that focus her research work. Although her initial line of research was maritime and aerial international transport, for the last few years she has been working mainly on two subjects: the relationship between human rights and multinational companies and international family law, each of which supporting by various publications, seminars and national and European research projects (European Project «Human Rights in Business» between 2014 and 2016). In addition to teaching in different official masters, he gives lectures to specialized groups and various professional associations, actively participating in various working groups within the ILO dedicated to modern slavery. Recently, she participates in the creation and promotion of the network REDH-EXATA, redhexata.com.

María Chiara Marullo. Assistant Professor of Private International Law, Law Faculty, Department of Private Law, Universitat Jaume I. Member of the network: REDH-EXATA, redhexata.com. Doctor *cum laude* from the Universitat Jaume I (2014) and Jaime Brunet Award for the best doctoral thesis for the promotion of Human Rights, Public University of Navarra (2016). Postdoctoral Researcher, Department of Finance and Accounting, Universitat Jaume I. Research group: «Sustainability of Organizations and Management of Social Responsibility – Financial Markets» and « Human Rights and Fundamental Rights». Researcher in the «SMART Sustainable Market Actors for Responsible Trade» European Project (2016-2020); collaborator in the project: «Global climate constitution: governance and law in a complex context» (2017-2019), and researcher in the European Project «Human Rights in Business» (2014-2016).

El comercio justo en el marco de la contratación pública

Fair Trade in the Framework of Public Procurement

Carmen Agoués Mendizabal

Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco

carmen.agoues@ehu.eus

<http://orcid.org/0000-0002-7582-5993>

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-63-2020pp237-267>

Recibido el 6 de abril de 2020

Aceptado el 10 de mayo de 2020

Sumario: I. Consideraciones Iniciales.—II. El Comercio Justo. 1. Definición. 2. Los principios de Comercio Justo para fomentar unas relaciones comerciales más justas.—III. La contratación pública y el Comercio Justo en el marco normativo europeo. 1. La incorporación del Comercio Justo en el marco de la Unión Europea. 2. Las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE sobre contratación pública. 3. La Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública y el Comercio Justo. 4. Las etiquetas de Comercio Justo.—IV. La incorporación de cláusulas de Comercio Justo en en Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. 1. Introducción. 2. Fase de preparación de los contratos 3. Los criterios de adjudicación de los contratos. 4. Condiciones especiales de ejecución de los contratos.—V. Conclusiones.

Resumen: El presente estudio analiza la contratación del sector público como instrumento decisivo para promover unas relaciones de comercio más justas y contribuir así al respeto de los derechos humanos. La Ley de Contratos del Sector Público de 2017 permite incluir los criterios de Comercio Justo en el pliego de prescripciones técnicas particulares, en los criterios de adjudicación del contrato y/o en las condiciones de ejecución del contrato. Ahora bien, el alcance de la contratación pública, como instrumento para la consecución de un comercio que respete los principios vinculados al Comercio Justo, dependerá del compromiso adquirido por cada ente contratante en su política de contratación de bienes y servicios.

Palabras clave: derechos humanos, contratación pública, Comercio Justo, fases en el procedimiento de contratación pública, etiquetas.

Abstract: *The present study analyzes public procurement as a key tool to promote fairer trade relations and contribute to respect for human rights. Spanish Public Procurement Law of 2017 allows the Fair Trade criteria to be included in the specifications of particular technical requirements, in the contract award criteria and / or in contract performance conditions. However, the scope of public*

procurement, as an instrument to achieve a trade that respects the principles related to Fair Trade, will depend on the commitment acquired by each contracting entity in its policy of procurement of goods and services.

Keywords: *Human rights, public procurement, Fair Trade, different stages in a public procurement procedure, labels.*

I. Consideraciones Iniciales

Las grandes compañías externalizan algunas actividades empresariales en países que proporcionan mano de obra más barata y cuya normativa laboral y ambiental resulta menos restrictiva. Los productores de países en vías de desarrollo, que no disponen de mercados alternativos para comercializar sus productos, se ven forzados a vender sus productos por debajo del coste de producción. En esta coyuntura, la grandes firmas adquieren los productos al margen del coste social y ambiental de sus decisiones. Además, algunos sectores de estas cadenas de producción resultan particularmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales, y resultan víctimas de prácticas como pagos atrasados, modificaciones unilaterales o retroactivas de los acuerdos de suministro o cancelación de pedidos¹.

Las cadenas de producción de algunas compañías se ven sometidas, en ocasiones, a conductas que constituyen una clara vulneración de los derechos humanos². No obstante, en muchos casos, estas compañías resultan adjudicatarias de contratos del sector público en distintos estados miembros de la Unión Europea.

Este trabajo pretende contribuir a dar un paso más en ese objetivo de conseguir que en el marco de las cadenas de suministro globales se respeten

¹ Vid. la Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019 relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario (DOUE 25/04/2019). En 2016, la Unión Europea importó 100.000 millones de euros de alimentos, lo que significa que cientos de miles de agricultores y productores de todo el mundo dependen de sus relaciones comerciales con el mercado de la UE. Vid al respecto: <http://comerciojusto.org/una-nueva-directiva-europea-hara-frente-a-las-practicas-comerciales-desleales-en-el-sector-agricola/>, acceso el 8 de octubre de 2019.

² En 2014, Amnistía Internacional publicó el informe «Injustice Incorporated: Corporate abuses and the human right to remedy (Injustice Incorporated)», que ponía de manifiesto los obstáculos para la obtención de remedio en casos de violaciones de derechos humanos cometidas por empresas. Acceso, 9 de octubre de 2019, <https://www.amnesty.org/en/documents/pol30/7037/2017/en/>.

los derechos humanos y se prohíban las prácticas comerciales desleales, especialmente, de los productores que son el eslabón más débil y que se ubican generalmente en los países menos desarrollados. Los Derechos Humanos son uno de los principios clave de la norma ISO 20400, estándar sobre compra sostenible³, que define la compra sostenible como aquella que tiene los impactos más positivos posibles desde el punto de vista medioambiental, social y económico durante todo el ciclo de vida⁴.

El presente estudio pretende poner de relieve que el sector público puede contribuir de manera relevante a fomentar el comercio ético, a que las empresas comprometidas con los derechos humanos se beneficien de una mejor valoración en la adjudicación de contratos públicos, y contribuir, de manera indirecta, a su mejor reputación ante los inversores y los consumidores.

En el marco de la contratación del sector público, las cláusulas sociales vinculadas al Comercio Justo pueden constituir un instrumento decisivo para contribuir a mejorar la situación de pequeños productores que se encuentran en la posición más endeble en la negociación comercial. Las Administraciones públicas y los entes del sector público constituyen importantes activos para, a través de la contratación pública, favorecer un comercio más equitativo para los pequeños productores de los países en desarrollo.

Según el Observatorio de la Contratación Pública, la contratación pública representa alrededor de 20 % del PIB de España⁵. Como veremos en los siguientes apartados, los órganos de contratación del sector público pueden hacer valer cláusulas de Comercio Justo en las distintas fases de la contratación pública; de este modo, las autoridades públicas pueden, por ejemplo, priorizar al licitador que incluya en su oferta productos y servicios con criterios de Comercio Justo.

La orientación estratégica de la contratación pública hacia la igualdad de oportunidades y la justicia social encuentra también su fundamento jurídico en los principios del Derecho de la UE. El Parlamento Europeo en su Resolución 2005/2245, sobre *Comercio Justo y Desarrollo*⁶, considera que el Comercio

³ Publicada el 20 de abril de 2017. Acceso 9 de octubre de 2019: <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:20400:ed-1:v1:es>.

⁴ La norma ISO 20400 describe en detalle todos los impactos de sostenibilidad y consideraciones que se deben incorporar en los distintos aspectos de las actividades de adquisición. Es una actualización de BS 8903, ya que tiene en cuenta todos los nuevos conceptos como pueden ser el ciclo de vida, la complejidad y el coste global. En su elaboración han participado más de 40 naciones de Europa, África, América Central y América del Sur, así como EEUU, Canadá, Australia, Japón, China.

⁵ Acceso, el 4 de octubre de 2019, <http://www.obcp.es/>.

⁶ Resolución del Parlamento Europeo sobre comercio justo y desarrollo (2005/2245(INI)). Acceso, el 9 de octubre de 2019, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0320+0+DOC+XML+V0//ES>

Justo y otras iniciativas comerciales sujetas a controles independientes, constituyen instrumentos importantes «para la reducción de la pobreza y el desarrollo sostenible, garantizando un acceso estable y sostenible al mercado europeo y aumentando la sensibilización de los consumidores y considerándolo como instrumento válido para alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio».

La cuarta generación de Directivas de contratación pública ha asumido una visión estratégica de la compra pública⁷ con el objeto de posibilitar y facilitar la incorporación de aspectos sociales en los procesos de licitación de contratos públicos, y coadyuvar a alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020. Las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE, han promovido la denominada «contratación pública estratégica», para favorecer la consecución de objetivos propios de políticas públicas sociales y laborales, medioambientales, de apoyo a la PYMEs, la innovación y el desarrollo o la defensa de la competencia.

Desde esta perspectiva, el presente estudio pretende abordar las posibilidades que ofrece la contratación pública como medio de desarrollar objetivos sociales, y en concreto, el Comercio Justo. Con este objetivo, se aborda, en primer lugar, el propio concepto de «Comercio Justo» y sus principios; a continuación se analiza el marco europeo de contratación pública, para pasar a examinar los mecanismos de contratación pública previstos en el ordenamiento jurídico español que permiten incidir y promover una compra más sostenible y solidaria. En concreto, se expondrán las posibilidades que tienen los órganos de contratación para utilizar criterios de Comercio Justo en sus licitaciones públicas en las distintas fases de la contratación pública; concretamente en la preparación y definición del contrato, a la hora de establecer los criterios de adjudicación del contrato y al establecer las condiciones especiales de ejecución del contrato.

II. El Comercio Justo

1. Definición

Es preciso adelantar que no existe un concepto normativo de Comercio Justo. Tanto la Comisión Europea como el Parlamento Europeo han

⁷ Conformada por la Directivas 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adjudicación del contrato de concesión; la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; y 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

adoptado la definición formulada por FINE, que constituye una plataforma integrada por los principales referentes de Comercio Justo⁸ y define el Comercio Justo como:

«Una relación de intercambio comercial basada en el diálogo, la transparencia y el respeto, que busca una mayor equidad en el comercio internacional. Contribuye al desarrollo sostenible ofreciendo mejores condiciones comerciales y asegurando los derechos de los pequeños productores y trabajadores marginados, especialmente del Sur. Las organizaciones de Comercio Justo, apoyadas por los consumidores, están activamente comprometidas en apoyar a los productores, sensibilizar y desarrollar campañas para conseguir cambios en las reglas y prácticas del comercio internacional convencional».

Tal y como sostiene MEDINA ARNAIZ, los primeros pasos en iniciativas de Comercio Justo datan de finales de los años cuarenta en Estados Unidos⁹. En 1964, en el seno de la primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), bajo el lema «Comercio, no ayuda», los países en desarrollo exigieron que se abrieran las fronteras a sus productos agrícolas y reivindicaron un nuevo orden económico internacional con relaciones comerciales más justas que permitieran su desarrollo económico. En la actualidad, muchas ciudades están comprometidas con la promoción del Comercio Justo en sus municipios¹⁰.

El Comercio Justo persigue proporcionar oportunidades de desarrollo a pequeños productores y trabajadores de países en vías de desarrollo, y orientar el sistema de comercio internacional y de las empresas privadas

⁸ La definición fue acordada en el 2001 por *Fairtrade Labelling Organizations International* (FLO), *International Federation for Alternative Trade* (IFAT), *Network of World Shops* (NEWS), y *European Fair Trade Association* (EFTA). IFAT ha sido renombrada como *World Fair Trade Organization* e incluye a la ex organización NEWS.

⁹ Teresa Medina Arnaiz, opinión emitida para el Observatorio de Contratación pública con fecha 16/03/2015, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.190/releategoria.121/relemenu.3/chk.d1be71b14d176574721ed2e36b274381>.

Explica la autora que a finales de los años cuarenta en Estados Unidos, las organizaciones *Ten Thousand Villages* y *SERRV* establecieron vínculos directos con productores artesanales de países del Sur para comercializar sus productos. También en Europa, a finales de los cincuenta, *OXFAM UK* empezó a comercializar artesanía fabricada por refugiados chinos, en sus tiendas del Reino Unido. Asimismo, en los Países Bajos, jóvenes católicos neerlandeses crearon una asociación para importar productos de los países en desarrollo bajo la modalidad de «tiendas solidarias».

¹⁰ 2000 ciudades de Comercio Justo en más de 30 países. Vid. la página web, con acceso 8 de octubre 2019, <http://www.fairtradetowns.org/>.

hacia un comportamiento justo que favorezca el desarrollo sostenible¹¹. En este marco, el Comercio Justo promueve un nuevo paradigma para los procesos de contratación pública, que obliga a ir más allá de los criterios económicos en la adjudicación de los contratos públicos.

Los agentes intervinientes en el Comercio Justo son varios: los grupos productores, que normalmente están organizados en cooperativas o asociaciones¹²; las empresas que importan productos de Comercio Justo que compran directamente a los grupos productores y distribuyen las mercancías; las tiendas de Comercio Justo, que desarrollan una labor comercial; y los consumidores.

Las organizaciones de Comercio Justo tienen por objeto comercializar productos bajo estos criterios y sensibilizar a los consumidores y desarrollar campañas para conseguir cambios en las reglas y prácticas del comercio internacional convencional.

Las normas sobre el Comercio Justo se establecen de acuerdo con lo exigido por la Alianza Internacional para la Certificación y el Etiquetado Social y Medioambiental (*International Social and Environment Accreditations and Labelling Alliance – ISEAL*). Esta Alianza es una colaboración formal de organizaciones internacionales de normalización y de evaluación de la conformidad centrada en asuntos sociales y ambientales.

Existen dos organismos internacionales de normalización del Comercio Justo que certifican a las organizaciones del Comercio Justo en todo el mundo, siguiendo los principios de ISEAL: la Organización Internacional de Etiquetado de Comercio Justo (*Fairtrade Labelling Organizations – FLO*) y la Organización Mundial de Comercio Justo (*World Fair Trade Organization – WFTO*), que es miembro asociado de ISEAL.

2. *Los principios de Comercio Justo para fomentar unas relaciones comerciales más justas*

La Organización Mundial de Comercio Justo (WFTO)¹³ ha establecido 10 principios que deben ser cumplidos por las organizaciones que trabajan en Comercio Justo. Los diez criterios incluyen: la creación de oportunidades para productores con desventajas económicas para favore-

¹¹ *Vid.* en este sentido, el Informe sobre *Comercio justo y desarrollo* (2005/2245 (INI), Comisión de Desarrollo, del Parlamento Europeo.

¹² En su mayoría son grupos de Asia, África, Oceanía y América Central y del Sur.

¹³ Es la entidad de mayor representatividad del Comercio Justo; constituye una red mundial integrada por más de 300 organizaciones de más de 60 países que acredita a Organizaciones de Comercio Justo que cumplan los 10 criterios.

cer su desarrollo comercial; la transparencia y gestión democrática, que exige involucrar a los productores en los procesos de toma de decisiones; una relación comercial equitativa a largo plazo con los productores¹⁴; un precio justo¹⁵ a los productores que cubra los costes de una producción y un modo de vida digno; asegurar la ausencia de trabajo infantil y trabajo forzoso¹⁶; no discriminación, igualdad de género y el empoderamiento económico de la mujer y la libertad de asociación; protección de los derechos humanos y de los trabajadores¹⁷; desarrollar actividades específicas para ayudar a los productores a mejorar sus habilidades de gestión, capacidades de producción y el acceso a los mercados locales, regionales o internacionales de Comercio Justo; y el cuidado del medio ambiente a través del uso de materias primas de fuentes gestionadas en forma sostenible y el uso de tecnologías de producción que buscan reducir el consumo de energía.

Estos principios constituyen una «forma de comercio» para la consecución de unas relaciones comerciales más justas. Los principios mencionados pretenden vincular la competitividad económica con la justicia social y el respeto al medio ambiente.

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible¹⁸, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2015, plantea distintos objetivos y el número 17 (Fortalecer los medios de ejecución y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible) en su punto 12 se marca como Ob-

¹⁴ Los compradores de Comercio Justo deben asegurar que los pedidos sean pagados al momento de recibir los productos y de acuerdo a los criterios acordados por ambas partes. Los compradores deben consultar con los proveedores antes de cancelar o rechazar un pedido. Cuando los pedidos son cancelados por causas ajenas a los productores o proveedores, se debe garantizar una compensación adecuada por el trabajo ya hecho.

¹⁵ Un precio justo es aquel que ha sido establecido de mutuo acuerdo por todos a través del diálogo y la participación, que proporciona un pago justo a los productores y también puede ser sostenido por el mercado. También se debe garantizar un pago justo, es decir, la provisión de una remuneración socialmente aceptable (en el contexto local), considerado justo por los mismos productores y que tiene en cuenta el principio de pago igual por trabajo igual tanto para mujeres como para los hombres.

¹⁶ Las Organizaciones que compran productos de Comercio Justo de los grupos de productores, sea directamente o a través de intermediarios, se deben asegurar de que no se utilice el trabajo forzoso en la producción y que el productor cumpla con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y las leyes nacionales/locales sobre el empleo de niños y niñas.

¹⁷ Se ha de cumplir, como mínimo, con las leyes nacionales y regionales y los convenios de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, sobre la salud y la seguridad. Las organizaciones de Comercio Justo se han de informar sobre las condiciones de salud y seguridad de los grupos productores que les venden los productos.

¹⁸ Aprobada mediante Resolución 70/1 de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) de 25 de septiembre de 2015.

jetivo «Lograr la consecución oportuna del acceso a los mercados, libre de derechos y de contingentes, de manera duradera para todos los países menos adelantados (...), entre otras cosas velando por que las normas de origen preferenciales aplicables a las importaciones de los países menos adelantados sean transparentes y sencillas y contribuyan a facilitar el acceso a los mercados».

Por su parte, el Parlamento Europeo, siguiendo los principios referidos, en el art. 2 de la Resolución n.º2245/2005, establece que el Comercio Justo debe cumplir una serie de criterios definidos por el movimiento en favor del Comercio Justo en Europa:

- a) *un precio justo al productor, que garantice unos ingresos justos y que permita cubrir unos costes sostenibles de producción y los costes de subsistencia; este precio debe igualar, por lo menos, al precio y la prima mínimos definidos por las asociaciones internacionales de comercio justo*
- b) *parte del pago se debe efectuar por adelantado, si el productor así lo solicita*
- c) *una relación estable y a largo plazo con los productores, así como la intervención de éstos en el establecimiento de normas de comercio justo*
- d) *transparencia y rastreabilidad en toda la cadena de abastecimiento, a fin de garantizar una información adecuada al consumidor*
- e) *unas condiciones de producción que respeten los ocho convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*
- f) *el respeto del medio ambiente, la protección de los derechos humanos, en particular de los derechos de las mujeres y los niños, así como el respeto de los métodos de producción tradicionales que favorezcan el desarrollo económico y social*
- g) *programas de desarrollo de capacidades y capacitación para los productores, en especial para los pequeños productores marginales de los países en desarrollo, para sus organizaciones y para sus respectivas comunidades, a fin de garantizar la sostenibilidad del comercio justo*
- h) *el respaldo a la producción y la entrada al mercado de las organizaciones de productores*
- i) *actividades de sensibilización sobre la producción y las relaciones comerciales en el marco del comercio justo, su misión y sus objetivos, y sobre la injusticia reinante en las normas del comercio internacional*
- j) *el seguimiento y la verificación del cumplimiento de estos criterios, en cuyo marco debe corresponder un importante papel a las orga-*

- nizaciones del hemisferio sur, con miras a una reducción de costes y una mayor participación de las mismas en el proceso de certificación*
- k) *evaluaciones de impacto periódicas sobre las actividades relacionadas con el comercio justo*

Por su parte, el Parlamento Europeo, mediante una Resolución de junio de 2016 sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países, se ha pronunciado a favor de la adopción de los Principios Rectores de las Naciones Unidas en relación con los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos¹⁹, pide a los Estados miembros «que prioricen como acción inmediata el establecimiento de la diligencia debida obligatoria en materia de derechos humanos en el caso de las empresas que suministran bienes o servicios mediante contratos públicos».

Es preciso, también, hacer una breve referencia al Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) que entró en vigor en 2014²⁰; se trata de un acuerdo plurilateral negociado en el marco de la OMC²¹, que tiene por objeto garantizar condiciones de competencia abiertas, equitativas y transparentes en la esfera de la contratación pública. El texto del Acuerdo establece principios generales y prescripciones de procedimiento detalladas que las partes en el ACP están obligadas a aplicar en las actividades de contratación abarcadas y, entre ellas, cabe destacar las disposiciones sobre trato especial y diferenciado para los países en desarrollo en las que se prevén medidas de transición destinadas a apoyar las prioridades de desarrollo de esos países²²; la Di-

¹⁹ Resolución 17/4, de 16 de junio de 2011 que recoge los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos.

²⁰ El Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) cuenta actualmente con 20 Partes, que abarcan a 48 Miembros de la OMC. Se cuenta como una sola Parte a la Unión Europea y sus 28 Estados miembros, todos los cuales se han adherido al Acuerdo. El ACP revisado, entró en vigor el 6 de abril de 2014. consultar en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm. Acceso 11 de octubre de 2019.

²¹ Vid sobre el ACP: Rodríguez Arana, Jaime Jaime Jinesta Lobo, José Antonio Moreno Molina, Karlos Navarro Medal y Ernesto Jinesa Lobo., *Derecho Internacional de las Contrataciones Públicas*, Konrad Adenauer Stiftung, Costa Rica: Editorial Guayacán, 2011), 57-64. http://www.kas.de/wf/doc/kas_29075-1522-4-30.pdf?111012200416.

²² *Artículo V: Trato especial y diferenciado para los países en desarrollo*

En la aplicación y administración del presente Acuerdo, y de conformidad con las disposiciones enunciadas en este artículo, las Partes tendrán debidamente en cuenta las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en desarrollo, en particular de los países menos adelantados, considerando su necesidad de: a) salvaguardar la situación de su balanza de pagos y garantizar un nivel de reservas suficiente para la realización de programas de desarrollo económico; b) promover la creación o el desarrollo de ramas de producción nacionales, incluido el desarrollo de las pequeñas industrias y la artesanía en las zonas rurales o atrasadas, así como el desarrollo de otros sectores de la economía; c) apoyar a los estable-

rectiva 2014/24/UE se hace eco del ACP al hacer referencia a la necesidad de conciliar los objetivos del ACP²³.

Finalmente, resulta ineludible referirse a la reciente Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, *relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario*²⁴, que con el objetivo de luchar contra las prácticas desleales, establece una lista mínima de prácticas comerciales desleales prohibidas en las relaciones entre compradores y proveedores en la cadena de suministro agrícola y alimentario e impone unas normas mínimas en relación con el control del cumplimiento de esas prohibiciones, así como disposiciones para la coordinación entre las autoridades encargadas de ese control del cumplimiento. La Directiva se aplica a las ventas entre un proveedor y un comprador cuando uno de los dos, o ambos, estén establecidos en la Unión. Además, debe aplicarse a todas las autoridades públicas que actúen como compradoras. Cabe destacar entre las prácticas prohibidas: la morosidad en el pago de productos agrícolas y alimentarios, la cancelación con escasa antelación de los pedidos de productos perecederos; las represalias del comprador contra un proveedor que ejerce sus derechos, o la amenaza de tomar tales represalias.

III. La contratación pública y el Comercio Justo en el marco normativo europeo

1. La incorporación del Comercio Justo en el marco de la Unión Europea

El art. 3.5 del Tratado de la Unión Europea²⁵, establece que la Unión Europea en sus relaciones con el resto del mundo, contribuirá, entre otros

cimientos industriales que dependan totalmente o en medida considerable de la contratación pública; d) fomentar su desarrollo económico mediante acuerdos regionales o generales entre países en desarrollo, presentados a la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (en adelante «OMC») y no desaprobados por ella.

2. De conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo, en la preparación y aplicación de las leyes, reglamentos y procedimientos relativos a la contratación pública, cada Parte facilitará el aumento de las importaciones procedentes de los países en desarrollo, teniendo presentes los problemas especiales de los países menos adelantados y de aquellos países que se hallan en niveles bajos de desarrollo económico.

²³ Vid. los considerandos 17, 18, 80, 98 y 134, así como los arts. 6 y 25 de la Directiva 2014/24/UE.

²⁴ «DOUE» núm. 111, de 25 de abril de 2019, páginas 59 a 72.

²⁵ Publicado en DOUE núm. 340 de 10 de noviembre de 1997 y BOE de 13 de enero de 1994.

aspectos al *comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño.*

Atendiendo a dichos objetivos, la competencia exclusiva de la UE sobre política comercial comunitaria (art. 207 TFUE) ha de ponerse en relación con el art. 208 del TFUE²⁶ que dispone como objetivo principal de la política de la Unión, la reducción y la erradicación de la pobreza. Asimismo, establece que la Unión tendrá en cuenta los objetivos de la cooperación para el desarrollo al aplicar las políticas que puedan afectar a los países en desarrollo.

Las dos primeras generaciones de Directivas comunitarias en el ámbito de la contratación pública²⁷ venían marcadas por el objetivo de remover los obstáculos para la consecución de un Mercado Común Único, sin atender a aspectos sociales; han sido los documentos *sowt law*, aprobados en su mayoría por la Comisión, y la propia jurisprudencia del TJUE, los principales actores en la introducción de aspectos sociales y ambientales en la contratación pública²⁸.

Ya en 1996 se publicó por la Comisión *el Libro Verde, de 27 de noviembre de 1996, «La contratación Europea: Reflexiones para el*

²⁶ Publicado en DOUE C 83/49, de 30 de marzo de 2010.

²⁷ La Directiva 70/32/CEE de la Comisión, de 17 de diciembre de 1969, sobre suministros de productos del Estado, sus entes territoriales y personas jurídicas de Derecho público; la Directiva 71/304/CEE, de 26 de julio de 1971, relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de contratos públicos de obras y a la adjudicación de contratos públicos de obras por medio de agencias o sucursales; Directiva 71/305/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras: la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministros; la Directiva 88/295/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988, por la que se modifica la Directiva 77/62/CEE de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro y por la que se derogan determinadas disposiciones de la Directiva 80/767/CEE; la Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1989, que modifica la Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de celebración de los contratos públicos de obras; la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, sobre los contratos de servicios, la Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre los contratos de suministros, y la Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre los contratos de obras, modificadas todas ellas posteriormente por la Directiva 97/52/CE, del Parlamento y el Consejo de 13 de octubre de 1997. A ellas habría que unir la Directiva 93/38/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y de las telecomunicaciones.

²⁸ *Vid.* Manuel Gomez Ruiz, *Aspectos sociales y medioambientales de la contratación pública*, (Universidad de Cádiz, 2015), 39-68.

<https://rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/18516/ASPECTOS%20SOCIALES%20Y%20MEDIOAMBIENTALES%20EN%20LA%20CONTRATACION%20C3%93N%20C3%9ABLICA..pdf?sequence=1&isAllowed=y>

futuro»²⁹, en donde se sostenía que la normativa sobre contratación pública podía contribuir a cumplir los objetivos de la política social y del medioambiente. Se estimaba que las Directivas vigentes en aquel momento permitían excluir de la licitación a los empresarios que hubieran cometido una falta grave relacionada con la infracción de una legislación encaminada a fomentar objetivos sociales; asimismo, se consideraba que no cabía incluir cláusulas sociales como criterios de adjudicación de los contratos y que cabía la inclusión de cláusulas sociales como meros criterios de desempate entre ofertas equivalentes o como condiciones de ejecución contractual a realizar por la empresa adjudicataria³⁰.

El 17 de septiembre de 2002, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea dictó la Sentencia «*Concordia Bus Finland Oy Ab contra Helsingin kaupunki y otros*»³¹ y entendió que los criterios de adjudicación adoptados por el órgano contratante no tienen que ser necesariamente de naturaleza económica, y refiriéndose a los requisitos medioambientales, sostuvo que «deben estar relacionados con el objeto del contrato».

La STJCE, de 4 de diciembre de 2003, EVN AG³², tras recoger la doctrina fijada en *Beentjes* y en *Concordia Bus* sostuvo que para que una cláusula de contenido social o ambiental sea válida como criterio de adjudicación, debe estar relacionada con el objeto del contrato, no puede otorgar a la entidad adjudicadora una libertad ilimitada de elección, debe cumplir con el principio de transparencia —anunciándose expresamente en el pliego de cláusulas administrativas o en el anuncio de licitación—, y debe respetar todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, especialmente el de no discriminación³³.

En esta coyuntura, instituciones europeas como el Parlamento Europeo o el Comité de las Regiones de la UE, entendieron el Comercio Justo como una forma de mejorar la gestión pública, e instaron a todos los Estados miembros a poner en marcha acciones que garantizaran, de forma sistemática, iniciativas de compra pública ética. Aludiré, a continuación, a algu-

²⁹ COM (96) 583 final, de 27 de noviembre de 1996.

³⁰ Vid. José Antonio Moreno Molina y Francisco Pleite Guadamillas, *Nuevo régimen de la contratación administrativa (adaptada al nuevo reglamento de contratos y a la Ley de Concesión de Obras Públicas)*, Madrid: La Ley, 2003, pág. 381.

³¹ C-513/99.

³² Asunto C-448/01. *EVN y Wienstrom GmbH contra República de Austria*.

³³ El TJUE sostuvo que la normativa comunitaria en materia de contratación pública no se opone a que una entidad adjudicadora establezca, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, al que se atribuye un coeficiente de ponderación del 45 %.

nos documentos que, junto a la jurisprudencia del TJUE, han contribuido a poner de relieve la importancia de insertar cláusulas de Comercio Justo en la contratación pública.

Así, la «*Resolución sobre el consumo de café como actividad de apoyo a los pequeños productores de café en el Tercer Mundo y la introducción de este café en el seno de las instituciones comunitarias*» adoptada por el Parlamento Europeo en 1991³⁴; o el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «*Movimiento en favor de una marca de Fair Trade europea*»³⁵ de 1996, recomendaba crear una línea presupuestaria propia para promover la actividad de las organizaciones de certificación.

También en 1999 la Comunicación de la Comisión al Consejo relativa al «*Comercio Justo*»³⁶, reconocía que con el Comercio Justo los productores de los países en desarrollo pueden obtener mayores ingresos por sus productos y tienen más posibilidades de encontrar nuevos mercados, hacía un llamamiento a favor de una etiqueta única e invocaba la necesidad de una verificación y un control independiente³⁷.

Posteriormente, en el Informe sobre «*Comercio justo y el desarrollo*» de 2006³⁸, el Parlamento Europeo pidió la incorporación del concepto de «Comercio Justo» en todas las políticas de la UE, destacó el riesgo de aprovechamiento indebido por parte de las empresas que acceden al mercado del Comercio Justo sin cumplir los criterios de certificación. Asimismo, pidió a las entidades públicas territoriales que, en sus licitaciones, prestaran una atención especial a los productos del Comercio Justo; y subrayó que todas las instituciones de la UE deberían usar productos de Comercio Justo en sus servicios internos³⁹.

La Comisión Europea, por su parte, en la Comunicación del 5 de mayo de 2009, *Contribución al desarrollo sostenible: el papel del comercio justo y de los sistemas no gubernamentales de garantía de la sostenibilidad comercial*⁴⁰ señaló que, según las normas europeas de contratación pública, los órganos de contratación que desean comprar mercancías de Comercio Justo no pueden exigir etiquetas específicas, porque, de ese

³⁴ Parlamento Europeo, 1991, p.34.

³⁵ CES 538/96/24.4.96.

³⁶ COM (1999)619 final.

³⁷ Así, se ha introducido con éxito el «Sello de Certificación del comercio justo FAIR-TRADE».

³⁸ Informe del Parlamento Europeo sobre *comercio justo y desarrollo* (2005/2245(INI).

³⁹ En junio de 2006 el Consejo Europeo adoptó su estrategia revisada para un desarrollo sostenible y animó a los Estados miembros a promover los productos sostenibles, incluido el Comercio Justo. Acceso 11 de octubre de 2019, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/06/st10/st101117.es06.pdf>, página 13.

⁴⁰ COM(2009) 215 final.

modo, podría limitarse el acceso a la contratación de productos que no están certificados como tales pero que cumplen normas similares de comercio sostenible. La Comisión entendió que las cláusulas de Comercio Justo pueden venir definidas en las especificaciones técnicas de las mercancías, deben ir unidas al objeto del contrato y cumplir las demás normas pertinentes de contratación pública de la UE. La Comisión señala que lo más relevante son los subcriterios que constituyen la base de las etiquetas, por ejemplo, la etiqueta «Fairtrade» y que cabe utilizar solo los que sean pertinentes al objeto de su compra⁴¹. Desde esa perspectiva, se debe permitir siempre a los licitadores demostrar el cumplimiento de estos criterios utilizando etiquetas de Comercio Justo u otros sistemas de etiquetado con los que se pretende informar a los consumidores sobre la sostenibilidad de la elaboración del producto⁴². Asimismo admite que los criterios ambientales y sociales también pueden incorporarse en las cláusulas de ejecución, siempre que estos criterios estén ligados a la ejecución del contrato en cuestión.

En su Dictamen de 2010, en relación a la referida Comunicación, el Comité de las Regiones⁴³ sugiere la elaboración de una «Estrategia europea del comercio justo para los entes locales y regionales», que incorpore distintas medidas: sólo propongan café y té procedentes del Comercio Justo en sus reuniones, oficinas y comedores; los consejos municipales apoyen campañas en tal sentido; la labor de las «tiendas del mundo» se beneficie del reconocimiento de los municipios; las ciudades se esfuercen en el mayor número posible por verse recompensadas por el título de «Ciudades del Comercio Justo».

Finalmente, en la Comunicación «Comercio, crecimiento y desarrollo: Una política de comercio e inversión a medida para los países en desarrollo» (2012)⁴⁴, la Comisión Europea invitó a los Estados miembros a fomentar el Comercio Justo y ético y a facilitar las opciones de compra de Comercio Justo y ético por parte de las autoridades públicas en Europa, en el contexto de la revisión de las directivas de contratación pública.

⁴¹ Según la Comunicación de 2009, Europa es el hogar del Comercio Justo: entre el 60 % y el 70 % de las ventas mundiales se produce en Europa, con grandes variaciones entre el mercado que está creciendo más rápidamente, Suecia, y los Estados miembros de más reciente incorporación, donde el concepto es aún relativamente nuevo.

⁴² En el anexo I de la Comunicación figuran algunos términos y organizaciones.

⁴³ 2010/C 175/03, publicado en el DOUE C175, de 1 de julio de 2010. Se pone de relieve que los consumidores de la Unión Europea compran cada año productos que tienen el certificado de Comercio Justo por un valor aproximado de 1.500 millones de euros, setenta veces más que en 1999.

⁴⁴ COM (2012), p.16

No obstante el interés y la relevancia de los documentos citados, es preciso indicar que se trata de documentos no vinculantes⁴⁵, y que es el marco normativo de las Directivas de contratación el que realmente define el nuevo escenario vinculado al Comercio Justo.

2. Las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE sobre contratación pública

Si bien la Comisión Europea, ya en su Comunicación de 1989 «*Aspectos regionales y sociales de la contratación pública*» había constatado que la contratación pública constituía un importante instrumento de política económica en atención a su importante volumen de gasto⁴⁶, y el TJCE había consagrado la posibilidad de alcanzar objetivos sociales con la adjudicación de contratos públicos⁴⁷, sin embargo, fueron las Directivas de tercera generación (2004/17/CE⁴⁸ y 2004/18/CE)⁴⁹, las que permitieron considerar aspectos sociales en la contratación pública; concretamente, la Directiva europea 2004/18/CE, que regulaba los contratos públicos de obras, suministros y servicios, permitía la inclusión de criterios sociales y ambientales en los pliegos de contratación, siempre que estuvieran vinculados al objeto del contrato, estuvieran expresamente mencionados, y respetaran las libertades

⁴⁵ Vid. Además la Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social —uno de los siete ejes de la Estrategia Europa 2020— o el Acta del Mercado Único de 2010, que abordan la Responsabilidad Social Corporativa. La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Estrategia renovada de la Unión Europea (Unión Europea) para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas» Bruselas, 25.10.2011, COM(2011) 681 final; la Comunicación de la Comisión de mayo de 2014 «Reforzar el papel del sector privado para lograr un crecimiento sostenible e inclusivo en los países en desarrollo» (COM(2014) 263 final); el Plan de Acción sobre derechos humanos y democracia 2015-2019 de la UE .

⁴⁶ COM (89) 400 final.

⁴⁷ Sentencia *Gebroeders Beentjes* (Sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 1988, Asunto C-31/87, Rec. pág. I-4635). Vid. sobre esta sentencia, Teresa Medina Arnaiz , «La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista española de derecho administrativo*, n.º 153 (2012), 5. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, «El procedimiento de adjudicación de los contratos de obras públicas en el Derecho Comunitario (El caso *Gebroeders Beentjes Bve/Estado de los Países Bajos* de 20 de septiembre de 1988)», *Noticias CEE* , n. 65 (1990), 133-138. José Antonio Moreno Molina, *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, (Madrid, McGraw-Hill, 1996), 62 y 63.

⁴⁸ Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, con fecha 31 de marzo de 2004, que coordina los procedimientos de contrataciones de las entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

⁴⁹ Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, con fecha 31 de marzo de 2004, relativa a la coordinación de procedimientos para la adjudicación de contratos de obras públicas, contratos de suministro público y contratos de servicios públicos.

fundamentales de la legislación comunitaria: libertad de circulación de mercancías, libre establecimiento y libre prestación de servicios; así como los principios que se derivan de las mismas: igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

En relación con las especificaciones técnicas a incluir en los pliegos⁵⁰, la Directiva de 2004/18/CE en su Considerando 29 aludía expresamente a la posibilidad de prescribir características medioambientales, tales como un método de producción dado, y/o los efectos medioambientales específicos de grupos de productos o servicios. Admitía especificaciones definidas por etiquetas ecológicas, *si las exigencias de la etiqueta se desarrollan y adoptan basándose en una información científica mediante un proceso en el que puedan participar todas las partes implicadas, como son los organismos gubernamentales, consumidores, fabricantes, distribuidores y organizaciones medioambientales, y si la etiqueta es accesible y está a disposición de todas las partes interesadas. [...] Dichas especificaciones técnicas deben indicarse claramente, de modo que todos los licitadores sepan qué abarcan los requisitos establecidos por el poder adjudicador.*

En relación con la introducción de cláusulas sociales en las condiciones de ejecución, la Directiva en su Considerando 33 establecía su compatibilidad con la Directiva siempre y cuando no fueran directa o indirectamente discriminatorias y fueran señaladas en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones⁵¹.

En cuanto a los criterios de adjudicación del contrato, se señalaba que debían de tratarse de criterios objetivos que garantizaran el respeto de los *principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato*. La Directiva establecía que se debían definir criterios económicos y cualitativos que en su conjunto permitieran determinar *la oferta económicamente más ventajosa* para el poder adjudicador. Ahora bien, la determinación de esos criterios debía depender del objeto del contrato, de modo que permitieran

⁵⁰ El apartado 1, letra b), del anexo VI de la Directiva 2004/18 define el concepto de «especificación técnica», cuando se trate de contratos públicos de suministro, como «aquella especificación que figure en un documento en el que se definen las características exigidas de un producto [...], como, por ejemplo, los niveles de calidad, los niveles de actuación sobre el medio ambiente [...]».

⁵¹ Asimismo, establece que: *En particular, pueden tener por objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente. Como ejemplo se pueden citar, entre otras, las obligaciones —aplicables a la ejecución del contrato— de contratar a desempleados de larga duración o de organizar acciones de formación para los desempleados o los jóvenes, de respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional, de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional.*

evaluar el nivel de rendimiento de cada oferta *respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas*.

En relación con la cuestión concreta de las posibilidades de compra de productos de Comercio Justo por parte de los poderes adjudicadores, el debate se ha centrado en cómo compatibilizar los principios que presiden la contratación pública con la exigencia de unas específicas etiquetas sociales en el momento de identificar las necesidades del órgano de contratación, los criterios de adjudicación o al diseñar las especificaciones técnicas del contrato.

