

# **SOBRE LA *INTERNATIONAL COMITY* EN EL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LOS EE.UU.**

## **ON THE *INTERNATIONAL COMITY* IN THE PRIVATE INTERNATIONAL LAW SYSTEM OF THE U.S.A**

**Francisco Javier Zamora Cabot\***

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. VISIÓN DE CONJUNTO. III COMITY Y MERCADO: *HARTFORD FIRE Y EMPAGRAN*. IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La presente Nota efectúa un análisis en profundidad de un importante trabajo publicado por Joel R. Paul en *Law and Contemporary Problems* sobre la “*Transformación de la International Comity*”. Después de revisar el estudio histórico preparado por el mencionado autor sobre el tema de referencia, la Nota, tras el escrutinio de varios precedentes judiciales en materia de Dº Antitrust, ofrece una visión crítica de los resultados que se derivan de tal estudio, favoreciendo a su vez a la *International Comity* como un instrumento básico para el desarrollo del moderno Dº Internacional Privado.

*ABSTRACT: The present Note makes a deep analysis of an important work published by Joel R. Paul in Law and Contemporary Problems about the “Transformation of International Comity”. After completing the review of the historical study prepared by the above-mentioned author on the described subject, the Note offers after studying several judicial precedents dealing with antitrust matters, an alternative critique of the results derived from that historical study, in favor of the International Comity as a basic tool for the development of modern Private International Law.*

PALABRAS CLAVE: Historia del Dº Internacional Privado; Cortesía Internacional; Aplicación Extraterritorial de las Leyes; Dº Antitrust.

*KEYWORDS: History of Private International Law; International Comity; Extraterritorial Application of Laws; Antitrust*

---

Fecha de recepción del artículo: 9 de febrero de 2010. Fecha de aceptación de la versión final: 23 de marzo de 2010

\* Catedrático de Dº internacional privado, UJI de Castellón. **Dedico estas páginas a la memoria del Profesor D. Manuel Díez de Velasco Vallejo.**

## I. INTRODUCCIÓN

Sucede en ocasiones que la lectura de un trabajo científico suscita en quien la lleva a cabo un interés tal como para no únicamente atesorar lo aprendido, sino para intentar aportar algo propio, por modesto que sea. Es mi propósito ante el estudio de un prestigioso internacionalista, Joel R. Paul, “*The Transformation of International Comity*”, aparecido en un foro de gran relieve, la revista *Law and Contemporary Problems*<sup>1</sup>, fundada, cabe recordar, por el eminente David. F. Cavers. No es casual, por otra parte, que ello me haya acontecido. Lo que mi maestro, D. Mariano Aguilar Navarro, denominaba “*noción de la cortesía internacional*”<sup>2</sup> y, precisamente, por la muy lúcida visión que de ella aportaba, atrajo mi atención desde mis contactos iniciales con el Derecho del Tráfico Externo, intensificándola luego a lo largo de mis propias indagaciones sobre temas diversos, en los que aquélla jugaba, frecuentemente, un papel muy destacado, esencial. Y es que, aún siendo un observador externo al sistema de los EE.UU., coincido plenamente con Joel R. Paul cuando atribuye a la, en sus palabras, “*doctrina de la cortesía internacional*”- *doctrine of international comity* -, un carácter de **fundamento o cimiento** de tal sistema<sup>3</sup>, y ello, y le sigo también aquí, a pesar de las marcadas divergencias con las que autores y tribunales han tratado de aprehenderla o definirla, siendo, en definitiva, su propia capacidad para transformarse, para adaptarse a las distintas situaciones y épocas, la clave última de su innegable trascendencia<sup>4</sup>.

Pero, al margen ya de este acuerdo de partida con el prestigioso autor citado, valoro especialmente en su estudio de la *international comity*, cómo aporta valiosas claves para entender, respecto de su significado, función y objeto, precisamente esa naturaleza mutante, proteica, diría mi maestro, a partir de un lúcido análisis histórico. El mismo, en fin, que le lleva de los orígenes de esa doctrina a nuestros días y, así, a que volvamos a coincidir, pero esta vez, en tanto que ambos hemos venido prestando atención - él muy destacadamente- al mismo sector, el Dº Antitrust del País transatlántico y, en lo que aquí interesa, a un caso señalado, *Hartford Fire Insurance Co. v. California*<sup>5</sup>, que le sirve, junto a otros, en especial, *Hoffman- La Roche v. Empagran*<sup>6</sup>, para sustentar unas muy interesantes Conclusiones.

