

7 de octubre de 2020

Proyecto de documento de posición definitivo sobre el segundo borrador del tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos

Introducción

Los derechos humanos son uno de los principales focos de acción de la Organización Internacional de Empleadores (OIE), Business at OECD (BIAC), BusinessEurope y sus federaciones miembro, que representan a decenas de millones de empresas en todo el mundo. Las federaciones han destinado grandes esfuerzos a concienciar y fomentar las capacidades en este ámbito, en virtud de los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos (en adelante, los Principios Rectores).

En este contexto, los Principios Rectores de las Naciones Unidas han supuesto un punto de inflexión. En los últimos nueve años, la adopción de los Principios Rectores por parte de empresas, organizaciones internacionales, gobiernos e iniciativas que agrupan a múltiples agentes ha sido extraordinaria. En este tiempo, la debida diligencia en materia de derechos humanos, en consonancia con los Principios Rectores, se ha convertido en un objetivo prioritario para empresas, gobiernos e instituciones internacionales. Los Principios Rectores, como marco competente en la materia, dilucidaron las responsabilidades de Estados y empresas, lo que permitió orientar mejor los esfuerzos de promoción de las empresas y los derechos humanos.

Esto no significa que hayamos logrado todos nuestros objetivos, aunque nunca se aspiró a que en solo nueve años se resolviera la cuestión de los derechos humanos y las empresas. Sin embargo, los pasos agigantados que han dado las empresas para implantar los Principios Rectores y los éxitos cosechados por el Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos de las Naciones Unidas demuestran que vamos por el buen camino y que debemos seguir trabajando en consonancia con el marco que brindan los Principios Rectores.

No obstante, aún perduran los siguientes retos:

- No se presta suficiente atención a problemas gubernamentales sistémicos, como la mala gobernanza, la escasa aplicación de leyes que ya existen «sobre el papel» y la corrupción. A menudo, estos problemas son la causa de la que emanan los retos ligados a los derechos humanos y abocan a las empresas a enfrentarse a situaciones complejas. No se puede ni se debe esperar que las empresas sustituyan a los gobiernos y que asuman la responsabilidad de estos de aplicar la ley y de proporcionar servicios básicos.
- El acceso a los mecanismos de reparación depende de que existan sistemas judiciales independientes, eficaces y eficientes, que gocen de la confianza de la sociedad y de las empresas. En demasiados países, los sistemas judiciales nacionales carecen de recursos y de capacidad suficientes, y están sometidos a influencias políticas y a corrupción. Es esencial

fortalecer los sistemas judiciales para mejorar el acceso a mecanismos de reparación a nivel local y garantizar la salvaguarda de los derechos humanos.

- Más del 60 % de la fuerza de trabajo mundial se enmarca en la economía informal. Es en este sector, el de la economía informal, donde los riesgos para los derechos humanos son mayores y más peligrosos, un ámbito que precisa una atención y actuación urgentes. Empresas, trabajadores y gobiernos coinciden, en su mayoría, en la necesidad de atajar el problema de la informalidad, pero los gobiernos implicados no despliegan los esfuerzos necesarios. Si no se encuentran formas innovadoras de responder a los retos en materia de derechos humanos en la economía informal, la mejora de la situación sobre el terreno se verá lastrada.
- Se ha prestado una atención excesiva a la legislación de la diligencia debida. Aunque la diligencia debida es un elemento constitutivo de los Principios Rectores y una de las piedras angulares de la labor en materia de derechos humanos de una empresa, no tiene por qué atajar los problemas de índole más sistémica.
- Las pequeñas y medianas empresas (pymes) son la piedra angular de toda economía. No se han desplegado esfuerzos suficientes por ayudar a las pymes a acatar su responsabilidad de respetar los derechos humanos. Con demasiada frecuencia, se han adoptado enfoques centrados en aligerar los requisitos para las pymes, en lugar de reconocer y reflexionar sobre sus necesidades y oportunidades particulares.
- Se precisa más apoyo para favorecer la colaboración y la cooperación entre las partes interesadas, para así poder atajar de forma eficaz los problemas sistémicos. En este contexto, las acciones colectivas, siempre desde la defensa de la competencia, son de particular importancia, habida cuenta de que ninguna empresa aislada podrá solucionar por sí sola los problemas sistémicos arraigados en sus cadenas de suministro.