La sentencia de 10 de mayo de 2012 «NordHolland», que enfrentó a la Comisión Europea contra el Reino de los Países Bajos⁵² afirma por primera vez que los contratos públicos pueden valorar positivamente los productos de «origen comercial más justo». En la citada sentencia, en relación con la adjudicación de un contrato público de suministro y mantenimiento de máquinas expendedoras de café, el TJUE entiende que la consideración de determinadas políticas sociales y ambientales en los procesos de contratación pública no sólo es una opción posible sino que en algunos casos está más que justificada para dar coherencia y efectividad a la gestión y ejecución de los recursos públicos. El TJUE examina, principalmente, la compatibilidad de requerir el suministro de productos de Comercio Justo con los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación, a fin de determinar si la exigencia de utilizar una etiqueta o certificación específica —la etiquetas MAX HAVELAAR—⁵³ en la formulación de las especificaciones técnicas del contrato y entre los criterios de adjudicación, contraviene estos principios cardinales en la contratación pública. La etiqueta se basa en cuatro criterios, a saber, que el precio pagado debe cubrir todos los gastos y comprender una prima adicional con respecto a los precios del mercado, que la producción debe ser objeto de una prefinanciación y que el importador debe mantener relaciones comerciales de larga duración con los productores. El Tribunal entiende que, para garantizar una concurrencia realmente efectiva, las referencias que en un anuncio de licitación aluden a las características, a la función de los productos o al proceso de producción de los mismos no pueden recaer en una etiqueta concreta cuando no se indi-

⁵² C-368/10. Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos.

⁵³ La etiqueta MAX HAVELAAR es una etiqueta privada gestionada por una fundación de Derecho civil neerlandesa, con arreglo a las normas adoptadas por una organización internacional de referencia, la Fairtrade Labelling Organisation (FLO). Se utiliza en varios países, entre ellos los Países Bajos, con el fin de favorecer la comercialización de los productos procedentes del Comercio Justo. Esta etiqueta certifica que los productos a los que se concede se compran a organizaciones constituidas por pequeños productores de países en desarrollo a un precio y condiciones justos.

can los criterios en que se basa, ni se autoriza a presentar «a través de cualquier medio adecuado la prueba de que un producto reunía esos criterios» (apartado nonagésimo séptimo).

A este respecto, señala que, tanto el principio de igualdad de trato como la obligación de transparencia derivada de éste, exigen que el objeto y los criterios de adjudicación de los contratos públicos estén claramente definidos y que se formulen en condiciones de competencia efectiva. Esto implica que la comparación y la evaluación de las ofertas se deben llevar a cabo de manera objetiva y en condiciones de igualdad para todos los licitadores, lo cual no resulta compatible con la exigencia de que los ingredientes que se suministraran estuvieran provistos únicamente de la etiqueta de Comercio Justo «Max Havelaar» 2, aunque se hiciera acompañar de la mención «o equivalente»⁵⁴.

En definitiva, cabe sostener que en esta tercera generación de Directivas de contratación pública, según la interpretación del TJUE, nada se opone, en principio, a que como criterio de adjudicación del contrato se establezca el hecho de que un producto proceda del Comercio Justo, siempre que se indiquen los criterios en que se basan las etiquetas solicitadas o se autorice a presentar a través de cualquier medio adecuado la prueba de que un producto reunía esos criterios.

3. La Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública y el Comercio Justo

La cuarta generación de directivas se enmarca en la Estrategia Europa 2020⁵⁵, e introduce un cambio de paradigma en la medida en que configura a la contratación pública como medio idóneo para el fomento de políticas de integración social, ambiental y de innovación.

⁵⁴ Entiende el TJUE que *al establecer en el pliego de condiciones que el hecho de que algunos productos que debían suministrarse estuvieran provistos de determinadas etiquetas daría lugar a la concesión de un determinado número de puntos en el marco de la selección de la oferta económicamente más ventajosa, sin haber indicado los criterios en que se basan esas etiquetas ni autorizado que se presentara a través de cualquier medio adecuado la prueba de que un producto reúne esos criterios, la provincia de Holanda Septentrional formuló un criterio de adjudicación incompatible con el artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18*

⁵⁵ Vid. José María Gimeno Feliú, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta de liderazgo institucional de los poderes públicos)*. Cizur Menor, Aranzadi, 2014. Martín María Razquin Lizarraga, «Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España», *Revista de Administración Pública*, 196, 97-113.

La nueva regulación, siguiendo los principios en los que se basó la sentencia «NordHolland», establece que las administraciones públicas pueden priorizar los aspectos sociales y medioambientales en sus respectivas licitaciones. La Directiva 2014/24/UE hace una referencia explícita al Comercio Justo al señalar que los poderes adjudicadores pueden adoptar *criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de un contrato que se refieran al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato que vaya a ser adjudicado*. Se indica que los criterios y condiciones relativos al comercio y sus condiciones pueden referirse, por ejemplo, al hecho de que el producto de que se trate proceda del Comercio Justo, *incluyendo el requisito de pagar un precio mínimo y una prima a los productores*» (párrafo 97)⁵⁶.

La introducción de cláusulas de Comercio Justo se presenta como una posibilidad, puesto que tal y como se indica en la propia Directiva 2014/24 «no sería apropiado imponer a la contratación unos requisitos medioambientales, sociales y de innovación de carácter general y obligatorio»⁵⁷ y se dispone la necesidad de compatibilizar dichos objetivos con los principios que presiden la contratación pública.

Según reiterada jurisprudencia, el poder adjudicador está obligado a velar, en cada fase de un procedimiento de licitación, por el respeto del principio de igualdad de trato y, en consecuencia, por la igualdad de oportunidades entre todos los licitadores⁵⁸. Una vez cumplidos estos requisitos de trato igualitario y no discriminatorio, los poderes adjudicadores pueden adquirir bienes de Comercio Justo.

La Directiva 2014/24 concreta en su Considerando 92 la condición esencial de todo criterio de adjudicación, y establece que: *«Al evaluar la mejor relación calidad-precio, los poderes adjudicadores deberían determinar los criterios económicos y de calidad relacionados con el objeto del contrato que utilizarán a tal efecto. Estos criterios deben, pues, permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas. En el contexto de la mejor relación calidad-precio, la pre-*

⁵⁶ También se hace referencia al comercio equitativo en el párrafo 64 de la Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; y en el párrafo 102 de la Directiva 2014/25/UE («sectores especiales»).

⁵⁷ Considerando nonagésimo quinto de la Directiva 2014/24/UE y centésimo de la Directiva 2014/25/UE («sectores especiales»).

⁵⁸ *Vid.* la sentencia de 13 de diciembre de 2016, European Dynamics Luxembourg y Evropaiki Dynamiki/Comisión, T-764/14, EU:T:2016:723, apartado 256 y jurisprudencia citada).

sente Directiva incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación que incluyen aspectos sociales y medioambientales.

El art. 67 de la Directiva establece que los criterios de adjudicación podrán incluir, entre otros factores, características sociales, medioambientales e innovadoras; o la comercialización del producto y sus condiciones.

Los poderes adjudicadores deberían determinar los criterios económicos y de calidad relacionados con el objeto del contrato que utilizarán a tal efecto; es decir se sigue manteniendo la exigencia de relación entre los criterios de adjudicación y el objeto del contrato. Sin embargo, a diferencia de las anteriores Directivas de contratación es preciso indicar que el art. 67.3 de la Directiva acoge una interpretación mucho más amplia del objeto del contrato. Así, se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud del contrato «en cualquiera de sus aspectos, y en cualquier etapa de su ciclo de vida», lo que incluye el proceso de producción, prestación o comercialización o cualquier otro proceso específico, «incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material⁵⁹».

La Directiva 2014/24 integra el objeto del contrato en sentido amplio, comprensivo de los factores que intervienen en cualquier fase del ciclo de vida de la prestación; pero ello no altera la vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato, aunque sea a través de algunos de los factores que interviene en la realización de la concreta prestación a contratar.

4. *Las etiquetas de Comercio Justo*

En virtud de la Directiva 2014/24, los órganos de contratación que deseen adquirir obras, suministros o servicios con determinadas características medioambientales, sociales o de otro tipo pueden remitirse a etiquetas concretas⁶⁰, siempre que las exigencias de la etiqueta estén vinculadas al objeto del contrato. En consecuencia, el primer requisito de las etiquetas es que tienen que estar vinculadas al objeto del contrato.

⁵⁹ Por ciclo de vida, según el artículo 2.20, se entienden «todas las fases consecutivas o interrelacionadas, incluidos la investigación y el desarrollo que hayan de llevarse a cabo, la producción, la comercialización y sus condiciones, el transporte, la utilización y el mantenimiento, a lo largo de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas a la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento y el fin de un servicio o de una utilización».

⁶⁰ La Directiva 2014/24/UE hace expresa referencia a *la etiqueta ecológica europea, etiquetas ecológicas (pluri)nacionales o cualquier otra* (Considerando 75).

En segundo lugar, se requiere que las exigencias de la etiqueta se adopten con arreglo a criterios objetivamente verificables, utilizando un procedimiento en el que los interesados, como los organismos gubernamentales, los consumidores, los fabricantes, los distribuidores y las organizaciones medioambientales, puedan participar; que los requisitos aplicables a efectos de la etiqueta hayan sido fijados por un tercero, y que todas las partes interesadas puedan acceder a la etiqueta y disponer de ella.

En definitiva, no se admite cualquier tipo de etiqueta, sino sólo aquellas que «sean accesibles a todas las partes interesadas», y que sean compatibles con las exigencias en materia de igualdad de acceso, no discriminación y transparencia. No se permite prescripciones de carácter técnico que limiten el objeto de la contratación a un determinado producto o marca sin mención de la expresión «o equivalente». Se deben aceptar todas aquellas otras etiquetas que confirmen que el producto cumple con los requisitos equivalentes. La carga en demostrar la equivalencia de características con respecto a la etiqueta exigida recae en el licitador⁶¹.

En ocasiones, se ha vislumbrado cierta desconfianza a admitir etiquetas en la contratación pública debido a que en determinados sectores existe cierta confusión entre los distintos sistemas de verificación y evaluación de los objetivos sociales que cada entidad se propone cumplir.

Las etiquetas de certificación de Comercio Justo se encuentran comprendidas en la categoría de «etiquetas sociales». La Comisión Europea ha definido las etiquetas sociales como las «palabras y símbolos sobre un producto con las que se intenta influir en las decisiones de compra de los consumidores garantizando el impacto social y ético de una operación empresarial en otras partes interesadas»⁶².

En el ámbito de la Unión Europea, los productos de Comercio Justo deben estar producidos y comercializados de acuerdo con la descripción establecida en la Resolución del Parlamento Europeo sobre Comercio Justo y Desarrollo de 6 de julio de 2006, cuyos principios se han indicado *supra*.

El sistema de certificación de Comercio Justo se lleva a cabo por dos vías distintas: la que se centra en el producto a través del sello «Fair-trade». La incorporación de este sello a un concreto producto garantiza que éste es conforme a las especificaciones sociales, económicas y medioambientales fijadas por la Organización Internacional de Etiquetado Justo (FLO) para su categoría de productos. Este sello tiene la mayor implantación a nivel mundial.

⁶¹ Considerando 74 de la Directiva 2014/24/UE.

⁶² Libro Verde *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, COM (2001) 366 final, de 18 de julio de 2001.

La segunda vía de certificación se centra en la cadena de suministro, y verifica que los productos son importados y/o distribuidos por organizaciones de Comercio Justo; éstas organizaciones están acreditadas como tales por el sistema de certificación de la red mundial de Organizaciones de Comercio Justo (WFTO)⁶³. En consecuencia, el logotipo WFTO no es una marca de producto, sino que se aplica a organizaciones de Comercio Justo e indica que una concreta organización ha respetado los diez principios de comercio justo en la elaboración y comercialización de sus productos.

Cualquier otra organización, sello o etiqueta acreditada conforme a los diez principios de la Resolución del Parlamento Europeo sobre Comercio Justo y Desarrollo o la Certificación ISO 17065 (FLOCERT) se considera «certificación equivalente».

IV. La incorporación de cláusulas de Comercio Justo en en Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

1. Introducción

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 ya admitía la posibilidad de introducir criterios de Comercio Justo como criterio de desempate, es decir, siempre que las proposiciones igualasen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvieran de base para la adjudicación⁶⁴.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo LCSP), ya no habla de la inclusión voluntaria de los criterios sociales o medioambientales. En su exposición de motivos señala que «por primera vez, y para lograr el objetivo de conseguir una mejor relación calidad-precio, se establece la obligación de los órganos de contratación de velar porque el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras,

⁶³ También se consideran sellos de Comercio Justo equivalentes, entre otros: Naturland Fair, EcoCert Fair Trade, Fair for Life y Símbolo por Pequeños Productores.

⁶⁴ Disposición Adicional Cuarta, apdo 5. del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Vid. sobre cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de contratos del Sector público, Miguel Angel Bernal Blay, «Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 10, (Zaragoza, Instituto Aragonés de Administración Pública, 2008). En relación a la Ley de contratos 3/2011, José Pernas García (dir) *Contratación pública estratégica*, (Cizur Menor Editorial Aranzadi, 2014). Sobre comercio justo, Ana Belén Casares Marco, «Comercio justo y fomento de la contratación pública Socialmente Responsable (1)» *Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n 123, 2013, Editorial Wolters Kluwer, 68-83.

suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato»⁶⁵.

La LCSP en su Exposición de Motivos hace, además, una primera alusión a los principios de Comercio Justo al establecer que ... «con el ánimo de favorecer el respeto hacia los derechos humanos, y en especial hacia los derechos laborales básicos de las personas trabajadoras y de los pequeños productores de países en vías de desarrollo, se introduce la posibilidad de que *tanto los criterios de adjudicación como las condiciones especiales de ejecución incorporen aspectos sociales del proceso de producción y comercialización referidos a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate, y en especial podrá exigirse que dicho proceso cumpla los principios de Comercio Justo que establece la Resolución del Parlamento Europeo sobre Comercio Justo y desarrollo (2005/2245(INI)) en su apartado 2*».

La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige a los Estados y, en general a todas las autoridades públicas, el impulso y fomento de prácticas de Comercio Justo en las adjudicaciones de contratos públicos⁶⁶.

En definitiva, la incorporación de cláusulas sociales no es una cuestión discrecional para los órganos de contratación. Los poderes adjudicadores están obligados a incorporar aspectos sociales en la contratación. Así el art. 1.3 LCSP, señala que en toda contratación pública se incorporarán *de manera transversal y preceptiva* criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, *en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos*.

El legislador entiende que la incorporación de criterios sociales y medioambientales mejora la relación calidad-precio, y supone un mejor gasto del dinero público; el principio de libre competencia debe cohonestarse con el principio de solidaridad y debe ser modulado por el principio de proporcionalidad⁶⁷.

⁶⁵ Vid. José Antonio Moreno Molina, *Una nueva contratación pública social, ambiental, eficiente, transparente y electrónica* (Albacete, Editorial Bomarzo, 2018). Aritz Romeo Ruiz, «Las cláusulas sociales en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector público», *Revista española de Derecho Administrativo*, 2018, n 191, 2018, 297-325.

⁶⁶ Vid. en este sentido el Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, por el que se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública, que alude expresamente al Comercio Justo.

⁶⁷ Vid en este sentido, Jaime Pintos Santiago, *Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública*, (Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2017), 16.

La incorporación de cláusulas de Comercio Justo deberá determinarse en cada caso concreto en función del objeto del contrato y de las políticas públicas relacionadas con el mismo que pretendan implementarse. La LCSP contempla varias posibilidades para que los órganos de contratación incorporen aspectos de Comercio Justo en sus compras públicas: 1. En la fase de preparación del contrato, al establecer las especificaciones técnicas y en la regulación de las Etiquetas; 2. Al establecer los criterios de adjudicación del contrato; 3. Al establecer condiciones especiales de ejecución del contrato⁶⁸.

2. Fase de preparación de los contratos

El art. 28 LCSP obliga a justificar la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas; señala, asimismo, que las entidades del sector público valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública.

La primera cuestión que se plantea es si cabe definir el objeto incorporando al título del contrato la dimensión social de la adquisición. Así, por ejemplo, puede plantearse la posibilidad de contratos de suministros y servicios cuyo objeto sea el «Servicio de catering de Comercio Justo». La respuesta es afirmativa. Así, desde la fase de preparación del contrato, el órgano contratante deberá tener en cuenta la existencia de posibles compromisos adquiridos por parte de la entidad pública con relación al consumo de productos de Comercio Justo. En este caso, deberán incorporarse productos de Comercio Justo, siempre que las características del contrato lo permitan. En esta fase, los poderes adjudicadores gozan de libertad para determinar el objeto del contrato que promueva el Comercio Justo.

La LCSP no prevé la posibilidad de incorporar criterios sociales en la solvencia técnica para la contratación de suministros. No obstante, en la medida en que dichos criterios estén incluidos en la definición del objeto del contrato, cabe derivar la necesidad de que los licitadores garanticen su capacidad para suministrar productos de Comercio Justo⁶⁹.

⁶⁸ Vid, sobre medidas la inserción de medidas para la promoción del respeto a los derechos humanos, Joaquín Tornos, Agustí Fernández de Losada, Anna Calvete, Juan Ambrós. Tornos Abogados. *Guía para la protección y promoción de los derechos humanos en la contratación pública*, Barcelona, 2017. Acceso, el 11 de octubre de 2019, <https://nexecat.org/PDF/Guia-proteccion-y-promocion-DDHH-ESP.pdf>.

⁶⁹ En cualquier caso, el órgano contratante, además de los medios establecidos por el art. 89 LCSP para acreditar la solvencia del licitador, deberá aceptar cualquier otro medio de prueba ade-

Una vez que la entidad adjudicadora ha definido el objeto del contrato, debe traducirlo en especificaciones técnicas detalladas que puedan aplicarse directamente a un procedimiento de contratación pública. Las especificaciones técnicas constituyen criterios de ineludible cumplimiento; si la oferta del licitador no cumple con las especificaciones técnicas, no podrá ser admitida. Las especificaciones técnicas deben estar vinculadas al objeto del contrato.

En principio, no pueden admitirse especificaciones técnicas que obliguen a emplear productos de fabricación o elementos determinados. Ahora bien, si no cabe la posibilidad de definir el objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas, se debe admitir indicaciones técnicas, siempre que se acompañe de las palabras *o equivalente*. Debe garantizar a los licitadores acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación.

Así, cuando en las prescripciones técnicas se haga referencia a una etiqueta o sello de Comercio Justo, debe admitirse cualquier oferta que demuestre cumplir con los estándares predefinidos por dicha etiqueta; por lo tanto es necesario y exigible introducir la expresión «y equivalente⁷⁰».

Las etiquetas de Comercio Justo constituyen medio de prueba de que las obras, los servicios o los suministros cumplen las características exigidas de Comercio Justo y tienen que cumplir una serie de condiciones a las que ya nos hemos referido al tratar la Directiva 2014/24/UE.

Es preciso insistir en que los poderes adjudicadores deberán aceptar todas las etiquetas u otros medios de prueba que verifiquen que las obras, suministros o servicios cumplen requisitos que sean equivalentes a aquellos que son exigidos para la obtención del sello o etiqueta de Comercio Justo.

3. Los criterios de adjudicación de los contratos

Otra de las fases en las que cabe valorar los aspectos vinculados al Comercio Justo es a la hora de establecer los criterios de adjudicación de los contratos⁷¹. Es preciso destacar que la nueva legislación de contratos sustituye el criterio de adjudicación hasta ahora vigente de «oferta económica-

cuado de la solvencia técnica del licitador, como pudiera ser un informe emitido por un organismo técnico oficialmente reconocido, en los términos previstos en el artículo 128.1 LCSP.

⁷⁰ Vid. en este sentido, la STJUE de 25 de octubre de 2018, Roche Lietuva, C-413/17. Vid. asimismo, en relación con las etiquetas, José Pernás García, «El uso de las etiquetas para la integración de consideraciones ambientales y sociales en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos» en *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, n.º 125, 2013.

⁷¹ Vid. Silvia Díez Sastre, «Las cláusulas sociales en la contratación pública», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n 21 (2017), 195-115. Isabel Gallego Córcoles, «Las cláusulas sociales como criterio de adjudicación», *Contratación Administrativa Práctica*, n 152, 2017, 84-95.

mente más ventajosa» por el criterio de la *mejor relación calidad-precio*. El art. 145 LCSP establece que la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación con base en la mejor relación calidad-precio. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

Los órganos de contratación deben detallar y publicar los criterios para la adjudicación del contrato y la ponderación relativa que se asigna a cada uno de los criterios para que los licitadores estén al tanto de ellos a la hora de preparar sus ofertas.

Teniendo en cuenta que la mejor relación calidad-precio se determinará sobre la base de varios subcriterios diferentes, la entidad adjudicadora puede ponderar el criterio del Comercio Justo. Los criterios de adjudicación nunca pueden atribuir una libertad de elección absoluta a los poderes adjudicadores. Deben establecerse criterios específicos, vinculados al objeto del contrato y cuantificables.

La necesaria vinculación de los aspectos sociales con el objeto del contrato debe entenderse ahora en un sentido amplio, según el apartado 6 del artículo 145⁷²;

A diferencia de las especificaciones técnicas, los criterios de adjudicación pueden establecer la posibilidad de otorgar mayor puntuación a cualquier producto o servicio que incorpore en su prestación productos de Comercio Justo, cuyo rendimiento sea mejor al del nivel mínimo exigido.

Serán los pliegos de cláusulas administrativas particulares los que incorporarán los criterios de adjudicación con arreglo a la mejor relación calidad-precio y donde vendrán valorados aspectos sociales, medioambientales y relativos a otras políticas públicas vinculados al objeto del contrato.

Además la LCSP establece la posibilidad de introducir mejoras como criterio de adjudicación, siempre que estén suficientemente especificadas⁷³, así como criterios de adjudicación específicos para el desempate en

⁷² El precepto dispone que:

Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

- a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;
- b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

⁷³ El art. 145.7 considera que se cumple esta exigencia *cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.*

los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas⁷⁴. Dichos criterios de adjudicación para el desempate deberán estar vinculados al objeto del contrato y según el art. 147 LCSP pueden referirse, entre otros aspectos, a *las ofertas de entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo para la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo*.

El incumplimiento de los compromisos contenidos en la proposición de la licitadora relativos a los criterios de adjudicación de carácter social o medioambiental, o relativos a las mejoras o variantes, supondrán la resolución del contrato cuando dichos compromisos tengan carácter esencial, conforme a lo dispuesto en el artículo 211 f) de la LCSP, o pueden dar lugar a la imposición de penalidades⁷⁵.

4. Condiciones especiales de ejecución de los contratos

El art. 201 de la LCSP dispone que los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral⁷⁶.

Las condiciones de ejecución del contrato tienen por objeto establecer requisitos específicos en relación con la ejecución, de modo que no inciden en la evaluación de las ofertas⁷⁷.

El órgano contratante puede establecer condiciones adicionales del contrato, independientes de las especificaciones técnicas y de los criterios de adjudicación⁷⁸. Estas condiciones se relacionan únicamente con el cumplimiento del contrato, tras la adjudicación del contrato a la mejor oferta calidad-precio. En este sentido, el art. 202 LCSP exige la vinculación al objeto

⁷⁴ art. 147 LCSP.

⁷⁵ Previstas en el artículo 192. Las cuantías de cada una de ellas no pueden ser superiores al 10% del precio del contrato, IVA, excluido, ni el total de las mismas pueda superar el 50 por cien del precio del contrato.

⁷⁶ Se trata de las medidas establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V

⁷⁷ *Vid.* En este sentido, el Considerando (104) de la Directiva 2014/24/UE «El propósito de las condiciones de ejecución de un contrato es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución. De modo diferente a como ocurre con los criterios para la adjudicación de contratos, que constituyen la base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas, las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas».

⁷⁸ Caso *Beentjes*, sentencia del TJUE en el caso 31/87.

del contrato, que las condiciones no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho de la UE y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

Dentro de las consideraciones de tipo social o relativas al empleo que pueden introducirse como condiciones especiales de adjudicación, el art. 202 LCSP en su número 2, hace referencia a *«aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial»*.

De la lectura de dicha disposición, cabe postular que las entidades adjudicadoras pueden incluir en las cláusulas de cumplimiento del contrato aspectos de compra pública de Comercio Justo, imponiéndole al adjudicatario en los pliegos como condiciones especiales de ejecución.

Esto será posible, evidentemente, en aquellos contratos susceptibles de incorporar en su prestación productos de Comercio Justo y siempre que el órgano de contratación determine expresamente esta posibilidad. Esta condición deberá incorporarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares como condición especial de ejecución, de modo que la empresa adjudicataria se verá obligada a incorporarlas en la prestación del servicio o en el contenido del suministro.

Además, es preciso destacar que la propia legislación de contratos (art. 202) exige el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera en el apartado segundo. Son numerosas las consideraciones de tipo social y medioambiental que se recogen en el precepto.

El Pliego podrá contener las penalidades asociadas al incumplimiento de las condiciones especiales del contrato⁷⁹ o atribuir a las condiciones especiales recogidas en el pliego el carácter de obligación esencial, de modo que su incumplimiento derivaría en una causa de resolución del contrato⁸⁰.

V. Conclusiones

La contratación pública debe contribuir al desarrollo de un comercio equitativo. La inserción de aspectos de política social y medioambiental en

⁷⁹ Las penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 por cien del precio del contrato.

⁸⁰ Vid. el artículo 211.f) LCSP.

los procesos de licitación pública, se ha constituido en una exigencia ineludible para los órganos de contratación en el sector público.

La legislación de contratos del sector público establece que en toda contratación pública se deben introducir de manera transversal criterios sociales y medioambientales que guarden relación con el objeto del contrato. Ahora bien, el legislador, salvo excepciones, no establece cuáles son los criterios sociales y medioambientales que obligatoriamente han de incorporarse en cada fase del proceso de contratación, ni se establece el nivel de exigencia de dichas cláusulas.

Desde esa perspectiva cabe sostener que el alcance de la contratación pública como instrumento para el cumplimiento de un Comercio Justo dependerá del compromiso adquirido por cada órgano de contratación a la hora de incorporar este objetivo a las adquisiciones públicas. Es fundamental que las distintas administraciones y órganos de contratación establezcan estrategias claras para delimitar de forma clara los aspectos a integrar en las distintas fases del procedimiento de contratación.

Tal y como hemos visto, el debate sobre las posibilidades de compra de productos de Comercio Justo por parte de los poderes adjudicadores se ha centrado en compatibilizar los principios que presiden la contratación pública con la exigencia de un determinado método de producción o de unas específicas etiquetas sociales en el momento de identificar las necesidades del órgano de contratación o al diseñar las especificaciones técnicas del contrato.

La nueva legislación de contratos da un paso adelante y permite que los criterios de Comercio Justo se incluyan en el objeto mismo del contrato, en las especificaciones técnicas que deben satisfacer los contratistas seleccionados, en los criterios de adjudicación del contrato y/o en las condiciones de ejecución del contrato. Ahora bien, como hemos visto, no cabe exigir que los productos lleven una etiqueta/certificación específica de Comercio Justo. La contratación pública no cabe ser utilizada para falsear, ni restringir la competencia.

En definitiva, los objetivos de la compra pública estratégica obligan a replantearse el propio concepto de competencia y darle un nuevo enfoque. Tal y como se ha señalado en el Informe de febrero de 2019 «Derecho de la Competencia de la UE y Sostenibilidad en los Sistemas Alimentarios: los enlaces rotos⁸¹» debemos plantearnos *cuál es el precio aceptable para evitar la explotación en las cadenas de suministro o si*

⁸¹ Los autores del informe, el Dr. Tomaso Ferrando (de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bristol) y el Dr. Claudio Lombardi (de la Universidad de KIMEP). Vid. http://comerciojusto.org/wp-content/uploads/2019/09/REPORT_-_Addressing-the-Broken-Links-FTAO.pdf

una determinada cadena de suministro será alguna vez sostenible si no es justa con los pequeños productores y trabajadores que cultivan nuestros alimentos.

Como se sostiene en la Guía para considerar aspectos sociales aprobado por la Comisión europea, (...) *los cambios de alto perfil, como cambiar a un café producido de manera sostenible o a través de un comercio ético en la cafetería, pueden ayudar a generar conciencia sobre la política y a vincularla con otros proyectos sociales*⁸².

Sobre la autora

Carmen Agoués es Doctora en Derecho Administrativo y Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco desde 1989. Ha impartido docencia en la totalidad de las asignaturas vinculadas al Área de Derecho Administrativo, tanto en el Grado de Derecho, Grado de Empresariales como en el Grado de Criminología, así como en los diversos Postgrados, y tanto en la Facultad de Derecho como en la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad del País Vasco. Asimismo, ha impartido durante muchos cursos la asignatura de Urbanismo y Ordenación del Territorio. Forma parte del cuadro de profesores permanentes de los Másteres de Acceso a la Abogacía y en el Máster de Integración Europea, ambas organizadas por la UPV. Ha participado en numerosos proyectos de investigación tanto a nivel estatal como en el ámbito europeo. Ha trabajado las siguientes Líneas de investigación: el urbanismo y la ordenación del territorio; el régimen jurídico de la educación; la potestad sancionadora; el régimen jurídico del subsuelo y el derecho de propiedad; los recursos judiciales contra las disposiciones generales de carácter administrativo; y los contratos del sector público. Es autora de tres monografías y de numerosas publicaciones en artículos científicos. Ha sido reconocida con cuatro sexenios de investigación por parte de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora (CNEAI).

⁸² Vid. el Catálogo de la Comisión Europea: «*Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en la contratación pública. (La Europa social)*, 28/01/2011, pág. 17. Acceso, el 11 de octubre de 2019. <http://www.conr.es/sites/default/files/archivos/Adquisiciones%20sociales.%20Una%20guia%20para%20considerar%20aspectos%20sociales%20en%20las%20contrataciones%20publicas.%20Comision%20Europea..pdf>

About the author

Carmen Agoués is a PhD in Administrative Law and Full Professor of Administrative Law at the University of the Basque Country since 1989. Teaching in Administrative Law Area in the Law Degree, in the Business Degree and in the Criminology Degree, as well as in the various Postgraduate degrees, and both in the Faculty of Law and in the Faculty of Business Sciences of the University of the Basque Country. She has also been professor of Urban Planning and Spatial Planning. She is part of the permanent professors of the Master's Degree Programs for Access to the Legal Profession and the Master's Degree in European Union, both organized by the University of the Basque Country. He has participated in numerous research projects both at the state level and at the European level. She has worked on the following lines of research: urban planning and spatial planning; the legal regime of education; the sanctioning power; the social function of property right; judicial appeals against general administrative provisions; and public sector contracts. She is the author of three monographs and numerous publications in scientific articles. The National Commission has recognized her research with four six-year periods of research for Evaluating Research Activity.

Derechos humanos y responsabilidad social corporativa en las empresas de transporte. Un apunte de Derecho europeo

Human Rights and Corporate Social Responsibility in Transport Companies. A Note on European Law

Unai Belintxon Martin

Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado

Universidad Pública de Navarra

unai.belintxon@unavarra.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-63-2020pp269-294>

Recibido el 6 de abril de 2020
Aceptado el 30 de abril de 2020

Sumario: I. Contextualización.—II. Derecho social europeo y transporte por carretera. Una referencia expresa a los DDHH, al descanso en cabina y a la honorabilidad de la empresa transportista. 1. El descanso ejecutado en la cabina del camión y la dignidad humana en el trabajo: ¿racionalización frente a nacionalismo jurídico? 2. Sobre foros exorbitantes, honorabilidad de la empresa transportista y vulneración de la tutela judicial efectiva, el derecho al juez predeterminado por la ley y la buena administración de justicia en la UE de los DDHH.—III. Derecho social europeo y el sector del transporte aéreo. 1. Contextualización. 2. Los tiempos de trabajo y descanso en el sector aéreo. ¿Un sector olvidado o descuidado por la persona legisladora?—IV. Consideración final.

Resumen: Este estudio tiene por objeto el análisis y la valoración crítica de la evolución jurídico-normativa experimentada en el ámbito de los Derechos Humanos y la responsabilidad social corporativa en las empresas de transporte en la UE. En particular el análisis centrará su atención en el sector del transporte internacional por carretera y en el sector del transporte aéreo internacional. Se estudiará y valorará si la UE de los derechos humanos del siglo XXI debe actuar de forma mucho más activa con el fin de evitar la fragmentación del proyecto europeo y el mercado interior, o si por el contrario debe mantener una actitud de inacción legislativa que permita a los Estados miembros de la UE seguir vulnerando el derecho europeo e incluso los derechos humanos en el sector del transporte.

Palabras clave: Derechos Humanos, Derecho internacional privado y derecho europeo, responsabilidad social corporativa en las empresas de transporte, transporte internacional por carretera.

Abstract: *This study aims to analyse and critically assess the legal and regulatory developments in the field of Human Rights corporate social*

responsibility in transport companies in the EU. In particular the analysis will be focused on the study of the international road transport sector and the international air transport sector. It will consider and assess whether the EU of human rights in the 21st century should act much more actively in order to avoid fragmentation of the European project and the internal market, or whether it should instead maintain an attitude of legislative inaction that allows EU Member States to continue to violate European law and even human rights in the transport sector.

Keywords: *Human rights, international private Law and European Law, corporate social responsibility in transport companies, international carriage by road.*

I. Contextualización

Desde luego conjugar una materia tan especializada¹ como el Derecho del transporte en sus distintas modalidades con los Derechos Humanos y la responsabilidad social corporativa en las empresas de transporte supone un reto evidente ante la ausencia de concretos estudios doctrinales en la materia. Además, téngase en cuenta que esta aproximación de estudio y reflexión requiere de un enfoque o perspectiva caleidoscópica, o cuanto menos, multidisciplinar², sin desatender la vertiente *iusprivatista* e *internacional-privatista* propia de nuestra disciplina y los distintos bloques normativos a analizar³.

Parte de la doctrina *mercantilista* e *internacional-privatista*⁴ viene de un tiempo a esta parte reclamando la especificidad y autonomía científica propia o inherente a este ámbito de estudio, pues la disciplina del Derecho

¹ Respecto a la especialización del Derecho privado en su vertiente internacional y europea, puede verse la esencial aportación reflexiva de: Julio Diego González Campos, «Diversification, Specialisation, Flexibilisation et Materialisation de règles de Droit International Privé», en *R.des C*, t. 287 (2002):156 y ss.

² Entre otros, sobre la cuestión: Cécile Legros, «Contrat de transport international par route de marchandises et de voyageurs», en *Juris règles.Clas.dr.int*, fasc. 571-66 (2012): 13 y ss.

³ Juan José Álvarez Rubio, «La regla de especificidad como cauce para superar los conflictos normativos entre Derecho comunitario y los Convenios internacionales en materias especiales», en *La Ley*, (29/10/2010): 1-6.

⁴ Puede verse en relación con la particularidad del Derecho del transporte, las consideraciones realizadas por el profesor José Luis Iriarte Ángel, *El contrato de embarque internacional*, Beramar S.L., Madrid, (1993): 100 y ss.

del transporte internacional (europeo y extra-europeo⁵) y nacional tiene suficiente entidad propia como para ser considerada autónoma respecto a las restantes disciplinas o áreas del Derecho⁶.

Combinar los Derechos Humanos, la responsabilidad social corporativa y el Derecho del transporte requiere un ejercicio de delimitación previa⁷ que permita concretar de qué manera o qué subsector de la citada disciplina autónoma permite un trinomio compuesto por las citadas tres materias. Sin lugar a dudas el espacio donde debe quedar enmarcado este estudio de investigación es el ámbito del Derecho social europeo del transporte. Entiéndase por éste, al objeto simplemente de concretar los contornos del estudio, aquellas distorsiones que afloran, o pudieran aflorar relacionadas con las normas sociales europeas proyectables sobre el personal de vuelo y sus tiempos de vuelo y descanso en el sector aéreo internacional; y los tiempos de conducción, trabajo y descanso de las personas conductoras y auxiliares en el ámbito del transporte internacional por carretera.

La nota de internacionalidad de nuestra disciplina y su propensión hacia su uniformidad normativa internacional⁸, caracterizada y/o delimitada en la actualidad por el fenómeno de la europeización del Derecho privado⁹ con origen en el Tratado de Ámsterdam¹⁰, reforzada y consolidada en la actualidad tras diez años de vigencia del Tratado de Lisboa¹¹, así como la pro-

⁵ Respecto a la coexistencia de normas de Derecho uniforme internacional y Derecho nacional en la regulación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el ámbito del Derecho marítimo, y la especificidad y complejidad de esta disciplina de estudio, entre otros, puede verse el trabajo monográfico dedicado al practicaje del profesor Iñaki Zurutuza Arigita, *El Practicaje*, Marcial Pons, Madrid, (2013): 225-299.

⁶ Marc Pichars, «L'évolution de la norme dans les transports», en Peru-Pirotte, L., Dupont-Légrand, B., y Landsweerd, C. (Dirs.), *Le Droit du transport dans tous ses états: réalités, enjeux et perspectives nationales, internationales et européennes*, Larcier, Bruselas, (2012): 17-48.

⁷ En este sentido, entre otros: Unai Belintxon Martín, *Derecho europeo y transporte internacional por carretera*, Aranzadi, Cizur Menor, (2015): 42-49.

⁸ Francesco Berlingieri, «Uniformité du Droit Maritime. Quelques problèmes», *Il dir.mar.*, (1992-III): 796 y ss.; sobre el particular *vid.* igualmente Jan Ramberg, «Unification of transport law: difficulties and possibilities», *Dir.mar.*, (2010): 813-818. En relación a la historia de las Reglas de Rotterdam, *vid.* Francesco Berlingieri, «The history of the Rotterdam Rules», *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of goods Wholly or Partly by Sea - An Appraisal of the Rotterdam rules*, M.D. Guner-Özbek (Ed.), Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, (2011):1-63.

⁹ José Luis Iriarte Angel, «La armonización del Derecho internacional privado por la Unión Europea», *Jado: Boletín de la Academia Vasca del Derecho*, n.º 9, (2006): 47-73

¹⁰ En este sentido *vid.* Alfonso Luis Calvo Caravaca, «El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n.º 21, (2003): 49-69.

¹¹ Juan José Álvarez Rubio, «La incidencia del Tratado de Ámsterdam en el sistema español de Derecho interregional», *Anales de la Facultad de Derecho*, 18, (noviembre de 2001): 65-78.

yección o dimensión externa¹² de este proceso¹³, refleja de forma nítida una problemática específica, y es que dicho proyecto europeo¹⁴ vive momentos sombríos tras la salida de nuestros ex conciudadanos británicos¹⁵ y esto incide significativamente en la seguridad jurídica y en la previsibilidad de resultado¹⁶, requiriendo para los que nos quedamos de un nuevo tiempo en la realidad internacional que pivote sobre una mayor integración¹⁷ y el fortalecimiento de las bases de un proyecto común¹⁸, el europeo, que se activó hace ya 63 años con el Tratado de Roma de 1957¹⁹.

El sector del transporte en todas sus modalidades constituye sin atisbo de duda el elemento vertebrador del desarrollo económico y social que garantiza la libertad de movilidad y libre circulación de personas y mercancías en una sociedad de naciones como es la Unión Europea²⁰.

¹² Alegría Borrás Rodríguez, «La proyección externa de la comunitarización del Derecho internacional privado: los datos del problema», en *La Ley*, núm. 5611, (2002): 1-8.

¹³ Véase Alegría Borrás Rodríguez, «La Comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (2001)*, Vitoria-Gasteiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, (2002): 285-318; Mónica Guzmán Zapater, «Cooperación civil y Tratado de Lisboa: ¿Cuánto hay de nuevo?», *La Ley*, n.º 7479, (2010): 713 y ss.

¹⁴ En este sentido vid: José Carlos Fernández Rozas, «La comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales», *RES*, n.º 140, (2009): 600 y ss.

¹⁵ Una realidad a la que se enfrenta hoy el legislador europeo. Sobre esta cuestión, entre otros: Sara Moya Izquierdo, Clara García Fernández y Miguel Troncoso Ferrer, «El posible impacto del Brexit en los contratos internacionales de ámbito europeo», en *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 12, (2016).

¹⁶ Sobre la evolución jurídica en el espacio europeo del Derecho internacional, entre otros: Pedro A. de Miguel Asensio, «Integración Europea y Derecho Internacional Privado», *RDCE*, vol. 2, (1997): 413-445.

