



CENTRO DE
DIREITOS HUMANOS
E EMPRESAS

Novos elementos para o Tratado de Empresas e Direitos Humanos da ONU



FORDFOUNDATION

Licença



Este obra está licenciado com uma
Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

1. OBLIGACIONES DIRECTAS

Homa, Centro de Derechos Humanos y Empresas, teniendo en vista el desarrollo de sus investigaciones en el tema de Derechos Humanos y Empresas y el seguimiento del proceso de elaboración de un instrumento vinculante que responsabilice a las corporaciones por violaciones a los Derechos Humanos, destaca en este documento, dispositivos que considera importantes para su inclusión en el alcance del futuro instrumento internacional vinculante en la materia.

En primer lugar, es importante demarcar, como punto de partida, la relación entre un posible instrumento vinculante sobre Empresas y Derechos Humanos, y en las normas internacionales vigentes en la materia, con énfasis en los *Guiding Principles*, de John Ruggie (2011). Estos, por su carácter voluntarista, son insuficientes para generar una rendición de cuentas efectiva a las empresas transnacionales por violaciones de Derechos Humanos. Se entiende, pues, que los *Guiding Principles* jugaron un papel importante como un precursor de las discusiones sobre el tema y abrió el campo para la elaboración de un tratado vinculante que, precisamente, tiene la función de complementar los vacíos existentes en la legislación.

Compartimos en gran medida la posición defendida por otros académicos, como Bonita Meyersfeld, en la primera edición de la revista Homa Publica: Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas, que ponía en el deber de los Estados ajustar sus políticas y el sistema jurídico interno a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos (MEYERSFELD, 2016, p. 38). De esta manera, se suman a los *Guiding Principles* los planos nacionales de acción para complementar los medios de eficacia de los Derechos Humanos en la faz de violaciones de las empresas en el ámbito de la regulación interna, asumiendo un compromiso vinculante a nivel internacional.

Se percibe que existe un patrón de violaciones a los Derechos Humanos por parte de empresas transnacionales en el desarrollo de sus emprendimientos y que aprovechan la estructura legal existente para quedar impunes por las violaciones cometidas. Parece que las transnacionales son responsables de violaciones directos e indirectos de Derechos Humanos: la primera cuando son cometidos por todas las entidades que pueden ser considerados como parte de la transnacional causando daños al medio ambiente, ofensa a los derechos laborales, delitos financieros, etc., y el segundo, las violaciones indirectas, que corresponden a las consecuencias de la actividad transnacional, como tráfico de influencias, fraudes fiscales que impiden que las poblaciones obtengan sus compromisos, colocando a las empresas transnacionales por encima de la democracia y las políticas públicas de beneficio real para la población. (CETIM, 2016, p. 23-29).

De esta forma, queda claro el potencial violador de una empresa transnacional y es preocupante que exista una “arquitectura de impunidad” (BERRÓN, 2014, p.61; ZUBIZARRETA; RAMIRO, 2016, p.8) que posibilita un *modus operandi* que viola derechos sin ninguna medida sancionadora. Los *Guiding Principles* sólo establecen que los Estados deben imponer a las

empresas la realización de *human rights due diligence*, en la que tienen la obligación de inspeccionar toda la cadena productiva para que operen con respeto a los Derechos Humanos. El gran problema es la falta de un inspector estatal que verifique el cumplimiento de estas obligaciones por parte de las empresas, de manera que un instrumento vinculante de rendición de cuentas pueda llenar los vacíos que deja la legislación vigente que permite la impunidad.

Otro punto de énfasis defendido por Homa se refiere a la limitación de la responsabilización internacional, en cuanto a los alcances del Tratado propuesto, solo a las empresas transnacionales. La ampliación del alcance del instrumento a todo tipo de empresas comerciales ("*all business enterprises*") consistiría en una desviación del objetivo principal del Tratado, que es llenar el vacío normativo sobre el desempeño de las empresas transnacionales. Después de todo, las otras empresas ya cuentan con la regulación de las leyes nacionales en cuyos territorios están establecidas.