Por desgracia, el segundo borrador del proyecto de tratado no responde a ninguno de estos desafíos. En su lugar, el texto presenta discrepancias con los Principios Rectores y desvía recursos y esfuerzos de las actuales iniciativas de implantación.

En concreto, a las empresas les preocupan sobremanera los siguiente trece aspectos del borrador del proyecto de tratado:

1. **Ámbito de aplicación:** El ámbito de aplicación ha sido una cuestión controvertida desde el inicio. En un principio, estaba previsto que el tratado solo concerniera a las empresas multinacionales. Aunque el nuevo borrador amplíe el ámbito de aplicación a «todas las empresas, incluyendo las empresas transnacionales, entre otras», el presidente del Grupo de Trabajo Intergubernamental anunció, durante las últimas consultas, que solo se determinará el ámbito de aplicación cuando concluya el proceso de negociación. No se puede tolerar que primero se negocie un tratado y se defina, *a posteriori*, su ámbito de aplicación. Además, todo tratado debe mostrar consonancia con los Principios Rectores y no debería limitarse a las empresas multinacionales. En su lugar, debería incluirse de forma explícita en el ámbito de aplicación a las instituciones públicas y a las organizaciones sin ánimo de lucro, pues estas

también se exponen a riesgos en materia de derechos humanos y tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos.

Asimismo, aunque la comunidad empresarial acoge favorablemente que el borrador del proyecto de tratado incluya de forma explícita a las empresas estatales, inexplicablemente, el documento crea una laguna jurídica que podría permitir a los Estados exonerar a las empresas estatales y a «otras empresas» de las obligaciones más onerosas del tratado. Por este motivo, es posible que el ámbito de aplicación de este tratado se centre, una vez más, en las empresas multinacionales exclusivamente y que no logre articular un mensaje esencial que inste a los Estados «a liderar con el ejemplo en materia de empresas y derechos humanos, empezando por las empresas más cercanas a ellos, las empresas estatales», lo que puede generar una desigualdad de condiciones.

2. **Definición de «víctima»:** El borrador del proyecto de tratado estipula que el término «víctima» incluirá a los familiares directos y a las personas dependientes de una víctima directa, así como a aquellas personas que se hayan visto perjudicadas al prestar asistencia a la víctima directa. El uso del tiempo verbal «incluirá» supone que los familiares y las personas dependientes se considerarán víctimas necesariamente y con independencia de las circunstancias. Esta definición, amplia en exceso, debería revisarse para cambiar «incluirá» por «podrá incluir». De hecho, la mayoría de las jurisdicciones no extienden los fallos o las indemnizaciones a los familiares de los demandantes beneficiados de forma automática o en todos los casos. Asimismo, la noción de «daño emocional» no está recogida como perjuicio en muchos sistemas jurídicos. Por último, deberían diferenciarse de forma clara los términos «víctima» y «parte demandante», pues la condición de «víctima» solo se otorga tras un fallo judicial. En virtud de esta distinción, los mecanismos de reparación solo se pueden destinar a las víctimas.
3. **Definición de «relaciones empresariales»:** El borrador del proyecto de tratado define las relaciones empresariales como «toda relación entre personas físicas o jurídicas con el fin de realizar una actividad empresarial, [...] inclusive las actividades por medios electrónicos». Definir las relaciones empresariales como «toda relación» amplía el posible ámbito de aplicación de la diligencia debida y de la responsabilidad que se imputa a las empresas hasta límites inviables. De hecho, esta formulación englobará a entidades dentro de las cadenas mundiales de suministro con las que las empresas no tienen relación contractual y cuyas operaciones quedan fuera de su control o conocimiento. Este texto también supone un paso atrás considerable, pues el anterior borrador parecía limitarse a regular aquellas relaciones empresariales basadas en una «relación contractual». Además, el concepto «medios electrónicos» dilata de forma exponencial el ámbito de aplicación normativo dado que, por ejemplo, las transacciones por internet pueden involucrar a entidades intermediarias con sede en jurisdicciones que no guardan relación alguna con las partes implicadas en la transacción.
4. **La «diligencia debida» como un estándar basado en resultados:** El proyecto se aleja de forma considerable de los Principios Rectores al plantear un proceso de diligencia debida que exige a las compañías prevenir de forma activa las violaciones de derechos humanos en sus cadenas de suministro o, de lo contrario, habrán de rendir cuentas. Por un lado, los Principios Rectores definen de forma más idónea la diligencia debida en materia de derechos humanos como un

proceso en el que las empresas adoptan medidas adecuadas en aras de prevenir, mitigar y rendir cuentas ante la no observancia de los derechos humanos. Así pues, el borrador de tratado pretende que la diligencia debida pase de ser un estándar basado en el proceso a un estándar basado en los resultados, algo que para las empresas puede ser imposible de cumplir debido a que muchas empresas cuentan con miles e incluso cientos de miles de proveedores, a que la influencia de una empresa sobre sus proveedores suele ser limitada y a que muchos problemas suelen estar fuera del alcance de las empresas, pues emanan de problemas gubernamentales sistémicos, como la mala gobernanza o un estado de derecho débil.