¹⁷ En relación a la integración económica y el desarrollo de un nivel adecuado de coordinación jurídica puede verse entre otros estudios José María Gondra Romero, «Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea», en García De Enterriá, E., González Campos J.D., Muñoz Machado S., (Dirs.), *Tratado de Derecho comunitario europeo*, vol. I, Madrid, (1986): 275-312.

¹⁸ Juan José Álvarez Rubio, «Transporte Marítimo Internacional de Mercancías: alcance material y conflictual de la Autonomía Contractual», en *III Seminario internacional de Derecho Internacional Privado: Autorregulación y unificación del derecho de los contratos internacionales*, Universidad Complutense de Madrid, (2009): 558-559.

¹⁹ José Carlos Fernández Rozas, «El 60 aniversario de los Tratados de Roma: algo más que una simple celebración», *La Ley*, 46, (2017): 1-8.

²⁰ Sobre la legislación laboral aplicable a los trabajadores desplazados en relación a una prestación de servicios, puede verse el exhaustivo estudio de la profesora Marta Casado Abarquero, «Legislación aplicable a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios en la Unión Europea», Goñi Sein, J.L., e Iriarte Ángel, J.L. (Dirs), *Prevención de riesgos laborales y protección social de trabajadores expatriados*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menoz, (2019): 339-369.

Este complejo ensamblaje jurídico-social no se mantiene sin personas empleadas ni personas empleadoras a las que se debe garantizar la dignidad humana en el trabajo como elemento nuclear de la Unión Europea de los Derechos Humanos para este siglo XXI.

En efecto, la distinta interpretación de las normas europeas y nacionales de aplicación al ámbito de estudio genera cierto estado de inseguridad jurídica e inquietud²¹ que lastima el habitual desarrollo del estado de las cosas y que parece deslegítima en parte nuestro proyecto europeo²². No obstante, el camino a seguir es avanzar y reducir exponencialmente las distorsiones producidas por una interpretación des-armonizada de las normas europeas²³ y de los estándares para los Derechos Humanos en el Derecho internacional.

Avanzar en materia de armonización del Derecho social europeo de los Derechos Humanos mediante normas eficaces y efectivas que posibiliten un mejor y mayor control de las condiciones y de los tiempos de trabajo y descanso en el ámbito aéreo y/o rodado posibilitaría fortalecer la política de transportes común de la Unión Europea²⁴ junto a la seguridad²⁵ y reducir exponencialmente las distorsiones ocasionadas por una lectura interpretativa restrictiva o contraria al carácter armonizador de las normas de la Unión Europea²⁶. La sentencia del TJCE de 22 de mayo del año 1985²⁷ dejó claramente identificado y delimitado que el estancamiento de una política

²¹ Entre otros sobre la cuestión: Rafael Caballero Sánchez, «La liberalización del transporte terrestre: el largo camino hacia un mercado de servicios», en Menéndez, P. (Dir.), *Régimen Jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y Ferrocarril*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, (2014): 397-488.

²² José Luis Iriarte Ángel, «Conflictos de leyes internos. Notas fundamentales de la situación actual», *Jado: boletín de la Academia Vasca del Derecho*, núm. 18, (diciembre de 2009): 55-93.

²³ Juan José Álvarez Rubio, «Derecho privado y la UE: ¿armonización material o conflictual?», en Goizueta Vértiz, J., y Cinfuegos Mateo, M., *La eficacia de los derechos fundamentales de la UE: cuestiones avanzadas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, (2014): 291-310.

²⁴ M.A. Guzmán Gómez, «La aplicación en España de la política común de transportes», en *DA*, núm. 201, (1984): 675-706.

²⁵ Calos Muñoz-Repiso Izaguirre, «Políticas de seguridad en el transporte por carretera», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 246, (2005): 33-39.

²⁶ En relación a la diversidad de fuentes y a la tendencia actual hacia la armonización de las normas aplicables al sector del Derecho del transporte, puede verse entre otros: Isabel Bon García, Maurice Bernadet e Yves Reinhard, *Droit des transports*, Dalloz, Paris, (2010): 2 y ss.

²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22/05/1985, en el asunto 13/83 entre el Parlamento Europeo, apoyado por la Comisión de las Comunidades Europeas, contra el Consejo de las Comunidades Europeas, apoyado por el Reino de los Países Bajos, y que tuvo por objeto un recurso interpuesto con arreglo al artículo 175 del Tratado CEE con el fin de que se declarase la omisión del Consejo en materia de política común de transportes.

común de transportes europea²⁸ viene propiciado por los distintos, importantes y contrapuestos intereses estatales en conflicto²⁹.

II. Derecho social europeo y transporte por carrera. Una referencia expresa a los DDHH, al descanso en cabina y a la honorabilidad de la empresa transportista

1. *El descanso ejecutado en la cabina del camión y la dignidad humana en el trabajo: ¿racionalización frente a nacionalismo jurídico?*

Para este concreto sector debe reconocerse que la legisladora y el legislador de la UE han trabajado con un proceder constante y continuo para posibilitar un ensamblaje normativo que aglutine distintas cuestiones que afectan a las trabajadoras y trabajadores del sector. El Acuerdo europeo relativo al trabajo de los conductores de vehículos que efectúan transportes internacionales por carretera (AETR) de 1969, impulsado por la OIT³⁰, que no obvia los criterios hermenéuticos establecidos por el Convenio de Roma de 1950 y el TEDH, representa la base originaria de un marco integrado y consolidado en la actualidad mediante la coexistencia de diferentes normas³¹.

²⁸ Sobre la política común de transportes en la UE, puede verse a Francesco Munari, *II Diritto Comunitario dei Trasporti*, Guiffrè, Milán, (1996): 50-117.

²⁹ Sobre la sentencia citada del Tribunal de Justicia, pueden verse entre otras las reflexiones realizadas por Marta Arpio Santa Cruz, «El Parlamento frente al Consejo: la sentencia del Tribunal de Justicia en materia de transportes», en *RIE*, núm. 12, (1985): 789-804.

³⁰ *BOE* núm. 277, de 18/11/1976.

³¹ Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2002 relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera —DOUE L 80/35 de 23/03/2002—, el Reglamento 561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera —DOUE L 102/1 de 11/04/2006—, la Directiva 2003/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2003 relativa a la cualificación inicial y la formación continua de los conductores de determinados vehículos destinados al transporte de mercancías o de viajeros por carretera —DOUE L 226/4 de 10/09/2003—, la Directiva 2006/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 sobre las condiciones mínimas para la aplicación de los Reglamentos del Consejo (CEE) núm. 3820/85 y (CEE) núm. 3821/85 en lo que respecta a la legislación social relativa a las actividades de transporte por carretera —L 102/35 de 11/04/2006—, el Reglamento (CE) núm. 1073/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de octubre de 2009 por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 561/2006 —DOUE L 300/88 de 14/11/2009—, y con el Reglamento (UE) núm. 165/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 relativo a los tacógrafos en el transporte por carretera —DOUE L 60/1 de 28/02/2014—.

De todas ellas cabe resaltar en materia de tiempos de descanso el Reglamento (CE) 561/2006 de 15 de marzo de 2006. Una norma que combina normas de regulación³² con normas de ordenación administrativa y laboral³³. El TJUE se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la interpretación de las normas contenidas en el citado texto normativo. Un texto que ha permitido distintas interpretaciones interesadas por parte de los diferentes Estados miembros de la UE en lo que respecta a la forma de articular los tiempos de descanso tras la jornada de trabajo y conducción correspondiente³⁴.

Ante unas instituciones y una UE que no afrontan la obligada mutación hacia una integración plena en una sociedad de naciones (llámese los Estados Unidos de Europa), en detrimento de su liquidación o progresiva dilución, las diferencias socio-económicas y culturales (junto a la inacabada materialización de la apertura y la supresión de las barreras interiores en el mercado único³⁵) se han acrecentado de forma exponencial creando inercias, que no sinergias, y protectorados nacionales internos a golpe de legislar sin medida bordeando, cuando no claramente contravieniendo, la legalidad europea. Así, es bien conocida la denominada LOI n.º 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques francesa³⁶, que en su cardinal 280 viene, entre otras cuestiones, a normativizar o positivar la imposibilidad de ejecutar los descansos semanales reducidos en el habitáculo condicionado al efecto en

³² Respecto a la evolución de la ordenación administrativa en el sector del transporte por carretera véase, Marcos Gómez Puente, «La ordenación histórica del transporte por carretera», en Menéndez P. (Dir.), *Régimen Jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y Ferrocarril*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, (2014):167-189.

³³ Sobre ordenación administrativa e intervención en el sector del transporte, entre otros, puede verse: Carmen Agoués Mendizabal, «La intervención administrativa en el transporte por carretera», en *RDT*, núm. 7,(2011): 51-92.

³⁴ Sobre la materia, entre otros: Francisco Trujillo Pons, «La regulación del tiempo de trabajo en el transporte por carretera en la normativa comunitaria y su trasposición al ordenamiento jurídico español», en Petit Lavall, M.ª.V., Martínez Sanz, F., y Recalde Castells, A. (Dir.), *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Marcial Pons, Madrid, (2013): 67-84; Alfonso Sánchez Marcos, «El tacógrafo digital: sistema de seguridad y control de vehículos para transporte de viajeros y mercancías», en *Actualidad Jurídica del transporte por carretera*, Fundación Francisco Corell, Madrid, (2005):105-109.

³⁵ Respecto a la supresión de las barreras nacionales al comercio internacional y la discriminación por razón de la nacionalidad en la actividad comercial puede verse: José Carlos Fernández Rozas, *Sistema de Derecho económico internacional*, Thomson Civitas, Cizur Menor, (2010): 55 y ss.

³⁶ Journal Officiel de la République Française, 07/08/2015, Texte 1 sur 115, www.legifrance.gouv.fr.

la propia tractora del vehículo pesado³⁷. En efecto, no es posible, o por lo menos es perseguible administrativa y penalmente en dicho país realizar los tiempos de descanso preceptivos en un camión para el que se ha abonado un sobrecoste en el precio al fabricante por parte del empresario porteador. Y todo ello vulnerando la legalidad europea, pues el artículo 8.8 del citado Reglamento (CE) 561/2006 permite que cuando el conductor elija hacerlo, los períodos de descanso diarios y los períodos de descanso semanales reducidos tomados fuera del centro de explotación de la empresa puedan efectuarse en el vehículo siempre y cuando éste vaya, adecuadamente equipado para el descanso de cada uno de los conductores y esté estacionado³⁸.

El país vecino argumenta para justificar su clara vulneración del Derecho europeo que la finalidad de su norma interna es permitir verificar por parte de la autoridad pública *«des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine*. En esencia, estima la legisladora y/o el legislador francés que la materialización del descanso en el habitáculo, o litera de la cabina tractora³⁹, del vehículo pesado es contrario a la dignidad humana al ser una condición de trabajo incompatible con ésta y con los Derechos Humanos. La comisión de tal fechoría por la persona empresaria porteadora o transportista según lo preceptuado en el artículo 225-14 del Code pénal francés está penada con pena privativa de libertad de hasta 5 años de cárcel y 150000 euros de multa.

No obstante, expuesto lo anterior cabe recordar que el TJUE ya interpretó muy acertadamente el artículo 8.8 del Reglamento en su sentencia de 20 de diciembre de 2017⁴⁰. En efecto, el Tribunal concluyó adecuadamente (apartado 23), a pesar de los intentos *a sensu contrario* de los Estados Belga, Alemán, Austriaco y Francés, que los periodos de descanso diarios y los periodos de descanso semanales reducidos (aquellos inferiores a 45 horas consecutivas de descanso) pueden tomarse en vehículo debidamente equipado para ello. No así los periodos de des-

³⁷ Unai Belintxon Martín, «Dumping Social, desarmonización socio-laboral y Derecho internacional privado: la des-Unión Europea», en *AEDIPr*, t. XVI, (2016): 611-642.

³⁸ Respecto a esta cuestión, aunque con otro enfoque, puede verse: Unai Belintxon Martín, «Prevención de riesgos laborales, transporte y derecho europeo: distorsiones de la realidad práctica», *La Ley Unión Europea*, n.º 73, (2019): 1-19.

³⁹ Sobre la existencia de otros mecanismos de protección de los trabajadores desplazados y en referencia otros sectores, entre otros puede verse: M.ª del Carmen Vaquero López, «Mecanismos de Derecho Internacional Privado Europeo para la protección de los trabajadores en supuestos de deslocalización de empresas», en *AEDIPr*, núm. 17, (2017): 425-471.

⁴⁰ STJUE de 20/12/2017, Asunto C-102/16, *Vaditrans BVBA vs. Belgische Staat*. ECLI:EU:C:2017:1012. Aranzadi.

canso semanales normales que deberán tomarse fuera del vehículo habilitado al efecto (es decir aquellos iguales o superiores a 45 horas consecutivas de descanso).

El mantenimiento de la conflictividad interpretativa y la vulneración del Derecho europeo por parte del Estado francés profiriendo una interpretación jurídico-normativa contraria, o a *sensu contrario*, a lo legislado por el parlamento europeo y el consejo, no hace sino acrecentar la inseguridad jurídica para las empresas operadores en el sector (cargadoras, usuarias, pasajeras, transportistas o porteadores contractuales, empresas de intermediación, agentes, comisionistas, y/o transportistas/porteadoras efectivas), la desconfianza en el seno de la UE y la constricción del comercio internacional en territorio común mermando con ello garantías nucleares como la libre prestación de servicios, la libre circulación⁴¹ y la confianza depositada en el espacio de libertad, seguridad y justicia diseñado y normativizado en el TFUE⁴².

Pero no es el único ámbito dentro de este complejo y apasionante sector en el que nuestro país vecino viene legislando en contra del sentido común y de la seguridad jurídica, la evitación de procedimientos paralelos, la buena administración de justicia y la garantía recíproca en la confianza en seno de la justicia en la UE.

2. *Sobre foros exorbitantes, honorabilidad de la empresa transportista y vulneración de la tutela judicial efectiva, el derecho al juez predeterminado por la ley y la buena administración de justicia en la UE de los DDHH*

Por otro lado, y también en relación a la aplicación e interpretación del Reglamento 561/2006 sobre Derecho social europeo y tiempos de conducción, trabajo y descanso⁴³ en el ámbito del transporte rodado por carretera el/la legislador/a francés/a se aventuró a interpretar y normativizar restrictivamente en su legislación interna, y en este caso, además, con flagrante

⁴¹ Unai Belintxon Martin «La confluencia de los distintos bloques normativos aplicables en materia de transporte internacional por carretera: divergencias y efecto distorsionador», en Petit Lavall, M.V., Martínez Sanz, F., y Recalde Castells, A. (Dirs.), *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Marcial Pons, Madrid, (2013): 15-20.

⁴² Sobre este particular véase: José Carlos Fernández Rozas, «El Espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea», en *La Ley*, D-195, (2004): 16.

⁴³ Puede verse sobre esta materia de descanso, las referencias realizadas a otros sectores del transporte por el profesor José Luis Iriarte Ángel, «La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los Reglamentos europeos», en *CDT*, Vol.10, núm. 2, (Octubre de 2018): 488-495.

vulneración de los artículos 6⁴⁴ y 7⁴⁵ de CEDH⁴⁶ y de los artículos 47⁴⁷ y 48⁴⁸ de la Carta Europea de Derecho Fundamentales⁴⁹ (ambos preceptos dedicados y garantes de la máxima expresión de la tutela judicial efectiva, el concepto de no pena sin ley y la buena administración de justicia)⁵⁰, que en

⁴⁴ 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

⁴⁵ 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.

⁴⁶ BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

⁴⁷ Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial: Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

⁴⁸ Presunción de inocencia y derechos de la defensa: 1. Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente. 2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa.

⁴⁹ DOUE C 303 de 14 de diciembre de 2007.

⁵⁰ Sobre el artículo 47 de la CDFUE, entre otros: *Ciro Milione Fugali, La interpretación del art. 47 CDFUE como expresión de la labor hermenéutica del Tribunal de Luxemburgo en la construcción de un estándar europeo de protección de los derechos. Teoría y realidad constitu-*

materia de infracciones y/o sanciones penales y/o administrativas sometidas al citado Reglamento europeo, los autores o autoras y/o personas cómplices de dichos delitos e infracciones pueden ser procesadas y enjuiciadas, con independencia de que dichos delitos e infracciones hayan sido cometidos fuera del territorio de la República Francesa en materia de transporte internacional de mercancías y/o viajeros/as por carretera, por los tribunales franceses cuando, de conformidad con las disposiciones del Libro I del Código Penal o de cualquier otra ley, la ley francesa sea aplicable, o cuando un convenio internacional o un acto adoptado con arreglo al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea otorgue a los tribunales franceses jurisdicción para conocer del delito.

El artículo 36 de la LOI n.º 2009-1503 de 8 de diciembre de 2009⁵¹, en materia de infracciones nos remite al código penal francés y al código de procedimiento penal para esta cuestión⁵². Y concretamente, se posibilita en materia de transporte por carretera, aplicar el artículo 689 del Code de Procedure Pénale⁵³ que recoge que,

Les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions

cional, n.º 39, (Ejemplar dedicado a: Monográfico: El TJUE como actor de constitucionalidad), (2017): 655-674.

⁵¹ LOI n.º 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transport, du 8 décembre 2009. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021451610&categorieLien=cid>. (Última visita 15.02.2020).

⁵² I. – Après le deuxième alinéa de l'article 113-6 du code pénal, il est inséré un alinéa ainsi rédigé: «Elle est applicable aux infractions aux dispositions du règlement (CE) no 561/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 relatif à l'harmonisation de certaines dispositions de la législation sociale dans le domaine des transports par route, commises dans un autre Etat membre de l'Union européenne et constatées en France, sous réserve des dispositions de l'article 692 du code de procédure pénale ou de la justification d'une sanction administrative qui a été exécutée ou ne peut plus être mise à exécution». II. – A l'article 689 du code de procédure pénale, après les mots : «convention internationale», sont insérés les mots : «ou un acte pris en application du traité instituant les Communautés européennes». III. – Après l'article 689-10 du même code, il est inséré un article 689-12 ainsi rédigé: «Art. 689-12. – Pour l'application du règlement (CE) no 561/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 relatif à l'harmonisation de certaines dispositions de la législation sociale dans le domaine des transports par route, peut être poursuivie et jugée dans les conditions prévues à l'article 689-1 toute personne coupable d'infractions à la réglementation du temps de conduite et de repos au sens du chapitre II du même règlement commises dans un Etat de l'Union européenne».

⁵³ https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?jsessionid=457FBE75F2A60AB5ECEFB0F711516927.tp1gfr36s_1?cidTexte=LEGITEXT000006071154&idArticle=LEGIA RTI000021486423&dateTexte=20200216&categorieLien=id#LEGIARTI000021486423. (última visita 15.02.2020).

françaises soit lorsque, conformément aux dispositions du livre Ier du code pénal ou d'un autre texte législatif, la loi française est applicable, soit lorsqu'une convention internationale ou un acte pris en application du traité instituant les Communautés européennes donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction.

Desde luego, tales exorbitantes competencias jurisdiccionales estatales y criterios de atribución con base en un concepto de justicia universal e imperialismo jurídico, merman la seguridad jurídica que necesariamente demanda este peculiar sector del transporte y vulnera las citadas garantías contenidas en los artículos 6 y 7 del CEDH sobre tutela judicial efectiva, proceso justo y derecho al juez predeterminado por la ley. Recuérdese que el TEDH viene interpretando ampliamente, sin restricciones y sin permisión de excepcionalidad alguna el citado artículo 6 del CEDH. En relación a ello, el Tribunal Europeo llega a concluir y advertir expresamente, entre otras, en el apartado 30 de su sentencia de 26 de octubre de 1984, *Cubber vs. Belgium*⁵⁴, que «una interpretación restrictiva del artículo 6.1 [...] no encajaría con el objeto y finalidad de esta disposición, visto el lugar eminente que el derecho a un proceso justo ocupa en una sociedad democrática, en el seno del Convenio [...]»

De igual forma y en esta línea interpretativa sobre el citado artículo 6 CEDH el Tribunal subraya en el apartado 66 de su sentencia de 23 de octubre de 1990, *Moreira De Azevedo vs. Portugal*⁵⁵, que «*In the Court's opinion, the right to a fair trial holds so prominent a place in a democratic society that there can be no justification for interpreting Article 6 para. 1 (art. 6-1) of the Convention restrictively*».

En efecto, una atribución competencial injustificable de las autoridades francesas para conocer de cualquier infracción que se haya podido cometer respecto de cualquier transporte que circule por su territorio en base a los Reglamentos europeos que regulan el transporte internacional de mercancías y personas viajeras por carretera intraeuropeo en la Unión Europea y el acceso al mercado de transporte (Reglamentos 1071, 1072 y 1073 del año 2009⁵⁶).

⁵⁴ STEDH de 26 de octubre de 1984. Recuperada:

⁵⁵ STEDH de 23 de 10 de 1990. Recuperada:

⁵⁶ Reglamento (CE) n.º 1071/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen las normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera y por el que se

No es la única ocasión en la que el país vecino se aventura con la articulación y proyección de foros calificables como exorbitantes en su legislación interna para la asunción de competencia en cuestiones jurisdiccionales de carácter penal, administrativo o civil. Para cuestiones de Derecho procesal civil internacional el artículo 14 del Code Civil francés viene a disponer que,

L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français.

Sin lugar a dudas la activación tras la asunción de la competencia por los tribunales franceses en las materias señaladas conllevaría el no reconocimiento y la inejecución de las respectivas resoluciones con sus sanciones y/o condenas en el resto de Estados miembros de la UE, calificándose dichos pronunciamientos judiciales como sentencias claudicantes.

En efecto, la derivada más alarmante de este nacionalismo jurídico inaceptable contrario al Derecho europeo, y como se ha podido analizar, contrario también a los Derechos Humanos, conlleva que ante una condena penal o sanción (penal y/o administrativa) en Francia de la empresa porteadora/transportista y/o las personas que ostenten la dirección y/o la gestión de la empresa, y siempre y cuando éstas ya estén retenidas por las autoridades públicas francesas y/o en prisión en Francia, a la luz del ordenamiento jurídico francés y en aplicación del artículo 10.3⁵⁷ del Reglamento 561/2006, si fuera el caso, que recoge una suerte de responsabilidad objetiva del empresario por las infracciones cometidas por las personas subordinadas (conductoras y auxiliares) con independencia del Estado miembro donde hayan sido cometidas (y que refrenda y encuentra acomodo en la jurisprudencia del TJUE, entre otras, en su sentencia de 19 de octubre de

deroga la Directiva 96/26/CE del Consejo, DOUE L300/51 de 14.11.2009; Reglamento (CE) n.º 1072/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado del transporte internacional de mercancías por carretera. DOUE L 300/72 de 14.11.2009; Reglamento (CE) n.º 1073/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses y por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 561/2006. DOUE L 300/88 de 14.11.2009.

⁵⁷ Artículo 10.3: Las empresas de transporte tendrán responsabilidad por las infracciones cometidas por los conductores de esas empresas, aun cuando tales infracciones se hayan cometido en el territorio de otro Estado miembro o de un tercer país.

2016⁵⁸), y del artículo 6⁵⁹ del Reglamento (CE) 1071 del año 2009 sobre la precisión de las condiciones que han de respetarse por las empresas transportistas en materia de honorabilidad (inexistencia de condenas, sanciones y/o infracciones en materia mercantil, penal, socio-laboral, administrativa etc.) la citada empresa perderá la honorabilidad y con ello la licencia comunitaria que le habilita para ejercer la profesión de transportista por carretera en la UE.

Y esto supone el cierre o liquidación de dicha empresa por imposibilidad de continuar con la actividad propia de este específico sector del tejido empresarial sin autorización o título habilitante⁶⁰ favoreciéndose con ello la destrucción de empleo, la desinversión y un menor progreso económico y social.

⁵⁸ STJUE de 19 de octubre de 2016 (Asunto C-501/14, EL-EM-2001 vs. Nemzeti). Aranzadi.

⁵⁹ Precisión de las condiciones que han de respetarse en materia de honorabilidad: 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo, los Estados miembros determinarán las condiciones que deben cumplir las empresas y gestores de transporte a fin de cumplir el requisito de honorabilidad establecido en el artículo 3, apartado 1, letra b). Al determinar si una empresa cumple dicho requisito, los Estados miembros tomarán en consideración la conducta de la empresa, sus gestores de transporte y cualquier otra persona pertinente que pueda determinar el Estado miembro. Toda referencia que se haga en el presente artículo a condenas, sanciones o infracciones incluirá las condenas, sanciones o infracciones de la propia empresa, sus gestores de transporte y cualquier otra persona pertinente que pueda determinar el Estado miembro. Entre las condiciones mencionadas en el párrafo primero figurarán, como mínimo, las siguientes: a) que no exista ningún motivo importante para dudar de la honorabilidad del gestor de transporte o de la empresa de transporte, como la imposición de condenas o sanciones por cualquier infracción grave de la normativa nacional en vigor en los ámbitos de: i) el Derecho mercantil, ii) la legislación en materia de insolvencia, iii) las condiciones de remuneración y de trabajo de la profesión, iv) el tráfico por carretera, v) la responsabilidad profesional, vi) la trata de seres humanos o el tráfico de estupefacientes, y b) que uno o varios Estados miembros no hayan condenado al gestor de transporte o a la empresa de transporte por una infracción penal grave o lo hayan sancionado por una infracción grave de la normativa comunitaria relativa, en particular, a: i) tiempo de conducción y períodos de descanso de los conductores, tiempo de trabajo e instalación y utilización de aparatos de control, ii) peso y dimensiones máximos de los vehículos de transporte en el tráfico internacional, iii) cualificación inicial y formación continua de los conductores, iv) idoneidad para la circulación por carretera de los vehículos de transporte, con inclusión de las inspecciones técnicas obligatorias de los vehículos de motor, v) acceso al mercado del transporte internacional por carretera de mercancías o, según el caso, acceso al mercado de transporte de viajeros por carretera, vi) seguridad del transporte de mercancías peligrosas por carretera, vii) instalación y utilización de limitadores de velocidad en determinadas categorías de vehículos, viii) permiso de conducir, ix) acceso a la profesión, x) transporte de animales [...].

⁶⁰ Sobre ello, entre otros: Unai Belintxon Martín, «El dilema en el conflicto del Taxi y el VTC: ¿La desregulación?», en *Bitácora Millennium DIPr: Derecho internacional privado*, núm. 9, (2019): 1-13.

No obstante, la cuestión se complica en cierta medida en el concreto caso expuesto, ya que ante la apertura de un foro exorbitante en Francia que no respeta ni el Derecho europeo ni los citados Derechos Humanos para el enjuiciamiento de la causa, nos veríamos en la compleja tesitura de que la calificación de no honorable, o de ausencia de honorabilidad, de la empresa transportista condenada en Francia, no sería tal en el resto de Estados miembros de la UE, por ejemplo España, donde nuestras normas internas aplicables al sector sí respetan el Derecho europeo de aplicación y la no vulneración de los Derechos Humanos a la tutela judicial efectiva y al juez predeterminado por la ley, y en consecuencia, no reconocerán para estos supuestos la sentencia francesa al encontrarnos ante una resolución de carácter claudicante. En efecto, esto supone que el porteador/transportista no nacional francés al que se le condenó en los términos expuestos seguirá ostentando licencia comunitaria y autorización habilitante en el Estado en el cual tiene su nacionalidad y/o domicilio principal. Con lo que nos encontramos ante una doble calificación sobre la legalidad de dicha empresa porteadora para ejercer el comercio de servicios al que se dedica según ejecute o realice transportes que tengan lugar de origen o destino, u origen y destino en Francia y/o pasen por territorio francés, o en el resto de los Estados miembro de la UE que aceptan la legalidad europea y la interpretación jurisprudencial del TJUE y del TEDH.

Conflicto jurídico con fondo político éste de compleja solución que debe resolverse con el fortalecimiento de los principios inspiradores del viejo proyecto de los Estados Unidos de Europa, un espacio común de libertad, seguridad y justicia con plena garantía de los Derechos Humanos.

III. Derecho social europeo y el sector del transporte aéreo

1. *Contextualización*

El comercio de la aviación y la aeronáutica internacional han evolucionado y se han desarrollado de forma conjunta y constante permitiendo hablar en la actualidad de un verdadero Derecho aeronáutico. Tal desarrollo evolutivo requirió, tempranamente, de un esfuerzo unificador con la finalidad de reglamentar esta importante actividad comercial. La necesidad de ofrecer una respuesta armonizada en materias tan importantes como la activación del sistema de responsabilidad del transportista/porteador aéreo, la documentación del transporte, las obligaciones de las partes del contrato de transporte aéreo internacional, la determinación de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable a las obligaciones contractuales (también las relativas al contrato individual de trabajo), y los tiempos de vuelo, tra-

bajo y descanso requería un esfuerzo que finalmente encuentra reflejo parcial en el Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929, modificado en diversas ocasiones y que encuentra hoy su máximo exponente en el Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999⁶¹, pues quedan fuera de su ámbito de aplicación las cuestiones socio-laborales, prevención de riesgos (tiempos de trabajo y descanso⁶²) y dignidad humana en el trabajo que han sido asumidas para la UE por el/la legislador/a de la Unión ante la ausencia de iniciativa en la esfera internacional que tuviese por finalidad una mayor armonización normativa.

Sin duda el transporte aéreo internacional de mercancías y viajeros constituye el medio de transporte más rápido para las largas distancias. Las características de muchas de las mercancías a transportar requieren de una rápida ejecución del servicio de transporte. No obstante, también debe subrayarse que es uno de los medios de transporte con mayor coste para el demandante del servicio de transporte. En cuanto a las condiciones laborales para la ejecución de los servicios es necesario advertir que éstas son duras al exigir al empleado un cambio de horario continuo (sobre todo en las largas distancias), y el soportar física y psicológicamente la aclimatación ininterrumpida en aquellos vuelos que sobrepasan diversas franjas horarias por razón del lugar de origen y destino del transporte aéreo internacional a ejecutar. Estos son precisamente los transportes regulados por el citado Convenio de Montreal⁶³ y por ello es fundamental disponer de un marco jurídico de ordenación socio-laboral, de prevención de riesgos y dignidad humana en el trabajo eficaz, eficiente y garantista que permita un control exhaustivo de los tiempos de vuelo, trabajo y descanso ejecutados por todas las personas empleadas en el sector.

2. *Los tiempos de trabajo y descanso en el sector aéreo. ¿Un sector olvidado o descuidado por la persona legisladora?*

La contienda o conflictividad laboral que enfrentó en 2018 a la empresa porteadora Ryanair y sus empleados y empleadas, en esencia trabajadores y

⁶¹ BOE núm. 122, de 20/05/2004.

⁶² Respecto a los tiempos de trabajo y descanso, entre otros: Alonso Pelegrín, Emiliano, García Fernández, Clara, Jerez Del Castillo, Beatriz, Ribes Boigues, María, y Rodríguez Meda, Jaime. *Estudio Comparado (UE-28) sobre el Régimen Jurídico Laboral del Transporte por Carretera*, Fundación Francisco Corell, Madrid, (2014): 82-95.

⁶³ Unai Belintxon Martín, «Derecho internacional privado y transporte aéreo: cuestiones de actualidad sobre jurisdicción y ley aplicable», en Petit Lavall, M.^aV., y Puetz, A. (Dirs), *El transporte como motor del desarrollo socioeconómico*, Marcial Pons, Madrid, (2019): 363-382.

trabajadoras de cabina y pilotos, permitió el amplio estudio por parte de la doctrina de diversos conflictos de enorme interés para nuestra disciplina del Derecho internacional privado relacionados, por un lado, con la determinación de la competencia judicial internacional⁶⁴ y la concreción del lugar efectivo de trabajo⁶⁵, y por otro, con la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo⁶⁶.

Desde luego la estrategia diseñada por la empleadora para recoger en los propios contratos de trabajo cláusulas atributivas de jurisdicción a los órganos jurisdiccionales irlandeses, junto a acuerdos de elección de ley en favor del ordenamiento jurídico irlandés (insertos en el propio contrato de trabajo y/o en acuerdos *ad hoc*) ha sido un movimiento jurídico hábil al acompañarse de otra serie de estipulaciones, cláusulas u obligaciones impuestas por parte de la empresa porteadora a las personas empleadas.

Ésta era una práctica generalizada mediante la cual la porteadora aérea contrataba a los empleados y empleadas a través de empresas de trabajo temporal que actuaban reiteradamente como intermediarias para el reclutamiento y provisión del personal al servicio de la compañía⁶⁷. Actuaciones y prácticas que han sembrado claras dudas sobre el posible encubrimiento de cesiones ilegales de trabajadores y trabajadoras. Es decir, la contratación sistemática de pilotos como falsos autónomos y condiciones laborales deplorables ha sido el objeto principal de una denuncia constante por parte de los sindicatos del sector (cuestiones tales como bajas por enfermedad, permisos por maternidad, vacaciones pagadas, edad de jubilación⁶⁸, y retribución del/la trabajador/a en función del número de horas de vuelo sin salario

⁶⁴ Sobre competencia judicial internacional en procedimientos laborales, entre otros: Olga Fotinopoulou Basurko, «Competencia judicial internacional en pleitos laborales con pluralidad de demandados», en *Aranzadi Social*, núm. 10, (2008).

⁶⁵ José Luis Iriarte Ángel, «El contrato de trabajo internacional: algunas cuestiones relacionadas con la competencia judicial internacional», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Universidad del País Vasco, Tecnos, Madrid, (2001): 119 y ss.

⁶⁶ En relación a esta cuestión, entre otros: Paz Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Lex Nova, Valladolid, (2006): 60 y ss.

⁶⁷ Pilar Juárez Pérez, «El conflicto de Ryanair: una lectura desde el Derecho Internacional Privado», en *CDT*, Vol.11, núm.1, (marzo 2019): 372-407.

⁶⁸ Sobre la extinción de la relación contractual laboral de los pilotos una vez cumplidos los 65 años, entre otros estudios pueden verse las reflexiones realizadas por: Rosa M.^a Rodríguez Romero, «Nuevas perspectivas en relación con la extinción del contrato laboral de los pilotos de vuelos comerciales una vez cumplida la edad de sesenta y cinco años (a propósito de la STJUE de 5 de julio de 2017, Asunto C-190/16, Caso *Fries c. Lufthansa*)», en Petit Lavall, M.^aV., y Puetz, A. (Dirs.), *El Transporte como motor del desarrollo económico*, Marcial Pons, Madrid, (2018): 515-533.

base ni cómputo de la correspondiente antigüedad según los años de servicio realizados⁶⁹).

En efecto, es llamativo, y aquí nace la controversia en relación a la determinación de la competencia judicial internacional (aplicable para estos supuestos el RBI bis⁷⁰) y la ley rectora del contrato de trabajo (aplicable en este caso el R. Roma I⁷¹), que se imponga por parte del empleador la aplicación de la ley irlandesa (mucho menos favorable para el trabajador que la española por ejemplo) y la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales irlandeses⁷². Pero es que además esto viene acompañado de otra serie de exigencias encaminadas a dificultar sobremanera la activación de cualquier acción judicial por parte del empleado o empleada. Téngase en cuenta que con independencia de la residencia habitual del trabajador o trabajadora éstos estaban dados de alta en la Seguridad Social Irlandesa (con los problemas que ello conlleva a la hora de pertenecer al sistema de Seguridad Social de tu residencia habitual, a la hora de requerir asistencia sanitaria o el acceso a productos financieros y/o préstamos hipotecarios y/o personales).

Advertido lo anterior, debe subrayarse igualmente que se ha impuesto de manera generalizada a los trabajadores y trabajadoras la obligación de residir a una distancia no superior a una hora de trayecto desde la base que les ha sido asignada y que suele ser el aeropuerto desde el cual inician su jornada y finalizan ésta. Realidades como ésta, desde luego, restringen el desarrollo vital y personal del/la empleado/a, y según se denuncia por los sindicatos del sector, no tiene una adecuada compensación salarial. Por último, otro dato a tener en consideración es que el trabajo se desempeña a las órdenes de la agencia que intermedia en la contratación del personal bajo la supervisión del personal de Ryanair y a bordo de aeronaves propiedad de la citada transportista.

⁶⁹ En relación al nivel salarial de los pilotos y algunos motivos sobre la reducción salarial acaecida en el sector, entre otros: Matías Ginieis, María Victoria Sánchez Rebull y Fernando Campa Planas, «La relación entre el tipo de aerolínea y el nivel de salario de los pilotos», en Petit Lavall, M.^aV., Martínez Sanz, F. y Recalde Castells, A. (Dirs.), *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Marcial Pons, Madrid, (2013): 555-572.

⁷⁰ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12/12/2012, relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE de 20/12/2012, L 351/1.

⁷¹ Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17/06/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. DOUE L 177/6 de 04/07/2008.

⁷² Para el estudio de las normas del RBI bis sobre competencia judicial internacional aplicables a este sector, entre otros: Aurora Hernández Rodríguez, «El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas cuestiones sobre competencia judicial internacional y derecho aplicable», en *CDT*, vol.3, núm.1, (marzo 2011): 179-194.

Dicho esto, otra de las denuncias efectuadas por los/las empleados/as tiene que ver con la forma de articular los calendarios de trabajo y la programación de vuelo por parte de la empleadora. La porteadora empleadora de forma generalizada confecciona desde Dublín y entregaba al/la trabajador/a por vía telemática dicha programación sin ningún tipo de interacción directa entre empleado/a y empleador/a. De igual forma, cabe subrayar que tampoco existe una interacción directa o personal en aquellos casos en los que el/la empleador/a activa una acción disciplinaria. Finalmente cabe añadir que el contrato, sus condiciones y demás estipulaciones relacionadas venían a elaborarse en inglés, abonándose incluso los salarios en cuentas de entidades de crédito que el trabajador o la trabajadora debía obligatoriamente abrir en Irlanda coartando o restringiendo los intereses de la persona empleada.

Este conflicto ha situado en el foco central de estudio estas cuestiones de gran relevancia, sin embargo se han desplazado otras no menos importantes como la normativa de ordenación imperante en la UE para normativizar los tiempos de vuelo y descanso de los empleados y empleadas del sector. Ciertamente es llamativa la ausencia de una normativa más nítida para esta cuestión, sobre todo si comparamos la regulación existente sobre ello con la normativa que se encuentra en vigor para el sector del transporte por carretera. Téngase en cuenta que estamos hablando de ciertos conceptos acuñados en la doctrina francesa como el riesgo penal en el Derecho del trabajo, la dignidad humana en el ámbito laboral y la vulneración de los Derechos Humanos por parte de la persona empleadora/transportista⁷³.

Las entidades sindicales han subrayado tradicionalmente la importancia de adecuar de forma constante las normas en vigor en la UE sobre limitaciones del tiempo de vuelo, trabajo y descanso. Es ciertamente llamativo que para el sector del transporte por carretera se disponga desde el año 2006 de un Reglamento de aplicación directa, el comentado Reglamento 561/2006, y sin embargo para el sector aéreo se haya permitido a las distintas Agencias Estatales de Seguridad Aérea de los Estados miembros de la UE aplazar la entrada en vigor de la normativa europea sobre limitaciones de tiempos de vuelo, actividad y descanso de forma reiterada hasta casi iniciado el 2018.

Nos referimos al Reglamento 83/2014⁷⁴ de la Comisión, de 29 de enero de 2014, que modifica el Reglamento (UE) n.º 965/2012⁷⁵, por el que se es-

⁷³ Parte de la doctrina francesa ya reflexiona sobre la cuestión, entre otros autores: RO-BACZEWSKI, Corinne. *Le risque pénal en Droit du transport; L'application du droit pénal du travail dans l'entreprise de transport*, Larcier, Bruselas, (2012): 287-303.

⁷⁴ DOUE L 28/17 de 31/01/2014.