La arquitectura de la impunidad hace posible, por tanto, que, a diferencia de las empresas nacionales, las empresas transnacionales puedan evitar ser responsabilizadas por violaciones de Derechos Humanos, ya que cuentan con estructuras contractuales y empresariales complejas (CORREA, 2016).

Así, el momento es propicio para el establecimiento de obligaciones directas a las empresas transnacionales mediante el instrumento vinculante, buscando: (1) mejorar la protección de las personas y comunidades afectadas frente a violaciones relacionadas con la operación de empresas transnacionales y otras empresas comerciales y (2) darles acceso a recursos efectivos, especialmente a través de mecanismos judiciales.

A través del documento normativo propuesto, las autoridades judiciales deberían tener la prerrogativa de aplicar doctrinas a través de las cuales sea posible determinar los verdaderos vínculos entre entidades formalmente separadas, como la doctrina de "*piercing the corporate veil*" o la doctrina de la "*single economic unit*". En general, la doctrina de "*Piercing the corporate veil*", también llamada "*lifting the corporate veil*" se refiere a una decisión legal que busca tratar los derechos o deberes de una corporación como los derechos u obligaciones de sus accionistas, aunque la empresa sea una persona jurídica separada de las personas jurídicas y/o naturales de los socios o accionistas que la constituyen.

A su vez, la doctrina de "Entidad Económica Única" sugiere que las empresas asociadas entre sí en virtud del control común operan como una sola unidad económica y, por lo tanto, los estados financieros consolidados de un grupo de empresas deben reflejar la esencia de este acuerdo. Asimismo, cuando se les juzga por violaciones a los Derechos Humanos, las empresas no pueden eludir su responsabilidad culpando a una subsidiaria o cualquier otra persona jurídica que esté en el mismo grupo de empresas y sobre la que se haya demostrado un control único. Por lo tanto, dichas autoridades deben poder aplicar la presunción de que las empresas "madres" puedan influir en las políticas y actividades de las empresas afiliadas o subsidiarias, lo que permite una rendición de cuentas más eficaz por las violaciones de Derechos Humanos.

Además, el Tratado impedirá que los Estados apliquen la doctrina del *forum non conveniens*, a menudo invocada en países de *common law* para declinar la jurisdicción sobre un asunto determinado. Esta doctrina consiste en la negativa de determinados tribunales a ejercer jurisdicción sobre asuntos en los que se cree que existe un foro más adecuado a disposición de las partes. Como doctrina de conflicto de leyes, el *forum non conveniens* se aplica entre tribunales en diferentes países y entre tribunales en diferentes jurisdicciones en el mismo país. En el caso de violaciones a los Derechos Humanos por parte de empresas, esta doctrina termina retrasando el debido juicio de las violaciones, lo que finalmente termina incurriendo en la impunidad de las empresas transnacionales y la falta de la debida reparación a las víctimas (CORREA, 2016).

Los contratos firmados entre las transnacionales y los Estados son también un problema para la protección de los Derechos Humanos ya que se reciben inversiones del capital (OMC, FMI, Banco Mundial) para los proyectos de las transnacionales cuyo único interés es la estabilidad de sus negocios y aumento de las ganancias, mientras que el Estado debe proteger su soberanía y el interés público real (ZUBIZARRETA; RAMIRO, 2016, p. 20). Así, los contratos que se celebren entre las transnacionales y el Estado deben estar de acuerdo con las normas internas que ya protegen los Derechos Humanos, para que cuando existan controversias, la legislación nacional y los tribunales del país puedan resolverlas, e incluso hacer cambios a los contratos con empresas transnacionales cuando hagan factibles las violaciones. Con ello, se busca que los Derechos Humanos prevalezcan por encima de cualquier interés privado.