5. **Responsabilidad:** El borrador del proyecto de tratado extiende la noción de «responsabilidad» para incluir a las empresas que no consigan prevenir las violaciones de derechos humanos, algo que no recogen los Principios Rectores (*vid. supra*). Los principios número 15 y 22 de los Principios Rectores solo exigen que una empresa ofrezca mecanismos de reparación cuando esta ha ocasionado o contribuido a una conculcación de los derechos humanos. Además, esta disposición contraviene una premisa jurídica fundamental consagrada en la mayoría de países: solo se puede atribuir responsabilidad cuando exista un vínculo claro e identificable entre el daño que sufre la víctima y la empresa a la que se considera responsable.

Dado que la noción de responsabilidad ahora abarca también a las personas físicas, se abre la vía a que los Estados puedan considerar responsables incluso a los encargados de la gestión de los derechos humanos en una empresa. Por ello, el borrador del proyecto de tratado aspira a «levantar el velo societario» mediante la atribución de una gran responsabilidad a un amplio abanico de entidades e individuos.

6. **Ausencia de una cláusula de puerto seguro:** El proyecto de tratado rechaza de forma explícita cualquier «puerto seguro» para aquellas empresas que practican una diligencia debida estricta pero que, pese a ello, puedan incurrir en incidentes vinculados a los derechos humanos. Al eliminarse la noción de «puerto seguro», puede que no se premien los esfuerzos de buena fe de las empresas que ejercen la diligencia debida, lo que podría acabar con uno de los incentivos por los que las empresas ejercen la diligencia debida.
7. **Jurisdicción:** El ámbito de aplicación propuesto para la jurisdicción en materia judicial sigue integrando una noción de jurisdicción extraterritorial tan amplia que suscitará una gran incertidumbre en las empresas sobre dónde se las podrá llevar a juicio. El borrador del proyecto de tratado brinda la posibilidad de que un foro concurrente atribuya competencia judicial al país en el que ha ocurrido un daño ligado a una empresa multinacional, al país en el que la empresa multinacional tiene su sede o incluso a un país tercero, «si la denuncia tiene una estrecha vinculación con alguna denuncia contra una persona jurídica o física domiciliada en foro territorial del Estado». La expresión «estrecha vinculación» es vaga y no tiene un significado jurídico claro. Además, el domicilio de una persona se rige por la legislación nacional. Las leyes fiscales aplicables y la estructura de gobernanza se elaboran a partir de las definiciones que se aportan a nivel nacional; no es posible modificarlas sin cambiar la configuración del derecho de sociedades al completo.

El ámbito de aplicación jurisdiccional del borrador se hace aún más vasto si consideramos la amplitud de las «actividades empresariales» que regula, que incluyen las transacciones electrónicas (*vid. supra*).

El borrador del proyecto de tratado genera una mayor incertidumbre jurídica y entra en conflicto con el derecho internacional y con numerosas legislaciones nacionales al rechazar de forma explícita la noción del *forum non conveniens*, un fundamento procesal en muchas jurisdicciones diseñado para prevenir que la parte demandante pueda buscar la legislación que más le convenga.