⁷⁵ DOUE L 296/1 de 25/10/2012.

tablecen requisitos técnicos y procedimientos administrativos en relación con las operaciones aéreas en virtud del Reglamento (CE) n.º 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo⁷⁶, que recoge expresamente en su artículo 2 la posibilidad de acogerse a una moratoria en relación a su entrada en vigor hasta el 17 de febrero de 2017 al indicar que [...] *los Estados miembros podrán optar por no aplicar las disposiciones del punto ORO.FTL.205 (e) del anexo III del Reglamento (UE) 965/2012 y seguir aplicando las disposiciones nacionales existentes relativas al descanso en vuelo hasta el 17 de febrero de 2017.*

Suiza, Dinamarca, Alemania y España se acogieron a tal opción. Un aplazamiento que parece respondía a la presión ejercida por los operadores aéreos con el objetivo de disponer de más tiempo para adaptarse a una regulación cuyo objeto era implantar un mayor control y la mejora de la seguridad aérea mediante normas más restrictivas. En esencia se buscaba reducir los largos periodos o tiempos de vuelo, mejorar las condiciones para la ejecución de los descansos en vuelo y tierra, y posibilitar un mayor control sobre los extensos periodos de actividad (tiempos de vuelo, trabajo, incidencias e imaginarias, y condiciones para la ejecución de todo ello)⁷⁷.

La norma ORO.FTL.205 recogida en el Reglamento 83/2014 es la dedicada a los periodos de actividad de vuelo, una norma que comparte sección entre otras con la 210 (tiempos de vuelo y periodos de actividad), la 220 (actividad partida), 225 (imaginarias y actividades en el aeropuerto), 235 (periodos de descanso), 240 (alimentación) y 245 (registros de la base, de tiempos de vuelo, de periodos de actividad, y periodos de descanso y disfrute personal).

Llama poderosamente la atención que una cuestión de gran calado para la seguridad aérea y para el ámbito de la prevención de riesgos laborales, los Derechos Humanos y la dignidad en el trabajo se trate en Anexos a la norma principal, en concreto en su Anexo III. Da la sensación de que se relega a un segundo plano una cuestión jurídico-laboral relacionada con los Derechos Humanos nuclear tanto para empleador/a y empleados/as como para los usuarios o usuarias, clientes/as o cargadores/as del sector. Tampoco han tenido estas deficiencias un eco doctrinal y/o jurisprudencial suficiente a pesar de ser éste otro de los conflictos que ha aflorado en el asunto Ryanair citado.

⁷⁶ DOUE L 79/1 de 19/03/2008.

⁷⁷ Sobre la inspección y el control por parte de la Administración en el sector del transporte, entre otros: Vicenç Aguado I Cudolà, «Las potestades de inspección y sanción en materia de transporte: garantizar el cumplimiento de la legislación, asegurar el buen funcionamiento del sistema», en Menéndez, O. (Dir.), *Régimen Jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y Ferrocarril*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, (2014): 237-287.

Subrayado lo anterior, es necesario indicar que a pesar de las mejoras incorporadas por las citadas normas ORO.FTL mediante la modificación del Reglamento 952/2012 por el Reglamento 83/2014, la regulación evidencia ciertas carencias que deben corregirse y encauzarse para que pueda materializarse un control más efectivo y eficiente sobre el cumplimiento de la norma europea de aplicación. Desde luego esta ausencia de regulación es muy notable si comparamos este sistema normativo con el actualmente imperante en el sector carretera y que hemos analizado en el epígrafe anterior.

El análisis combinado de las normas ORO.FT.205 (período de actividad de vuelo) y ORO.FT.210 (tiempos de vuelo y períodos de actividad) no permite concluir que para los miembros de la tripulación los periodos de actividad totales en siete días consecutivos serán de 60 horas, 110 horas en el caso de 14 días consecutivos y 190 horas de actividad en el plazo de 28 días consecutivos. Respecto a los tiempos de vuelo máximo, la norma europea viene a establecer un máximo de 100 horas de vuelo en 28 días consecutivos, un máximo de 900 horas de vuelo en un año natural y un máximo de 1000 horas de vuelo en cualquier periodo de 12 meses consecutivos. De la norma expuesta genera cierta inseguridad y tiene una incidencia significativa sobre la prevención de riesgos y los Derechos Humanos la calificación de año natural, un concepto que permite sortear el límite establecido de 1000 horas para el periodo de 12 meses consecutivos. Sin duda esta calificación genera cierta distorsión que debiera de ser corregida ya que el mantenimiento de esa medición de horas máximas vinculadas al año natural y no a los 12 meses consecutivos incrementa la ratio de tiempo de vuelo por mes y permite al operador empresarial o porteador jugar con ello en su propio interés o beneficio.

Es decir, en aplicación de la norma ORO.FT.210.b.3 la división de 1000 horas en 12 meses consecutivos proyecta un resultado o límite máximo de tiempo de vuelo mensual de 83.33 horas. Sin embargo, si el cómputo se realiza en aplicación de la sección b.2 de la misma norma ésta permite que se incremente el límite máximo del tiempo de vuelo que regula la norma anterior al permitir, en aplicación del año natural, que en un periodo de 18 meses el número de horas de vuelo proyecte una suma total de 1800 horas, lo que arroja un tiempo de vuelo máximo mensual de 100 horas. Como advertimos anteriormente, esta doble regulación permite al empleador o empleadora jugar con la activación de uno u otro cómputo según lo que más le pueda beneficiar y en detrimento, a nuestro juicio, de la seguridad con incidencia directa en la prevención de riesgos, en la dignidad en el trabajo, en los Derechos Humanos y en los tiempos de vuelo, trabajo y descanso y disfrute.

En relación a la norma ORO.FTL.235 sobre periodos de descanso cabe advertir que el precepto hace una doble distinción entre aquellos supuestos

en los que el periodo de descanso diario se toma en la base y para los que su duración no será inferior a 12 horas, de aquellos supuestos en los que el descanso se toma fuera de la base y para los cuales el descanso no será inferior a 10 horas siempre y cuando al menos 8 horas sean de sueño. Esta norma viene acompañada de un concepto indeterminado que genera cierta inseguridad a la hora de referirse a aquellos descansos diarios no inferiores a 12 horas tomados en la base, pues éstos deberán ejecutarse en alojamiento adecuado para el miembro de la tripulación para no vulnerar el Derecho Humano a la dignidad humana en el trabajo.

Efectivamente, no se concretan las características de dicho alojamiento y en consecuencia tal indefinición hace plantearse si se puede entender por alojamiento adecuado y digno un cuarto en el que únicamente se hayan instalado literas para pernoctar, o si dichas instalaciones deben ostentar o no ducha y baño para las necesidades fisiológicas correspondientes, o si sería suficiente una habitación con asientos reclinables aislada. Desde luego llama la atención que no se concrete en la norma tal trascendental cuestión, pues al analizar y comparar la normativa de aplicación a los tiempos de descanso en el sector del transporte por carretera, sí se concretaban las características del vehículo para aquellos casos en los que el empleado o empleada optase por realizar los tiempos de descanso diarios en el camión, exigiéndose que éste debe estar adecuadamente equipado con literas para el correspondiente descanso de la persona conductora (art.8.8 R.561/2006) y calificando lo contrario de vulneración de la dignidad humana en el trabajo y por lo tanto de los Derechos Humanos de la persona trabajadora.

En efecto, cabría completar la redacción de tal norma por el legislador o la legisladora europea para puntualizar las características de una instalación adecuada en base (aeropuerto) y adecuarla a los estándares mínimos en materia de dignidad humana en el trabajo y evitar así la vulneración de este Derecho Humano. En nuestra opinión una instalación óptima para dormir debiera permitir un descanso adecuado en una habitación individual, aislada acústicamente, con temperatura regulable, con ducha y WC y proporcionando instalaciones para comer y beber adecuadamente.

Por último, encontramos otra potencial laguna de regulación criticable en la norma ORO.FTL.245 (sobre registros de la base, tiempos de vuelo, períodos de actividad y períodos de descanso), una vez más cabe señalar que la norma correspondiente para el sector del transporte por carretera es mucho más completa. Esta norma 245 impone para su control por las autoridades la conservación por parte del operador u operadora durante un período de 24 meses de los registros individuales de cada miembro de la tripulación relacionados con: los tiempos de vuelo; el inicio, la duración y el término de cada uno de los períodos de actividad y

de actividad de vuelo; los periodos de descanso y los días libres de toda actividad; y la base asignada. También impone que se realicen y registren informes sobre periodos de actividad de vuelo extendidos y periodos de descanso reducidos o minorados.

Eso sí, expuesto lo anterior, no se recoge una expresa referencia a la responsabilidad objetiva del empresario porteador o empresa transportista para aquellos casos en los que pudieren cometerse infracciones en relación a los tiempos de vuelo, trabajo y descanso, la responsabilidad social corporativa y la pérdida de honorabilidad de la persona empresaria. Y aquí la norma europea se aleja de lo dispuesto para el sector del transporte por carretera por el artículo 10 del Reglamento 561/2006 y la anteriormente citada jurisprudencia del TJUE que vienen a señalar la responsabilidad objetiva del empleador o empleadora transportista por las infracciones cometidas por él o por cualquiera de sus empleadas y empleados.

En definitiva, todas ellas distorsiones y lagunas de regulación que caben mejorar para garantizar la seguridad aérea y un mayor control del cumplimiento efectivo de los tiempos de vuelo, trabajo y descanso, la dignidad humana en el trabajo y en definitiva los Derechos Humanos en este transcendental sector comercial europeo y extraeuropeo⁷⁸.

IV. Consideración final

Los Estados Unidos de Europa de los Derechos Humanos requieren de la definitiva consolidación y consagración del proceso de integración para ofrecer con ello respuesta a todos los retos a los que se enfrenta el mundo y Europa en los albores del siglo XXI. Las repuestas y medidas que exigen las nuevas necesidades y retos no pueden descansar única y exclusivamente en los Estados. Nos referimos, en efecto, a los factores de pobreza, inestabilidad financiera, migraciones, desnutrición infantil, cambio climático, vulneraciones sistemáticas de los Derechos Humanos, degradación medioambiental, enfermedades pandémicas, seguridad en el medio de trabajo, y el respeto y la garantía a la dignidad humana en el trabajo o el medio laboral. Sin duda una sociedad de naciones que emerge de los valores y el respeto a los Derechos inalienables de las personas es mayor garantía para una respuesta efectiva a dichos retos.

⁷⁸ Sobre la fundamental importancia del transporte para nuestra economía, nuestra sociedad y desarrollo interior aunque en referencia expresa al sector por carretera, entre otros estudios puede verse: F. Javier Piñales Leal, *Régimen Jurídico del transporte por carretera*, Marcial Pons, Madrid, (1993): 32-43.

El sector del transporte, en este caso aéreo y por carretera, no es ajeno a las vulneraciones de los Derechos Humanos y las medidas de control diseñadas al efecto por el binomio compuesto por el Derecho europeo y el Derecho internacional deben mejorarse y redefinirse con la finalidad de evitar interesadas interpretaciones del Derecho social europeo por parte de los Estados miembros. En efecto, deben evitarse de forma expresa las particulares manifestaciones que en los últimos años efectúan algunos Estados miembros en detrimento de los valores ya consagrados en la UE sobre seguridad jurídica, buena administración de justicia, evitación de procedimientos paralelos y confianza recíproca en seno de la justicia en el propio territorio de la Unión de la libertad, la seguridad y la justicia.

En concreto las instituciones europeas y el TJUE deben ofrecer una respuesta jurídico-normativa contundente a la conflictividad interpretativa y la vulneración del Derecho europeo que el Estado francés abandera o enarbola en particular para el sector del transporte por carretera. No ofrecer respuesta temprana a esta cuestión supondrá el enquistamiento de posturas jurídico-normativas y políticas que debilitan el común proyecto en una era en la que los nacionalismos irredentos deben dejar paso a una Europa de las naciones y las regiones. Nacionalismos que sin embargo no parecen diluirse lo suficiente (cuestión que deja patente la salida definitiva del Reino Unido de la UE materializada en febrero de 2020).

Garantizar la libre prestación de servicios, la libre circulación de personas y el espacio de libertad, seguridad y justicia es clave para el sector del transporte en relación a todos sus aspectos, pero más si cabe aún en relación a la dignidad en el trabajo, el respeto a los Derechos Humanos, la responsabilidad social corporativa, la honorabilidad de la empresa porteadora, y el Derecho social europeo. No obstante, es importante señalar que la garantía de los Derechos Humanos es una vía bidireccional y a dos carriles (empresa-persona empleada; persona empleada-empresa; Estado-empresa; empresa-Estado).

Respecto al binomio objeto de estudio, sector aéreo y sector carretera, asombra o por lo menos es llamativa que la normativa de aplicación a esta cuestión en el sector aéreo sea tratada en un Anexo a la norma principal y que contenga normas sobre tiempos de vuelo, trabajo y descanso indefinidas que permitan al/la operador/a empresarial decidir el cómputo a aplicar para limitar o ampliar el número de horas mensuales de tiempo de vuelo máximo. Esta situación hay que revertirla cuanto antes legislativamente. Por otro lado, y en relación ya al transporte por carretera, es igualmente llamativo que ni las instituciones de la UE ni el resto del Estados miembros de la UE se pronuncien acerca de la flagrante vulneración del Derecho europeo (artículo 8.8 del Reglamento (CE) 561/2006 dedicado

la prevención de riesgos laborales y a la dignidad humana en el trabajo —descanso en la cabina habilitada al efecto en el vehículo—) por parte de Francia. Vulneración que como expusimos recoge expresamente este país en su ordenamiento jurídico nacional.

Finalmente, en relación a las exorbitantes competencias jurisdiccionales francesas y criterios de atribución con base en un concepto de imperialismo jurídico inaceptable, deben subrayarse y recordarse las garantías, en cuanto al Derecho Humano a la tutela judicial efectiva en un sentido amplio, que el CEDH y el CEDF ofrecen y garantizan mediante la interpretación de sus normas por parte del TEDH y el TJUE. La reversión de esta situación legislativa indecorosa e inaceptable debe venir de la mano de la presión que los distintos Estados miembros de la UE, las instituciones de la UE y los órganos jurisdiccionales de todos ellos puedan ejercer frente al Estado francés mediante la firmeza en la calificación como claudicantes en sede de reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales emitidas para el sector del transporte por carretera por los órganos jurisdiccionales franceses. Sin duda, Alemania y Francia vertebran, más si cabe tras la espantada del Reino Unido, la UE, pero esto no es óbice para que las instituciones europeas y el resto de Estados miembro del proyecto común exijan a ambas dos, y particularmente a Francia, la vuelta a la legalidad europea.

Sobre el autor

Unai Belintxon es Doctor en Derecho (Derecho internacional privado) por la Universidad del País Vasco (EHU-UPV), Máster en Derecho de Empresa por la Universidad de Deusto; Máster en Integración Política y Económica en la Unión Europea por la Universidad del País Vasco, EHU-UPV (acceso doctorado), y Máster de Acceso a la Abogacía por el Colegio de Abogados de Gipuzkoa. Es profesor contratado doctor de la Universidad Pública de Navarra (UPNA) e investigador del Instituto de Gobernanza Democrática (Globernanze) y del Instituto I-Communitas. Ha realizado estancias como profesor investigador en diversas universidades, destacando el Instituto Suizo de Derecho Comparado. Sus líneas de investigación engloban materias como Derecho internacional privado, Derecho del transporte internacional, Derecho del deporte y litigación transfronteriza, y Derechos humanos y negocios. Sus últimos libros son Derecho europeo y transporte internacional por carretera (Aranzadi-Thomson Reuters 2015), La necesaria adecuación de la legislación vasca del transporte a la dimensión transfronteriza (Aranzadi-Thomson Reuters 2018), y Cooperación, Seguro y Actividades deportivas transfronterizas. Un estudio jurídico (Aranzadi-Thomson Reuters 2018). <https://orcid.org/0000-0001-7512-3839>.

About the author

Unai Belintxon is a PhD in Law (Private International Law) at the University of the Basque Country (EHU-UPV), Master in Business Law at the University of Deusto, Master in Political and Economic Integration in the European Union at the University of the Basque Country, EHU-UPV (to Access of PHD), and Master in Law and Legal Practice at the Gipuzkoa Bar Association. Teaching-researcher at the Public University of Navarra (UPNA) and associated researcher at the Institute of Democratic Governance (Globernance) and the Institute I-Communitas. He has been a visiting fellow at several universities, including the Institut Suisse de Droit Comparé. His main work-lines cover areas such as private international law, international transport law, sport law and cross border litigation, and human rights and business. His last works are *Derecho europeo y transporte internacional por carretera* (Aranzadi-Thomson Reuters 2015), *La necesaria adecuación de la legislación vasca del transporte a la dimensión transfronteriza* (Aranzadi-Thomson Reuters 2018), and *Cooperación, Seguro y Actividades deportivas transfronterizas. Un estudio jurídico* (Aranzadi-Thomson Reuters 2018). <https://orcid.org/0000-0001-7512-383>.

Otros Estudios

La aplicación de la extensión territorial del Derecho de la Unión Europea

The Implementation of Territorial Extension in European Union Law

Ana Cristina Gallego Hernández

Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

Centro Universitario San Isidoro (UPO)

aagallegoo@gmail.com

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-63-2020pp297-313>

Fecha de recepción: 6 de abril de 2020

Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2020

Sumario: I. Introducción.—II. Extraterritorialidad del Derecho tanto dentro, como fuera de las fronteras de la UE.—III. La Extensión Territorial de las normas en la UE.—IV. Confirmación de la teoría de la Extensión Territorial por el TJUE.—V. Conclusiones.

Resumen: La aplicación extraterritorial del derecho es congruente con el principio de respeto a la soberanía y, correlativamente con el principio de no intervención, cuando su ejercicio se fundamente en los intereses generales y siempre que prime la proporcionalidad. A pesar de que la UE nunca ha sido una completa defensora de la extraterritorialidad, especialmente tras la última gran crisis económica europea y mundial, comienza a redoblar el ejercicio por parte de la referida organización, a través de la extensión territorial, la cual permite controlar aquellas conductas que, aunque se lleven a cabo en el extranjero, repercutan en los intereses generales de la UE. La doctrina se ha encargado de conceptualizar la modalidad de la extensión territorial, no obstante, la confirmación de la teoría no llega hasta que el TJUE se pronuncia sobre la Directiva 2008/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, llamada Directiva de Aviación, en 2011.

Palabras clave: Extraterritorialidad, extensión territorial, principio territorial, TJUE.

Abstract: *The extraterritorial application of law is consistent with the principle of respect for sovereignty, and correlatively with the principle of non-intervention, when its exercise is based on general interests and when there is proportionality. Despite the fact that the EU has never been a complete defender of extraterritoriality, especially after the last great world economic crisis, the exercise by the aforementioned organization begins to double. Territorial extension is used to control those behaviors that, although carried out abroad, have an impact on the overall EU interests. The doctrine has been in charge of conceptualizing the*

modality of the territorial extension. However, it was the CJEU that confirmed this when it pronounced itself about Directive 2008/101/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008, called the EU Aviation Directive, in 2011.

Keywords: *Extraterritoriality, territorial extension, territorial principle, CJEU.*

I. Introducción

Tradicionalmente, la autoridad de un Estado ha regulado exclusivamente aquellos eventos acaecidos en su propio territorio, es decir, en el interior de sus fronteras. No obstante, a lo largo del siglo XX, el concepto de territorialidad se ha ido expandiendo, y ha ido incluyendo también a aquellas conductas desarrolladas fuera de las fronteras del Estado en cuestión, pero con efectos en él¹. De esta forma, surge una corriente en coherencia con el Derecho Internacional², sobre la aplicación extraterritorial del Derecho, tanto a todas las conductas ocurridas en el propio territorio, como a aquellas conductas extranjeras con efectos sobre el Estado soberano.

En lo que respecta a las organizaciones internacionales, igualmente, se ha ido desarrollando una aplicación extraterritorial³, relativamente similar al de los sujetos principales de Derecho Internacional. En concreto, la Unión Europea —en adelante UE—, como organización internacional de integración, regional y de fines generales, ostenta un complejo y extenso derecho originario y derivado cuya aplicación se está viendo ampliada, en ocasiones hasta de manera global.

¹ «“Territoriality” and “extraterritoriality” (...) are legal constructs», Hannah Buxbaum, «Territory, Territoriality, and the Resolution of Jurisdictional Conflict», *American Journal of Comparative Law*, 57, 3 (2009): 636.

² Ello se fundamenta de manera general sobre el principio de igualdad soberana y, en concreto, en la regla de que cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía, Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas.

³ «Una estricta aplicación de ese territorialismo es incompatible con numerosas situaciones en las que están presentes elementos de extraterritorialidad y en las que una misma conducta es susceptible de producir efectos jurídicos en distintas partes del territorio de la Unión. La construcción de una Europa sin fronteras, con su corolario de aproximación de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales, comprendidos los penales, presupone que los Estados implicados se inspiran en los mismos valores. Y es aquí, en el ámbito de los valores, donde el principio que se examina alcanza todo su sentido». Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 19 de septiembre de 2002, Asuntos C-187/01 y C-385/01.

Autores como la Profesora Scott⁴ consideran que la aparición de estos nuevos desencadenantes en la legislación europea está vinculada a la crisis financiera⁵ de los últimos años. No obstante, en mi opinión, esto no puede ser mal interpretado, en el sentido de que en situación de inestabilidad económica, la UE haya preferido anteponer el interés puramente económico, sino que las medidas adoptadas buscan proteger los intereses europeos de los riesgos financieros, proteger la estabilidad e integridad de los mercados financieros de la UE y evitar que la autoridad de la UE se vea perjudicada tras la evasión normativa⁶. Por ello, la UE, cada vez más, utiliza la aplicación extraterritorial de su derecho y, en concreto la extensión territorial, para controlar las conductas que, aunque se lleven a cabo en el extranjero, repercutan en sus propios intereses.

En este sentido, los objetivos específicos que este trabajo persigue son esencialmente tres: poder justificar la garantía del principio territorial, conocer cómo en las distintas esferas se aplica la extraterritorialidad del derecho por parte de los Estados miembros y de la propia UE y, analizar la aplicación de la extensión territorial por parte de la UE. Para ello, dada la complejidad del análisis que propongo, el cual requiere tener en cuenta aspectos confusos, me voy a permitir utilizar una metodología científica sistémica que me dé la oportunidad de abordar esa ardua tarea teniendo en cuenta todos los sectores del Derecho implicados, bien como ordenamientos jurídicos completos, Derecho Internacional Público, Derecho de la UE, sea primario o derivado, ordenamientos internos estatales, bien de Estados Miembros de la UE o No Miembros que estén implicados, Derecho Internacional Privado, sectores jurídicos complementarios como Derecho del Mar, Derechos Humanos, etc.

II. Extraterritorialidad del derecho tanto dentro, como fuera de las fronteras de la UE

Partiendo de la tesis de que la legítima aplicación extraterritorial del derecho es congruente con el principio de respeto a la soberanía y, correlati-

⁴ «Consequently, recourse to these novel triggers serves to expand the global reach of EU law, bringing within its scope behaviour that would previously have been regulated exclusively by other States». Joanne Scott, «New EU Extraterritoriality», *The Common Market Law Review*, 51, 5 (2014): 1363.

⁵ «It is noteworthy that the emergence of these novel «extraterritorial» triggers in EU law is linked to the global financial crisis. They form part of an understandable legislative backlash against domestic, EU and global financial markets characterized by «light touch» regulation and the socialization of huge private losses through bail-out mechanisms, the costs of which are borne by the taxpayer. One impact of the global financial crisis and of the associated». *Ibid.*, p. 1345.

⁶ *Ibid.*, p. 1364.

vamente con el principio de no intervención⁷, su ejercicio se fundamenta, adicionalmente, en la proporcionalidad y en la consecución de intereses generales⁸. La postura que adopta la UE, para que así se garantice el principio territorial⁹ y se justifique la extraterritorialidad, es que es suficiente que los efectos territoriales de una determinada acción —tanto fuera como dentro de las fronteras—, puedan identificarse con la propia UE¹⁰. En este sentido, la aplicación extraterritorial de una norma, requerirá un vínculo jurisdiccional suficiente a través de competencias *ratione materiae, loci, personae* o *temporis*¹¹, lo cual —en el escenario planteado— será controlado por los órganos nacionales correspondientes y por la Comisión, el Parlamento Europeo y, especialmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea —en adelante TJUE—.

⁷ A pesar de que en ocasiones se pueden generar situaciones tensas o, como lo califica inéditamente el Profesor Fernández Sánchez, de «soberanía desafiante». Pablo Antonio Fernández Sánchez, «La soberanía poliédrica», *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, (Pérez Vera, E., Rodríguez Carrión, A.) (2005) Universidad de Málaga: 609-611.

⁸ Justificado por el aumento de la protección y el compromiso en la comunidad internacional institucionalizada. Jan Wouters, Cedric Ryngaert, «Litigation for Overseas Corporate Human Rights Abuse in the European Union: The Challenge of Jurisdiction», *George Washington International Law Review* 40, 4, (2009): 956.

En el mismo sentido, cita la profesora Buxbaum a «Karl Meessen asserted on the basis of the nonintervention principle that international law affirmatively required some form of interest balancing: that “the governmental interests of the regulating state will suffice to justify the exercise of jurisdiction, unless the governmental interests of the foreign state significantly outweigh them.”» Hannah Buxbaum, «Territory, Territoriality, and the Resolution of Jurisdictional Conflict», *American Journal of Comparative Law*, 57, 3 (2009): 657.

⁹ El principio de territorio no es absoluto y caben múltiples excepciones de conformidad al Derecho Internacional que permite no tener que dividir el mundo en compartimientos estancos. No obstante, esto implica flexibilizar la vinculación entre soberanía, territorio y jurisdicción para que cada Estado (u organización internacional, en su caso) pueda preservar sus intereses legítimos fruto de las interacciones sociales, sin que se delimite de manera estricta y geográficamente el territorio en cuestión.

¹⁰ «What is relevant is whether (substantial) conduct or effects could be located on the territory» —objective territoriality—, or «territorial effects could be identified, even absent any territorial conduct, or conversely that territorial conduct could be identified, even absent any territorial effects» —subjective territoriality—. Cedric Ryngaert, «EU Trade Agreements and Human Rights: From Extraterritorial to Territorial Obligations», *International Community Law Review*, 20 (2018): 384.

¹¹ «Para que el tribunal pueda conocer de un caso que se somete ante él, debe verificar que posee competencia en razón de las partes que intervienen en el procedimiento (*ratione personae*); en razón de la materia objeto de la controversia (*ratione materiae*); en razón del momento en que el Estado demandando ha ratificado el tratado (*ratione temporis*); y, finalmente, en razón del lugar donde ocurrieron los hechos (*ratione loci*)». Juan Pablo Pérez-León, Patrick Wieland, «La actuación extraterritorial del Estado: re-examinando el ámbito *ratione loci* desde el Derecho Internacional contemporáneo», *Ius et Veritas*, 34 (2007): 278.

Así las cosas, el fenómeno, un tanto peculiar, que se desarrolla en el seno de la UE viene fundamentado por la cesión¹² —relativa— de competencias soberanas, lo cual justifica que la propia organización internacional pueda ejercitar la aplicación extraterritorial dentro y fuera de sus fronteras. A pesar de que, la verdadera soberanía, no podemos olvidarlo, siempre será ejercida, en última instancia, por los propios Estados Miembros.

En este sentido, es una realidad que la UE en los últimos años es cada vez más partidaria de la extraterritorialidad de la norma, especialmente a través de la figura de la extensión territorial. No obstante, al existir una interrelación particular entre distintos sujetos internacionales en el escenario objeto de estudio y al desarrollarse distintas vías para exigir los referidos efectos extraterritoriales, a continuación, se bosquejan diversas modalidades, las cuales van definiendo la postura europea.

La extraterritorialidad, desde la perspectiva más básica, consiste en la aplicación de normas y en el impulso de políticas propias más allá del propio territorio al que concierne. No obstante, debido a que la extraterritorialidad (justificada y aceptada) es una excepción que confirma la prohibición de injerencias en los asuntos internos, la proyección práctica no solo es ambigua, sino que presenta límites y condicionantes.

Generalmente cuando se practica la aplicación extraterritorial por un tercer Estado, lo que este lleva a cabo es la aplicación directa de una norma fuera de su territorio, sin que la posibilidad se recoja en la misma. Dicho ejercicio se realiza en congruencia con el Derecho Internacional, por tanto, fundamentado en el principio de diligencia debida y sin que una conexión territorial justifique la acción referida¹³. Sin embargo, en la esfera de la UE, esta práctica no resulta común¹⁴, por eso para poder exigir extraterritorialmente ciertas actuaciones, la UE ha ido desarrollando y consolidando otra

¹² «As is common knowledge, the Member States have constituted the EU mainly through the transfer of sovereign powers, on which the foundation of both original and derivative law is based. Therefore, with regard to Member States, the European legal system erects the cover under which all its domestic law is structured. Thus, the extraterritorial application of the rules of Internal Law of the European States must be implemented in accordance with the aforementioned Union Law». Ana Cristina Gallego Hernández, «Extraterritoriality within the framework of regional organizations: the case of the European Union», Hague Academy of International Law, (2019) pendiente de publicación.

¹³ Evidentemente, sí que puede justificarse la aplicación fuera del territorio por otros tipos de nexos, como por ejemplo vinculación temporal o nacionalidad. Todo ello, teniéndose presente que la obligación asumida por el tercer Estado debe ser coherente con el Derecho Internacional y basada en la cooperación.

¹⁴ «The EU's aversion to extraterritoriality is not countered by a strong reliance on effects-based jurisdiction. Effects has reared its head quite recently, though as yet tentatively, in EU financial services regulation». Joanne Scott, «Extraterritoriality and Territorial Extension of EU Law», *American Journal of Comparative Law*, 62, 1 (2014): 95.

modalidad de aplicación extraterritorial que es comúnmente conocida como extensión territorial, la cual será desarrollada en el apartado tercero.

Respecto a qué sujetos de derecho internacional pueden intervenir en la aplicación extraterritorial de derecho europeo, esquemática e inicialmente, se debe distinguir si la extraterritorialidad se desarrolla dentro del propio territorio de la UE, o bien, desde la propia organización hacia cualquier sujeto de la comunidad internacional¹⁵.

En lo que respecta al interior de la UE, como es de común conocimiento, cada Estado Miembro sin perjuicio de las competencias compartidas, sigue ejerciendo plenamente la soberanía sobre el resto de otras muchas esferas jurídicas y políticas, por lo que entre los propios Estados socios del mismo «club» pueden existir diferentes niveles de compromisos que acaben condicionando la aplicación extraterritorial de normas o disposiciones. O bien, en otras ocasiones, el posible ejercicio extraterritorial puede verse fundamentado en que, como Estados socios, se requiere la aplicación de una determinada disposición para salvaguardar el Derecho europeo que, de manera directa o indirecta, acaba en contradicción. En otras palabras y de manera práctica, cuando Rumanía impide la residencia del cónyuge de un nacional, porque el matrimonio entre dos personas del mismo sexo —celebrado en Bélgica— no tiene efectividad, por ser contrario al derecho interno del primero, se está actuando en contra del derecho europeo a circular y residir en el territorio de los Estados¹⁶. Para salvar dicha incongruencia, el TJUE¹⁷, a través de su interpretación, exige la aplica-

¹⁵ Esto es lo que llamo Extraterritorialidad «ad intra» y «ad extra» en mi trabajo: Ana Cristina Gallego Hernández, «Extraterritoriality within the framework of regional organizations: the case of the European Union», Hague Academy of International Law, (2019) pendiente de publicación.

¹⁶ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, DOUE 30.4.2004, L 158.

«Por lo que respecta a los requisitos de concesión de este derecho de residencia derivado, el Tribunal de Justicia ha destacado que no deben ser más estrictos que los establecidos por la Directiva 2004/38 para la concesión de tal derecho de residencia a un nacional de un tercer Estado, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión que ha ejercido su derecho de libre circulación estableciéndose en un Estado miembro distinto de aquel del que es nacional, ya que esta Directiva debe aplicarse por analogía a la situación a la que se hace referencia en el apartado anterior de la presente sentencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de marzo de 2014, O. y B., C-456/12, EU:C:2014:135, apartados 50 y 61; de 10 de mayo de 2017, Chávez-Vílchez y otros, C-133/15, EU:C:2017:354, apartados 54 y 55, y de 14 de noviembre de 2017, Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, apartado 61)». Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 5 de junio de 2018. Asunto C-673/16, párrafo 25.

¹⁷ «En cuanto a si este concepto incluye al nacional de un tercer Estado, del mismo sexo que el ciudadano de la Unión, con el cual ha contraído matrimonio en un Estado miembro de conformidad con el Derecho de ese Estado, debe recordarse ante todo que el concepto de «cón-

ción, extraterritorialmente, de las consecuencias jurídicas del acto de unión matrimonial en Rumanía, a pesar de que el Estado ostenta la competencia para regular el estado civil de sus ciudadanos¹⁸.

Por otro lado, la extraterritorialidad ejercida por la UE más allá de sus fronteras es aquella en la que, como sujeto de Derecho Internacional, exige el cumplimiento de una conducta o de efectos extraterritoriales, de manera directa o bien, porque así ha sido estipulado previamente, a un tercer sujeto internacional. A este respecto, la UE como actor global, ejercita la extraterritorialidad *ad extra* de dos formas esencialmente distintas, aunque no es sencilla ni clara su distinción absoluta en la práctica. De manera tímida y porque resulta inevitable, a través de la aplicación directa del derecho de la UE fuera de su propio territorio, siempre en coherencia con los propios valores comunitarios¹⁹ y sin que se justifique con un vínculo jurisdiccional²⁰. Y, cada vez con más determinación, a través de la extensión territorial de una norma europea que desplegará efectos, también, fuera del territorio.

III. La extensión territorial de las normas en la UE

A pesar de que, como se viene comentando, la UE nunca ha sido una completa defensora de la extraterritorialidad, especialmente tras la última gran crisis económica europea y mundial, comienza a redoblar el ejercicio por parte de la Organización que nos ocupa, a través de una modalidad prácticamente inédita, con el objetivo de afrontar problemas fronterizos y globales en aras del interés general.

yuge» en el sentido de la Directiva 2004/38 es neutro desde el punto de vista del género y puede, por tanto, incluir al cónyuge del mismo sexo del ciudadano de la Unión de que se trate. (...) «Es cierto que el estado civil de las personas, en el que se incluyen las normas relativas al matrimonio, es una materia comprendida dentro de la competencia de los Estados miembros, competencia que el Derecho de la Unión no restringe (véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de octubre de 2003, García Avello, C-148/02, EU:C:2003:539, apartado 25; de 1 de abril de 2008, Maruko, C-267/06, EU:C:2008:179, apartado 59, y de 14 de octubre de 2008, Grunkin y Paul, C-353/06, EU:C:2008:559, apartado 16). Los Estados miembros disponen de ese modo de la libertad de contemplar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo (sentencia de 24 de noviembre de 2016, Parris, C-443/15, EU:C:2016:897, apartado 59)». Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 5 de junio de 2018. Asunto C-673/16, párrafos 35 y 37.

¹⁸ Artículo 277, apartados 1, 2 y 4 del Código Civil Rumano.

¹⁹ Artículo 3.5 Tratado de la Unión Europea (TUE).

²⁰ La aplicación del derecho fuera del territorio sin que «depend on the existence of a territorial connection between a regulated activity and an EU Member State. [For example,] a measure that regulates the foreign conduct of EU citizens would be extraterritorial in this sense because its application posits nationality rather than territory as the relevant connection». Joanne Scott, «The global reach of EU law», *EU law beyond EU borders: the extraterritorial reach of EU law* (Marise Cremona, Joanne Scott), (Oxford, Oxford University Press, 2019): 22.

La Extensión Territorial es una práctica que, principalmente, ha conceptualizado la Profesora Scott²¹, a través de la cual la UE, sin que se malinterprete como un atajo normativo, va encontrando el modo de poder ir reivindicando un alcance global de su legislación. Esto es, a diferencia de la extraterritorialidad «pura y dura», la extensión territorial no está ideada como un acceso directo para conseguir efectos jurídicos²² fuera del territorio, sino que, con su presencia cada vez más abundante, la Unión pretende defender los intereses generales de la organización y, correlativamente, de la comunidad internacional en general.

De manera puramente conceptual, la extensión territorial de una norma (por ejemplo, de una norma europea) consiste en la aplicación de una medida o disposición previamente regulada, que genera efectos jurídicos más allá de las fronteras (europeas) porque así está previsto en la norma en cuestión y, todo ello, porque se genera una conexión territorial entre ambos sujetos (en este caso, entre la UE y el otro sujeto en el que repercute la obligación)²³.

A este respecto, para que la extensión territorial de una norma sea legítima, dicha obligación deberá perseguir objetivos globales, basados en el Derecho Internacional y, al mismo tiempo, vinculados necesariamente con los propósitos y el Derecho de la UE. Por tanto, el fin y objeto de la extensión territorial de una norma o medida europea será el de comprometer a los terceros Estados con obligaciones y estándares internacionales²⁴ que se predigan en el seno, en este caso, de la UE. En definitiva, a través de la extensión territorial, la UE contribuye a la integración de los valores comunes y estimula a que exista mayor y mejor interrelación entre los sujetos que integran la comunidad internacional institucionalizada²⁵.

²¹ *Ibid.*, p. 38.

²² *Ibid.*, p. 41.

²³ Así lo defino en el trabajo Ana Cristina Gallego Hernández, «Extraterritoriality within the framework of regional organizations: the case of the European Union», Hague Academy of International Law, (2019) pendiente de publicación.

²⁴ «Frequently, the EU engages in the practice of territorial extension with a view to enforcing internationally agreed standards of conduct (international standards). Admittedly, it occasionally does so before the relevant international standards have entered into force, when the international standards are in a form that is not binding, and where they have been ratified by only a small number of states.99 There are nonetheless occasions when the EU self-consciously desists from extending the territorial reach of its measures because there are no corresponding international standards in place». Joanne Scott, «Extraterritoriality and Territorial Extension of EU Law», *American Journal of Comparative Law*, 62, 1 (2014): 112.

²⁵ «While territorial extension (and to a lesser extent extraterritoriality) serves as an important tool to extend the global reach of EU law, it is not the only such tool. Indeed, assisted by the prospect of Brexit, the concept of the ‘Brussels Effect’ has garnered considerable attention. Building on David Vogel’s earlier concept of the ‘California Effect’, Anu Bradford coined the

Por estos motivos, como se ha adelantado, en los últimos años, la UE ha incrementado la aplicación de la extensión territorial a través de distintas normas que pretenden difundir ciertos aspectos de su Derecho y controlar las conductas en terceros Estados en cuestiones como medio ambiente²⁶, transportes²⁷, salud²⁸, seguridad alimentaria²⁹ o servicios económicos y financieros³⁰.

term the ‘Brussels Effect’ and drew a distinction between its de jure and de facto components». Joanne Scott, « The global reach of EU law », *EU law beyond EU borders: the extraterritorial reach of EU law* (Marise Cremona, Joanne Scott), (Oxford, Oxford University Press, 2019): 31.

²⁶ A través de la Directiva 2009/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 por la que se modifica la Directiva 98/70/CE en relación con las especificaciones de la gasolina, el diésel y el gasóleo, se introduce un mecanismo para controlar y reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, se modifica la Directiva 1999/32/CE del Consejo en relación con las especificaciones del combustible utilizado por los buques de navegación interior y se deroga la Directiva 93/12/CEE, la cual exige tener en cuenta las emisiones del combustible importado y su ciclo de vida, con el objetivo de poder evaluar el cumplimiento del propósito de reducir la intensidad del combustible. Más reciente en el tiempo, la Directiva 2012/19/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, a través de la cual se exige que las empresas vinculadas con la UE que recojan o traten aparatos electrónicos o eléctricos, cumplan con las condiciones mínimas de prevención, valorización y eliminación seguras de la UE.

²⁷ Además de las normas citadas en este trabajo sobre la extensión territorial de condiciones en el transporte aéreo, existen otras vinculadas con el sector del transporte que presentan matices extraterritoriales. Por ejemplo: el Reglamento 391/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre reglas y normas comunes para las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques (ampliándose alguno de estos a los de terceros Estados); y el Reglamento 859/2011 de la Comisión, de 25 de agosto de 2011, que modifica en lo que atañe a la carga y al correo aéreos el Reglamento (UE) no 185/2010, por el que se establecen medidas detalladas para la aplicación de las normas básicas comunes de seguridad aérea y que, como su título indica, establece condiciones y pautas a empresas o terceros Estados cuando la carga o el correo entre o salga del territorio europeo.

²⁸ Reglamento 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano, en el que se exige que se cumplan con los principios éticos en salud si se hacen ensayos clínicos fuera de la UE, con la finalidad de reintegrar los resultados.

²⁹ Directamente, con el Reglamento 854/ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por el que se establecen normas específicas para la organización de controles oficiales de los productos de origen animal destinados al consumo humano. E indirectamente, el Reglamento 1005/2008, de 29 de septiembre de 2008, por el que se establece un sistema comunitario para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, de manera que se excluyen los productos de terceros Estados cuando no existe cooperación entre los sujetos internacionales.