Los delitos financieros son también un punto que debe ser considerado dentro del alcance del Instrumento, ya que las empresas, al ser sancionadas, se limitan a indemnizar a las empresas y los bancos y las víctimas quedan a merced del Estado (CETIM, 2016, p. 24). Este hecho es un problema ya que Estados Unidos acaba teniendo la obligación de controlar el daño que generan las empresas infractoras, como la pérdida de puestos de trabajo de los trabajadores, los cambios en la economía local y la forma tradicional de obtener ingresos, muchos de los cuales en ocasiones son inviables. (como la pesca y la agricultura local. Queda a los Estados, con dinero público, indemnizar y resolver estos impactos de las infracciones, lo que, en definitiva, significa que la población misma está pagando con dinero de aportes para reparar el daño que causan las empresas, es decir, además de violar los Derechos Humanos, retirar los beneficios fiscales de los estados, no devolver los beneficios a la población, siguen siendo financiados por las propias víctimas.

Debe ser considerado como un aspecto importante de un orden jurídico que busca proteger y promover los Derechos Humanos, sobre todo, el acceso a la justicia para las víctimas. Las empresas tienen, como ya se mencionó, un patrón de violación que se revela por su *modus operandi*, por lo que varios casos referidos a violaciones se convierten en litigios cuyas empresas son los litigantes profesionales. Esta gran disparidad de armas entre víctimas y empresas es revelada por los bufetes de abogados calificados al servicio de las corporaciones, como guardianes de una especie de nuevo orden feudal para las corporaciones transnacionales, que

tienen diferentes canales de poder y toma de decisiones, dejando la ética de Derecha a favor del interés económico a través de un *lobby* político (ZUBIZARRETA; RAMIRO, 2016, p. 18).

El Instrumento Vinculante debe contar con medios que obliguen a los Derechos Humanos a ser respetados, y debe ser el fin último de los Estados y por encima de cualquier interés económico que, a su vez, solo beneficie al capital privado en detrimento de la población. Es de destacar que las obligaciones directas de protección de los Derechos Humanos deben recaer no solo en los Estados, sino también en las empresas y filiales, en cualquier nivel de la cadena productiva, como una forma de no dejar impunes las violaciones.

Además, el Instrumento debe tener en su alcance dispositivos que permitan modificar, de ser necesario, los contratos económicos y actos constitutivos celebrados entre las corporaciones y el Estado. Además, las obligaciones establecidas en el Tratado deben ser incorporadas a los Acuerdos Bilaterales y Multilaterales de Inversión, por lo que las violaciones podrían convertirse en una infracción a la legislación internacional y el incumplimiento de contrato (ZUBIZARRETA; RAMIRO, 2016, p. 89-90). A través de tales dispositivos, el Instrumento permitiría que estos contratos sean una forma de proteger los Derechos Humanos y dejar de proteger a las empresas, ayudando al Estado a actuar ante violaciones.

Creemos que las preguntas sobre las obligaciones directas enumeradas deberían estar cubiertas por el alcance del Tratado sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Por ello, sugerimos los siguientes dispositivos:

1. El libre comercio no se realizará como un fin en sí mismo, sino con el objetivo de promover los Derechos Humanos ya consolidados en las leyes internacionales y nacionales.

2. Los Estados signatarios del Tratado Vinculante sobre Derechos Humanos y Empresas acuerdan cooperar mutuamente en la promoción de los derechos humanos y en brindar acceso a recursos efectivos para la reparación de daños, en particular a través de mecanismos judiciales, siempre que éstos estén en el proceso de su jurisdicción.

3. Los Estados signatarios de este Tratado se comprometen a incorporar sus obligaciones en Acuerdos Bilaterales y Multilaterales de inversión, a fin de vincular las instituciones financieras y de arbitraje a las normas de Derechos Humanos.