Con estos antecedentes, pretendo aquí contrastar mi idea del juego actual de lo que en adelante llamaré *comity*, con la del reiteradamente citado autor, lo que trataré de llevar a cabo en los dos últimos Apartados de este trabajo. Antes, sin embargo, procedo, en el próximo, a sintetizar de forma espero que suficiente, las líneas medulares de “*The Transformation...*”, cit., estudio del que, como avancé, traen origen estas páginas.

---

<sup>1</sup> Vol. 71, 2008, pp. 19-38.

<sup>2</sup> Vid., *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, T. I, *Introducción y Fuentes*, Madrid, 1970, p. 217.

<sup>3</sup> Op. cit., p. 19.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 19 y s. Lo que, por otra parte, me lleva también a considerarla, como este autor, una verdadera *doctrina*. Muy recientemente, entre nosotros, vid., vgr., las múltiples y atinadas referencias que lleva a cabo sobre ella VIÑAS FARRÉ, R., en “Grandes Hitos del Dopr.: Evolución Histórica. El Caso de Andorra”, *Ponencia a las Jornadas de la AEPDIRI*, Logroño, Septiembre de 2009.

<sup>5</sup> 509 U.S. 764 (1993).

<sup>6</sup> 542 U.S. 155 (2004).

## II. VISIÓN DE CONJUNTO

En la Introducción de su cit. estudio, nuestro autor parte de un concepto del Derecho internacional privado en clave competencial, delimitando la soberanía estatal y el reparto de poder entre los que denomina actores públicos y privados. Así, al escoger entre la ley extranjera y la del foro, los tribunales sopesan el orden público del foro frente a los derechos de los particulares y, al hacerlo, circunscriben a la vez la relación entre el foro y las ramas políticas -(Legislativo y Ejecutivo)- y entre el propio Estado del foro y el resto del mundo<sup>7</sup>. Es, digamos, una caracterización *comprometida*, nada aséptica, de nuestra disciplina, que confieso me atrae particularmente y que, además, Joel R. Paul termina de perfilar de forma vigorosa, rotunda:

*“El Derecho internacional privado funciona en gran medida como una constitución para otorgar poder y delimitar autoridad y, en modo muy similar a una constitución, la evolución del Derecho internacional privado es un relato sobre el cambiante contexto histórico en el que los tribunales, el soberano, y los actores privados llevan a cabo sus relaciones en las transacciones comerciales y personales”<sup>8</sup>.*

Consecuente con ello, nuestro autor articula su análisis de la *comity* poniendo de relieve sus mutaciones y/o adaptaciones en un desarrollo histórico en tres fases: desde los orígenes de la doctrina hasta la Segunda Guerra Mundial; desde el fin de ésta hasta el de la llamada Guerra Fría y, tercera fase, hasta hoy, la que corresponde a la mundialización de la economía. Brevemente, otra cosa no toca, hará algunos apuntes sobre ese desarrollo en lo que atiene a las dos primeras fases, deteniéndome algo más en la última.

Así, de la muy extensa primera fase, destacaré, por ejemplo, en los inicios de la doctrina, la lúcida comprensión de la escuela holandesa, donde aquélla se origina -la *comitas gentium*-, como fruto de un profundo cambio histórico y político que alcanza un hito en los Tratados de Westfalia, también en lo que podemos llamar nacimiento del Estado moderno y, en fin, en la quiebra del ideal universalista, que se plasma en el cúmulo de soluciones a los conflictos de leyes que constituye el acervo de las escuelas precedentes<sup>9</sup>. Por otra parte, nuestro autor, que destaca que U. Huber tomaba la *comitas gentium* como un principio del D<sup>o</sup> internacional, se apunta a la tesis según la cual el maestro holandés consideraba que la decisión de aplicar el derecho extranjero en base a aquélla -primer fundamento de la doctrina- *quedaba al más amplio criterio, sin embargo, del propio Estado*<sup>10</sup>. El punto no es banal por un doble motivo: en primer lugar, porque este último extremo no es de pacífica aceptación por los autores que han prestado atención al particular<sup>11</sup> y, después, y como veremos, porque es probable que

---

<sup>7</sup> “The Transformation...”, cit. p.19.