³⁰ Como por ejemplo, el Reglamento 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre las agencias de calificación crediticia (a través del cual se exige dicha calificación crediticia cuando se opera con terceros Estados) o el Reglamento 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones (que exige normas de efectos equivalentes para los terceros Estados que quieran operar en el mercado europeo).

No obstante, como se indicaba en anteriores párrafos, la clave para distinguir si la aplicación extraterritorial de una norma se lleva a cabo de manera directa o bien a través de la extensión territorial, no siempre es clara y cristalina. En este sentido, en aras de poder identificar con mayor precisión cuando extiende más allá del propio territorio la obligatoriedad de una disposición o norma, a continuación, se enumeran las características principales, cuyo mérito identificativo principalmente debe atribuirse a la Prof.^a Scott³¹.

El rasgo principal y más peculiar que, a mi juicio, nos permite reconocer que la extraterritorialidad se despliega mediante la extensión territorial, es que es requisito imprescindible que exista una conexión territorial. Esto quiere decir que debe ejercitarse cuando una conducta que tenga vinculación física o jurídica con el territorio del sujeto en cuestión. Evidentemente dicha conexión no se exigirá que sea continua, ni estática. Por lo que puede considerarse conexión territorial desde que un determinado buque³² o aeronave³³ entre o salga del territorio de la UE, hasta que una empresa, Google Ireland Limited³⁴, deba acatar la «Ley de Impuestos sobre la Publicidad»³⁵

³¹ Joanne Scott, «Extraterritoriality and Territorial Extension of EU Law», *American Journal of Comparative Law*, 62, 1 (2014): 90. Joanne Scott, « The global reach of EU law», *EU law beyond EU borders: the extraterritorial reach of EU law* (Marise Cremona, Joanne Scott), (Oxford, Oxford University Press, 2019): 22-23. Joanne Scott, «New EU Extraterritoriality», *The Common Market Law Review*, 51, 5 (2014): 1355.

³² Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015, sobre el seguimiento, la notificación y la verificación de las emisiones de dióxido de carbono del transporte marítimo, (UE) 2015/757, DOEU 19.5.2015, L 123/55.

³³ Como por ejemplo ocurre con la Directiva 2008/101 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, posteriormente comentada.

³⁴ Google Ireland Limited (Sociedad de capital registrada en Irlanda, cuyo domicilio social y lugar de administración central se encuentra en Dublín) demanda a Hungría por las multas que le impone, de conformidad a la «Ley de Impuesto sobre la Publicidad», con la que dicho Estado obliga a las empresas ubicadas en su Estado y en el resto del territorio europeo a la inscripción y al pago de impuestos, cuando éstas ofrezcan servicios por internet en húngaro, dándose por hecho que generalmente estos serán consumidos en dicho territorio. Por lo que la empresa publicitaria, registrada en otro Estado miembro, que ofrezca servicios por internet en húngaro ostentará las obligaciones extraterritoriales de comunicar los datos exigidos y de presentar las declaraciones tributarias requeridas. Y, en caso de incumplimiento, se le exigirá extraterritorialmente por parte de Hungría el pago de una multa proporcional a la responsabilidad que se genere. Por tanto, el propósito de la norma es suprimir las ventajas competitivas de las empresas de publicidad con gran volumen de negocio, a través de la concreción de obligaciones jurídicas en todo el territorio de la UE. No obstante en la práctica dicha norma afecta generalmente a las empresas ubicadas en el resto de los Estados miembros. Información extraída de CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. JULIANE KOKOTT, presentadas el 12 de septiembre de 2019, Asunto Google Ireland Limited contra Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vámigazgatósága, C-482/18.

³⁵ Ley XXII de 2014 sobre la fiscalidad de los anuncios, «Ley sobre la fiscalidad de los anuncios» en la versión aplicable de 2016.

para ofrecer servicios en una lengua minoritaria —el húngaro— sin que tenga presencia física en dicho Estado. Asimismo, considero que la conexión territorial es una característica principal porque aquellas exigencias de obligaciones extraterritoriales que se basen en la aplicación directa nunca presentarán dicha conexión como justificación de la acción referida, lo cual no exime de que evidentemente, existan otros tipos de nexos, temporales o nacionales.

En cualquier caso, la conexión territorial no será suficiente si no se complementa con otros requisitos, como la ineludible previsión y regulación de las medidas y efectos extraterritoriales que identifican los casos objeto de este trabajo. Mientras que en la aplicación directa del Derecho fuera de las fronteras, las respectivas medidas y efectos son causales y automáticos; en la modalidad de la extensión territorial, es completamente, al contrario, tanto las medidas como los consecuentes efectos se dispondrán minuciosa y previamente en la norma correspondiente siendo, por tanto, coercitivas. Esto es, generarán consecuencias, aunque solamente la norma será eficaz en el ámbito extraterritorial, si los sujetos internacionales implicados cooperan, ya que la imposición absoluta sería, evidentemente, una violación del principio de igualdad soberana, integridad territorial y no intervención. Así que al igual que se exige en la aplicación directa, todo ejercicio extraterritorial requerirá su congruencia con el Derecho Internacional y, por tanto, el respeto de la integridad territorial es una máxima jurídicamente incorruptible.

No obstante, ¿se puede entender que porque exista una conexión territorial una norma puede recoger cualquier tipo de medidas y efectos con incidencia más allá del propio territorio? Evidentemente, al igual que ocurre en la aplicación extraterritorial directa, por tanto, es una característica común, la extensión territorial se debe prever y aplicar en beneficio del interés general y común de toda la comunidad internacional. Por lo que, las distintas medidas que se exijan a otros Estados deberán respaldar y preservar estándares internacionales y valores comunes³⁶ como la protección del medioambiente³⁷,

³⁶ «The principle of sovereignty and extraterritoriality cannot exempt the Community and the Commission from fulfilling the obligations attaching to that sovereignty to protect the general interest and act impartially, which undoubtedly include the obligation to establish, in accordance with a commitment made by the Commission, liabilities for events which endanger public safety, property and human lives, and to communicate the result of those investigations to interested parties who have sent claims for compensation to the Commission». Paragraph 40, Autosalone Ispra dei Fratelli Rossi/Comisión, Case C-136/01 P.

³⁷ «The global commons and the global environment have been recognized as a «common concern» of humankind necessitating international cooperation for their protection but also reflecting an interest of the international community in their regulation». Sophia Kopela, «Port-State Jurisdiction, Extraterritoriality, and the Protection of Global Commons», *Ocean Development & International Law*, 47, 2: 108.

la salud pública, el derecho de los animales³⁸, estabilidad y seguridad económica³⁹, etc., y no intereses exclusivamente propios.

Sin embargo, hasta las obligaciones que indudablemente estén escudadas en los principios de Naciones Unidas, amparadas en el principio de diligencia debida y que supongan intereses legítimos para toda la humanidad, se encontrarán limitadas por el principio de integridad territorial. Esto es, ningún Estado u Organización, como la UE, podrá exigir a otro igual la aplicación de disposiciones internas, vulnerando así su soberanía. La efectividad de la extraterritorialidad legítima solo podrá fundamentarse en la cooperación, de conformidad al Derecho Internacional.

IV. Confirmación de la teoría de la extensión territorial

Como se viene exponiendo, la UE y sus Estados Miembros, huyendo de la aplicación directa extraterritorial del derecho, comienzan a través de la práctica a dar forma a otra modalidad de extraterritorialidad, con previsión en la norma, justificada y, por tanto, más segura jurídicamente, la cual la doctrina acaba calificando como extensión territorial y conceptualizando de conformidad a los parámetros descritos en el punto anterior.

Sin embargo, aunque la doctrina se pronuncie intensamente sobre dicha extensión territorial y, aunque cada vez en más ocasiones, la UE incluya la extraterritorialidad en sus normas, la realidad es que jurídica, oficial y tímidamente la confirmación de esta modalidad de aplicación extraterritorial no se produce hasta el 2011 por parte del TJUE. En este sentido, la Sentencia del TJUE que resuelve el sonado *Asunto sobre el transporte aéreo americano*⁴⁰ avala, por primera y única vez en la historia, la legitimidad de la extensión de una norma más allá de las fronteras exteriores de la UE.

Sucintamente, los hechos más significativos son que, la UE en coherencia con su lucha y compromiso internacionalmente declarado por el cuidado del medioambiente y, en concreto, para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, adoptó en 2008 la Directiva para incluir las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero⁴¹ —en adelante Directiva sobre aviación—,

³⁸ Reglamento del Consejo, de 24 de septiembre de 2009, sobre la protección de los animales en el momento de la matanza, (CE) no 1099/2009, DOEU 18.11.2009, L 303/1.

³⁹ Véase los ejemplos referenciados en la nota 30.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2011, Asunto C-366/10 sobre la asociación de transportistas aéreos de América.

⁴¹ Directiva 2008/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE con el fin de incluir las actividades de

la cual exige como regla general, que todas las aerolíneas que despeguen o aterricen en territorio de la Unión deberán facilitar a la organización aquellos datos sobre las emisiones que sean solicitados. Exceptuándose de dicha obligación a aquellos terceros Estados que tienen sus propios planes de control medioambiental o que adoptan algún acuerdo para preservar el objetivo descrito. En este sentido, la Directiva sobre aviación establece la obligación extraterritorial para aquellas compañías aéreas cuyos vuelos tengan recepción o salida desde el territorio de cualquiera de los Estados Miembros, de facilitar datos relativos a la producción de gases de efecto invernadero que tiene su actividad. Así las cosas, la Directiva europea extiende a compañías aéreas y, en última instancia, a terceros Estados que quieran tener contacto territorial y directo, a que notifiquen sus emisiones, con la pretensión de limitar unilateralmente el volumen de tráfico o incluso frecuencia o periodicidad de los servicios aéreos, porque se superen los límites que se estiman recomendables⁴². Y en este respecto, destacan dos elementos jurídicamente llamativos; en primer lugar, como se viene comentando, se extiende a un tercer sujeto el cumplimiento de una obligación, la cual logra eficacia y que no se viole el principio de soberanía si existe cooperación, es decir, no cabe la imposición absoluta de su cumplimiento. En segundo lugar, es llamativo tener presente que, se satisfaga o no la imposición, la propia UE tiene facultad en el marco de sus competencias de limitar unilateralmente el vínculo con el otro sujeto o Estado que cumple o no la norma en cuestión. Por tanto, podemos percibir el principio de soberanía territorial en todo su esplendor; cuando unilateralmente restringe conexiones porque choca con su núcleo de obligaciones e intereses (con su poder territorial) y, cuando se exceptúa su rigidez para que, mediante la colaboración, los sujetos internacionales logren acomodar sus inmensos ordenamientos jurídicos.

En cualquier caso, el objetivo de este apartado es poder destacar que si la referida sentencia del TJUE sigue dando de qué hablar es porque, indudablemente, con ella se consigue confirmar la singular teoría de la extensión territorial. Si ya paulatinamente la UE en su conjunto iba definiendo su posición de la extraterritorialidad con ciertas normas y prácticas cada vez más atrevidas, se puede decir que la UE definitivamente «sale del armario» al exigir que las líneas aéreas, como las americanas o chinas, se comprome-

aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, DOUE 13.1.2009, L 8/3.

⁴² Artículo 15 de la Directiva 2008/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE con el fin de incluir las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

tan a rendir cuentas, como si de un hermano mayor se tratara. Por tanto, era evidente la disconformidad que presentarían algunos Estados frente a estas obligaciones y esto acaba ocasionando el estudio de la referida Directiva y el irremediable fallo por el Tribunal de la Unión.

En mi opinión, el Tribunal de Justicia respaldando la valentía que demuestra la UE al exigir que el resto de la comunidad internacional se comprometa con cuestiones tan controvertidas como el respeto al medioambiente, es riguroso al analizar cada uno de los requisitos que identifica la figura de la extensión territorial y termina avalando directamente sus elementos y, por tanto, a la figura de la extensión territorial que la Directiva recoge en sus disposiciones.

En primer lugar, ampara y protege que el objetivo de la Directiva sobre Aviación, que es en sentido último la protección del medioambiente, corresponde a un objetivo claramente global, que se impulsa por el Derecho Internacional Público⁴³ y que, como es de general conocimiento, es un objetivo de la propia UE⁴⁴, así como de sus Estados Miembros. Por lo que sería insostenible que aquel Estado no comprometido con el mismo, en situación minoritaria, aludiera que el fundamento de dicha obligación que sobrepasa las fronteras se apoya en un interés privado u oculto para la UE.

En segundo lugar, como se viene explicando con detalle, el Tribunal tiene que admitir que la obligación que se extiende hacia dichas aeronaves, viene específicamente recogida en la Directiva⁴⁵. Por lo que ni las medidas para el control de las emisiones, ni que la disposición tendrá efectos ad extra, pueden ser calificadas como casuales e inesperadas.

Y, en último lugar y tal vez con mayor importancia, el TJUE reconoce que, manifiestamente, el deber que deriva de la Directiva en cuestión se

⁴³ Parece innecesario aclarar que anualmente los líderes y expertos de los Estados de toda la comunidad internacional se reúnen en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático tal y como recoge la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. El último gran tratado internacional adoptado y firmado casi por unanimidad fue el Acuerdo de París de 2015.

⁴⁴ En el Tratado de la Unión Europea se recoge en el preámbulo y en los artículos 3.3. y 21.2.d y f.

⁴⁵ «Dichos principios del Derecho consuetudinario internacional se invocan, en esencia, para que el Tribunal de Justicia aprecie si la Unión era competente, en relación con dichos principios, para adoptar la Directiva 2008/101, pues ésta extiende la aplicación de la Directiva 2003/87 a los operadores de aeronaves de terceros Estados cuyos vuelos con destino u origen en un aeródromo situado en el territorio de un Estado miembro de la Unión se realicen en parte sobre la alta mar y sobre el territorio de éstos». Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2011, Asunto C-366/10 sobre la asociación de transportistas aéreos de América, párrafo 108.

ampara en una clara conexión territorial⁴⁶; los vuelos que despeguen o aterricen en los Estados Miembros de la UE⁴⁷. Y, por tanto, no se exigirá la obligación a los «vuelos internacionales que sobrevuelan el territorio de los Estados miembros de la Unión o el de terceros Estados»⁴⁸.

En definitiva, la obligación establecida en la Directiva no es de interés particular, al fundamentarse en el Derecho Internacional y al ser de común beneficio, no solo es proporcional, sino que cabe que se exija extraterritorialmente. De manera que, la norma es clara con el supuesto de hecho, los efectos y las consecuencias Y, por tanto, solo queda que los sujetos implicados, voluntariamente, cumplan con el requerimiento que la UE extiende hasta ellos. Claro que están legitimados para hacer oídos sordos, pero la UE —si le acaba conviniendo para sus otros intereses— podrá cumplir y unilateralmente «tomar nota».

V. Conclusiones

- La primera conclusión que se puede extraer, incluso atendiendo simplemente al índice del trabajo, es que la extraterritorialidad es un fenómeno que va perdiendo excepcionalidad, aunque al mismo tiempo su aplicación requiera un equilibrio que lo convierte en una difícil tarea. Si algo es evidente, es que la distinción entre

⁴⁶ «It actually rests upon a territorial trigger as it only applies to flights arriving at or departing from an EU airport». Joanne Scott, «Extraterritoriality and Territorial Extension of EU Law», *American Journal of Comparative Law*, 62, 1 (2014): 97.

⁴⁷ «A este respecto, la Directiva 2008/101 modificó el anexo I de la Directiva 2003/87, insertando en el mismo una categoría de actividad titulada «Aviación» y añadiendo en el punto 2 de la introducción a dicho anexo un segundo párrafo conforme al cual, «a partir del 1 de enero de 2012, se incluirán todos los vuelos con destino u origen en un aeródromo situado en el territorio de un Estado miembro al que se aplica el Tratado». 116 Sobre este aspecto, ha de señalarse que, entre las exclusiones enumeradas en dicho anexo I, no figuran criterios vinculados, por lo que respecta a las aeronaves que salen de un aeródromo de la Unión, al aeródromo de llegada ni, para las aeronaves que llegan a un aeródromo de la Unión, al aeródromo de salida. En consecuencia, la Directiva 2008/101 se aplica indistintamente a los vuelos con destino o procedencia del territorio de la Unión, incluidos los procedentes o con destino a aeródromos situados fuera de este territorio. También resulta así del decimosexto considerando de la Directiva 2008/101». Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2011, Asunto C-366/10 sobre la asociación de transportistas aéreos de América, párrafos 115-116.

⁴⁸ «Por tanto, dicha Directiva no pretende aplicarse como tal a vuelos internacionales que sobrevuelan el territorio de los Estados miembros de la Unión o el de terceros Estados, cuando tales vuelos no tengan destino u origen en un aeródromo situado en el territorio de un Estado miembro». Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2011, Asunto C-366/10 sobre la asociación de transportistas aéreos de América, párrafo 117.

territorialidad y extraterritorialidad, especialmente en la práctica, no está claramente delimitada.

- Si la aplicación extraterritorial del derecho es compleja, ¿por qué en los últimos tiempos se utiliza con mayor frecuencia? La respuesta es sencilla, se debe a que, como cada vez los ordenamientos jurídicos son más densos y espaciosos, para que todos los Estados puedan tener una cómoda estancia en la comunidad internacional institucionalizada, la extraterritorialidad se contempla como una opción cada vez más factible, que permite no quedarse atrás o lo que es lo mismo, exigir a otro sujeto el cumplimiento de cuestiones relevantes para el primero.
- La extraterritorialidad no es un «duty free» de los sagrados principios del derecho, sino que se exceptúa relativamente el principio territorial porque el sujeto internacional receptor de la obligación, admite su deber a través de la cooperación.
- Así las cosas, aunque el ejercicio extraterritorial «puro y duro» nunca ha sido del agrado de la Unión, cada vez en mayor medida los Estados Miembros y la UE comienzan a recoger distintas cláusulas en las que se contemplan efectos extraterritoriales, aunque la intención (al menos en teoría) no sea la de imponer intereses privados u ocultos.
- Como muestra la práctica, la UE en general rehúye de la aplicación directa de normas más allá de las fronteras, pero sí que parece sentirse cómoda exigiendo ciertas disposiciones a través de la extensión territorial y así dar coherencia a sus obligaciones en un mundo globalizado.
- La extensión territorial consiste en la aplicación de una norma, la cual tiene como objetivo respaldar un interés común, más allá de las fronteras, porque se produce una conexión territorial entre el sujeto que regula la medida y el que, voluntariamente, cumple con los efectos esperados. Dichos rasgos son conceptualizados por la doctrina, tras observarse distintas prácticas tímidamente extraterritoriales que presentan un patrón común.
- En este sentido, la confirmación de dicha modalidad de extraterritorialidad no se produce hasta que la indignación de las aeronaves americanas provoca que el propio TJUE se pronuncie sobre la legalidad de una norma jurídica vinculante que les exigía el cumplimiento de ciertas tareas. Y, así las cosas, aunque el alto tribunal avala la norma en cuestión y, por tanto, confirma la teoría de la extensión territorial, la Comisión Europea no ha hecho efectivas todas las obligaciones que jurídicamente emanaban de la comentada Directiva sobre Aviación.

Sobre la autora

Ana Cristina Gallego Hernández es Doctora en Derecho con mención internacional, Máster en Derecho Público y Licenciada en Derecho por la Universidad de Sevilla, así mismo, es Diplomada por la Academia de Derecho Internacional de la Haya, en el Centro de Estudios e Investigación, en 2019. Es profesora, acreditada como Contratado Doctor, de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en el Centro Universitario San Isidoro (adscrito a la Universidad Pablo de Olavide). Como miembro del equipo de investigación Política y Derecho Internacional (SEJ119), sus principales líneas de investigación engloban: tratados internacionales, seguridad sanitaria, paz y seguridad internacionales y extraterritorialidad. Ha participado en diversos Proyectos Nacionales e Internacionales y es autora de más de una decena de publicaciones en las que destaca la monografía, fruto de su tesis doctoral, *El Derecho Internacional a la Salud a la luz de la Paz y Seguridad Internacionales*, galardonada con el II Premio Eduardo de Hinojosa y Naveros en Ciencias Jurídicas.

About the autor

Ana Cristina Gallego Hernández is a PhD in Law (international mention), a Master's in Public Law and a Law Degree at the University of Seville. Also, she is a Diploma in the Center for Studies and Research at the Hague Academy of International Law, in 2019. She is an associate professor, accredited as a Contracted Lecturer, of International Public Law and International Relations at the San Isidoro University Center (attached to the Pablo de Olavide University). As a member of the Political and International Law research group (SEJ119), her main lines of research encompass: international treaties, health security, international peace and security and extraterritoriality. She has participated in different National and International Projects and is the author of more than a dozen publications, among which the monograph stands out (as result of her doctoral thesis): *El Derecho Internacional a la Salud a la luz de la Paz y Seguridad Internacionales*, awarded with the II Eduardo de Hinojosa y Naveros Prize in Legal Sciences.

Jurisprudencia

Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Case Law Review of the Court of Justice of the European Union

David Ordóñez Solís

Magistrado y miembro de la Red de Especialistas
en Derecho de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-63-2020pp317-356>

Sumario: I. Introducción. Del *Brexit* al *ultra vires* en tiempos de coronavirus.—II. Primera parte. Los desarrollos jurisprudenciales del derecho de la Unión Europea. 1. El espacio de libertad, seguridad y justicia a) La extradición y la euroorden en el espacio europeo b) Las obligaciones de los Estados en la reubicación de los refugiados y sus derechos c) El derecho a elección de abogado por un asegurado en caso de mediación 2. El mercado único europeo a) Las libertades económicas y Hungría b) El régimen de ayudas de Estado: la prescripción de la recuperación y la ayuda en forma de IVA c) La contratación pública en el mercado único: procedimientos de control y ámbito de aplicación de las Directivas 3. Las políticas europeas a) La política social y la coordinación de los regímenes nacionales de Seguridad Social b) Las prácticas desleales en el transporte aéreo: *sentencia Ryan Air* c) La invocación de la falta de la evaluación de impacto ambiental y la Directiva de agua.—III. Segunda parte. La jurisprudencia europea, las prejudiciales españolas y sus efectos en el Derecho Interno. 1. Las sentencias prejudiciales «españolas» a) Los tribunales económico-administrativos ya no están facultados para plantear una cuestión prejudicial: *sentencia Banco de Santander* b) Las cláusulas abusivas en los préstamos bancarios: *sentencia Gómez del Moral* c) La equiparación y el abuso sobre los trabajadores temporales en el sector público: *sentencia Baldonado Martín* y *sentencia Sánchez Ruiz* d) La residencia, la expulsión y los refugiados «no comunitarios»: *sentencias Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real, Subdelegación del Gobierno en Guadalajara y Ministerio Fiscal (Gran Canaria)* e) La vigencia de los contratos de servicios públicos adjudicados directamente: *sentencia Compañía de Tranvías de La Coruña* f) El cómputo de los días de permiso de los trabajadores: *sentencia Fetico* g) El derecho a un abogado de oficio en caso de no comparecer en un procedimiento penal: *sentencia VW 2*. 2. Los recursos directos ante los tribunales europeos contra las correcciones financieras 3. La denegación de las medidas cautelares frente a la destitución de un eurodiputado: *auto Oriol Junqueras*.—IV. Relación de las sentencias comentadas.

I. Introducción. Del *Brexit* al *ultra vires* en tiempos de coronavirus

Ya pensábamos que nada podía eclipsar al *Brexit* cuando apareció el nuevo coronavirus y la primavera de 2020 siguió dándonos sustos con la sentencia del *ultra vires* del Tribunal Federal Constitucional alemán. De todas las calamidades, sin embargo, se aprende.

Desde el 1 de febrero de 2020 ya no hay representación oficial del Reino Unido en el Tribunal de Justicia. Los jueces británicos dejaron de desempeñar sus funciones en Luxemburgo. Únicamente se mantiene, a título personal, la abogada general Eleanor Sharpston que considera que su mandato termina el 6 de octubre de 2021 y que no es una consecuencia del *Brexit* (Sharpston / Consejo y Conferencia de Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, T-180/20; y Sharpston / Tribunal de Justicia de la Unión Europea, T-184/20). En todo caso, conviene recordar que «el Tribunal de Justicia de la Unión Europea seguirá siendo competente para conocer de cualquier recurso interpuesto por o contra el Reino Unido antes del fin del período transitorio, fijado en el 31 de diciembre de 2020. Seguirá siendo asimismo competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre las peticiones de los órganos jurisdiccionales del Reino Unido presentadas antes del fin de dicho período transitorio» (artículo 86 del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, *DOUE* n.º L 29, 31.1.2020, pp. 7-187).

En cualquier caso se ha producido un desgarró de gran importancia para el progreso armonioso del Derecho de la Unión Europea. Desde 1973 hasta ahora la jurisprudencia europea se había beneficiado del contraste entre sistemas jurídicos diferentes y de un saber hacer de los juristas británicos que han fortalecido el equilibrio y han imbuido de pragmatismo la «jurisprudencia continental europea». Es verdad que en un mundo tan globalizado nunca el sistema jurídico de la Unión dejará de inspirarse en las soluciones genuinas del *Common Law* británico y cuando el temporal amaine volverá la colaboración entre los juristas que, sin lugar a dudas, se reflejará en la propia jurisprudencia. Esto me recuerda, es verdad que en un sentido muy diferente, cómo antes de que España ingresase oficialmente en las Comunidades Europeas en 1986 se aceptaba la recepción del Derecho comunitario europeo en nuestro país como un imperativo práctico insoslayable.

Aun cuando parezca inmutable, el aspecto organizativo de los tribunales se ha visto afectado también por la pandemia del coronavirus. En esta ocasión el Tribunal de Justicia ha dado muestras de adaptación a los tiempos y ha minimizado el indudable impacto que esta crisis ha supuesto para el funcionamiento de la justicia de la Unión Europea. Aunque se haya de-

cretado oficialmente el distanciamiento social, gracias a las nuevas tecnologías y a las soluciones flexibles e imaginativas, cambiando por ejemplo las vistas de algunos procedimientos prejudiciales por preguntas específicas escritas del Tribunal de Justicia a los interesados, se ha logrado mantener el funcionamiento normal de las instituciones.

También en este primer semestre de 2020 el Tribunal de Justicia ha publicado unas nuevas *Instrucciones prácticas a las partes sobre los asuntos sometidos al Tribunal de Justicia (DOUE* núm. 42, de 14 de febrero de 2020, p. 1) que merecen un breve comentario.

Por una parte, se trata de un compendio de usos propios de un gran tribunal que ha influido en algunos aspectos controvertidos sobre la práctica de otros tribunales como, por ejemplo, el vigente recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo español y que se quiere extender a otras instancias jurisdiccionales en lo que se refiere a la limitación de las vistas y de los escritos. El artículo 87bis.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa dispone: «La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo podrá determinar, mediante acuerdo que se publicará en el *Boletín Oficial del Estado*, la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas, incluidas las relativas a su presentación por medios telemáticos, de los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación».

Así, por ejemplo, en la duración de las vistas, el Tribunal de Justicia, a pesar de las limitaciones que derivan del multilingüismo en Luxemburgo, impone unos 15 minutos, «aunque esta duración puede aumentar o disminuir en función de la naturaleza del asunto o de su especial complejidad, del número de participantes en la vista y de su estatuto procesal y de las eventuales diligencias de ordenación del procedimiento» (apartado 60).

Por lo que se refiere a la extensión de los escritos se limitan a un máximo de 20 páginas en los procedimientos prejudiciales, 30 páginas en las demandas y contestaciones de los recursos directos; y 25 páginas en casación.

Aun cuando se trata de una cuestión que enfurece a muchos abogados me permito recordar, tal como lo subrayo, el consejo que nos da el Tribunal de Justicia a los jueces a la hora de plantear una cuestión prejudicial: «La experiencia demuestra que **una decena de páginas suelen bastar** para exponer adecuadamente el contexto jurídico y fáctico de una petición de decisión prejudicial, así como los motivos que fundamentan su planteamiento ante el Tribunal de Justicia» (*Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales*, DOUE n.º C 380, de 8 de noviembre de 2019, p. 1, apartado 14).

Por si no estuviésemos curados de espanto en medio de la pandemia, el 5 de mayo de 2020, el Tribunal Federal Constitucional alemán nos volvió a

asustar a los que creemos en la integración europea con su *sentencia ultra vires* (DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915). Todos recordamos las advertencias, de un signo u otro, desde Karlsruhe en las sentencias *Solange I* (1974), *Solange II* (1986), *Maastricht* (1993), *Lisboa* (2009), etc. Sin embargo, el de 2020 ha sido un órdago importante sostenido por 7 de los 8 miembros de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional alemán.

Y lo ha sido porque parecía, nuevamente, que el Tribunal alemán iba a establecer un «mientras tanto» (*solange*), de modo que hasta ahora, aun cuando se aplicase hipotéticamente un control *ultra vires* o de *identidad*, en principio el Tribunal Constitucional alemán seguía confiando en el Tribunal de Justicia. Ahora bien, en 2020 el Tribunal alemán da un paso más y constata que no cabe deferencia alguna cuando la interpretación de los Tratados es absolutamente incomprensible y, por tanto, objetivamente arbitraria.

Y, a continuación, indica dónde está el gravísimo error del Tribunal de Justicia: en la *sentencia Weiss* donde dice que es válida la decisión del Banco Central Europeo sobre un programa de compras de valores públicos en mercados secundarios (TJUE, Gran Sala, sentencia de 11 de diciembre de 2018, *Weiss y otros*, C-493/17, EU:C:2018:1000). Es decir, después de preguntar el Tribunal alemán y de responderle el Tribunal de Justicia, en un rasgo de deslealtad, el de Karlsruhe le dice al de Luxemburgo que tal decisión del Banco Central Europeo, con sede en Fráncfort del Meno, no es aplicable ni vinculante en Alemania.

Pues bien, el Tribunal alemán realiza un reexamen y llega a la conclusión de que el Tribunal de Justicia no aplica adecuadamente el principio de proporcionalidad al control de la decisión del Banco Central Europeo y, por tanto, esta sentencia europea incurre en *ultra vires* y no tiene efectos vinculantes en Alemania (§ 119 y § 154).

Las consecuencias de este juicio las explica el Tribunal alemán al señalar que la decisión del Banco Central Europeo no es aplicable en Alemania ni tiene efectos vinculantes para los órganos constitucionales, administrativos o judiciales germanos, en particular para el Bundesbank (§ 234). Para ello, ahora juiciosamente, el Tribunal alemán le da un plazo de tres meses para que se desvincule de los compromisos adquiridos. En el otoño, una vez cumplido el plazo de tres meses, veremos qué ocurre y cómo queda afectada la credibilidad del Tribunal Constitucional alemán.

La respuesta del Tribunal de Justicia ha sido un simple y breve comunicado de prensa en el que se dice:

En general, se recuerda que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una sentencia dictada con carácter prejudicial por este Tribunal vincula al juez nacional para la resolución del litigio

principal (Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2000, *Fazenda Pública* (C-446/98, apartado 49)). Con el fin de garantizar una aplicación uniforme del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia, creado a tal fin por los Estados miembros, es el único competente para declarar que un acto de una institución de la Unión es contrario al Derecho de la Unión. Las divergencias entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en cuanto a la validez de dichos actos pueden llegar a comprometer la unidad del ordenamiento jurídico de la Unión y perjudicar la seguridad jurídica (Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost* (C-314/85, apartados 15 y 17)). Al igual que otras autoridades de los Estados miembros, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a garantizar el pleno efecto del Derecho de la Unión (Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de julio de 2006, *Adeneler y otros* (C-212/04, apartado 122)). Solo así puede garantizarse la igualdad de los Estados miembros en la Unión creada por ellos.

La comentada sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Alemán contrasta con la sentencia de 19 de mayo de 2020 de la Sala Primera del mismo Tribunal (1 BvR 2835/17) en la que se hace una interesantísima interpretación del alcance extraterritorial alemán de la protección de los derechos fundamentales en la actividad de espionaje, del Servicio Federal de Inteligencia de Alemania (BND), de modo que «la aplicabilidad de los derechos fundamentales incluso en relación con los extranjeros y aun cuando se produzca en el exterior también refleja la participación de Alemania en la comunidad internacional» (§ 93).

Este pulso entre tribunales de tanto prestigio mina la credibilidad de la integración europea y más se parece a un ejercicio de divismo. Dificilmente la eventual amenaza de la Comisión Europea con un recurso por incumplimiento puede tener a corto plazo eficacia y solo la reconducción del conflicto, con la templanza de ambos tribunales y la sabia intervención de los políticos, especialmente de la líder indiscutible de la Unión, la Sra. Angela Merkel, permitirán encauzar las aguas de una Unión Europea que no está sobrada de fuerzas.

Más fácil es pronunciarse sobre el pulso de la Unión Europea con el Gobierno de Polonia en relación con la independencia de los jueces que el Tribunal de Justicia continúa con un auto, de 8 de abril de 2020, adoptado excepcionalmente por la Gran Sala donde conmina a Polonia a suspender cautelarmente la actuación de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo.

El recurso por incumplimiento formulado por la Comisión Europea contra Polonia pretende impugnar no solo a la composición y a los poderes conferidos a la Sala Disciplinaria sino que es una verdadera lucha contra una legislación en la que el planteamiento de una cuestión prejudicial puede acarrear sanciones disciplinarias.

El Tribunal de Justicia realiza un examen de los tres presupuestos del procedimiento cautelar: el *fumus boni iuris*, la urgencia y la ponderación de los intereses en juego.

Por lo que se refiere a la apariencia de buen derecho, el Tribunal de Justicia se apoya en las alegaciones de la Comisión sobre la falta de independencia e imparcialidad de la Sala Disciplinaria y también en dos sentencias precedentes sobre la misma cuestión, por lo que, finalmente, considera que se ha acreditado la concurrencia de este primer presupuesto.

En cuanto a la urgencia también el Tribunal de Justicia observa que concurre en la medida en que la eventual intervención de la Sala Disciplinaria puede afectar la actuación y la independencia de los propios jueces polacos.

Por último, respecto de la ponderación de los intereses en juego, el Tribunal de Justicia considera que la suspensión del funcionamiento de la Sala Disciplinaria es relevante en la medida en que afecta a la aplicación del derecho de la Unión.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia suspende la actuación de la Sala Disciplinaria en sus funciones de primera instancia y apelación respecto de los jueces y ordena que no se transfieran las competencias de esta Sala a ningún otro órgano que no cumpla los requisitos establecidos en la sentencia de 19 de noviembre de 2019, *AK y otros* (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo, C-585/18, C-624/18 y C-625/18, EU:C:2019:982).

II. Primera parte. Los desarrollos jurisprudenciales del derecho de la Unión Europea

En 20 años los desarrollos de la integración europea han hecho que el Tratado de Ámsterdam, en vigor el 1 de mayo de 1999, genere una jurisprudencia extraordinaria del espacio de libertad, seguridad y justicia, amparada también por la aplicación de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión. No obstante, la realización del mercado único europeo y la aplicación de las políticas, especialmente la política social, siguen manteniendo el interés práctico de siempre.

1. *El espacio de libertad, seguridad y justicia*

El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia lo es no solo para los ciudadanos de la Unión sino también para los extranjeros de terceros países. La extradición respecto de países terceros, la orden de detención y

entrega entre países del Espacio Económico Europeo (EEE) y el sistema europeo común de asilo (SECA) ya ocupan gran parte de las energías de los jueces europeos. En otros casos el propio mercado único europeo se ve desbordado por el espacio de justicia y el Tribunal de Justicia es llamado a resolver cuestiones como la del acceso a un abogado en caso de mediación.

a) La extradición y la euroorden en el espacio europeo

Con reiteración el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre las solicitudes de detención y entrega en el EEE, lo que incluye a los nacionales de Noruega, Islandia y Liechtenstein, así como, con matices, Suiza. Dos ejemplos de la aplicación de las órdenes de detención y entrega y de extradición en la Unión Europea: la primera se trata de una euroorden contra un rapero español en Bélgica y la otra se refiere a la extradición de un islandés detenido en Croacia y reclamado por la Federación Rusa.

La Gran Sala responde con su *sentencia Procureur-generaal / X*, C-717/18, una cuestión prejudicial remitida por el Tribunal de Apelación de Gante en un asunto en el que era aplicable la Decisión Marco 2002/584/JAI relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega, en este caso entre España y Bélgica.

Las autoridades judiciales españolas reclamaban la entrega de un conocido rapero mallorquín, *Valtònyc*, que había sido condenado por la Audiencia Nacional a tres años y medio de prisión por enaltecer el terrorismo y por injurias al Rey.

El Tribunal Penal de Gante había denegado la euroorden porque, aplicando el Código penal español vigente en el momento de la comisión de los delitos en 2012 y 2013, no superaba los dos años y, por tanto, podía aplicar el control de la doble tipificación de los hechos. Como consecuencia de tal control el tribunal belga había constatado que el delito imputado no era aplicable pues las canciones por las que había sido condenado suponían el ejercicio de su libertad de expresión.

En 2015 se había modificado el Código penal español al elevar las penas por el delito de enaltecimiento del terrorismo hasta tres años en cuyo caso la entrega sería automática sin aplicar el referido control.

A la pregunta del tribunal flamenco el Tribunal de Justicia es claro al establecer la siguiente regla interpretativa: «la autoridad judicial de ejecución no puede atender a una versión del Derecho del Estado miembro emisor diferente de la aplicable a los hechos que dieron lugar al asunto en el que se emitió la orden de detención europea».

No obstante, el Tribunal de Justicia advierte de lo que significa el principio de reconocimiento mutuo, que constituye la «piedra angular» de

la cooperación judicial en materia penal y en virtud del cual los Estados miembros están obligados, en principio, a ejecutar una orden de detención europea.

Por tanto, puntualiza el Tribunal de Justicia, el hecho de que el delito en cuestión no pueda dar lugar a la entrega sin control de la doble tipificación de los hechos no significa que deba denegarse la ejecución de la orden de detención europea.

La *sentencia Ruska Federacija / I.N.*, C-897/19, de la Gran Sala del Tribunal de Justicia resuelve la cuestión del grado de protección de los nacionales del Espacio Económico Europeo (EEE), en este caso de un islandés que había llegado a Croacia a pasar sus vacaciones pero al que Rusia reclamaba por la vía de la extradición penal.

Si bien el Tribunal de Justicia constata que un islandés no es un ciudadano de la Unión, también reconoce que «Islandia tiene relaciones privilegiadas con la Unión que van más allá del marco de la cooperación económica y comercial [...] ejecuta y aplica el acervo de Schengen [y] es asimismo parte del Acuerdo EEE, participa en el sistema europeo común de asilo y ha celebrado con la Unión el Acuerdo sobre el procedimiento de entrega».

Esta relación especial significa, en particular, que el ejercicio de la libre prestación de servicios en el EEE tiene un alcance especial, es decir, «la libertad de prestación de servicios incluye la libertad de los destinatarios de desplazarse a otro Estado miembro para beneficiarse en él de un servicio, sin verse estorbados por restricciones, y que los turistas deben ser considerados destinatarios de servicios que disfrutan de dicha libertad». Este criterio se aplica por analogía al EEE.

Esto le permite al Tribunal de Justicia invocar la *jurisprudencia Petruhhin* aplicable a los ciudadanos de la Unión, lo que supone, en particular, que Croacia, «deberá, en principio, informar a la República de Islandia y, en su caso, a solicitud de este Estado, entregarle a este ciudadano, con arreglo a las disposiciones del Acuerdo sobre el procedimiento de entrega, siempre que la República de Islandia tenga competencia, conforme a su Derecho nacional, para procesar a esta persona por hechos cometidos fuera de su territorio nacional».

b) Las obligaciones de los Estados en la reubicación de los refugiados y sus derechos

La sentencia de 2 de abril de 2020 del Tribunal de Justicia condena a Polonia, República Checa y Hungría, C-715/17, C-718/17 y C-719/17, por no cumplir las obligaciones de reubicación de los refugiados procedentes de Grecia e Italia durante la crisis sufrida por la Unión Europea en 2015.

La sentencia resultaba previsible y únicamente es interesante observar las sonrojantes e inoperantes disculpas aducidas por estos tres Estados miembros frente a los recursos por incumplimiento de la Comisión, en particular, la alegación del mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior como justificación del incumplimiento.