4. Los Estados signatarios de este Tratado establecerán responsabilidad civil y penal para las corporaciones y sus directores, simultáneamente. Esta rendición de cuentas debe darse con independencia de que actúen en el rol de autor de delitos o de cómplice, y debe extenderse también a todos los eslabones de la cadena productiva de la empresa en cuestión.

5. Los Estados signatarios de este Acuerdo reconocen que las empresas transnacionales están sujetas a obligaciones directas de protección de los Derechos Humanos y que estos serán incorporados a la legislación nacional.

6. El reconocimiento de obligaciones directas de las empresas transnacionales por parte de los Estados tiene una relación complementaria entre los dos tipos de obligación, sin eximir a los Estados de las obligaciones de Derechos Humanos.

7. Los Estados signatarios de este Tratado se comprometen a incorporar obligaciones directas en sus legislaciones nacionales, de tal manera que las empresas transnacionales asuman la obligación de supervisar su cadena de producción a fin de asegurar que todos los eslabones de esa cadena operen bajo los mismos estándares de protección a los Derechos Humanos a los que están sujetos.

8. Los Estados signatarios de este tratado se comprometen a promover el pleno acceso de las víctimas de violaciones de Derechos Humanos por parte de las empresas a los tribunales, sin necesidad de gastos procesales y extraprocesales, siempre que sea necesario para el avance del proceso, servicio de representación gratuita en los tribunales, así como asistencia, consultoría y orientación técnica jurídica.

9. La promoción de los Derechos Humanos fundamentales, como forma de mejorar el nivel de vida y el desarrollo de una vida sostenible, debe ser el mayor objetivo considerado por los Estados y las Empresas, siendo las empresas sujetas a estas obligaciones de Derechos Humanos y la actividad económica no teniendo fin en sí misma.

10. La obligación de proteger los Derechos Humanos es un deber de los Estados, no quedando las empresas transnacionales fuera de esta obligación, ya que también son posibles violadores de los Derechos Humanos.

11. Corresponde a los Estados inspeccionar toda la cadena productiva de las empresas transnacionales con el fin de proteger los Derechos Humanos, como, por ejemplo, la prohibición del trabajo análogo a la esclavitud.

12. Es deber de vigilancia, así como solidariamente, de las subsidiarias y cualquier otra empresa vinculada por relaciones comerciales a la empresa matriz por las violaciones a los Derechos Humanos que estén comprobadas.

13. Las obligaciones en materia de Derechos Humanos deben ser incorporadas a los actos constitutivos y contratos comerciales de las empresas, de manera que la violación de este deber constituya una infracción al derecho internacional y a los deberes contractuales, en base al reconocimiento de que los Derechos Humanos deben presentar una posición jerárquica superior a los acuerdos comerciales y de inversión.

14. Los Estados signatarios de este Tratado no aplicarán de manera discrecional la doctrina del *forum non conveniens*, comprometiéndose a juzgar las demandas en materia de violaciones a los Derechos Humanos por parte de las Empresas de la manera oportuna y de la mejor manera posible.

15. Los Estados partes en ese Tratado deben esforzarse por armonizar los contratos de inversión con su legislación nacional, permitiendo que sus tribunales resuelvan las controversias que surjan.

16. Los Estados signatarios de este Tratado tienen legitimidad para modificar leyes y contratos con empresas transnacionales, cuando éstos involucren violaciones a la soberanía nacional y violaciones a los Derechos Humanos.

17. Los delitos financieros de las empresas establecerán responsabilidades civiles y penales y también deberán extenderse a todos los eslabones de la cadena productiva de la corporación en cuestión, en los que la rendición de cuentas indemniza a las víctimas, principalmente, además de los bancos y empresas.

2. RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES PLURISOCIETARIAS

El clamor urgente de las víctimas de violaciones de Derechos Humanos, derivado de la estructura del derecho corporativo y obligatorio, resalta la necesidad de un cambio en la relación entre la Empresa y el Estado, que tolera fuertemente el abuso de las empresas transnacionales (ETNs). Establecer un nuevo marco regulatorio que responsabilice a los grupos transnacionales por el desempeño de toda su cadena productiva, en los distintos territorios impactados, es necesario para brindar respuestas a la sociedad civil.

Las leyes nacionales e internacionales existentes en la materia, así como los lineamientos reflejados en los **Guiding Principles**, no abordan el núcleo del problema, que consiste en la separación societaria, establecida por el principio de responsabilidad limitada. Esta separación da como resultado dos herramientas ampliamente utilizadas por las ETNs para evitar el cumplimiento de sus obligaciones: el velo corporativo y el velo jurisdiccional.

Al referirse a una empresa transnacional, se trata, de hecho, de un gran número de sociedades mercantiles de responsabilidad limitada establecidas en una pluralidad de jurisdicciones. Estas complejas estructuras adoptadas por las ETNs constituyen uno de los factores centrales en la arquitectura de la impunidad. Esto se debe a que las ETNs utilizan esta fragmentación y la supuesta autonomía de cada entidad para eximirse de responsabilidades por violaciones a los Derechos Humanos, bajo el alegato de que cada empresa que forma parte del grupo sería independiente, no pudiendo, por ejemplo, la sociedad controladora responder por los daños causados por una de sus subsidiarias.

El tema de la responsabilidad de las empresas multi propietarias toca en uno de los principales obstáculos dogmáticos del Derecho Societario. Juristas de diferentes países entran en conflicto con esta lógica en la búsqueda de una regulación legal para esta forma de organización

empresarial. Con respecto al Derecho Internacional, es evidente que el contexto empresarial no solo excluye el escenario privado, sino que también afecta la esfera pública, especialmente en lo que respecta a los Derechos Humanos.

La separación patrimonial y jurídica entre los socios y la sociedad empresarial, provoca que sólo el último pueda ser imputado legalmente de sanciones sobre las actividades que se practiquen en su nombre. De esta forma, la sociedad empresarial asume un carácter económico y jurídico autónomo, independiente, con sus propios derechos y obligaciones y, fundamentalmente, tiene una equidad individualizada. Además, la empresa multi propietaria o de grupo cuenta con una diversidad de entidades societarias legalmente independientes, denominadas sociedades-hijas o filiales, las cuales se encuentran sometidas y ejercidas por una de estas entidades a una gestión económica común de la sociedad matriz. Si, por un lado, existe independencia jurídica para las empresas, que se constituyen como organizaciones con patrimonio propio individual, por otro lado, existe unidad económica para todo el grupo.

La lógica de cómo se estructuran estas sociedades dificulta la responsabilidad directa de estos grupos. Cada sociedad mercantil se construye de forma autónoma, teniendo su propio ámbito jurídico activo y pasivo, no pudiendo ser imputado a los socios el respectivo pasivo social (responsabilidad limitada).

Considerando las diferentes formas de abordar este problema normativo en cada ordenamiento jurídico (ANTUNES, 2005, p. 39-46), es fundamental que el instrumento vinculante aborde esta materia, para evitar que la responsabilidad limitada y la autonomía patrimonial sigan constituyendo barreras entre los afectados. por la actividad empresarial y sus responsables.

Si la paradoja que establece la independencia jurídica de las empresas y la unidad económica del grupo se plantea como uno de los grandes retos del Derecho Corporativo Global (ANTUNES, 2005, p. 47), se debe extremar la cautela para que esta brecha regulatoria no supere para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En ausencia de un modelo único satisfactorio de responsabilidad de grupo empresarial, un tratado debe contener disposiciones sobre la presunción de unidad económica entre la empresa controladora y sus subsidiarias. Por lo tanto, con base en el poder de control, independientemente de la jurisdicción en la que se establezcan, debe estipular la responsabilidad solidaria entre las matrices y subsidiarias con respecto a las violaciones de Derechos Humanos.