<sup>8</sup> *Ibíd.*

<sup>9</sup> *Ibíd.*, pp. 21-23.

<sup>10</sup> *Ibíd.*

<sup>11</sup> Caso, por ejemplo, de WATSON, A., recogido en la cita (26) de su estudio por el mismo PAUL, J.R., *ibíd.* Vid., también, AGUILAR NAVARRO, M., *op. cit.*, p. 220 y s., y TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., *Derecho Internacional Privado, Parte General, Vol. II.*, 2ª ed., Madrid, 1990, p.219 y s.

esta visión inicial de la *comity* condicione el juicio de Joel R. Paul sobre algunas de sus versiones más modernas<sup>12</sup>.

Sigo ahora con algunos apuntes de los Siglos XVIII y XIX, dentro de la primera fase del citado desarrollo histórico. Así, me parece de particular interés la exposición que lleva a cabo nuestro autor de las aportaciones que figuras muy eminentes avanzan sobre la doctrina en ese período. Es el caso, por ejemplo, de Lord Mansfield, del que destaca sus raíces escocesas y su tradición religiosa e intelectual común con los juristas holandeses, que se traduce, en su célebre decisión en el *Case of James Sommersett*, en una firme denuncia de la esclavitud y en rechazo de la ley de los EE.UU., que la amparaba, en tanto que la aplicación del derecho extranjero en clave de la *comity* quedaba en su opinión a merced de su contraste con la justicia natural y el orden público del foro, siendo, entonces, discrecional para este último<sup>13</sup>, lo que motiva una bien conocida discrepancia con Samuel Livermore y, en fin, el acuerdo, que Joel R. Paul considera fundamental para el sistema estadounidense, que Joseph Story hace explícito respecto de la tesis de Mansfield en su magna obra, *Commentaries on the Conflict of Laws*<sup>14</sup>. Tras destacar el propósito de Story de facilitar la convivencia de los Estados esclavistas con los abolicionistas, mediante una visión de la *comity* en clave discrecional, “localizando” los efectos de la esclavitud<sup>15</sup>, y su consideración del *Derecho internacional privado* como una subcategoría del Derecho internacional, reflejo, a su vez, de la unidad del derecho público y el privado, nuestro autor concluye que el gran maestro estadounidense creó una visión universal del Derecho del Tráfico Externo que rivalizaba con la de los estatutarios, pero que dejaba patente, como en un anticipo del ascenso del positivismo durante la segunda mitad del siglo XIX, la primacía de la voluntad soberana del Estado del foro<sup>16</sup>. En sus palabras:

“Story, como Mansfield, como Huber [...] enfrentados a temas públicos generadores de mucho antagonismo -nacionalismo, faccionalismo religioso y esclavitud- (consideraron) que la *comity* dotaba de poder a los tribunales para decidir a favor de la aplicación del derecho extranjero, en función del respeto al soberano extranjero, o si el orden público doméstico debía triunfar sobre la mera cortesía. Para cada uno de ellos, *el tribunal era el agente del derecho público del soberano*”<sup>17</sup>.

Considero que nuestro autor sintetiza muy brillantemente, y de forma esclarecedora, estas aportaciones sobre la *comity*, enmarcándola en un ámbito histórico donde eran visibles tensiones cruciales, como las señaladas. Con todo, y para completar la valoración, acaso debiéramos hacer algo más de énfasis en el influjo sobre aquella de la

---

<sup>12</sup> Me parece muy relevante el acercamiento a los orígenes y significación de la *comitas* distinguiendo en la propia Escuela Holandesa entre la opinión de los VOET y la de HUBER y cómo aquéllos dejaban acaso más patente la influencia de HOBBS y PUFFENDORF, en tanto que éste asumiría el pensamiento de ALTHUSIUS y el de HUGO GROCIUS.

<sup>13</sup> Vid., PAUL, J.R., op. cit., p.23 y s.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> Ibid, p. 25.