El Tribunal de Justicia rechaza esta justificación de los incumplimientos en estos términos: «si bien corresponde a los Estados miembros establecer las medidas adecuadas para garantizar el orden público en su territorio y su seguridad interior y exterior, no por ello cabe deducir que tales medidas se sustraen totalmente a la aplicación del Derecho de la Unión. Efectivamente, según ha señalado ya el Tribunal de Justicia, el Tratado solo establece excepciones expresas aplicables en caso de situaciones que pueden poner en peligro el orden público o la seguridad pública en sus artículos 36, 45, 52, 65, 72, 346 y 347 TFUE, que se refieren a unos supuestos excepcionales claramente delimitados. No puede deducirse de ello que exista una reserva general, inherente al Tratado, que excluya del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión cualquier medida adoptada por motivos de orden público o de seguridad pública. Reconocer la existencia de tal reserva al margen de las condiciones específicas previstas en las disposiciones del Tratado podría contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme del Derecho de la Unión» (apartado 143).

En todo caso, el Tribunal de Justicia considera que le corresponde controlar la concurrencia de tales circunstancias, sin que «el alcance de las exigencias correspondientes al mantenimiento del orden público o de la seguridad nacional» pueda ser determinado unilateralmente por los Estados miembros, sin control de las instituciones de la Unión (apartado 146). Además, no basta con una invocación genérica de tales circunstancias sino que debe hacerse en función de los refugiados afectados por la reubicación en la medida en que «la conducta del individuo de que se trate constituya una «amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad» del Estado miembro de que se trate» (apartado 157).

No hace falta decir que la propia sentencia declarativa del incumplimiento produce efectos en la medida en que, como se encarga de señalar el propio Tribunal de Justicia, puede «establecer las bases de la responsabilidad en que, como consecuencia de su incumplimiento, un Estado miembro puede incurrir en relación con otros Estados miembros, la Unión o los particulares (apartado 66).

Desde la perspectiva de la protección de los derechos subjetivos de los refugiados, el Tribunal de Justicia se ha referido a la tutela judicial

efectiva y a los límites al internamiento de los solicitantes de asilo que prevalecen sobre la legislación húngara. La Gran Sala dictó la *sentencia FMS y otros*, C-924/19 PPU y C-925/19 PPU, para responder numerosas cuestiones prejudiciales formuladas por un tribunal húngaro con sede en Szeged, la tercera ciudad mayor de Hungría, en relación con la interpretación de la Directiva 2008/115/CE de retorno de extranjeros de terceros países en situación irregular y la Directiva 2013/32/UE sobre procedimiento en materia de asilo.

Los dos litigios fueron alentados por una pareja de nacionales afganos y por un padre y su hija, menor de edad, de nacionalidad iraní que, después de haber huido de sus respectivos países y haber atravesado Serbia, habían solicitado infructuosamente el asilo en Hungría.

El procedimiento seguido ha sido el prejudicial urgente (PPU) al estar en prisión los cuatro recurrentes. Las cuestiones llegaron a Luxemburgo el 18 de diciembre de 2019 y menos de cinco meses después, a pesar de la pandemia del coronavirus, tenemos una importante sentencia.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia examina si la legislación húngara, que impide, en determinados supuestos relativos a la decisión de retorno de extranjeros, impugnar judicialmente las decisiones de un órgano administrativo húngaro que deniega el asilo, es conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en la Carta. A tal efecto, a juicio de la Gran Sala, el principio de primacía asegura la facultad del juez competente de examinar la cuestión frente a una legislación húngara restrictiva.

En segundo lugar, se plantea si la circunstancia de que los solicitantes de asilo hubiesen pasado, antes de llegar a Hungría, por Serbia, un país donde no estuvieron sometidos a ninguna persecución vinculada al asilo, puede justificar la inadmisión de su solicitud de acuerdo con la legislación húngara. Para el Tribunal de Justicia esta circunstancia no justifica la inadmisibilidad de la solicitud de asilo presentada en Hungría y obliga a los jueces húngaros a su reexamen.

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia se refiere al «internamiento» de los solicitantes de asilo aportando una delimitación muy precisa y estableciendo los requisitos que se deben cumplir, en particular y en una zona de tránsito su duración máxima es de cuatro semanas. El control de la legalidad del internamiento de los solicitantes de asilo no puede ser limitado por las leyes húngaras por lo que el juez competente puede, en su caso, adoptar medidas relativas al alojamiento.

Como veremos luego con la *sentencia Ministerio Fiscal*, referida al asilo que solicita un maliense al llegar en patera a Gran Canaria, el juez constituye el punto de referencia inexcusable del sistema europeo común de asilo.

c) El derecho a elección de abogado por un asegurado en caso de mediación

El Tribunal de Justicia ha pronunciado la *sentencia Orde van Vlaamse Balies y Ordre des barreaux francophones et germanophone, C-667/18*, que resuelve una cuestión prejudicial remitida por el Tribunal Constitucional belga en un litigio entre los Colegios de Abogados y el Gobierno en relación con el derecho a elección de abogado por parte de un asegurado en un asunto que sigue la vía de la mediación.

El artículo 201 de la Directiva 2009/138/CE sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) exige que todo contrato de seguro de defensa jurídica prevea de forma explícita que el asegurado tenga libertad de elección del abogado. Sin embargo, de la legislación belga se deduce que no cabe esa libertad de elección en los supuestos de mediación.

Ahora bien, ante esta contradicción el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que el concepto de «procedimiento judicial» comprende un procedimiento de mediación judicial o extrajudicial en el que interviene, o puede intervenir, un órgano jurisdiccional, ya sea al inicio, ya sea tras la conclusión de dicho procedimiento.

El Tribunal de Justicia aprovecha para subrayar la importancia de la mediación en la Unión en la medida en que así se deduce de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y del propio Derecho primario, cuyo artículo 81.2.b) TFUE dispone que, en el marco de la cooperación judicial en materia civil, el legislador de la Unión deberá adoptar medidas destinadas a garantizar «el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios».

En sus razonamientos el Tribunal de Justicia señala: «sería incoherente que el Derecho de la Unión fomentara el uso de tales métodos y al mismo tiempo restringiera los derechos de los justiciables que deciden acudir a ellos».

2. *El mercado único europeo*

De los numerosos ámbitos a que se refiere el mercado europeo, propongo un breve examen de algunas cuestiones vinculadas a los sistemas fiscales nacionales, a la colaboración administrativa en materia de seguridad social, al régimen de ayudas de Estado y a la contratación pública.

a) Las libertades económicas y Hungría

El Tribunal de Justicia ha dictado dos sentencias sobre la aplicación de las libertades económicas fundamentales en Hungría: en la primera, *Comi-*

sión / Hungría, C-78/18, declara el incumplimiento por Hungría de tales libertades al haber aprobado una legislación relativa a las asociaciones extranjeras, la *Ley de transparencia*, conocida periodísticamente como *Ley Stop Soros*; en la segunda, *Google Hungría*, C-482/18, en respuesta a un recurso prejudicial de los jueces húngaros, constata que el régimen de control fiscal es discriminatorio y disuasorio en este caso para una empresa como Google.

Por una parte, en virtud de la sentencia de 18 de junio de 2020 la Gran Sala declara el incumplimiento por Hungría no solo de las libertades económicas del mercado europeo sino también de los derechos fundamentales de la Carta.

La primera parte de la sentencia es muy previsible en la medida en que el Tribunal de Justicia analiza la legislación húngara a la luz de la libre circulación de capitales y comprueba que las obligaciones de registro, de declaración y de publicidad que recaen sobre las «organizaciones receptoras de ayuda extranjera» son discriminatorias y constituyen una restricción que no está justificada ni es proporcionada porque no hay una razón imperiosa de interés general relacionada con el aumento de la transparencia de la financiación de las asociaciones ni concurren razones de orden público y de seguridad pública.

La segunda parte de la sentencia es muy reveladora de los límites que, asimismo, derivan frente a la Ley de transparencia húngara de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión. El Tribunal de Justicia analiza tres derechos fundamentales: la libertad de asociación, la vida privada y la protección de los datos personales. Y en ambos casos echa mano armoniosamente de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

En cuanto a la libertad de asociación determina su alcance en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, recordando que «de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se desprende que el derecho a la libertad de asociación constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y pluralista, ya que permite a los ciudadanos actuar colectivamente en ámbitos de interés común y contribuir, de ese modo, al buen funcionamiento de la vida pública». Concluye el Tribunal de Justicia que la Ley húngara tiene un efecto disuasorio sobre la participación de donantes que residan en otros Estados miembros o en países terceros en la financiación de las organizaciones de la sociedad civil. Por tanto, la legislación húngara limita el derecho de asociación y, sin embargo, esta limitación no está justificada.

Respecto de los derechos a la vida privada y a la protección de datos personales, consagrados por los artículos 7 y 8 de la Carta, el Tribunal de Justicia subraya no solo su jurisprudencia sino la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por tanto, recuerda el Tribunal de Justicia que las «dis-

posiciones que impongan o permitan la comunicación de datos personales como el nombre, el lugar de residencia o los recursos económicos de personas físicas a una autoridad pública deben calificarse, a falta de consentimiento de tales personas físicas y cualquiera que sea el uso posterior que se haga de los datos en cuestión, de injerencia en su vida privada». Del mismo modo, el derecho a la protección de los datos de las personas físicas impide que se difunda a terceros información relativa a personas físicas identificadas o identificables, ya sean esos terceros autoridades públicas o el público en general, salvo que dicha difusión se produzca en virtud de un tratamiento leal que responda a las exigencias establecidas en el artículo 8.2 de la Carta. Ciertamente, el Tribunal de Justicia recuerda, según la jurisprudencia de Estrasburgo, que «existe un derecho de los ciudadanos a estar informados [y] este derecho puede tener por objeto, en circunstancias determinadas, incluso aspectos de la vida privada de una persona pública, como una figura política, [dado que] las personas públicas no pueden reclamar la misma protección de su vida privada que los particulares».

Pero añade, para evitar cualquier equívoco en un caso en el que veladamente se hace referencia a las donaciones de George Soros, «el concepto de “persona pública” se define estrictamente, de modo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha descartado por ejemplo [...] considerar persona pública a una persona que no ejerce una función política, pese a su gran notoriedad».

En cualquier caso, el Tribunal de Justicia comprueba que no hay justificación alguna para establecer limitaciones de los derechos fundamentales a la vida privada ni a la protección de los datos personales.

En la *sentencia Google Hungría*, C-482/18, la Gran Sala interpreta el alcance de los controles que las autoridades fiscales nacionales pueden aplicar a empresas como Google. En este caso se planteaba la facultad de la Hacienda húngara de aplicar a Google el impuesto sobre la publicidad difundida en Internet.

Sobre este particular, el Tribunal de Justicia señala que «constituyen restricciones a la libre prestación de servicios las medidas nacionales que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dicha libertad». En el caso concreto se planteaba, en primer lugar, la obligación de informar por los prestadores de servicios no establecidos en Hungría. A juicio del Tribunal de Justicia esta obligación de información es una formalidad administrativa que no constituye, como tal, un obstáculo a la libre prestación de servicios. El hecho de que solo se exija a los prestadores no establecidos en Hungría está justificado porque quienes están en Hungría ya están sometidos a obligaciones de información o de registro en virtud de su sujeción a cualquier otro impuesto aplicable en el territorio de dicho Estado miembro.

Ahora bien, el régimen sancionador húngaro por incumplimiento de tal obligación no puede ser discriminatorio ni disuasorio. En efecto, en el caso concreto se les imponía a los prestadores no domiciliados en Hungría y en unos cuantos días varias multas cuyo importe, a partir de la segunda, se triplicaba respecto del importe de la multa anterior y podía alcanzar un importe acumulado de varios millones de euros. Asimismo, la autoridad húngara no les concedía el tiempo necesario para cumplir sus obligaciones ni les daba la oportunidad de presentar sus observaciones ni examinaba la gravedad de la infracción. En cambio, cuando se trata de prestadores ya establecidos en Hungría el importe de las multas era notablemente inferior y no se incrementaba, en caso de incumplimiento continuo de tal obligación, ni en las mismas proporciones ni necesariamente en plazos tan breves.

Por tanto, aun reconociendo la obligación de informar a la Administración tributaria e incluso admitiendo la aplicación de un régimen sancionador, la regulación húngara aplicable a Google es contraria a la libre prestación de servicios.

b) El régimen de ayudas de Estado: la prescripción de la recuperación y la ayuda en forma de IVA

Dos sentencias pueden ilustrar la importancia del régimen de ayudas de Estado: una se refiere al plazo de prescripción de la recuperación de las ayudas y la otra a la aplicación de IVA.

La *sentencia Nelson Antunes da Cunha*, C-627/18, resuelve, aun cuando sea alambicadamente, una cuestión importante en materia de ayudas de Estado: cuál el plazo de prescripción de la recuperación de las ayudas ilegales.

Se trata de una cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Administrativo y Fiscal de Coímbra en un asunto relativo a la recuperación de una ayuda ilegal frente a una sociedad que alegaba que el plazo de la prescripción para reclamar la devolución era, conforme al Derecho portugués, de cinco años.

La primera respuesta del Tribunal de Justicia es que el plazo de prescripción de 10 años establecido por el Reglamento se aplica únicamente a las relaciones entre la Comisión y las autoridades nacionales.

Sin embargo, la segunda respuesta es que la Comisión tiene un plazo de diez años para solicitar la recuperación de una ayuda ilegal a pesar de que haya expirado el plazo de prescripción aplicable en el procedimiento nacional. La razón de ser estriba en la oposición que se produce entre el principio de seguridad jurídica, que ampararía aplicar el plazo de prescripción nacional inferior a los diez años, y el interés público que persigue evitar que el funcionamiento del mercado sea falseado por ayudas de Estado perjudicia-

les para la competencia, lo que exige que las ayudas ilegales sean devueltas para restablecer la situación anterior.

Sin embargo y en el caso de las ayudas ilegales, las empresas beneficiarias no pueden confiar legítimamente en la legalidad de su concesión cuando no se cumple la obligación de notificarlas a la Comisión Europea. Y una vez que la Comisión adopta la decisión declarando la ilegalidad de la ayuda la empresa beneficiaria ya no tiene incertidumbre alguna.

Por tanto, el plazo de prescripción nacional que impida la recuperación de la ayuda ilegal no puede oponerse ni siquiera antes de que la Comisión adopte la decisión que declara la ayuda ilegal y ordena su recuperación o cuando el transcurso del plazo de prescripción nacional se ha debido principalmente al retraso en el que las autoridades nacionales incurrieron al ejecutar la decisión de la Comisión de recuperar la ayuda.

También en este ámbito de las ayudas de Estado, en este caso en Hungría, la Gran Sala ha pronunciado la *sentencia Tesco-Global Áruházak*, C-323/18, que tiene gran trascendencia en materia de ayudas de Estado y sobre el IVA, respondiendo una pregunta de un tribunal húngaro en la que se atacaba el régimen del IVA por considerar que la exención de este tributo constituía una ayuda de Estado y porque esta exención podía ser contraria a las libertades económicas del mercado europeo al beneficiar a un determinado tipo de empresas.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia descarta la consideración de la exención del IVA como ayuda de Estado y para ello explica: «la posible ilegalidad de la exención de un impuesto, con arreglo a las normas del Derecho de la Unión en materia de ayudas de Estado, no puede afectar a la legalidad del impuesto en sí mismo, de manera que su deudor no puede invocar que la exención de que disfrutaban otras personas constituye una ayuda estatal para eludir el pago de dicho impuesto» (apartado 36).

Hay solo una única excepción que señala el Tribunal de Justicia: «para que se pueda considerar que un tributo forma parte integrante de una ayuda, el destino del tributo debe estar obligatoriamente vinculado a la ayuda con arreglo a la normativa nacional pertinente, en el sentido de que la recaudación del tributo se destine obligatoriamente a la financiación de la ayuda y afecte directamente a la cuantía de esta» (apartado 39).

En este caso, por tanto, no se da la situación especial y no procede invocar la infracción del régimen de ayudas de Estado: «la posible ilegalidad, con arreglo al Derecho de la Unión, de la exención del impuesto específico de que disfrutaban determinados sujetos pasivos no puede afectar a la legalidad de dicho impuesto en sí mismo, de modo que Tesco no puede invocar, ante los órganos jurisdiccionales nacionales, la ilegalidad de tal exención de hecho para eludir el pago de dicho impuesto o para obtener su devolución».

En segundo lugar y por lo que se refiere a la compatibilidad del IVA con la libertad de establecimiento, la empresa Tesco, apoyada por la Comisión Europea, se quejaba de que el IVA aplicado en Hungría al comercio al por menor en establecimientos comerciales tenía un carácter marcadamente progresivo y su carga efectiva recaía principalmente en empresas controladas directa o indirectamente por nacionales de otros Estados miembros o por sociedades que tienen su domicilio social en otro Estado miembro.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia considera que la tributación progresiva puede basarse en el volumen de negocios, ya que, por un lado, el importe de este último constituye un criterio de distinción neutro y, por otro, es un indicador pertinente de la capacidad contributiva de los sujetos pasivos.

c) La contratación pública en el mercado único: procedimientos de control y ámbito de aplicación de las Directivas

La interpretación de la armonización europea de los contratos públicos es especialmente prolífica y muestra soluciones particularmente imaginativas. Expongo dos casos: uno sobre la modificación de contratos y los mecanismos nacionales de control; y el otro sobre el ámbito de aplicación de la Directiva sobre contratos públicos.

La *sentencia T-Systems Magyarország, C-263/19*, se refiere a un supuesto muy peculiar que no está regulado directamente por el Derecho de la Unión pero que se puede ver afectado por él: las sanciones impuestas al adjudicatario por una modificación de un contrato público contraria a una Directiva.

La legislación húngara prevé la posibilidad de sancionar tanto al poder adjudicador como al adjudicatario por la vulneración de las normas de contratación pública. En este caso, el organismo sobre contratación pública había impuesto a BKK, la sociedad municipal de transporte público de Budapest, en su condición de poder adjudicador, y a T-Systems, adjudicataria, sendas multas por haber procedido a la modificación ilegal de un contrato de máquinas expendedoras de billetes.

El Tribunal de Justicia considera que este régimen sancionador húngaro no es contrario a las Directivas de recurso en materia de contratación pública aunque este procedimiento debe respetar el Derecho de la Unión, incluidos sus principios generales, cuando el contrato público esté comprendido en el ámbito de aplicación material de las Directivas sobre contratación pública, ya sea *ab initio* o a raíz de su modificación ilegal.

También el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la cuantía de la multa que puede imponerse no solo al poder adjudicador sino también al

adjudicatario en la medida en que debe respetar el principio de proporcionalidad, que constituye un principio general del Derecho de la Unión, de modo que no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos por las Directivas.

Por tanto, explica el Tribunal de Justicia, la cuantía de la multa debe fijarse en relación con el comportamiento de las partes del contrato público durante el período en el que proyectaban modificarlo y, más concretamente, podrá tenerse en cuenta el hecho de que haya tomado la iniciativa de proponer la modificación del contrato o de que haya sugerido, o incluso exigido, al poder adjudicador que no organizara un procedimiento de licitación para responder a las necesidades que requerían modificar el contrato. En cambio, sigue el Tribunal de Justicia, la multa no puede depender de la circunstancia de que no se recurriera a un procedimiento de licitación para modificar el contrato, puesto que la decisión de recurrir a tal procedimiento únicamente forma parte de las prerrogativas del poder adjudicador.

La *sentencia ISE*, C-796/18, resuelve una cuestión prejudicial referida a un litigio que enfrentaba a una empresa informática alemana, que había impugnado la cesión gratuita de un software para la gestión de las intervenciones del cuerpo de bomberos y la cooperación para desarrollar dicho software; cesión que había hecho el *Land* de Berlín a la ciudad de Colonia y que pretendía que no se le aplicase la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia confirma que en este tipo de contratos la cesión del software es gratuita pero no parece desinteresada. Por tanto y en principio, se aplicaría la Directiva.

En segundo lugar, a juicio del Tribunal de Justicia, la Directiva no se aplica cuando la cooperación entre poderes adjudicadores recaiga sobre actividades de apoyo a los servicios públicos que han de prestar, aun de modo individual, cada uno de los socios de la cooperación, siempre y cuando tales actividades de apoyo contribuyan a la realización efectiva de los referidos servicios públicos. Sin embargo, el propio Tribunal señala que «es discutible que un *software* de seguimiento de las intervenciones del cuerpo de bomberos en las actividades de extinción de incendios, asistencia técnica, salvamento de urgencia y protección civil [...] que aparentemente resulta indispensable para el desempeño de tales misiones, pueda reducirse al rango de mera actividad de apoyo» (apartado 61).

Por último y probablemente aquí está la clave de la resolución prejudicial, el Tribunal de Justicia establece un límite a la colaboración entre poderes adjudicadores: el principio de igualdad de trato de los licitadores no pueden favorecer a una empresa privada en detrimento de sus competidores.

ISE puso de manifiesto que la adaptación del *software* era un proceso muy complejo cuyo valor económico era considerablemente mayor que el de la adquisición inicial del software básico, en este caso de la empresa So- pra Steria Consulting que se lo había vendido al *Land* de Berlín.

Por eso, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que el acuerdo de cooperación implica que el *Land* de Berlín y la ciudad de Colonia dis- ponen del código fuente del software; que, en el supuesto de que organicen una licitación para garantizar el mantenimiento, la adaptación o el desarro- llo de dicho software, estos poderes adjudicadores deben comunicar el có- digo fuente a los licitadores potenciales y, en tercer lugar, que el acceso a ese único código fuente basta para garantizar que los operadores económi- cos interesados en la adjudicación del contrato sean tratados de modo tran- sparente, equitativo y no discriminatorio.

En suma, una cooperación entre poderes adjudicadores no debe tener por efecto, de conformidad con el principio de igualdad de trato, favorecer a una empresa privada en detrimento de sus competidores.

3. *Las políticas europeas*

Solo es posible dar cuenta de algunos desarrollos de las políticas euro- peas más integradoras como la política social y la coordinación de los regí- menes nacionales de Seguridad Social, la política de transportes y la aplica- ción de las directivas medioambientales.

a) La política social y la coordinación de los regímenes nacionales de Seguridad Social

La protección de los derechos fundamentales del colectivo LGTBI en el ámbito social se ha visto mejorada por la Gran Sala del Tribunal de Justicia que ha interpretado mediante la *sentencia Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford, C-507/18*, la Directiva 2000/78/CE sobre la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

El origen del litigio fueron las declaraciones homófobas de un abo- gado italiano en un programa radiofónico de que no tenía intención de con- tratar para su despacho a ninguna persona del colectivo de homosexuales (LGTBI). El juez de lo Social en Bérgamo y luego en apelación el Tribunal de Brescia condenaron al abogado a pagar una indemnización de 10.000 eu- ros en favor de la Asociación defensora del colectivo LGTBI que lo había denunciado.

La Corte Suprema de Casación de Italia le pregunta ahora al Tribunal de Justicia si el comportamiento controvertido podía considerarse incluido

en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre el empleo, si afectaba a la libertad de expresión y si la asociación estaba legitimada para denunciar y reclamar una indemnización.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia considera que la declaración del abogado de que no pensaba contratar nunca para su despacho personas con orientaciones homosexuales entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva cuando se refiere a las condiciones de empleo, aun cuando no esté en marcha ningún procedimiento de reclutamiento y siempre que exista una relación que no sea meramente hipotética entre las declaraciones y las condiciones de acceso al trabajo en su empresa.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia considera que las limitaciones al derecho a la libertad de expresión son conformes a Derecho porque están previstas en una ley, en este caso la Directiva, y son necesarias para garantizar los derechos en materia de empleo de personas que pertenecen a determinados grupos a los que se aplica la Directiva.

Por último, el Tribunal de Justicia despeja las dudas sobre la legitimación de la asociación recurrente en la medida en que la Directiva se refiere a las asociaciones que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, pueden iniciar cualquier procedimiento judicial o administrativo para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva. Esto significa, a juicio del Tribunal de Justicia, que corresponde al Derecho italiano determinar la legitimación de las asociaciones, independientemente de su finalidad lucrativa, para intervenir en este tipo de supuestos y reclamar una indemnización.

La Gran Sala del Tribunal de Justicia se pronuncia en la *sentencia Caisse de retraite du personnel navigant professionnel de l'aéronautique civile, C-370/17 y C-37/18*, sobre la importancia de la cooperación administrativa entre los distintos sistemas nacionales de Seguridad Social.

El Tribunal de Primera Instancia de Bobigny y el Tribunal Supremo francés, que conocían de un litigio civil en el que se planteaba la responsabilidad civil de Vueling por el hecho de tener afiliados a la Seguridad Social española a varios de sus trabajadores que operaban en Francia, formularon sendas cuestiones prejudiciales. Previamente, los tribunales penales franceses habían impuesto a Vueling una multa de 100.000 euros por un delito de trabajo encubierto debido a la falta de cotización de sus empleados a la Seguridad Social francesa.

Los dos tribunales franceses de lo civil le preguntan al Tribunal de Justicia sobre el procedimiento que debe seguirse en el caso en que se observe la existencia de un posible fraude en la cotización a la Seguridad Social como el cometido por Vueling.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia considera que el procedimiento de cooperación entre las autoridades nacionales de la Seguridad Social del Re-

glamento n.º 1408/71 constituye «un paso previo obligatorio para determinar si concurren los requisitos para considerar que se ha cometido un fraude y, por consiguiente, para extraer todas las consecuencias útiles en lo que respecta a la validez de los certificados E 101 controvertidos y la legislación de la seguridad social aplicable a los trabajadores afectados» (apartado 71).

Esto lleva al Tribunal de Justicia a establecer una regla conforme a la cual el procedimiento de cooperación no es necesario que se siga si se cumplen dos condiciones: por un lado, que la Seguridad Social española, habiendo sido requerida sin dilación por la Seguridad Social francesa para que revisase tales certificados, no lo hubiese hecho y no se hubiese pronunciado, dentro de un plazo razonable anulando o retirando los certificados, y, por otro lado, que dicha información permita a los jueces franceses declarar que los certificados habían sido obtenidos o invocados de manera fraudulenta.

De la sentencia se deduce que los tribunales penales franceses constataron el fraude sin respetar el mecanismo procedimental exigido en el Reglamento n.º 1408/71. En tanto que la condena penal de Vueling goza del efecto de cosa juzgada, «el Derecho de la Unión no exige que, para tener en cuenta la interpretación de un precepto aplicable de ese Derecho adoptada por el Tribunal de Justicia, un órgano jurisdiccional deba, por regla general, reconsiderar su resolución con fuerza de cosa juzgada» (apartado 90). Sin embargo, el Tribunal de Justicia es firme en las consecuencias que su interpretación tiene en los procedimientos civiles pendientes porque ya no podrá tenerse en cuenta la condena penal: «la aplicación efectiva de las normas del Derecho de la Unión relativas a dicho procedimiento y al efecto vinculante de los certificados E101 no pueden estar razonablemente justificadas por el principio de seguridad jurídica y, por tanto, deben considerarse contrarios al principio de efectividad» (apartado 96).

El Tribunal de Justicia resume su jurisprudencia así: «si bien [...] la condena, con fuerza de cosa juzgada, pronunciada por los órganos jurisdiccionales penales [franceses] contra Vueling no puede ponerse en entredicho a pesar de ser incompatible con el Derecho de la Unión, ni dicha condena ni la declaración con carácter firme de la existencia de un fraude y las interpretaciones jurídicas, realizadas en contra de dicho Derecho, en las que se basa dicha condena permiten a los órganos jurisdiccionales civiles [franceses] estimar las demandas indemnizatorias presentadas por los trabajadores o por un organismo de pensiones [francés] víctimas de las acciones de dicha sociedad» (apartado 97).

b) Las prácticas desleales en el transporte aéreo: *sentencia Ryan Air*

La *sentencia Ryan Air*, C-28/19, responde una cuestión prejudicial remitida por el Consejo de Estado italiano que conocía de una decisión de la

Autoridad Italiana de la Competencia en relación con varias prácticas de una compañía aérea de bajo coste que calificaba de desleales.

En el litigio se plantea la interpretación del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos y, en particular, sobre gastos por registrarse en línea, sobre el IVA aplicable a suplementos en vuelos nacionales y por gastos administrativos por el uso de la tarjeta de crédito.

De acuerdo con esta Directiva, los transportistas aéreos deben ofrecer a los consumidores el precio final que deba pagarse, lo que incluirá la tarifa o flete aplicable así como todos los impuestos aplicables y los cánones, recargos y derechos que sean obligatorios y previsibles en el momento de su publicación. No obstante, también caben suplementos opcionales de precio que deben comunicarse de una manera clara, transparente y sin ambigüedades al comienzo de cualquier proceso de reserva, y que el pasajero debe aceptar.

El Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia y señala que puede aplicarse un suplemento opcional al registro en línea siempre y cuando haya disponible, al menos, un registro en el aeropuerto que sea gratuito para el viajero.

En cuanto al IVA, se trata de un impuesto que debe indicarse en el precio definitivo que haya de pagarse cuando se trate de gastos inevitables; en cambio, cuando el IVA se refiere al servicio opcional deberá indicarse con motivo de este.

En fin, respecto de los gastos administrativos generados por una tarjeta de crédito que no se corresponda con la ofrecida por Ryan Air, son gastos inevitables porque no dejan opción al pasajero y le obligan a utilizar la tarjeta de crédito del transportista aéreo.

c) La invocación de la falta de la evaluación de impacto ambiental y la Directiva de aguas

En materia medioambiental, la armonización de legislaciones nacionales ha permitido elaborar una jurisprudencia europea de gran enjundia para comprender el control judicial de las Administraciones.

La *sentencia IL y otros / Land Nordrhein-Westfalen, C-535/18*, resulta de gran interés jurídico en la medida en que plantea cuáles son los efectos de legitimación y anulatorios de los vicios procedimentales, en este caso, de la Directiva 2011/92/UE relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente pero también de la Directiva 2000/60/CE sobre aguas.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia no plantea objeciones a que, en aplicación de la Directiva sobre evaluación medioambiental, cada Estado

miembro determine que, cuando los vicios procedimentales de que adolecen las decisiones de autorización de proyectos no puedan modificar su sentido, las solicitudes de anulación de las decisiones solo sean admisibles si las irregularidades privaron a los demandantes del derecho a la participación en la toma de decisiones medioambientales.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia precisa, seguidamente, que ha de aplicarse la Directiva sobre aguas de modo que si en el expediente que se pone a disposición del público no figuran los datos necesarios para evaluar las repercusiones de cada proyecto en el agua, no se le estará dando a dicho público la posibilidad de participar de manera provechosa en la toma de decisiones.

En segundo lugar, la comprobación de los efectos negativos que cada proyecto puede causar en las aguas superficiales y subterráneas no puede dejarse para después de la toma de decisiones por parte de las autoridades competentes porque así lo requieren la Directiva de aguas y la Directiva sobre evaluación ambiental. A tal efecto, basta con que el incumplimiento de un indicador de calidad en un solo punto de control muestre que existe deterioro del estado químico de al menos una parte significativa de una masa de agua subterránea.

Por último, el Tribunal de Justicia reitera el carácter vinculante de las directivas y, en particular, subraya que «las personas físicas o jurídicas directamente afectadas por el incumplimiento de las disposiciones de una directiva medioambiental deben disponer de la facultad de exigir a las autoridades competentes, en su caso por vía judicial, el cumplimiento de las obligaciones de que se trate». Y esto se aplica, precisamente, respecto de las personas que tengan derecho a extraer y utilizar legítimamente aguas subterráneas.

Por tanto, lo que inicialmente se plantea como una mera cuestión jurídica de legitimación en aplicación de la Directiva sobre evaluación medioambiental, termina con una reivindicación poderosa de los derechos al uso legítimo de las aguas a las que se refiere la Directiva de aguas.

III. Segunda parte. La jurisprudencia europea, las prejudiciales españolas y sus efectos en el Derecho Interno

Los tribunales españoles están contribuyendo a que las cuestiones prejudiciales constituyan dos tercios del trabajo del Tribunal de Justicia. De hecho, un 66,35% de los procedimientos seguidos en los últimos cinco años, de 2015 a 2019, son prejudiciales; por ejemplo, en este último año, 641 asuntos fueron reenvíos prejudiciales de jueces nacionales de un total de 966 de los que conoció el Tribunal de Justicia. Los jueces españoles

plantearon 67 cuestiones prejudiciales en 2018 y en 2019 los reenvíos fueron 64 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Informe anual 2019. Actividad judicial*, Luxemburgo, 2020, p. 162).

En esta *Crónica* procuraré dar cuenta exhaustiva de las respuestas, mediante sentencia o auto, del Tribunal de Justicia en ámbitos muy variados. No obstante, también aludiré a algunos recursos directos ante el Tribunal General y el Tribunal de Justicia que han tenido especial relevancia.

1. *Las sentencias prejudiciales «españolas»*

La doctrina deducida de las respuestas prejudiciales en este primer semestre de 2020 se ha producido de manera especial en cuanto a los órganos «judiciales» facultados para plantear la cuestión prejudicial y en otras numerosas cuestiones como la protección de los consumidores, el empleo público temporal, la contratación pública, los derechos sociales, los extranjeros, especialmente los «no comunitarios» y los solicitantes de asilo, y, en fin, el derecho a un abogado en un procedimiento penal.

- a) Los tribunales económico-administrativos ya no están facultados para plantear una cuestión prejudicial: *sentencia Banco de Santander*

El Tribunal de Justicia ha cambiado de criterio en su *sentencia Banco de Santander*, C-274/14, y en formación de Gran Sala ha decidido que los tribunales económico-administrativos españoles no pueden plantear cuestiones prejudiciales.

Esta nueva doctrina la ha pronunciado el Tribunal de Justicia al contestar una cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) que preguntaba sobre la validez de tres decisiones de la Comisión Europea referidas al régimen español de amortización fiscal que beneficiaba a las empresas que adquirieran una participación significativa en empresas extranjeras, en este caso el Banco de Santander reclamaba una deducción fiscal en 2003 de más de 45 millones de euros que la Hacienda española le denegaba.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia, reconociendo que después de numerosos avatares judiciales la cuestión de la validez de la Decisión 2011/5 seguía pendiente ante los órganos jurisdiccionales de la Unión, resolvió la cuestión de la admisibilidad del reenvío prejudicial a la luz de su jurisprudencia más reciente que califica como órgano jurisdiccional en función del origen legal del organismo, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación de normas jurídicas y su independencia.

En este caso, el Tribunal de Justicia admite que el TEAC cumple con todos estos requisitos, tal como lo había constatado en la sentencia de 21 de marzo de 2000, *Gabalfrisa y otros* (C-110/98 a C-147/98, EU:C:2000:145) respecto del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña.

No obstante, 20 años después era preciso examinar con más detenimiento la independencia. A tal efecto, el Tribunal de Justicia expone el concepto de independencia judicial en su dimensión externa (autonomía e inamovilidad) e interna (imparcialidad). Asimismo, el Tribunal de Justicia subraya: «el concepto de “independencia”, que es inherente a la función de juzgar, implica ante todo que el órgano de que se trate tenga la calidad de tercero con respecto a la autoridad que haya adoptado la decisión recurrida» (apartado 62).

Pues bien, el Tribunal de Justicia comprueba que en el caso de los miembros de estos tribunales administrativos, tanto el presidente como los vocales, la legislación española no garantiza que se encuentren al amparo de presiones externas, directas o indirectas, lo que permite dudar de su independencia (apartado 68).

De hecho, el Tribunal de Justicia confirma que la regulación de los tribunales económico-administrativos es distinta de la referida a los tribunales administrativos de contratos del sector público, tal como resolvió en la *sentencia Consorci Sanitari del Maresme*, C-203/14, EU:C:2015:664, dado que sus miembros «disfrutan, a diferencia de los miembros de los TEA, de una garantía de inamovilidad, mientras dure su mandato, que solo admite excepciones por causas expresamente enumeradas por ley».

Además, a sugerencias de la Abogacía del Estado, el Tribunal de Justicia considera que «algunas características del procedimiento de recurso extraordinario ante la Sala Especial para la Unificación de Doctrina regulado [que] prevé la intervención del Director General de Tributos del Ministerio de Economía, contribuyen a poner en duda que el TEAC tenga la condición de “tercero” con respecto a los intereses en litigio» (apartado 73).

Por último, el Tribunal de Justicia hace dos puntualizaciones que son de interés. Por una parte, señala la obligación de los tribunales económico-administrativos de aplicar el Derecho de la Unión porque tienen «la obligación de garantizar la aplicación del Derecho de la Unión al adoptar sus resoluciones e inaplicar, en su caso, las disposiciones nacionales que resulten contrarias a las disposiciones de Derecho de la Unión dotadas de efecto directo, ya que esa obligación recae sobre el conjunto de autoridades nacionales competentes y no solamente sobre las autoridades judiciales» (apartado 78). Por otra parte, el Tribunal de Justicia comprueba que las resoluciones del TEAC son revisables por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo que, sin duda alguna, pueden o deben plantear la cuestión prejudicial.

En definitiva y con esta sentencia se acaba una etapa en la que los tribunales económico-administrativos pudieron plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia y de la que hicieron uso, no obstante, con gran parsimonia.

b) Las cláusulas abusivas en los préstamos bancarios: *sentencia Gómez del Moral*

El acervo jurisprudencial europeo sobre las cláusulas abusivas y los poderes del juez en el proceso no deja de ampliarse como consecuencia de las reiteradas cuestiones prejudiciales procedentes de España.

La *sentencia Gómez del Moral Guasch / Bankia*, C-125/18, tiene su origen en una cuestión prejudicial remitida por el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona en la que se planteaba el alcance del control judicial sobre una cláusula referida al tipo de interés que debe pagar un consumidor y fijada en función de un índice basado en el tipo medio de los préstamos hipotecarios concedidos por las cajas de ahorros (IRPH).

La primera cuestión que resuelve el Tribunal de Justicia es si se aplica la Directiva sobre cláusulas abusivas a este tipo de contratos en la medida en que excluye de su ámbito de aplicación las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas. Sin embargo, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que la referencia al IRPH no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia considera que, en aplicación de la Directiva 93/13, los tribunales españoles están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual con independencia de la transposición que se haya hecho en el Derecho español.

En tercer lugar, a juicio del Tribunal de Justicia, corresponde al juez español determinar si la cláusula es o no abusiva y para ello debe tener en cuenta si es comprensible en un plano formal y gramatical y, en especial, si permite que «el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras».

El Tribunal de Justicia proporciona al Juzgado barcelonés que le remitió la cuestión prejudicial los elementos pertinentes para la valoración: los elementos principales del cálculo del tipo de interés que resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo del tipo de interés.

Por último, se plantea cómo resolver la cuestión si se declara abusiva la cláusula. El Tribunal de Justicia considera que el juez español puede sustituir el IRPH por un índice legal supletorio y aplicable a falta de acuerdo de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pueda subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y cuando la anulación del contrato en su totalidad deje al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.

c) La equiparación y el abuso sobre los trabajadores temporales en el sector público: *sentencia Baldonado Martín* y *sentencia Sánchez Ruiz*

La interpretación de la Directiva 1999/70/CE relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada ha sido prolífica por parte del Tribunal de Justicia en ya más de 60 sentencias y autos interpretativos de los cuales la mitad lo han sido a petición de los tribunales españoles.

A principios de 2020 el Tribunal de Justicia ha vuelto a pronunciarse sobre las dos cuestiones más relevantes de la Directiva 1999/70, aplicada en los dos casos al empleo público: la equiparación de los trabajadores temporales y los fijos y los instrumentos para luchar contra el abuso de la contratación temporal.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia vuelve a decir que la falta de previsión en el Derecho español de una indemnización por el cese de los funcionarios interinos no es contraria a la Directiva 1999/70. Así lo ha reiterado la *sentencia Baldonado Martín*, C-177/18, que contesta una cuestión prejudicial remitida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 14 de Madrid que conoce de un litigio por el cese en el Ayuntamiento de Madrid de una funcionaria interina en plaza vacante, oficial de jardinería de 2005 hasta 2013, como consecuencia de la cobertura ordinaria por una funcionaria de carrera. En 2017 la funcionaria destituida solicitó al Ayuntamiento y luego al Juzgado el abono de una indemnización por cese equivalente a veinte días de salario por año de servicio.