El tratamiento de la responsabilidad unitaria del grupo también permite superar una fuerte crítica en relación a la restricción del alcance del tratado a las ETNs: el reclamo de independencia entre las empresas del grupo, lo que des-caracterizaría su carácter transnacional (MUCHLINSKI, 2007, pág.520). Una vez que se reconoció la unidad del grupo transnacional, no podría escapar a las obligaciones de un tratado bajo tal alegación.

2.1 LOS MODELOS REGULATORIOS DE RESPONSABILIDAD CORPORATIVA MULTIENTREPRIA

Luego de orientar el problema de la impunidad de estas empresas por la dificultad de responsabilizarlas, dada la arquitectura del Derecho Corporativo, sumada a los sistemas jurídicos divergentes que rigen a la matriz y las filiales, hoy es posible identificar tres tipos de estrategias regulatorias: la estrategia tradicional de la “autonomía societaria”, la estrategia alemana, denominada “modelo dualista” y, finalmente, las estrategias revolucionarias del “control societario”.

Siendo la más adoptada por los sistemas legales a nivel mundial, la estrategia regulatoria norteamericana (autonomía societaria y separación de activos) toma en cuenta el desconocimiento de la persona jurídica. Por esta corriente, no es posible atribuir responsabilidad a la matriz por los actos de las empresas filiales. Esto solo ocurriría en casos excepcionales, de carácter jurisprudencial, para imponer un desprecio por la persona jurídica. Tal modelo perpetúa aún más la inseguridad jurídica, especialmente de las víctimas de violaciones de Derechos Humanos por parte de estas empresas, ya que dependen de la valoración del juez, basada en el análisis de cada caso, para la imposición de sanciones (excepcionales).

El modelo alemán divide y conceptualiza dos categorías, los llamados grupos de derecho y los grupos de facto. El primero consagra el poder de la matriz sobre la organización administrativa y sobre los intereses de las filiales, es decir, existe aquí una responsabilidad ilimitada y solidaria entre estas entidades, con el objetivo de proteger a los socios minoritarios y acreedores sociales. Por otro lado, cuando se trata de grupos de facto, la empresa matriz tiene un mero poder de facto, que no es legal, sobre la gestión de las sociedades filiales. Esto significa que la empresa matriz y sus gerentes solo serán responsables de los abusos de las empresas filiales cuando exista un ejercicio de influencia perjudicial por parte de dicha empresa. Las críticas a este modelo no quedan exentas aquí, ya que se adopta una rigidez en la visión de los grupos de facto y grupos de derecho, que no se corresponde con la realidad.

Finalmente, cabe comentar el modelo adoptado por la Unión Europea. En este modelo, existe un exceso de responsabilidad de la controladora frente a las subsidiarias, ya que se estipula un régimen de responsabilidad ilimitada. Por consiguiente, cualquier obligación incurrida por la subsidiaria podría ser requerida de la matriz. Además, la estrategia europea no regula adecuadamente a los grupos cuyo control empresarial está más fragmentado.

Incluso después de las críticas al instituto de responsabilidad limitada y la separación empresarial, en el contexto de las reclamaciones hechas por las víctimas, el problema se perpetúa por las decisiones políticas tomadas para abordar la dificultad de la rendición de cuentas. Es posible encontrar una persona responsable conjuntamente con su filial sobre los principios generales de la ley de responsabilidad civil. Sin embargo, esto implica un examen complejo de la organización transnacional para demostrar que la empresa matriz fue solidaria de las causas del

daño al reclamante y siempre existen obstáculos jurisdiccionales que atravesar. Dichos problemas podrían ser mitigados por una norma legal que asigne responsabilidad (preferiblemente responsabilidad estricta) a la empresa matriz por actos negligentes de la subsidiaria con base en un compromiso corporativo, junto con el derecho a demandar a la sede corporativa en su país de origen o en el país donde ocurre el daño según la elección del solicitante. Por otro lado, la abolición completa de la responsabilidad limitada está demasiado atrapada para ser viable.