<sup>17</sup> Ibid. Énfasis propio.

propia idea de *justicia*, para no convertirla en una mera derivación mecánica del arbitrio estatal. Es, por ejemplo, lo que mi maestro, Aguilar Navarro, hacía respecto de las tesis de Story, un autor del que pone de relieve su eclecticismo y la modernidad de su pensamiento y del que destaca "...ese espíritu internacionalista que con sentido histórico piensa en un futuro en el cual la justicia internacional se habrá logrado"<sup>18</sup>, aludiendo a las célebres palabras que concluyen los *Commentaries*: "*We may thus indulge the hope that at no distant period the comity of nations will be but another name for the justice of nations*"<sup>19</sup>.

Joel R. Paul, culmina su revisión de la primera fase, indicada, resaltando cómo se produce una mutación en la consideración de la *comity*, desde la mera cortesía debida al soberano extranjero, radicada en el Derecho internacional, hasta una **obligación** basada en el derecho interno, entrado ya el Siglo XX. Para ello se han producido cambios de importancia, como el arraigo de la distinción entre derecho público y privado, fruto de la industrialización y del juego de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución, donde la cláusula de proceso debido salvaguarda la libertad del mercado, y la conversión del *Derecho internacional privado* en el llamado *conflicto de leyes* - "**conflict of laws**"-, situándolo, según afirma, "en el umbral del derecho doméstico", el derecho del foro<sup>20</sup>. También, siempre según nuestro autor, es preciso relacionar esa mutación citada con la postura de principio que adopta la USSC sobre la *comity* en su decisión del caso *Hilton v. Guyot*, no exenta de ambigüedades, pero donde parece reforzarse la nota de obligatoriedad<sup>21</sup> que, en definitiva, es la que acaba prevaleciendo, tras el paréntesis de la teoría de los derechos adquiridos, piedra angular del *First Restatement*, presentada como una alternativa general a la doctrina objeto de estas páginas<sup>22</sup>. El análisis de intereses, por su parte, afirma Joel R. Paul, contiene en su entraña una nueva versión de la *comity*, al someter a su dictado lo que podría ser libre arbitrio de los tribunales en cuanto a la aplicación del derecho extranjero<sup>23</sup>. Con ello, concluye su exposición del extenso periodo señalado que, como dije, se extiende desde los orígenes de la doctrina hasta la Segunda Guerra Mundial.

Antes de pasar a la siguiente fase que, recuerdo, cubre desde la Postguerra hasta el final de la llamada Guerra Fría, he de alabar también las claves que nuestro autor proporciona para entender la evolución de la *comity* en el lapso entre las aportaciones de Story y, al hilo del análisis de intereses, las de B. Currie. Hablamos de impacto de la industrialización y de libertad de mercado, de conflicto de leyes y del foro como referente principal, de aquél análisis y de la *comity* como principio de autolimitación... Siendo todos elementos importantes, este último me parece de singular relieve. Y ello porque no siempre se acierta a comprender, en todas sus implicaciones, lo que significaron, y aún hoy significan, v.gr., las tesis de Currie. Mucho de él, si se me permite, se desvanece a este lado del Atlántico, "*lost in translation*", a pesar del cúmulo

---

<sup>18</sup> Op. cit., p.258.

<sup>19</sup> Ibid. Énfasis propio.

<sup>20</sup> Op. cit., p.26.

<sup>21</sup> Ibid., p. 27.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Ibid.

de reflexiones que su obra ha originado<sup>24</sup>; por ello, el que se le vincule, como hace Joel R. Paul, con lecturas internacionalistas de nuestra disciplina, *comity* y límites al foro, y no con el imperialismo jurídico al que se le suele asociar, resulta para mí, repito, muy relevante. Retengamos este punto, pues ha de dar juego en momentos más avanzados del presente estudio.