8. **Legislación aplicable:** Al contrario que muchos instrumentos jurídicos, el nuevo borrador otorga a la parte demandante la enorme libertad de elegir cuál será la legislación aplicable. Esto genera mucha incertidumbre sobre qué leyes se aplicarán y fomentará que la parte demandante busque la legislación que más le convenga.
9. **Enfoque orientado hacia los derechos de la parte demandante:** El tratado se centra en exceso en los derechos de la parte demandante, en detrimento de los derechos de la parte demandada, como el derecho al debido proceso o a la confidencialidad. Por ejemplo, el borrador del proyecto de tratado pretende «revocar la carga de la prueba», lo que contraviene un principio jurídico fundamental y bien arraigado, la presunción de inocencia, y la idea de que quien afirma un hecho debe probarlo. En efecto, exigir que la parte demandada demuestre su inocencia contraviene los principios del debido proceso y la noción de «justicia» en la mayoría de jurisdicciones. Si bien en reuniones anteriores del Grupo de Trabajo Intergubernamental se debatió que esta «revocación» estaba destinada sencillamente al «mecanismo de distribución de la carga de la prueba», que se emplea en algunas jurisdicciones ante ciertas casuísticas, esta aclaración no queda recogida en el nuevo borrador. Asimismo, la legislación sobre la asistencia jurídica, por un lado, debe garantizar que las víctimas de violaciones de derechos humanos tengan acceso a la justicia y, por otro lado, no debe favorecer las demandas abusivas. Para lograr un equilibrio entre los distintos intereses, es necesario que se recojan ciertas condiciones para que se pueda disfrutar el derecho a la asistencia jurídica.
10. **Derechos ambientales:** El término «derechos ambientales» aparece incluido en la definición de «violación de los derechos humanos». El término «derecho ambiental» no aparece definido en el documento, ni tampoco está recogido en ningún tratado internacional de derechos humanos. Por ello, la inclusión de este término en el borrador genera incertidumbre sobre el ámbito de aplicación de los derechos consagrados en el tratado y no se fundamenta en el derecho internacional de los derechos humanos.
11. **Sentencias extranjeras:** En virtud del derecho internacional, siempre ha existido un importante mecanismo de control de las competencias de los tribunales extranjeros, a saber, el poder de un tribunal nacional de negarse a reconocer la ejecución de la sentencia de un tribunal extranjero. Esta importante salvaguarda permite a un tribunal nacional rechazar la decisión de un tribunal extranjero de ejercer su jurisdicción sobre una parte acusada que se encuentra en el país del tribunal nacional. No obstante, se ha eliminado esta importante salvaguarda del borrador del proyecto de tratado, dado que obliga a todos los Estados parte a

reconocer y hacer cumplir los dictámenes judiciales de otro Estado parte, salvo en contadas excepciones.

12. **Garantías financieras:** La nueva disposición sobre garantías financieras destinadas a cubrir las posibles reclamaciones de indemnización es confusa, poco práctica y, por tanto, inaceptable, sobre todo para las pequeñas empresas en el contexto de la crisis del COVID-19.
13. **Demandas colectivas:** El proyecto de tratado plantea la posibilidad de que se interpongan solicitudes colectivas de reparación o demandas colectivas. No obstante, la noción de demanda colectiva contra una empresa no está recogida en muchos sistemas jurídicos.

Conclusiones

El segundo borrador del proyecto de tratado no responde a las profundas preocupaciones que muchos gobiernos, empresas y otras partes implicadas expusieron en la última reunión del Grupo de Trabajo Intergubernamental y en las consultas posteriores, y no permitirá avanzar en la agenda de derechos humanos y empresas. No colma las brechas existentes en la promoción efectiva de los derechos humanos y las empresas. No consigue plantear soluciones prácticas y eficaces para ofrecer mecanismos de reparación a escala local. Tampoco aprovecha el gran impulso generado por la aplicación de los Principios Rectores. Por el contrario, las crecientes discrepancias entre la nueva versión del proyecto de tratado y los Principios Rectores generan una inmensa incertidumbre sobre la función, las responsabilidades y las expectativas que recaen sobre las partes interesadas, y socava los futuros esfuerzos de las empresas por aplicar con éxito los Principios Rectores.

El borrador del proyecto de tratado vuelve a desaprovechar la oportunidad de alzarse como un documento consensuado y centrado en cuáles son los enfoques eficaces y eficientes para avanzar en materia de derechos humanos y empresas. Por estos motivos, la comunidad empresarial internacional rechaza el segundo borrador del proyecto de tratado en su totalidad.

Las empresas están dispuestas a colaborar con todas las partes implicadas para promover los derechos humanos y las empresas, en consonancia con los Principios Rectores y sobre la base de los logros ya cosechados. Los efectos de la pandemia de COVID-19 sobre los derechos humanos han demostrado la imperiosa necesidad de actuar de forma mancomunada y de colaborar de manera constructiva. La próxima reunión del Grupo de Trabajo Intergubernamental debería dar marcha atrás y centrarse en atajar las causas subyacentes a los retos en materia de derechos humanos, de conformidad con los Principios Rectores de Naciones Unidas.

* * * *