Por ello, la creación de un mecanismo vinculante brindaría una respuesta efectiva a las víctimas de estas violaciones de Derechos Humanos por parte de grupos empresariales, equilibrando las asimetrías de poder existentes. Por tanto, es necesario aplicar un modelo en la línea del modelo europeo presentado, teniendo en cuenta la unidad económica del grupo, que impide la afirmación de la autonomía jurídica y patrimonial y posibilita la cooperación internacional.

El régimen contenido en el instrumento no necesariamente se traspondrá a áreas como el Derecho Mercantil Internacional o el Derecho Internacional de Inversiones, ya que estará diseñado para regular casos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, donde las partes se encuentran en posiciones de gran asimetría de poder.

Tal medida se muestra en la disparidad procesal entre las empresas infractoras y los afectados, lo que no justifica la exigencia del principio de la carga de la prueba por parte de la víctima. Contrariamente a esto, es necesario que la propia matriz demuestre la falta de conexión entre ella y los actos abusivos de la filial. Por tanto, no respondería objetivamente de los perjuicios ocasionados a la matriz cuando se pruebe la inexistencia de la fianza.

Es decir, para garantizar la lucha contra la actual arquitectura de impunidad, el modelo más efectivo estaría basado en la asunción de la unidad económica del grupo económico, desconociendo la autonomía patrimonial y jurídica de las filiales y empresas mixtas. Esto se debe a que, considerando la disparidad entre las partes litigantes, no se debe exigir a los afectados que demuestren el vínculo entre la filial y la matriz, sino que el agente económico debe demostrar la ausencia de ese vínculo, si lo hubiera. De esta forma, las sociedades controladoras responderían objetivamente por los perjuicios ocasionados por las demás empresas que integran su ordenamiento social, salvo que se demuestre plenamente que la empresa que viola los Derechos Humanos no tiene ningún vínculo con la controladora. Se establecería entonces tanto una norma material de responsabilidad objetiva de la matriz para sus filiales, salvo en casos extremos, como una norma procesal, estableciendo para la empresa la obligación de acreditar la ausencia de vinculación económica.

En este sentido, se hacen las siguientes sugerencias sobre el alcance del Tratado de Derechos Humanos y Empresas:

1. La verificación del desempeño de las ETNs en los territorios en los que opera será monitoreada por los Estados receptores de su cadena productiva en la medida en que estos Estados cuenten con recursos materiales para realizar la debida diligencia.

I - Si el Estado receptor acredita la ausencia de recursos materiales, podrá solicitar al Estado donde se ubica la sede de la ETN, medidas de cooperación para realizar la fiscalización de las actividades comerciales dentro de su territorio.

II - Al instalarse en territorio extranjero, las ETNs, se comprometen con los mecanismos de due diligence establecidos por los instrumentos internacionales, así como se comprometen a cumplir con las leyes locales.

2. Los principios de la responsabilidad limitada no podrán ser aplicados por las ETNs en casos de violaciones de derechos humanos cometidas por sus subsidiarias.

3. En casos de violaciones de derechos humanos en territorios extranjeros, en los que no sea posible que la empresa lleve a cabo la reparación de la víctima, no será posible aplicar el principio de separación patrimonial y jurídica entre los socios y la sociedad empresarial.

4. Todas las empresas incluidas en la cadena productiva de las ETNs deben comprometerse a proporcionar a las poblaciones afectadas por sus actividades toda la información que les soliciten, respetando el principio de transparencia.

I - El suministro de información sobre la actividad empresarial puede ser exigido en cualquier momento, ya sea en la instalación de la empresa, durante sus actividades o incluso después de su cierre, según las necesidades de las poblaciones afectadas.