Por un lado, a juicio del Tribunal de Justicia, la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la normativa española que no prevé el abono de indemnización alguna por el cese a los funcionarios interinos, aunque prevea el pago de una indemnización al personal laboral cuando se extingue el contrato de trabajo por concurrir una causa objetiva (fijos) o por terminar el período acordado (temporales).

La justificación de esta respuesta radica en que esta indemnización se abona independientemente del carácter legítimo o abusivo de la utilización de tales contratos o relaciones, no resulta adecuada para sancio-

nar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, y, por consiguiente, no parece constituir, por sí sola, una medida suficientemente eficaz y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas de conformidad con el Acuerdo Marco.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia puntualiza, en relación con la tercera pregunta del Juzgado madrileño vinculada al pretendido abuso en el nombramiento de la funcionaria interina, que en este caso la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco solo se aplica en el supuesto de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada; en este caso, sin embargo, el Tribunal de Justicia inadmite la cuestión por ser hipotética y no tener trascendencia en el litigio que debe resolver la Juez madrileña.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia ha reiterado que el abuso en el nombramiento de personal estatutario temporal debe sancionarse judicialmente con medidas apropiadas (convocatoria de procesos selectivos, transformación en indefinidos no fijos o indemnización efectiva y disuasoria) aunque, en realidad, la Directiva no exija la conversión del empleado público temporal en fijo.

El Tribunal de Justicia ha respondido con su *sentencia Sánchez Ruiz y otros*, C-103/18 y C-429/18, las preguntas prejudiciales formuladas por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo n.º 8 y n.º 14 de Madrid (planteados, en realidad, por la misma juez sustituta) en relación con sucesivos nombramientos de personal estatutario temporal en la sanidad pública madrileña. En el caso del Sr. Sánchez Ruiz, lo habían nombrado en dos ocasiones desde 1999 y reclamaba la condición de personal estatutario fijo; en los supuestos de la Sra. Fernández Álvarez y otras empleadas, tenían una antigüedad entre 12 y 17 años como estatutarias temporales y habían sido nombradas odontólogas entre 82 y 227 ocasiones.

La sentencia constituye una interpretación de la cláusula 5 del Acuerdo marco de la Directiva 1999/70/CE que obliga a los Estados miembros a establecer medidas para prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de relaciones laborales de duración determinada.

El primer aspecto más relevante de la respuesta del Tribunal de Justicia es que, en un ámbito como el sanitario, es inevitable que con frecuencia sean necesarias sustituciones temporales a causa, en particular, de la indisponibilidad de miembros del personal en situación de baja por enfermedad, de permiso de maternidad o de permiso parental u otras, por lo que debe distinguirse entre los supuestos en que la renovación sucesiva de relaciones laborales de duración determinada trata de atender necesidades provisionales, lo cual estaría justificado, siempre y cuando no se utilice,

de hecho, para cubrir necesidades permanentes y estables, lo cual sería contrario a la Directiva. En cualquier caso, el Tribunal de Justicia constata, una vez más, que la cláusula 5 no tiene efecto directo y tampoco es relevante el consentimiento del empleado público para constatar el abuso de la Administración sanitaria.

El Tribunal de Justicia repasa las medidas previstas en el Derecho español para luchar contra el abuso en la contratación temporal excluyendo la transformación del nombramiento temporal y nombramiento fijo que legítimamente no se admite en el Derecho español.

Por una parte, el Tribunal de Justicia reitera que la Directiva «no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada».

Por otra parte, el Tribunal de Justicia analiza las «medidas legales equivalentes para prevenir los abusos» previstas en el Derecho español referidas por la juez madrileña: la organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas de manera provisional por empleados públicos con relaciones de servicio de duración determinada, la transformación de los empleados públicos a los que se haya nombrado de modo abusivo en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada en «indefinidos no fijos»; y, en fin, la concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente.

El Tribunal de Justicia considera que en teoría tales medidas, que no son las previstas en la Directiva que debería haber elegido el legislador español en una correcta transposición que no se produce después de casi 20 años, podrían ser apropiadas. Sin embargo, el Tribunal de Justicia muestra su debilidad en la práctica. Por eso, el Tribunal de Justicia deja en manos de los jueces españoles la determinación de si en cada caso estas tres son medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos laborales de duración determinada o medidas legales equivalentes.

Por último, el Tribunal de Justicia inadmite la pregunta de la juez madrileña relativa a la revisión de nombramientos o incluso de sentencias firmes que se hayan visto afectadas por el uso abusivo de contratos temporales. A juicio del Tribunal de Justicia, no procede responder una cuestión hipotética como la planteada en la medida en que la transformación del empleo público temporal en empleo público fijo «está excluida categóricamente en virtud del Derecho español, ya que el acceso a la condición de personal estatutario fijo solo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo».

- d) La residencia, la expulsión y los refugiados «no comunitarios»:
sentencias Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real, Subdelegación del Gobierno en Guadalajara y Ministerio Fiscal (Gran Canaria)

El derecho de los extranjeros en España se ha visto afectado sustancialmente por la armonización legislativa europea y dada la incuria del legislador español en esta materia ha sido el Tribunal de Justicia quien ha ayudado a los jueces españoles a interpretar situaciones frecuentes de nacionales no comunitarios en relación con su permiso de residencia, su expulsión o la solicitud de asilo.

La solicitud de la autorización de residencia de los nacionales de terceros países casados con españoles depende no solo de sus ingresos económicos sino también de su relación de dependencia que debe probarse en cada caso.

Así se lo ha explicado el Tribunal de Justicia en su *sentencia Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real*, C-836/18, a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con sede en Albacete, que cuestionaba la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la residencia de extranjeros sobre la necesidad de acreditar la suficiencia de recursos económicos de un matrimonio, formado por un marroquí y una española cuando esta última no había ejercido nunca el derecho a la libre circulación en la Unión Europea.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia reitera que el requisito de la suficiencia de los recursos, recogido en la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente, debe interpretarse en el sentido de que, si bien el ciudadano de la Unión debe disponer de recursos suficientes, el Derecho de la Unión no impone la más mínima exigencia en cuanto a la procedencia de tales recursos, que pueden provenir, en particular, de un miembro de la familia de dicho ciudadano. En este caso, al parecer, era el padre de la esposa española quien se había comprometido a mantener a ambos cónyuges, el marroquí y la española.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia determina el alcance del derecho de los ciudadanos de la Unión de tal modo que no pueden ser obligados a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, por lo que surge un derecho de residencia derivado en favor de los extranjeros que estén en una relación de dependencia.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia matiza que este derecho de residencia derivado en favor del marroquí tiene límites: el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad pública, basados en la existencia de una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden

público o la seguridad pública, teniendo en cuenta, en particular, las infracciones penales cometidas por el nacional del tercer país.

En cambio, no cabe exigir del ciudadano de la Unión que disponga de recursos suficientes para sí mismo y para el miembro de su familia que no sea de la Unión si se pone en peligro el efecto útil del artículo 20 TFUE al obligar al nacional de la Unión a abandonar el territorio de la Unión por la relación de dependencia que existe entre los miembros de la familia, en este caso, entre ambos cónyuges. Esta relación de dependencia debe ser probada por el extranjero y puede ser comprobada por la Administración.

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia se refiere a las distintas relaciones de dependencia. Por una parte, constata la dependencia que existe entre los menores de edad y, con mayor motivo, de los niños de corta edad respecto de sus familiares. Y, por otra, señala que un adulto puede, en principio, llevar una existencia independiente de los miembros de su familia de tal modo que la configuración del matrimonio, en particular la obligación de los cónyuges de vivir juntos, no puede implicar que exista una relación de dependencia que pueda justificar la concesión de un derecho de residencia derivado.

En sus Conclusiones el abogado general estonio Priit Pikamäe fue bastante más claro para resolver el litigio al deducir que, en realidad, no se produce ninguna relación de dependencia entre el marroquí y la española, unidos en matrimonio, y cuyo mantenimiento económico asume el padre de la esposa hasta el punto de generar el referido derecho de residencia derivado.

El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de matizar en su *sentencia WT / Subdelegación del Gobierno en Guadalajara*, C-448/19, su jurisprudencia sobre la expulsión por delitos de residentes «no comunitarios» de larga duración.

Nuevamente a requerimiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo castellano-manchega, el Tribunal de Justicia interpreta la Directiva 2003/109/CE relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en relación con la Directiva 2001/40/CE sobre el reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países. En este caso la Administración expulsaba en 2016 a un marroquí, residente de larga duración, que había sido condenado entre 2011 y 2014 a tres penas de prisión superiores a un año.

El Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia anterior, en particular la *sentencia López Pastuzano*, C-636/16, EU:C:2017:949, conforme a la cual la expulsión de un extranjero no comunitario con permiso de residencia de larga duración no puede ser automática como parece deducirse, según el Tribunal castellano-manchego, de la legislación española y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En efecto, descartado el automatismo, la expulsión debe cumplir dos requisitos. Por una parte, que el marroquí represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública de España. Por otra parte, han de tenerse en cuenta determinadas circunstancias del extranjero no comunitario, a saber, la duración de su residencia en España, su edad, las consecuencias de la expulsión para él y para los miembros de su familia, y sus vínculos con España o la falta de vínculos con Marruecos.

Termina señalando el Tribunal de Justicia que la Directiva 2001/40 no justifica una interpretación diferente de la Directiva 2003/109 en los términos que resultan de la *sentencia López Pastuzano*.

Los derechos de los solicitantes de asilo que llegan en patera a las Islas Canarias están más claros desde que el Tribunal de Justicia se pronunció en la *sentencia Ministerio Fiscal, C-36/20 PPU*, referida a la autoridad susceptible de recibir una solicitud de asilo.

La propia sentencia describe, tal como le informó la juez española, una escena que se repite: «El 12 de diciembre de 2019 a las 19.05, una patera a bordo de la que se encontraban cuarenta y cinco varones de origen subsahariano, entre ellos VL, nacional malí, fue interceptada por Salvamento Marítimo cerca de las costas españolas. El buque de Salvamento Marítimo embarcó a esos cuarenta y cinco nacionales de terceros países y los desembarcó al sur de la isla de Gran Canaria a las 21.30» (apartado 27).

Qué se deba hacer a partir del desembarco, desde el punto de vista judicial y legal empieza a ser complicado y, más aún, si alguno de los inmigrantes, en el caso concreto 25 de los 45 desembarcados, pueden o quieren pedir asilo. ¿Deben hacerlo ante la juez de instrucción, la única juez que verán en su visita a España? ¿Debe la juez de instrucción, a pesar de no tener competencias expresas, actuar en consecuencia en relación con la protección internacional? ¿Pueden ser internados los solicitantes de asilo como los demás inmigrantes económicos tal como le pedía a la juez la Policía Nacional?

La titular del Juzgado de Instrucción n.º 3 de San Bartolomé de Tirajana, en Gran Canaria, tomó como referencia el caso de un maliense que le había solicitado el asilo y al que, a falta de centros de acogida, había autorizado su internamiento en un Centro de Extranjeros (CIE) y remitió una interesantísima cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en relación con el desfasado y deficiente régimen español de asilo que, pasados años desde que terminó el plazo de transposición de las Directivas sobre refugiados, no se ha acomodado a las obligaciones en vigor.

Es preciso subrayar que este reenvío prejudicial se inscribe en un reparto de competencias jurisdiccionales en materia de extranjería y de

asilo que debería revisarse: por una parte, el juez de la libertad es el juez de instrucción; en cambio, el juez de la legalidad, incluido el asilo, corresponde al juez de lo contencioso-administrativo. Esto provoca problemas que, una fundada y valiente cuestión prejudicial, desde Gran Canaria para Luxemburgo, pretendía que se resolviese y así se hizo en cinco meses, pandemia del nuevo coronavirus mediante.

En efecto, la juez española solicitó que el Tribunal de Justicia siguiese el procedimiento prejudicial de urgencia, a lo que este accedió en la medida en que el maliense estaba internado en el Centro de Extranjeros y podía ser expulsado, como así ocurrió, en cualquier momento.

Por lo que se refiere a la primera pregunta se planteaba si podía hacer algo la juez de instrucción en materia de asilo dado que el Derecho español no le atribuye explícitamente competencias en esta materia.

Precisamente esta falta de competencias sirvió a la abogada del Estado ante el Tribunal de Justicia para solicitar la inadmisión de la cuestión a lo que, con firmeza, se opuso el Tribunal de Justicia subrayando: «solo cabe declarar la inadmisión de una petición de decisión prejudicial formulada por un órgano jurisdiccional nacional en los supuestos en los que, o bien resulte que el procedimiento del artículo 267 TFUE ha sido desviado de su finalidad y se utiliza en realidad para hacer que el Tribunal de Justicia se pronuncie en un litigio artificial, o bien sea evidente que el Derecho de la Unión no puede aplicarse, ni directa ni indirectamente, a los hechos del procedimiento principal».

La respuesta del Tribunal de Justicia es muy clara y se basa en la voluntad del legislador de la Unión de incluir a una pluralidad de autoridades administrativas y, eventualmente, judiciales con el fin de que puedan recibir solicitudes de protección internacional. Nótese que en el caso de este tipo de extranjeros probablemente solo tengan una ocasión para ver una juez española. Por tanto y en el caso concreto, el Tribunal de Justicia considera que el solicitante de asilo lo puede pedir también cuando comparezca ante la juez de instrucción.

La segunda cuestión se refiere a qué debe hacer la juez de instrucción. Frente a la férrea oposición de las autoridades españolas a la intervención proactiva de la juez de instrucción, el Tribunal de Justicia interpreta que la juez debe informar de las condiciones de presentación de solicitudes de protección internacional y, de solicitar el asilo, la juez debe dar traslado del expediente a la autoridad competente para el registro de la solicitud y para que el refugiado pueda disfrutar de las condiciones materiales de acogida y de la atención sanitaria de la Directiva 2013/33.

Y la tercera cuestión resulta ya fácil de contestar en la medida en que el internamiento de los solicitantes de asilo en Centros de Extranjeros no es posible salvo en supuestos excepcionales. Y la solicitud de asilo se entiende

producida cuando el extranjero la «formula», por ejemplo ante la juez de instrucción.

Por tanto y como ocurría en este caso, el hecho de que resultase imposible encontrarle al maliense plaza en un centro de acogida no era ninguno de los seis motivos que justifican en la Directiva 2013/33 su internamiento. En cambio, el Tribunal de Justicia explica casos en los que procedería el internamiento: cuando se trata de solicitantes de asilo que ya han tenido la oportunidad de acceder al procedimiento de asilo o cuando hay motivos razonables para pensar que únicamente formulan la solicitud de asilo para retrasar o frustrar la expulsión.

En suma, estamos ante una sentencia en la que los jueces de Gran Canaria y de Luxemburgo han mostrado una especial sensibilidad para resolver problemas que, en realidad, corresponde solventar al legislador español que debe adoptar una legislación que sea acorde con el Sistema Europeo Común de Asilo.

e) La vigencia de los contratos de servicios públicos adjudicados directamente: *sentencia Compañía de Tranvías de La Coruña*

El plazo máximo de vigencia de 30 años de los contratos de servicio público de transporte en autobús y tranvía empieza a contar desde el 3 de diciembre de 2009 cuando entró en vigor el Reglamento (CE) n.º 1370/2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera.

La *sentencia Compañía de Tranvías de La Coruña*, C-45/19, responde la cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 2 de La Coruña sobre la interpretación del Reglamento (CE) n.º 1370/2007. El origen de esta cuestión prejudicial está en un litigio en el que el Ayuntamiento de A Coruña sostenía que la concesión del tranvía, adjudicada directamente en 1986, concluía a los 30 años de su celebración, es decir, en 2016; en cambio, la concesionaria consideraba que debía concluir el 31 de diciembre de 2024 tal como preveía el contrato.

El Tribunal de Justicia determina que el plazo máximo de 30 años para los contratos adjudicados antes del 26 de julio de 2000, con arreglo a un procedimiento distinto del procedimiento de licitación equitativo comienza a correr en la fecha de entrada en vigor del Reglamento n.º 1370/2007, es decir, el 3 de diciembre de 2009.

Con esta interpretación y a juicio del Tribunal de Justicia, se mantiene el efecto útil del período transitorio específico y permite, además, fijar un término final idéntico para todos los contratos aún vigentes al final de dicho período transitorio, equiparando la posición de las autoridades competentes y la de los operadores económicos afectados.

f) El cómputo de los días de permiso de los trabajadores: *sentencia Fetico*

En su *sentencia Fetico*, C-588/18, la Gran Sala del Tribunal de Justicia ha llegado a la conclusión de que la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo no se aplica a todos los permisos retribuidos de los trabajadores sino únicamente a las vacaciones y a los períodos mínimos de descanso semanal.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional le preguntaba al Tribunal de Justicia sobre el cómputo de los permisos retribuidos de varias empresas de alimentación, por ejemplo, tres días por nacimiento de hijos, por enfermedad o fallecimiento de parientes, etc., cuando tales hechos causantes del permiso se producían durante el descanso semanal o durante las vacaciones.

El Tribunal de Justicia explica que existe en materia social una competencia compartida entre el legislador europeo y los legisladores nacionales de modo que la Directiva 2003/88/CE no se aplica a otros permisos que no sean los del descanso semanal y las vacaciones, porque la regulación europea se refiere únicamente al disfrute efectivo de los períodos mínimos de descanso semanal y el derecho a las vacaciones anuales retribuidas.

Así, por ejemplo y en el caso de las vacaciones, el Tribunal de Justicia recuerda su propia jurisprudencia conforme a la cual «un trabajador que se encuentre de baja por enfermedad durante un período de vacaciones anuales fijado previamente tiene derecho, a petición suya y al objeto de poder disfrutar efectivamente sus vacaciones anuales, a tomarlas en fecha distinta a la de la baja por enfermedad». Sin embargo, los permisos retribuidos a los que se refiere la cuestión prejudicial no son asimilables a la baja por enfermedad.

Pero incluso en aquellos ámbitos regulados por el Derecho de la Unión, como, por ejemplo, la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor vinculados a asuntos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador, a los que se refiere la Directiva 2010/18/UE por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, no puede asimilarse a un permiso garantizado por el Derecho de la Unión.

Por tanto, para el cómputo de los permisos retribuidos de los trabajadores habrá de estarse a la regulación de cada uno de los Estados miembros, en este caso de conformidad con la legislación laboral o los convenios colectivos españoles, sin que sea aplicable, como ocurre con las vacaciones o el descanso semanal, una jurisprudencia europea más favorable.

g) El derecho a un abogado de oficio en caso de no comparecer en un procedimiento penal: *sentencia VW*

Como ejemplo de la penetración del Derecho de la Unión en el procedimiento penal, la *sentencia VW*, C-659/18, constituye una respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Badalona sobre la interpretación de la Directiva 2013/48/UE sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

Se trataba de un procedimiento penal por la comisión de dos presuntos delitos de conducción sin permiso y de falsificación en documento público contra VW, incoado a raíz de un control en carretera en el que el interesado exhibió un permiso de conducir albanés que, conforme a una prueba pericial, se reveló falso.

Al no comparecer el investigado, el juez de instrucción plantea la conformidad con la Directiva 2013/48/UE de la legislación y la jurisprudencia españolas conforme a las cuales el derecho a la asistencia de letrado se sujeta a la comparecencia personal del investigado en el proceso.

A juicio del Tribunal de Justicia, «tanto de la sistemática como de los objetivos de la Directiva 2013/48 se desprende que los casos en los que los Estados miembros pueden dejar de aplicar temporalmente el derecho a la asistencia de letrado están enumerados de manera exhaustiva en el citado artículo 3, apartados 5 y 6». Esto significa, también según el Tribunal de Justicia, que «la incomparecencia del sospechoso o acusado no forma parte de las razones por las que puede dejar de aplicarse el derecho a la asistencia de letrado enumeradas exhaustivamente en dicha Directiva, por lo que el hecho de que un sospechoso no se haya presentado, pese a las citaciones practicadas para que compareciera ante un juzgado de instrucción, no puede justificar que se le prive del disfrute de tal derecho».

En definitiva, la sentencia pone de manifiesto la disconformidad de la legislación española y de su jurisprudencia sobre el derecho a la asistencia de letrado tras habersele practicado la citación para comparecer ante un juzgado de instrucción, hasta la ejecución de la orden de detención nacional dictada contra el interesado.

2. *Los recursos directos ante los tribunales europeos contra las correcciones financieras*

Aun cuando respondan a las más estrictas cuestiones burocráticas de las relaciones entre la Comisión y las Administraciones españolas, es preciso

hacer referencia a un tipo de recursos directos de gran interés: las correcciones financieras por la gestión irregular de los fondos europeos, tal como han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia. La Comisión Europea sigue velando por la apropiada gestión financiera de los fondos europeos por las Administraciones españolas.

La *sentencia Comisión / España*, C-406/19P, se refiere a la legalidad de las correcciones financieras aplicadas por la Comisión Europea en la gestión del FEAGA en España. En concreto, la Comisión aplicó una corrección a tanto alzado del 10% y por un total de unos 4,44 millones de euros en un programa operativo de frutas y hortalizas en Andalucía como consecuencia del reconocimiento indebido de una asociación de productores de Huelva.

En una sentencia de 2019 el Tribunal General anuló la corrección financiera aplicada al considerar que la Comisión no podía inferir, de la constatación de dos irregularidades en solamente cuatro expedientes examinados, la existencia de deficiencias sistémicas en el control instaurado por las autoridades españolas y que afectaban en Andalucía a 140 organizaciones de productores.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia corrige al Tribunal General y le recuerda los principios establecidos en este ámbito de tal modo que, a su juicio, «el hecho de que la Comisión constatará una deficiencia en dos de los cuatro expedientes que había controlado constituía un elemento de prueba de la duda seria y razonable [...] que albergaba respecto del carácter suficiente de los controles efectuados por las administraciones [españolas].

A tal efecto, el Tribunal de Justicia consideró, en primer lugar, que «los Estados miembros juegan un papel principal en la liquidación de las cuentas del FEAGA, ya que deben garantizar que dicho Fondo financie únicamente las intervenciones realizadas conforme a las disposiciones del Derecho de la Unión en el marco de la organización común de los mercados agrícolas».

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia subraya: «el Estado miembro se encuentra en mejor situación para recoger y comprobar los datos necesarios para la liquidación de las cuentas del FEAGA».

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia destaca: «no corresponde a la Comisión demostrar de forma exhaustiva la insuficiencia de los controles efectuados por las administraciones nacionales ni la irregularidad de las cifras transmitidas por estas, sino aportar un elemento de prueba de la duda seria y razonable que alberga con respecto a los citados controles o cifras».

Y, por último, establece el Tribunal de Justicia: «incumbe al Estado miembro interesado probar detallada y completamente la realidad de sus controles o de sus cifras y, en su caso, la inexactitud de las afirmaciones de la Comisión».

Se trata de claros criterios interpretativos aplicables a la gestión de los fondos europeos por las Administraciones nacionales que permiten decidir sobre responsabilidades financieras en la ejecución del Presupuesto de la Unión.

3. *La denegación de las medidas cautelares frente a la destitución de un eurodiputado: auto Oriol Junqueras*

Si 2019 terminaba con una interpretación del Tribunal de Justicia sobre el estatuto de los eurodiputados que, indudablemente, beneficiaba a los implicados criminalmente en el proceso de independencia de Cataluña, 2020 se inició con la impugnación por quien había sido elegido diputado al Parlamento Europeo, don Oriol Junqueras i Vies, y que, como consecuencia de la condena por el Tribunal Supremo, fue destituido.

El Sr. Junqueras interpuso un recurso de anulación frente a la decisión del Parlamento Europeo por la que se constataba la vacante del escaño que ocupaba como eurodiputado desde el 3 de enero de 2020. En la decisión impugnada se tomaba nota de la elección al Parlamento Europeo del Sr. Junqueras con efectos desde el 2 de julio de 2019 pero, a la vista del acuerdo de la Junta Electoral Central, de 3 de enero de 2020, y tras el auto del Tribunal Supremo español de 9 de enero de 2020, consideró que el escaño del demandante estaba vacante a partir del 3 de enero de 2020.

En el recurso principal el Sr. Junqueras Vies solicitó la adopción de medidas cautelares que, sin embargo, fueron rechazadas por el vicepresidente del Tribunal General porque, en sustancia, no concurrían acumulativamente los presupuestos.

En efecto, en el auto se recuerda: «el juez de medidas provisionales puede ordenar la suspensión de la ejecución y las demás medidas provisionales si se demuestra que a primera vista la concesión de las mismas resulta material y jurídicamente justificada (*fumus boni iuris*) y que tales medidas son urgentes, en el sentido de que es necesario otorgarlas y que surtan efectos antes de que se resuelva sobre el recurso principal para evitar que los intereses de la parte que las solicita sufran un perjuicio grave e irreparable».

A tal efecto, el Vicepresidente del Tribunal General examina únicamente la concurrencia de la apariencia de buen derecho a la vista de los motivos de impugnación esgrimidos por el recurrente. A juicio del Tribunal General, el examen de este presupuesto exige que alguno de los motivos invocados revele «un desacuerdo importante sobre cuestiones de Derecho o de hecho cuya solución no resulta evidente de inmediato y merece, por tanto, un examen detallado, que no puede ser efectuado por el juez de medidas provisionales, sino que debe realizarse en el procedimiento sobre el fondo».

Ahora bien, el Tribunal General no considera que, a primera vista, concurra ninguno de estos cuatro motivos.

En primer lugar, frente a la alegación de que el Parlamento Europeo había conculcado los derechos del eurodiputado, el Tribunal General considera que el Parlamento fue simplemente informado de la expiración del mandato por las autoridades españolas sin que «el Parlamento Europeo goce de margen de apreciación alguno respecto a las consecuencias que deban deducirse de la anulación del mandato de un diputado, dimanante de la aplicación de la legislación nacional, en particular en cuanto a la vacante del escaño de ese diputado».

En segundo lugar, sobre el carácter contradictorio del procedimiento para retirar el escaño al eurodiputado, el Tribunal General insiste en que «es ante las autoridades españolas ante las que el demandante ha de hacer valer los derechos que invoca».

En tercer lugar y por cuanto respecta a la falta de defensa por el Parlamento de los derechos de su eurodiputado, el Tribunal General tilda tales afirmaciones de «vagas, genéricas e imprecisas y no bastan, por tanto, para acreditar un *fumus boni iuris* que pueda justificar la concesión de las medidas provisionales solicitadas».

Por último, el Tribunal General también rechaza la concurrencia, a primera vista, de la apariencia de buen derecho en tanto que la alegación de que las decisiones no son definitivas carece de fundamento.

En definitiva y en este caso se observa, sin perjuicio de lo que pueda resolver el Tribunal General en instancia y luego eventualmente en casación el Tribunal de Justicia, que existe una simbiosis entre el procedimiento nacional y el europeo para la designación y para la revocación del mandato de los eurodiputados que deben encajar perfectamente, lo que también se aplica al respectivo control judicial. En este caso, como dice el auto, el control de la regularidad del procedimiento nacional no le corresponde al Parlamento Europeo «ya que tales facultades corresponden exclusivamente a los órganos jurisdiccionales [españoles] competentes».

IV. Relación de las sentencias comentadas

1. TJUE (Gran Sala), sentencia, de 21 de enero de 2020, Banco de Santander, S.A, C-274/14, EU:C:2020:17 (los tribunales económico-administrativos no están facultados para plantear cuestiones prejudiciales).
2. TJUE, sentencia, de 22 de enero de 2020, Almudena Baldonado Martín / Ayuntamiento de Madrid, C-177/18, EU:C:2020:26 (falta de indemnización por cese de funcionarios interinos).

3. TJUE, sentencia de 27 de febrero de 2020, Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real / RH, C-836/18, EU:C:2020:119 (residencia de esposo marroquí de nacional española).
4. TJUE (Gran Sala), sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch / Bankia, C-125/18, EU:C:2020:138 (cláusulas abusivas de préstamos bancarios).
5. TJUE (Gran Sala), sentencia de 3 de marzo de 2020, Tesco-Global Áruházak, C-323/18, EU:C:2020:140 (IVA y ayudas de Estado).
6. TJUE (Gran Sala), sentencia de 3 de marzo de 2020, Google Ireland / Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vámigazgatósága, C-482/18, EU:C:2020:141 (control tributario sobre empresas no domiciliadas en Hungría).
7. TJUE (Gran Sala), sentencia de 3 de marzo de 2020, Procureur-generaal / X (Mandat d'arrêt européen - Double incrimination), C-717/18, EU:C:2020:142 (orden europea de entrega de un rapero español).
8. TJUE, sentencia de 12 de marzo de 2020, VW, C-659/18, EU:C:2020:201 (derecho a un abogado de oficio en caso de incomparecencia del investigado).
9. TJUE, sentencia de 19 de marzo de 2020, Sánchez Ruiz y otros / Servicio Madrileño de Salud, C-103/18 y C-429/18, EU:C:2020:219 (abuso en los nombramientos de personal estatutario temporal).
10. TJUE, sentencia de 19 de marzo de 2020, Compañía de Tranvías de La Coruña / Ayuntamiento de A Coruña, C-45/19, EU:C:2020:224 (plazo máximo de concesión de servicios de tranvías).
11. TJUE, sentencia de 2 de abril de 2020, Comisión / Polonia, República Checa y Hungría, C-715/17, C-718/17 y C-719/17, EU:C:2020:257 (incumplimiento por no reubicación de refugiados).
12. TJUE (Gran Sala), sentencia de 2 de abril de 2020, Caisse de retraite du personnel navigant professionnel de l'aéronautique civile / Vueling, C-370/17 y C-37/18, EU:C:2020:260 (cotización a la Seguridad Social fraudulenta y colaboración entre Administraciones).
13. TJUE (Gran Sala), sentencia de 2 de abril de 2020, Ruska Federacija / I.N., C-897/19 PPU, EU:C:2020:262 (extradición de islandés a Rusia cuando había accedido a Croacia).
14. TJUE, sentencia de 2 de abril de 2020, Comisión / España (correcciones del FEAGA de frutas), C-406/19 P, EU:C:2020:276.
15. TJUE (Gran Sala), auto de 8 de abril de 2020, Comisión / Polonia, C-791/19 R, EU:C:2020:277 (suspensión cautelar de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo).
16. TJUE (Gran Sala), sentencia de 23 de abril de 2020, NH / Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford, C-507/18, EU:C:2020:289 (extradición de islandés a Rusia cuando había accedido a Croacia).
17. TJUE, sentencia de 23 de abril de 2020, Ryan Air / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, C-28/19, EU:C:2020:301 (prácticas desleales en el transporte aéreo).
18. TJUE, sentencia de 30 de abril de 2020, Nelson Antunes da Cunha / IFAP, C-627/18 EU:C:2020:321 (prescripción de plazo de recuperación de ayudas ilegales).

19. TJUE (Gran Sala), sentencia de 14 de mayo de 2020, FMS y FNZ / Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság y Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság, C-924/19 PPU y C-925/19 PPU, EU:C:2020:367 (tutela judicial efectiva e internamiento de los solicitantes de asilo en Hungría).
20. TJUE, sentencia de 14 de mayo de 2020, Orde van Vlaamse Balies y Orde des barreaux francophones et germanophone / Ministerraad, C-667/18, EU:C:2020:372 (la elección del abogado por el asegurado y la mediación).
21. TJUE, sentencia de 14 de mayo de 2020, T-Systems Magyarország y otros / Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság y otros, C-263/19, EU:C:2020:382 (sanciones impuestas al adjudicatario por modificación contraria a la Directiva de un contrato público).
22. TJUE, sentencia de 28 de mayo de 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH / Stadt Köln y Land Berlin, C-796/18, EU:C:2020:395 (cooperación entre poderes públicos, contratación y empresas privadas).
23. TJUE, sentencia de 28 de mayo de 2020, IL y otros / Land Nordrhein-Westfalen, C-535/18, EU:C:2020:391 (invocación de la falta de evaluación del impacto y la Directiva de aguas).
24. TJUE (Gran Sala), sentencia de 4 de junio de 2020, Fetico y otros, C-588/18, EU:C:2020:420 (cómputo de los permisos de los trabajadores durante las vacaciones o los días de la semana de descanso).
25. TJUE, sentencia de 11 de junio de 2020, WT / Subdelegación del Gobierno en Guadalajara, C-448/19, EU:C:2020:467 (expulsión automática de no comunitario residente de larga duración por delitos).
26. TJUE (Gran Sala), sentencia de 18 de junio de 2020, Comisión / Hungría (transparencia asociativa, libertades económicas y derechos fundamentales), C-78/18, EU:C:2020:476.
27. TJUE, sentencia de 25 de junio de 2020, Ministerio Fiscal, C-36/20 PPU, EU:C:2020:495 (autoridad susceptible de recibir una solicitud de asilo).
28. TGUE, auto de 3 de marzo de 2020, Junqueras Vies / Parlamento Europeo, T-24/20 R, EU:T:2020:78 (constatación de escaño vacante).

Crónica

Actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea (Junio 2020)

Beatriz Iñarritu
Profesora de la 'Deusto Business School'
Universidad de Deusto

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-63-2020pp359-379>

Sumario: I. Introducción.—II. El Estado de la Integración.—III. Cuestiones generales de la actualidad económica

I. Introducción

El primer semestre de 2020 será recordado en la historia económica y política de la UE por la crisis sanitaria derivada de la pandemia del coronavirus.

Europa, y el mundo entero, se paralizaron, y la UE debió adoptar decisiones de urgencia para apoyar a los Estados miembros más afectados, como Italia y España. Al programa de emergencia y a la decidida acción del BCE se sumó el debate sobre un plan de recuperación, que se antoja difícil ya que contempla la posibilidad de realizar transferencias a fondo perdido, y un plan para proteger a las empresas europeas respecto a la entrada en su capital de empresas extranjeras que se hubieran beneficiado de ayudas públicas.

Asimismo, se produjo la salida «política» del Reino Unido de la UE el 31 de Enero, a la espera del cierre de las negociaciones comerciales y económicas sobre la futura relación entre ambas partes. Y en Febrero dio comienzo un debate clave sobre la eventual reforma de ciertos instrumentos de la «Gobernanza Económica» de la Unión.

The first six months of 2020 will be remembered in the EU economic and political history for the sanitary crisis derived from the coronavirus pandemic.

Europe, and the whole world, paralyzed, and the EU had to adopt urgent decisions to support those most affected member States, like Italy and Spain. The emergency program and the ECB determined action were accompanied by the debate about a recovery plan, which sounds to be

difficult as it foresees the possibility of implementing economic transfers (grants), and a plan to protect European companies from the entry in their capital of foreign enterprises that might take advantage of public aids.

The 'political' withdrawal of the United Kingdom from the EU took place on 31 January, although waiting for the closure of the trade and economic negotiations on the future relationship between both parts. And a key debate on the eventual reform of certain instruments of the 'Economic Governance' of the EU started in February.

II. El estado de la integración

1. *El Programa de emergencia de apoyo a las Economías europeas más afectadas por la pandemia del coronavirus: 540.000 millones de euros*

Los ministros de Economía y Finanzas de la Eurozona alcanzaron el 9 de Abril un acuerdo sobre un paquete de medidas que habilitaba más de 500.000 millones de euros en préstamos dirigidos a los Estados miembros más afectados por la pandemia del coronavirus.

Así, el Mecanismo Europeo de Estabilidad, MEDE, debería proporcionar hasta 240.000 millones de euros en líneas de crédito a los Estados más afectados por el virus, el Banco Europeo de Inversiones, BEI, movilizaría 200.000 millones en préstamos para empresas y, por último, un nuevo fondo creado para combatir los efectos de la crisis en el empleo, propuesto por la Comisión Europea y conocido como SURE, debería poner a disposición de los gobiernos europeos otros 100.000 millones.

El acuerdo fue refrendado posteriormente en el Consejo Europeo celebrado el 23 de Abril y puso en marcha, por tanto, una «triple» red de seguridad para el «rescate» de las Economías más afectadas por la pandemia alcanzando una cifra global de 540.000 millones de euros.

Por lo que se refiere al primer instrumento, en una reunión posterior, que tuvo lugar a comienzos de Mayo, el mismo Eurogrupo pactó que el crédito de hasta 240.000 millones de euros del MEDE tendrá un plazo de 10 años y que se ofrecerá con un tipo de interés del 0,115% y que, a diferencia de otras operaciones instrumentadas a través de este fondo de rescate, su adjudicación no deberá implicar condicionalidad, por lo que los países no deberán afrontar el control de la «troika» compuesta por los representantes de la Comisión Europea, el Banco Central y el Fondo Monetario Internacional.

De esta forma, el MEDE pondrá a disposición de todos los países de la zona euro una cantidad equivalente al 2% de su PIB para hacer frente a los costes sanitarios de la pandemia, sin condiciones vinculadas al uso de

esa ayuda. Los países no tendrán que firmar un Memorándum de entendimiento, como en anteriores rescates, sino que únicamente deberán presentar un «plan de respuesta a la pandemia» que incluya todos los gastos que necesitarán financiar.

Es así que el comisario de Economía, Paolo Gentiloni, insistió, tras la consecución del pacto, en el hecho de que sería el ejecutivo comunitario quien se responsabilizará de controlar el uso de los fondos para que, en efecto, se destinen a combatir la covid-19.

El director del MEDE, Klaus Regling, recordó que gracias a la calificación crediticia de triple A del Mecanismo, los países «podrán obtener un crédito a unos tipos muy favorables».

Respecto a este «rescate sin condiciones», ya en marzo los ministros de Finanzas de los Veintisiete, en su composición de Consejo de la UE conocido como Ecofin, habían dado luz verde a que los países de la Unión Europea más afectados por el brote de la Covid-19 pudieran acogerse a la «flexibilidad» que contempla el Pacto de Estabilidad y Crecimiento respecto al compromiso de los Estados en materia de disciplina fiscal.

El presidente del Eurogrupo, Mário Centeno, recordó que el gasto público extraordinario «deberá ser temporal y estar vinculado a la crisis sanitaria».

Pese a que el portugués encabezaba entonces el Eurogrupo, el organismo que reúne a los 19 ministros de Finanzas de la zona euro, la invitación a la cita se extendió a los otros ocho titulares de Economía y Finanzas de la UE de los países que no forman parte de la Unión Monetaria. En la reunión se abordaron los primeros efectos de la epidemia sobre la actividad económica y en su comunicado final los ministros dieron el visto bueno a la posibilidad de que la Comisión Europea flexibilizara el cumplimiento de las reglas fiscales. La principal beneficiada sería Italia, ya que este país se enfrentaba al doble desafío de hacer frente a la emergencia sanitaria y de contener una Deuda pública que lleva años superando el 135% del PIB.

Por su parte, el rescate que proporcionaría el BEI se realizará a través de un fondo de garantía de 25.000 millones de euros que permitirá inyectar 200.000 millones en el tejido empresarial europeo a través de líneas de crédito.

Y el tercer componente del rescate, el SURE, deberá apoyar a los países en sus programas dedicados a sostener las rentas de los trabajadores afectados por la pandemia. Se prevé una línea de préstamos de hasta 100.000 millones de euros que podrán solicitar países como España para sufragar las medidas de apoyo a autónomos o de financiación del elevado coste de los ERTE.

Este fondo temporal se articulará mediante la emisión de Deuda por parte de la Comisión, contando con el aval del presupuesto de la UE en un 75% y de los propios Estados miembros en un 25%.

Asimismo, y con el mismo objetivo de apoyar la emergencia económica, también en Abril la Comisión Europea envió a los Estados miembros una propuesta para ampliar el alcance del marco temporal de las ayudas estatales adoptado por la UE para permitir a los Estados miembros llevar a cabo las recapitalizaciones de empresas que así lo requieran.

La vicepresidenta de Competencia de la Comisión Europea, Margrethe Vestager, afirmó entonces que «las medidas de emergencia están presionando a muchas empresas a afrontar una reducción en el capital, con consecuencias negativas en su capacidad para financiar sus actividades». Es por ello que comunicaba su propuesta de ampliar aún más el marco temporal de ayudas estatales para que los Estados miembros puedan recapitalizar empresas cuando sea necesario y apropiado.

«Nos aseguraremos de que los contribuyentes reciban una remuneración suficiente por su inversión, y de que las empresas que reciban apoyo de capital estén sujetas a controles y disposiciones de gobernanza que limitan las posibles distorsiones de la competencia en el mercado único», subrayó.

«Dado que tales intervenciones públicas pueden tener un impacto significativo en la competencia en el mercado único, deberían seguir siendo medidas de último recurso», constataba.