5. En beneficio de las poblaciones afectadas por la actividad empresarial, se asume la unidad económica entre la sociedad controladora y sus subsidiarias, caracterizándose la responsabilidad solidaria entre ellas en cuanto a las violaciones a los derechos humanos.

6. Las sociedades controladoras responden objetivamente por los daños y perjuicios ocasionados por las demás sociedades que integran su ordenamiento social, salvo que se demuestre plenamente que la sociedad que viola los Derechos Humanos no tiene ningún vínculo con la sociedad matriz.

7. Las ETNs deben, en este documento entenderse como un grupo económico compuesto para todas las corporaciones, entidades, sociedades, subsidiarias y afiliadas en las que la matriz tiene la mayoría de las acciones.

8. Existirá una presunción de control por parte de la sociedad matriz sobre todo el grupo económico en el que está incluida.

9. La sociedad matriz será solidaria e ilimitadamente responsable por todas las entidades que componen el grupo económico.

10. La presunción de control y la responsabilización solidaria e ilimitada de la sociedad matriz por el grupo sólo serán excluidas ante pruebas concretas que demuestren la ausencia de influencia política y económica de la sociedad matriz sobre la sociedad violadora.

11. La carga de la prueba para excluir la presunción de control recaerá en la empresa matriz u otras entidades corporativas involucradas en el litigio.

I - La presunción de responsabilidad de la matriz no quedará excluida por la existencia de otras empresas propietarias de acciones en su subsidiaria, cuando el monto de las acciones de este tercero no sea mayoritario.

II - Se deberá mantener la presunción de control cuando cualquier otra empresa del grupo económico sea el accionista principal de la empresa infractora.

III - La responsabilidad solidaria e ilimitada de la sociedad controladora se mantendrá incluso si la sociedad está constituida bajo el régimen de responsabilidad limitada de la legislación nacional.

12. Si la sociedad dominante no dispone de un patrimonio suficiente, todas las demás sociedades del grupo serán ilimitada y solidariamente responsables por las violaciones cometidas por otras entidades del grupo económico.

13. Las ETNs deben incorporar las obligaciones de Derechos Humanos contenidas en el tratado en sus respectivos contratos sociales, así como los contratos con toda su cadena de suministro y socios comerciales para garantizar la efectividad de este Tratado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e Responsabilidade da Empresa: O Moderno Paradoxo Regulatório. **Revista Direito GV**. n.1 v. 2. 2005. p. 29 – 68.

BERRÓN, Gonzalo. Un Tratado que obligará a las transnacionales: la vía expresa para la defensa de los derechos humanos. **PAPELES de relaciones ecosociales y cambio global**, Madrid, nº 127, 55-65, 2014.

CETIM, Centro Europa-Tercer Mundo. **La Impunidad de Las Empresas Transnacionales**. Ginebra, 2016.

CORREA, CARLOS M. **Scope of the Proposed International Legally Binding Instrumento n Transnational Corporations and Other Business Enterprises with respect to Human Rights**. Policy Brief, South Centre, No. 28 September 2016. (2016)

MEYERSFELD, Bonita. A Binding Instrument On Business and Human Rights: Some Thoughts for an Effective Next Step in International Law, Business and Human Rights. **Homa Publica: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas**, Juiz de Fora, v. 1, n. 1, p. 19 – 39, Novembro 2016. ISSN 2526-0774.

MUCHLISNKI, Peter. **Multinational Enterprises and the Law**. 2. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

_____. Limited liability and multinational enterprises: A case for reform? *Cambridge Journal of Economics*. n.34. v.5, 2010, p. 915–928.

ONU, Organización de las Naciones Unidas. **Resolução A/HRC/RES/26/9 do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas**. Ginebra: Nações Unidas, 2014. Disponible en: <<https://www.ihrb.org/pdf/G1408252.pdf>>. Acceso el 29 Abr. 2017.



CENTRO DE
DIREITOS HUMANOS
E EMPRESAS



FORDFOUNDATION