La ampliación propuesta del alcance del marco temporal para ayudas en forma de recapitalizaciones complementaba la posibilidad de que los Estados miembros compren acciones de empresas a precios de mercado.

2. Propuesta de Plan de Recuperación Económica de 750.000 millones de euros

Los devastadores efectos económicos de la crisis sanitaria han puesto sobre la mesa el difícil debate sobre la asistencia a los Estados más afectados en el camino hacia la recuperación, un plan de recuperación que, en diferentes medios periodísticos, ha sido bautizado como el «Plan Marshall europeo».

La presidenta de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen, presentó el 27 de Mayo ante el Parlamento Europeo un plan de estímulo sin precedentes que aspira a movilizar 750.000 millones de euros, de los cuales 500.000 millones serían transferencias a fondo perdido (grants), y los 250.000 restantes serían ofrecidos como préstamos en condiciones favorables. «Nuestra voluntad de actuar debe estar a la altura de los desafíos que todos encaramos,» afirmó Von der Leyen ante los eurodiputados.

La propuesta mereció el calificativo de «histórica» por el hecho de que, por primera vez en la historia de la UE, las ayudas contra una crisis consis-

tirían mayoritariamente en subsidios y no serán, exclusivamente, préstamos reembolsables.

El hecho de que, en efecto, la mayor parte del desembolso pudiera consistir en ayudas a fondo perdido favorecería a países como España e Italia, particularmente afectados por la pandemia y permitiéndoles, asimismo, no incrementar su ya abultada Deuda pública. Los países tendrían que presentar, en todo caso, sus respectivos planes nacionales de inversión y de reformas alineados con las recomendaciones de Bruselas para acceder a los fondos y, también, con sus grandes prioridades, las transformaciones digital y ecológica.

Von der Leyen se reivindicaba así ante un Parlamento Europeo que la había acusado de falta de ambición. «Las medidas más audaces siempre son las mejores para Europa», señaló la alemana en la presentación de su plan de recuperación económica, bautizado simbólicamente como «Next Generation EU», «La UE de la próxima generación».

«Lo que empezó como un virus tan diminuto que no se ve», señaló la presidenta de la Comisión, «se ha convertido en una crisis tan grande que no se puede ignorar. Nuestro modelo, construido durante 70 años, se enfrenta a un desafío como nunca antes en la historia de nuestra Unión».

Según las estimaciones facilitadas en diferentes medios, España podría convertirse en el segundo mayor receptor del plan de recuperación económica, ya que podría llegar a recibir unos 140.000 millones de euros (de los 750.000 millones de dotación global del fondo), de los que hasta 77.000 millones serían transferencias y 63.000 millones, préstamos.

El Fondo de recuperación estaría integrado en la propuesta del ejecutivo comunitario del próximo Marco Financiero Plurianual, MFP, que marcará el presupuesto de la UE para el período 2021-2027, y que según esta propuesta podría movilizar hasta 1,85 billones durante los próximos siete años, focalizados en las partidas tradicionales de gasto como los Fondos de Cohesión o la Política Agrícola Común, aunque dando también más relevancia a temas como la digitalización, la descarbonización, la transición ecológica y la seguridad.

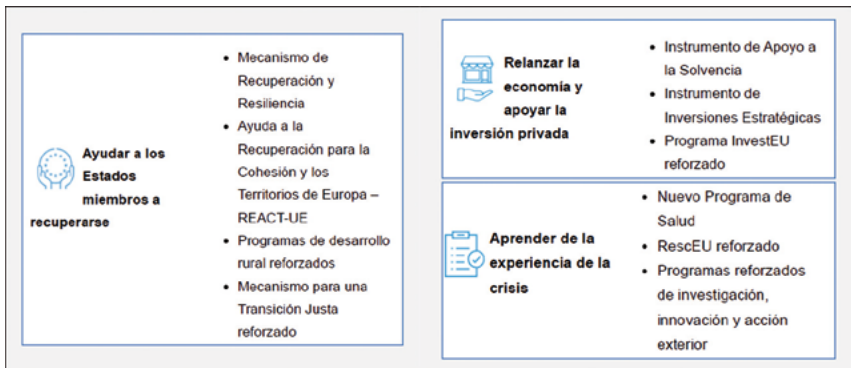
La Comisión Europea proponía, de esta forma, elevar temporalmente el techo de los recursos propios de la Unión en el presupuesto hasta el 2% de la Renta Nacional Bruta y utilizar el margen adicional disponible entre el gasto real, que rara vez llega al 1% de la RNB, y el nuevo techo (margen estimado en más de 100.000 millones de euros), para la emisión de Deuda conjunta con el objetivo de captar los 750.000 millones previstos en el plan de recuperación de los próximos años.

Por tanto, para disponer de los 750.000 millones, Bruselas proponía emitir Deuda con el aval del presupuesto de la UE, basándose también en la recaudación de nuevos impuestos, como las nuevas tasas ecológicas (sobre

el CO₂ o los plásticos), un impuesto digital o un impuesto a las grandes corporaciones.

Los distintos instrumentos «EU Next Generation» se desplegarían en tres pilares.

- Ayudar a los Estados miembros a recuperarse,
- Relanzar la Economía y apoyar la inversión privada,
- Aprender de la experiencia de la crisis.



Instrumentos «Eu Next Generation»

Fuente: Comisión Europea

En el primer pilar destaca el llamado «Mecanismo de Recuperación y Resiliencia», que se destinaría a subvenciones y préstamos basados en la aplicación de los planes nacionales correspondientes definidos de acuerdo con los objetivos del Semestre Europeo y alineados, en particular, con las transiciones ecológica y digital. Y contaría con un presupuesto de 560.000 millones de euros (310.000 millones en ayudas y 250.000 en préstamos).

A ese instrumento se añadirían subvenciones flexibles de la política de cohesión para municipios, hospitales y empresas a través de las autoridades de gestión de los Estados miembros en el marco del instrumento denominado «React-EU» dotado con 55.000 millones de euros.

El segundo pilar se centraría en el reinicio de la actividad económica a través del estímulo de la inversión privada. Contempla la creación de dos fondos: un «Instrumento de Apoyo a la Solvencia» para respaldar a empresas en apuros por la pandemia al que se inyectarían 31.000 millones de euros y un «Fondo de Inversión Estratégica», con 15.000 millones. Además, la Comisión actualizaría el programa «InvestEU» para más que duplicar su capacidad.

En el tercer pilar destaca un nuevo programa de salud llamado «EU4Health», destinado a reforzar la seguridad sanitaria y a mejorar la preparación de la UE de cara a futuras crisis en ese ámbito con un presupuesto de 9.400 millones de euros.

El paquete anunciado representaría el mayor estímulo fiscal de la UE en su historia para poder superar la recesión más profunda desde que el bloque se unió hace casi siete décadas. Von der Leyen dijo que los fondos beneficiarían especialmente a las regiones y sectores más afectados, aunque ciertamente todos los Estados miembros podrían acceder a ellos. La Comisión proponía una clave de asignación basada en una cantidad máxima de fondos a los que cada país podría acceder, siempre que sus planes nacionales de recuperación se ajusten a los criterios marcados por el ejecutivo comunitario.

La propuesta fue recibida con satisfacción por los presidentes de los gobiernos español, Pedro Sánchez, e italiano, Giuseppe Conte, dos de los líderes europeos que reclamaban una contundente respuesta europea desde el principio de la pandemia. El plan también contaba con el visto bueno de la canciller alemana, Angela Merkel, y del presidente francés, Emmanuel Macron ya que ambos habían declarado previamente su disposición a apoyar un plan de subsidios de hasta medio billón de euros.

Y el proyecto de Von der Leyen también recibió el parabién del Parlamento Europeo, con un respaldo mayoritario. De hecho, la Asamblea europea había exigido, por abrumadora mayoría, una movilización de hasta dos billones de euros contra la crisis. El presidente de la Cámara, el socialista David Sassoli, afirmó, en todo caso, que los 750.000 millones de euros de Von der Leyen respondían de manera satisfactoria esta petición «porque permitirá movilizar incluso una cifra superior a los dos billones gracias al atractivo que Europa tendría para los inversores».

Sin embargo, y a pesar de la extraordinaria ambición demostrada por la Comisión, «la negociación será muy complicada», tal como anticipó inmediatamente el presidente del Eurogrupo Mario Centeno, ya que comenzaba la difícil confrontación con el grupo de países contrarios a las transferencias a fondo perdido, Holanda, Dinamarca, Suecia y Austria.

Los expertos vaticinaban, sin embargo, que aun siendo difícil el empeño no era imposible: Holanda ha recibido graves acusaciones de beneficiarse de ingresos públicos de otros países europeos por su condición de semiparaíso fiscal, en Austria podría confiarse en los verdes que lideran el europeísmo en el gobierno, y Suecia debería contrarrestar el incumplimiento que significa rechazar la obligación jurídica de incorporarse al euro; por último, parece evidente que Dinamarca carecería del peso suficiente para paralizar en solitario al continente.

Además, fuentes de la Comisión apuntaron el argumento de que estos países son los mayores beneficiarios del Mercado Interior ya que, según estas fuentes, este espacio económico europeo les reporta una riqueza de unos 1.500 euros per cápita, el doble que a Italia (763 euros) y casi el triple que a España (589 euros). Y el plan presupuestario de la Unión les ofrece, además, mantener los cheques de rebaja en su contribución anual.

Y, en todo caso, Bruselas vincularía los desembolsos del Plan de Recuperación a una condicionalidad ligada a los planes nacionales de reforma, para garantizar que el gasto redunde en beneficio de la competitividad y la modernización de los países auxiliados.

En el Consejo Europeo celebrado el 19 de junio los Estados miembros escenificaron las diferencias que les separaban y el único compromiso al que llegaron los Jefes de Estado y de Gobierno de los Veintisiete fue el relativo a la necesidad de acelerar los trabajos para intentar llegar a un acuerdo en la siguiente cumbre que se celebraría previsiblemente en la segunda quincena del mes de julio.

La reunión sí sirvió para constatar la aceptación de la propuesta de Comisión como la base de la negociación y, también, la aceptación de la fórmula de financiación del plan, consistente en la emisión de Deuda con el aval de los Estados miembros a través del presupuesto de la UE.

3. BCE: nuevos programas de compras masivas de Deuda de marzo y junio

En un consejo de gobierno de urgencia celebrado en la noche del 18 de marzo, el Banco Central Europeo aprobó un plan de compra masiva de activos públicos y privados, hasta finales de año, de 750.000 millones de euros, como programa de emergencia para combatir la pandemia del coronavirus.

Aunque seguirá el diseño de anteriores programas y, por tanto, se ejecutará de forma proporcional al tamaño de cada Economía, el BCE introducía una novedad importante al asegurar que «las compras bajo el nuevo programa se realizarán de manera flexible», lo que significa que podría comprar más Deuda de países como Italia o España si lo considerase necesario. «Esto permite fluctuaciones en la distribución de los flujos de compra a lo largo del tiempo, entre las clases de activos y entre las jurisdicciones», señalaba el comunicado.

El BCE justificó su decisión en el hecho de que el coronavirus es un *shock* generalizado y que no corresponde a irresponsabilidades de los países más golpeados por la pandemia. Y por otra parte, el Banco se basaba en el claro riesgo de deflación que sufre la Eurozona como consecuencia de la drástica caída de la demanda.

«Los tiempos extraordinarios requieren acciones extraordinarias. No hay límites en nuestro compromiso con el euro», tuiteó Christine Lagarde, presidenta del BCE, nada más hacerse público el programa de compras.

Por su parte, el 8 de Mayo el Tribunal de Justicia de la UE emitió un insólito comunicado de prensa en el que se pronunciaba con dureza respecto a la sentencia del Tribunal constitucional alemán que, apenas tres días antes, el 5 de Mayo, había cuestionado un programa de compra de bonos puesto en marcha por el BCE en 2015, en abierta contradicción con una sentencia anterior del propio Tribunal europeo.

El Constitucional alemán no solo cuestionaba la legalidad del programa de compra de Deuda del BCE sino que, además, se negaba, por primera vez en la historia judicial de Alemania, a acatar la sentencia de Luxemburgo que anteriormente había validado las compras del BCE ante una consulta prejudicial del mismo Tribunal constitucional alemán.

En su pronunciamiento, la Corte de Luxemburgo criticaba con dureza la sentencia del Tribunal de Karlsruhe por haberse permitido juzgar la actuación de una institución comunitaria como es el BCE y haber puesto en jaque toda la arquitectura jurídica de la UE.

«El Tribunal de Justicia de la UE es el único competente para declarar que un acto de una institución de la Unión es contrario al Derecho de la Unión», señalaba el histórico comunicado de Luxemburgo, advirtiendo además de que «las divergencias entre órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros sobre la validez de dichos actos pueden llegar a comprometer la unidad del ordenamiento jurídico de la UE y perjudicar la seguridad jurídica».

El «desaire» del Constitucional alemán a Luxemburgo fue interpretado por diferentes medios como un peligroso precedente para la Unión Europea, y es por ello que el contundente comunicado del Tribunal de Luxemburgo intentó, de manera inmediata, neutralizar esta potencial «onda expansiva» de la sentencia alemana, cuyas repercusiones políticas podrían llegar a ser mucho más relevantes que las económicas.

Y el 4 de junio, el BCE decidió ampliar el programa de compras de activos vinculado a la pandemia en 600.000 millones de euros y extenderlo al menos hasta junio de 2021 ante la revisión a la baja de la inflación y el descalabro económico previsto para la zona euro.

Sumando las decisiones de marzo y junio, el programa de compra de Deuda suma 1,35 billones de euros que se irá ejecutando hasta «al menos junio de 2021» o, en cualquier caso, hasta que el consejo de gobierno del BCE considere que la pandemia ha finalizado. A partir de entonces, y hasta al menos finales de 2022, los vencimientos de la Deuda se seguirán reinvertiendo.

En la comparecencia posterior al consejo de gobierno del BCE, Lagarde justificó las medidas adoptadas en la necesidad de «apoyar la Economía durante la reapertura gradual» y «proteger la estabilidad de precios a medio y largo plazo» cuando la zona euro se ve amenazada por la deflación.

4. *Estados miembros de la UE: Decisiones de cierres de frontera y restricciones a los movimientos de ciudadanos*

Por primera vez en la historia de la Unión Europea, los líderes de los Estados miembros de la UE pactaron el 16 de marzo el cierre generalizado de las fronteras exteriores y la prohibición de entrada a los ciudadanos de terceros países salvo en circunstancias excepcionales. Únicamente podrían realizarse los viajes considerados «estrictamente necesarios», como por ejemplo los de repatriación de ciudadanos europeos bloqueados en países terceros.

«Hemos acordado adoptar una decisión coordinada para restringir los viajes no esenciales a la UE», anunció el presidente del Consejo Europeo, Charles Michel, tras una cumbre por videoconferencia, en la que los líderes europeos aprobaron, una medida excepcional cuyo objetivo no era otro que contener la expansión del coronavirus en la Unión.

Posteriormente, y dado que la gestión de las fronteras es una competencia exclusiva de los Estados, la Comisión solicitó de los Estados miembros la prórroga de este cierre temporal de fronteras exteriores y, en particular, la del espacio Schengen. El 12 de junio proponía una ampliación del cierre de fronteras, que expiraba entonces el 15 de junio, hasta, al menos, el 1 de julio.

En todo caso, la Comisión recomendaba el 12 de junio que antes de iniciar la apertura de las fronteras exteriores, los Estados miembros deberían abrir plenamente las interiores. Es por ello que aprobó una recomendación dirigida a todos los países miembros de la zona Schengen para que levantaran los controles fronterizos internos antes del 15 de junio para iniciar el proceso de apertura de fronteras exteriores al resto del mundo a partir del 1 de julio, de una manera «progresiva y diferenciada» en función de la situación sanitaria de cada país extra comunitario.

En su solicitud, Bruselas recomendaba a los Estados que finalizaran el proceso de levantamiento de controles y restricciones al libre movimiento de personas dentro de la UE para el 15 de junio de 2020, recomendación que fue aceptada por diferentes países como Italia, Alemania, Bélgica y Francia, mientras España decidía hacerla efectiva el 21 de junio.

En efecto, ya en marzo una buena parte de los 27 países de la UE habían decidido restablecer los controles fronterizos internos e, incluso, impedir la entrada de ciudadanos europeos o someterlos a una cuarentena obligatoria aunque no presentaran síntomas ni procedieran de zonas con numerosos contagios.

La alarma también se visibilizó cuando algunos Estados decidieron restringir o prohibir exportaciones de fármacos y otros productos y aparatos médicos y sanitarios, contribuyendo de este modo a acrecentar el riesgo de desabastecimiento en los Estados miembros más afectados por la pandemia. La Comisión decidía por tal motivo aprobar un reglamento que prohibía la exportación fuera de la UE de material de protección como mascarillas o guantes, para garantizar el abastecimiento.

A partir del 1 de julio, por tanto, la UE iniciará la apertura escalonada de las fronteras con terceros países con una serie de condicionantes, como que la situación epidemiológica de estos países sea «análoga o mejor que la de la UE», que los viajeros asuman «condiciones sanitarias en origen, trayecto y destino», y que estos países actúen con reciprocidad, es decir, que estén dispuestos, también, a permitir la entrada de viajeros procedentes de la UE.

Y para hacerla efectiva, la Comisión Europea debería elaborar un listado con las restricciones a terceros países, aplicable al conjunto de países de la UE.

5. Brexit: el nacimiento de la Unión Europea de los Veintisiete el 31 de enero

En la medianoche del 31 de enero el Reino Unido abandonó la UE tras tres años de indecisiones políticas y en un clima de gran división en la ciudadanía británica. Aunque el primer ministro Boris Johnson prefirió la contención respecto al momento histórico que vivía el país, sí habló de «una nueva era» y de «momento de renovación nacional».

A pesar de la mayoría absoluta del partido conservador, conseguida en las elecciones del 12 de Diciembre, lo que podría significar que las controversias internas en relación a la «cuestión europea» habrían terminado, muchos analistas aventuraban el inicio a otro debate entre «torios», entre los partidarios del libre comercio sin ninguna atadura respecto a las reglas de la UE y los temerosos de las nefastas consecuencias que este Brexit «duro» provocaría en la actividad económica británica.

La confrontación adquiere además una nueva dimensión desde el momento en que la ministra principal de Escocia, Nicola Sturgeon, aseguraba en diferentes medios que «la mejor opción para Escocia es ser una nación independiente, dentro de la UE». De hecho, dos de las cuatro naciones del

Reino Unido, Escocia e Irlanda del Norte, rechazaron en el referéndum de 2016 el «divorcio» de Bruselas y sus dirigentes no ocultan la posible eventualidad de «divorciarse» de Londres.

Johnson, por su parte, había prometido en la campaña electoral que un Reino Unido «liberado de las cadenas» de la UE crearía cientos de miles de empleos nuevos, basando esta promesa en el cierre de nuevos Tratados comerciales con países como Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda o Japón, que pudieran compensar la pérdida de las ventajas de las que ha disfrutado el país con el Mercado Único europeo durante 47 años.

En la Unión Europea se escucharon llamamientos a la unidad de los Veintisiete socios. Los máximos representantes del Consejo de la UE, Charles Michel, de la Comisión Europea, Ursula Von der Leyen, y del Parlamento Europeo, David Sassoli, recordaron que ningún país europeo es tan grande y tan rico como para afrontar de manera individual los embates de la globalización.

La canciller alemana, Angela Merkel, aventuró la posibilidad de que el Reino Unido siga siendo «un estrecho aliado y amigo», lo que contrastaba con anteriores mensajes en los que había calificado a los británicos como de un temible competidor. Por su parte, el presidente francés, Emmanuel Macron, señaló que el Brexit debe interpretarse como «una histórica señal de alarma», en una alusión implícita al crecimiento de los partidos euroescépticos en Europa.

En todo caso, se iniciaba también entonces, el 1 de Febrero, una nueva etapa en las negociaciones, encaminadas a acordar antes del 31 de Diciembre los términos de la nueva relación entre el Reino Unido y la UE de los Veintisiete.

De hecho, en realidad nada cambió el 1 de Febrero puesto que las normas comunitarias siguen aplicándose en el Reino Unido de manera transitoria hasta fin de año. Pero conocida la intención de no pactar nuevas prórrogas, tal como se aprobó en la legislación británica de salida de la UE en Diciembre, las breves negociaciones de tan sólo once meses podrían descarrillar y, por tanto, el Brexit duro aún podría ser una realidad.

Los negociadores de la UE, liderados por el francés Michel Barnier, recibían el mandato de pactar dos grandes bloques; por una parte, el económico, que incluye diferentes acuerdos tan importantes como los que deberían garantizar el libre comercio o la colaboración en materia de pesca o de energía, y un segundo bloque sobre seguridad, que incluiría ámbitos de cooperación policial y de acción exterior, entre otros.

La consecución de un acuerdo comercial con aranceles cero y sin cuotas resulta ser de interés para ambas partes; para la UE porque sin duda desearía mantener su superávit comercial con los británicos, y para el Reino

Unido por la intensidad de sus relaciones comerciales con el bloque (el comercio del país con la UE-27 representa el 45% de sus exportaciones y el 53% de sus importaciones).

Los representantes europeos ya planteaban en el comienzo de esta nueva etapa que su intención era llegar a unas relaciones comerciales estrechas, pero condicionadas a la igualdad de condiciones en materia fiscal, laboral, medioambiental y de ayudas de Estado. Afirmaban su objetivo de evitar que el Reino Unido se convierta en un competidor «desleal» situado a apenas 34 kilómetros de la costa europea. La prioridad en la negociación de la UE deberá ser preservar con los británicos el Mercado Único y, también, su «ecosistema reglamentario».

Muchos analistas diferenciaban, de forma gráfica, el «Brexit político» que tuvo lugar el 31 de Enero, y el «Brexit económico» que, previsiblemente se iniciará el 1 de Enero de 2021.

En todo caso, los avances para alcanzar un acuerdo económico han sido mínimos en los primeros meses del año debido, en gran parte, a la paralización política y económica derivada de la pandemia del coronavirus.

En una cumbre, celebrada por videoconferencia el 15 de junio, los máximos líderes de ambas partes, Von der Leyen, Michel y Sassoli por parte de la UE y Boris Johnson por parte británica, se comprometieron a dar un nuevo impulso a este diálogo e intensificarlo a partir de julio, aunque ciertamente el encuentro no anticipó grandes avances, en parte también por la decisión británica, dada por definitiva, de no pedir una prórroga del período transitorio.

Johnson explicó, al término de la videoconferencia, los objetivos que persigue en este nuevo impulso negociador y sus principales líneas rojas: «No podemos seguir subordinados en este país a las decisiones del Tribunal de Justicia europeo; no podemos seguir en un sistema en el que debemos continuar obedeciendo las leyes de la UE aunque ya estemos fuera», señaló.

6. *Nuevo expediente a Polonia por no respetar la independencia judicial*

La Comisión Europea anunció el 29 de Abril la apertura de un nuevo procedimiento de infracción contra el gobierno ultraconservador polaco liderado por el partido Ley y Justicia.

Se trata del cuarto procedimiento contra este país en los últimos tres años y en esta ocasión el expediente se centra en las reformas judiciales emprendidas por Varsovia y que entraron en vigor a mediados de Febrero. Entre otras medidas, estas controvertidas normas otorgan al Tribunal Supremo polaco la competencia exclusiva para pronunciarse sobre la indepen-

dencia judicial, exigen a los jueces que divulguen información sobre sus actividades no profesionales, y amplían la noción de delito disciplinario.

«Existen riesgos claros de que el régimen disciplinario pueda ser utilizado para ejercer un control político sobre las decisiones judiciales», advirtió la vicepresidenta checa de la Comisión, Vera Jourová.

Según Bruselas, esta normativa es incompatible con el Derecho europeo puesto que impide a los tribunales polacos aplicar directamente ciertas disposiciones de la legislación comunitaria que protegen la independencia judicial, como por ejemplo plantear ciertas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión. «Nuestro análisis ha sido muy cauteloso», añadió Jourová, quien recordó que el ejecutivo comunitario está listo para «un diálogo» con el gobierno polaco.

La apertura del expediente supone, en efecto, el primer paso por parte de la Comisión en un proceso que podría llegar ante el Tribunal de Justicia de la UE si el gobierno polaco no regulara, tal como sucedió en 2019.

Entonces, Bruselas denunció a Polonia ante el Tribunal de Luxemburgo por otro asunto relacionado con esta cuestión, el régimen disciplinario aplicable a los jueces del Tribunal Supremo y otras instancias, y el 8 de Abril la Corte europea sentenció que Polonia debía suspender «de manera inmediata» dicho régimen disciplinario.

Durante su intervención, la comisaria checa también anunció que las autoridades comunitarias no habían hallado argumentos jurídicos lo suficientemente sólidos como para abrir expediente a Hungría por el modo en que estaba gestionando su estado de emergencia por la pandemia. Este país había recibido críticas de sus socios comunitarios por la amplitud de las competencias asumidas por el ejecutivo húngaro con la excusa de combatir la expansión del coronavirus.

Jourová insistió en que «el virus no puede matar la democracia», e insistió que Hungría podría también ser denunciada si la deriva autoritaria de Viktor Orbán se recrudece. «Los gobiernos tienen buenas razones para pedir poderes especiales, pero esos regímenes excepcionales no implican que los parlamentos deban paralizarse, los periodistas no puedan expresarse, o que la democracia sea suspendida», advirtió.

III. Cuestiones generales de la actualidad económica

1. *Debate sobre la reforma de la Gobernanza Económica Europea*

La Comisión Europea presentó el 5 de Febrero una evaluación sobre la eficacia del marco de supervisión económica, macroeconómica y presupuestaria de la UE, para iniciar un debate público sobre su futuro.

Según el ejecutivo comunitario este marco de supervisión económica ha contribuido a lograr una coordinación más estrecha de las políticas económicas, valorando los desequilibrios macroeconómicos y apoyando la reducción de los déficits públicos y los niveles de Deuda, y, por tanto, es un elemento clave para la consecución de la estrategia de la Unión en favor del crecimiento sostenible y del empleo.

Sin embargo, Bruselas también reconoció la existencia de ciertos aspectos de vulnerabilidad del sistema, incluida la extrema complejidad del marco presupuestario común.

De esta forma, y coincidiendo con el inicio de un nuevo ciclo político en las instituciones comunitarias, la Comisión consideraba llegado el momento de evaluar la eficacia de este marco de supervisión económica, y en especial de los llamados Six-Pack y Two-Pack de la conocida como «Gobernanza Económica de la UE».

El examen presentado tenía como objetivo evaluar la eficacia de los distintos instrumentos de supervisión a la hora de alcanzar tres objetivos clave:

- garantizar la sostenibilidad de las finanzas públicas y el crecimiento económico, evitando los desequilibrios macroeconómicos,
- permitir una coordinación más estrecha de las políticas económicas,
- y fomentar la convergencia en los resultados económicos de los Estados miembros.

Las conclusiones de esta evaluación mostraban resultados positivos, como el hecho de que el marco de supervisión ha ayudado a corregir los desequilibrios macroeconómicos existentes y a reducir la Deuda pública, contribuyendo a crear las condiciones necesarias para el crecimiento sostenible, el refuerzo de la resiliencia y la reducción de las vulnerabilidades ante las perturbaciones económicas. También ha promovido una convergencia sostenida de los resultados económicos de los Estados miembros y una coordinación más estrecha de las políticas presupuestarias dentro de la zona del euro.

Sin embargo, la Comisión reconocía que la Deuda pública seguía siendo elevada en algunos Estados miembros y que la orientación presupuestaria a nivel nacional es, a menudo, procíclica.

Por otra parte, el examen también llegaba a la conclusión de que, como consecuencia de la necesidad de atender a una amplia variedad de circunstancias cambiantes, el marco presupuestario se ha vuelto excesivamente complejo y, por tanto, menos transparente y previsible.

En opinión de la Comisión, para que la supervisión económica sea eficaz en la UE resulta crucial un alto grado de consenso y de confianza entre todas las partes interesadas. Y por esta razón, Bruselas invitaba a las demás

instituciones europeas, a las autoridades nacionales, a los interlocutores sociales y al mundo académico en general, a participar en el debate a fin de dar a conocer sus opiniones sobre la forma en que ha funcionado hasta ahora el marco de «Gobernanza Económica» y sobre las posibles maneras de mejorar su eficacia.

Este diálogo debería tener lugar a través de diversos medios, tales como reuniones, talleres y una plataforma de consulta online, de tal manera que la Comisión podría tener en cuenta las opiniones de las partes interesadas y el resultado de estas consultas cuando complete sus reflexiones internas sobre posibles medidas futuras. Este proceso debería concluir a finales de 2020.

Key findings of review

The review finds that the six-pack and two-pack legislation has helped Member States to achieve their economic and fiscal policy objectives. At the same time, it identifies possible areas for improvement.

<p>Strengths of the framework:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Correction of excessive deficits ✓ Correction of macroeconomic imbalances ✓ Reduction of vulnerabilities to shocks ✓ Economic convergence in the EU ✓ Coordination of economic policies 	<p>Areas for improvement:</p> <ul style="list-style-type: none"> → Debt remains high in some Member States → Pro-cyclical fiscal policies → Complexity of the rules and political ownership → Quality of public finances, especially investment
---	--

Examen de la Gobernanza Económica de la UE

Fuente: Comisión Europea

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_170

2. *El «Semestre Europeo 2020»*

El Semestre Europeo 2020 comenzó en Diciembre de 2019 con la publicación de los dos análisis preceptivos de coordinación de las políticas económicas, presupuestarias y sociales de los Estados miembros: el documento titulado «Estrategia Anual de Crecimiento Sostenible», EACS, que establece la estrategia de política económica y de empleo de la UE, y el llamado «Informe del Mecanismo de Alerta», IMA, que en esta ocasión recomendaba que trece Estados miembros debían someterse a un Examen Exhaustivo para determinar y evaluar la gravedad de sus desequilibrios macroeconómicos.

De esta forma, en Febrero, la Comisión presentó estos informes y llegó a las conclusiones siguientes en relación a la existencia de eventuales desequilibrios macroeconómicos:

- Grecia, Italia y Chipre seguían experimentando desequilibrios excesivos;
- Alemania, Irlanda, España, Países Bajos, Francia, Croacia, Portugal, Rumanía y Suecia seguían experimentando desequilibrios;
- Bulgaria ya no experimentaba desequilibrios.

Según estos «Informes por país», la aplicación de las recomendaciones adoptadas en 2019 podía considerarse como sólida en los ámbitos de los servicios financieros y las políticas activas del mercado de trabajo, mientras que la ejecución de las reformas seguía siendo baja en ámbitos como la competencia en los servicios y la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas.

Por lo que se refiere al Informe sobre España, la Comisión incidía, de nuevo, en el elevado nivel de Deuda pública, que equivalía entonces al 96% del PIB y que reflejaba un alto grado de vulnerabilidad. Pero el ejecutivo comunitario también criticaba la total ausencia de avances en materia de reformas tributaria y de las pensiones.

En cuanto a la recaudación tributaria, el informe ponía de manifiesto que la presión fiscal en España asciende al 34,7% del PIB con datos de 2018, porcentaje inferior a los promedios de la UE y de la zona del euro, que son del 39,2% y el 40,6%, respectivamente. Concretamente, la Comisión veía margen para una mayor recaudación por el IVA, pasando la imposición de los artículos gravados actualmente con tipos reducidos (10%) y superreducidos (4%) al tipo general (21%). Asimismo, apuntaba que también había recorrido para aumentar los impuestos verdes, cuya recaudación era del 1,8% del PIB en 2018, comparado con el promedio de la UE de cerca del 2,4%.

Y respecto a las pensiones, Bruselas criticaba que el gobierno español hubiera renunciado al factor de revalorización y suspendido el de sostenibilidad, habiendo actualizado las prestaciones con el IPC, lo que significaba el aceleramiento del crecimiento del gasto en pensiones.

Como continuación de la secuencia de actuaciones previstas en el Semestre Europeo, en Abril los Estados miembros presentaron sus respectivos Programas de Estabilidad o Convergencia, y Planes Nacionales de Reforma.

En el caso español, el Programa de Estabilidad recogía la actualización del escenario macroeconómico para 2020 y 2021, mostrando los efectos económicos de la irrupción del coronavirus e incluyendo las medidas establecidas en el Estado de alarma para mitigar el impacto de la pandemia en familias, trabajadores, autónomos y empresas

El nuevo cuadro macroeconómico estimaba una caída del PIB del 9,2% en el conjunto del año y una importante recuperación en 2021, con

una tasa de crecimiento prevista del 6,8%. Asimismo, preveía que la tasa de paro se sitúe en el 19% en 2020, para reducirse en 2021 hasta el entorno del 17%.

Respecto a las cuentas públicas, el gobierno preveía que la incidencia de las iniciativas de apoyo a familias, trabajadores y empresas para mitigar los efectos sociales y económicos de la pandemia, supondrán un incremento del déficit público en 2020 que se situará, previsiblemente, en el 10,3% del PIB y que la Deuda pública alcanzará el 115,5%.

Por lo que se refiere al Programa Nacional de Reformas presentado por España, el gobierno destacaba la agenda de medidas puestas en marcha para proteger a los ciudadanos y para preservar la actividad económica y el empleo en el marco de la excepcionalidad de la pandemia. Señalaba haber abordado también importantes reformas estructurales, entre las que destacaba el establecimiento de un régimen ágil de Expedientes de Regulación Temporal de Empleo, la puesta en marcha de un sistema de gestión de información en el ámbito sanitario, el fomento del teletrabajo, el impulso de la digitalización en el ámbito educativo, en las empresas, en la justicia y en el Servicio Público de Empleo, el desarrollo de un sistema de gestión de las prestaciones de la Seguridad Social a través de las mutuas profesionales y el desarrollo de aplicaciones basadas en la inteligencia artificial para la gestión de la movilidad.

El siguiente hito del Semestre 2020 tuvo lugar el 20 de Mayo, cuando la Comisión presentó sus «Recomendaciones Específicas por país», REP de 2020, en las que exponía las orientaciones en materia de política económica que dirige a cada Estado miembro para los próximos meses.

Aunque tradicionalmente estas recomendaciones se basan en los documentos previos del Semestre (prioridades generales establecidas en la EACS de Diciembre, Informes por país publicados en Febrero y evaluación de los Programas Nacionales presentados en Abril), en esta ocasión se vieron lógicamente condicionadas por la necesidad de articular una respuesta urgente a los efectos causados por la crisis sanitaria.

En el caso español, Bruselas detallaba una lista de peticiones para amortiguar el desajuste en el mercado laboral, ya que la tasa de paro podría llegar hasta el 19% este año. Entre otras recomendaciones, planteaba medidas encaminadas a preservar los puestos de trabajo e incentivos «eficaces» a la contratación.

En el apartado de la protección social, la institución comunitaria recomendaba la mejora de la cobertura y la adecuación de los regímenes de renta mínima y de apoyo a las familias, dados los preocupantes niveles de pobreza, que previsiblemente aumentarán a causa de la crisis sanitaria.

3. *Competencia: protección de las empresas europeas afectadas por la crisis sanitaria y veto a las inversiones chinas*

La Comisión Europea anunció en junio un plan para proteger el tejido empresarial europeo, muy debilitado por la crisis del coronavirus y por ello, posible objetivo de empresas extracomunitarias que, en su caso, se hubieran podido ver reforzadas por las ayudas y el capital público recibidos en sus países.

En el denominado oficialmente «*Libro Blanco* sobre el impacto de los subsidios públicos extranjeros en el Mercado Único», planteaba una ambiciosa batería de medidas con las que frenar la rivalidad desleal foránea, vetando incluso aquellas operaciones que pudieran distorsionar la competencia.

«Necesitamos las herramientas adecuadas para garantizar que las subvenciones extranjeras no falseen nuestro mercado, al igual que hacemos con las subvenciones nacionales», aseguró la vicepresidenta del ejecutivo comunitario y responsable de Competencia, Margrethe Vestager, durante la presentación de la propuesta.

La salvaguarda de la Comisión pivota sobre tres grandes ejes.

En primer lugar, pretende crear un escudo contra posibles operaciones de compra de empresas extranjeras (por ejemplo, chinas) que, en su caso, pudieran ser consideradas como inversoras «no deseadas» en sectores estratégicos (por ejemplo, en aerolíneas, empresas energéticas, empresas de telecomunicaciones o entidades bancarias), aprovechando el hundimiento del valor de estas empresas europeas.

Además, Bruselas extendería la vigilancia sobre aquellas compañías foráneas que ya operan en la UE y que pudieran estar «dopadas» con capital público extranjero, lo que les otorgaría una ventaja competitiva.

Y el tercer eje de protección serían las licitaciones públicas. La Comisión podría vetar la participación de empresas de terceros países reforzadas con capital público en estos procesos si determinase que tienen «un efecto nocivo». Es una medida de gran calado, puesto que cada año se celebran en la UE concursos estatales por valor de 2 billones de euros (más del 14% del PIB comunitario).

El principal argumento que esgrime Bruselas es que «las subvenciones extranjeras pueden permitir a los licitadores obtener una ventaja injusta. En este contexto, el ejecutivo comunitario plantea que los licitadores tengan la obligación de notificar a los órganos de contratación las contribuciones financieras recibidas de terceros países, analizando también las empresas subsidiadas en la UE.

4. *Competencia: investigaciones contra Apple*

La Comisión Europea anunció en junio la apertura de dos investigaciones antitrust a la multinacional estadounidense Apple por posibles prácticas contrarias a la libre competencia relacionadas con su tienda de aplicaciones App Store y con su plataforma de pagos Apple Pay.

Respecto al primer contencioso, Bruselas analizará si la tecnológica americana impone restricciones ilegales a las empresas que distribuyen sus contenidos digitales a través de su tienda App Store para favorecer sus propios servicios digitales.

Las compañías que, en efecto, quieren ofrecer contenido digital a los usuarios de Apple tienen que subir sus apps a la tienda de Apple. Y según la denuncia formulada por la compañía de música Spotify en 2019 Apple le cobra una comisión del 30% en las suscripciones a su servicio de música a través de su tienda App Store.

De esta forma, si Spotify decidiera vender su servicio de suscripción musical en la App Store de Apple, ésta conseguiría un 30% de cada pago mensual (comisión que se rebaja al 15% transcurrido el primer año).

La plataforma sueca asegura que si pagara esta comisión tendría que subir sus precios por encima de los que ofrece Apple Music. De hecho, Spotify no permite esta fórmula de suscripción a sus clientes para «poder mantener el precio competitivo», según explicó la compañía en el comunicado en el que anunciaba la presentación de la queja formal ante la Comisión.

También la compañía japonesa Rakuten presentó una acusación contra Apple ante el ejecutivo comunitario en marzo. A través de su filial Kobo, denunció prácticas contrarias a la libre competencia en el ámbito de los libros electrónicos y los audiolibros, al competir con Apple Books.

Tras una investigación preliminar en relación con estas quejas, Bruselas mostró su preocupación acerca de que las restricciones que impone Apple pueden distorsionar la libre competencia. «Los competidores de Apple han decidido desactivar la posibilidad de suscripción en la aplicación o han aumentado los precios del servicio a los consumidores para transferirles la comisión que les cobra Apple. En ambos casos, no se les permitió informar a los usuarios sobre posibilidades alternativas de suscripción fuera de la app de Apple», señalaba en un comunicado.

Es por ello que es previsible que Bruselas también examine por qué Apple no permite a las compañías informar a los usuarios de aplicaciones en iPhone y de iPad de que existen alternativas para adquirir contenidos digitales, por ejemplo en sus webs, de manera más económica que a través de las compras dentro de las aplicaciones que impone Apple.

Bruselas considera que la imposición de un sistema propio de compras en las aplicaciones parece dar a Apple un «control total» sobre los

clientes de sus competidores que deseen suscribirse a contenidos digitales a través de aplicaciones para iPhone/iPad, lo que incluso podría permitir a Apple obtener datos valiosos sobre las «actividades y ofertas» de estas compañías.

Respecto a la segunda investigación, Bruselas anunció que examinaría si los términos y condiciones que impone Apple a las empresas que integran Apple Pay en sus servicios de pago son contrarias a las normas europeas de la competencia y reducen la innovación en el mercado. También investigará restricciones derivadas del hecho de que Apple Pay sea el único sistema de pago con el que los propietarios del iPhone pueden acceder a la función rápida de pago «tocar y listo».

Cuadernos Europeos de Deusto

Deusto Journal of European Studies