Entrando ya en la fase correspondiente a la Guerra Fría, nuestro autor pone de relieve especialmente cómo se enfatizan en ella, desde la óptica de los EE.UU. y frente al Bloque Soviético, los límites al control de la intervención del Estado sobre la iniciativa privada, y el consiguiente apogeo de la propiedad, la vía contractual y, claro está, el libre mercado, aparte de una decidida acción en el plano multilateral, sistema de Bretton Woods, encaminada hacia la reducción de barreras comerciales y al libre movimiento de bienes, servicios y capitales<sup>25</sup>. Los efectos sobre la *comity* se harán notar, indica, en la deferencia de los tribunales hacia el Ejecutivo, principal actor frente al reto global soviético, y en la percepción de aquéllos en el sentido de que la aplicación del derecho extranjero implica con frecuencia a las relaciones exteriores de los EE.UU. Es el momento del llamado *Acto de Estado* -vinculado con la *comity* y con los dictados constitucionales de la separación de poderes- y de su consagración en *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*<sup>26</sup>, siendo asimilado por nuestro autor con una “supernorma de conflicto de leyes”, que requiere que, en determinadas circunstancias, los tribunales del País transatlántico apliquen el derecho extranjero a un acto de Estado extranjero que acontezca en territorio foráneo, aunque tal acto viole un principio de Dº internacional - es el precedente *Sabbatino*, citado<sup>27</sup>-, que la propia USSC clarificará años más tarde en *First National City Bank v. Banco Nacional de Cuba*<sup>28</sup>, señalando que el Acto de Estado y las *Doctrinas Sobre Inmunidad Soberana* son creaciones judiciales para llevar a efecto las nociones generales de *comity* entre las naciones y entre las respectivas ramas del Gobierno Federal<sup>29</sup>.

Nuestro autor pone de relieve el núcleo de estas construcciones, que no es otro que la citada deferencia de los tribunales hacia el Ejecutivo, en sus palabras, una *figura paternal* a la que remitir el problema de la aplicación del derecho extranjero cuando el ámbito de las relaciones exteriores “parece un bosque oscuro y misterioso, lleno de peligro y duplicidad”<sup>30</sup>; estamos, recuérdese, en la época de los Bloques. En todo caso, Joel R. Paul no ahorra una fuerte y muy bien argumentada crítica contra estos desarrollos, en tanto en cuanto, fundamentalmente, se produce en su opinión una hipertrofia de las atribuciones del Ejecutivo en detrimento de los otros dos poderes del Estado y, en particular, un marcado deterioro del imperio de la ley - *rule of law* - respecto de los supuestos de tráfico externo, en cuya solución se renuncia a la

<sup>24</sup> Séame permitido remitirme, v.gr., a mi monografía, *Las vías de solución de los conflictos de extraterritorialidad*, Madrid, Eurolex, 2001, pp. 78-81, y a la bibliografía allí citada.

<sup>25</sup> Op. cit., p. 30 y s.

<sup>26</sup> 376 U.S. 398(1964).

<sup>27</sup> Op. cit., p. 31.

<sup>28</sup> 406 U.S. 759 (1972).

<sup>29</sup> Ibid, 768. Recogido por PAUL, Joel R., op. cit., p. 32.

<sup>30</sup> Op. cit., p.34.

previsibilidad, igualdad y coherencia, en favor de lo que el Ejecutivo considere apropiado, en cada caso concreto<sup>31</sup>.

Nuevamente nos proporciona Joel R. Paul unos referentes muy atinados para entender la *comity* en un contexto histórico preciso, aquí, la Guerra Fría, un tiempo, por otra parte, que vio surgir alguno de los más complejos contenciosos, v. gr., respecto de las sanciones económicas internacionales, ínsitos en lo que vino a denominarse *el gran debate sobre extraterritorialidad de las leyes*<sup>32</sup>. Y no es casual, por cierto, que la vincule, precisamente, con el Acto de Estado, como un medio de ir *ambientando* lo que será luego, lo veremos, el núcleo de su tesis sobre la doctrina. En cuanto a aquél, el citado Acto, hay que decir que se trata de una institución controvertida, con seguimiento desigual en autores y tribunales. Así, por ejemplo, al período de sometimiento casi sin fisuras a la voluntad del Ejecutivo plasmada en las denominadas *Bernstein Letters*, cuestión que nuestro autor nos recuerda que suscitó una severa crítica del *Justice Douglas* en su opinión en *First City Bank*<sup>33</sup>, ha seguido actualmente una situación mucho más fluida, en la que los tribunales parecen más celosos de su independencia, y hostiles a refrendar, en su caso, actos contrarios al Derecho internacional. Ello es particularmente cierto en ámbitos como el de los Derechos Humanos donde, por ejemplo, y aunque la estrategia de las empresas multinacionales, que en muchas ocasiones son demandadas por violaciones de aquéllos ante la jurisdicción federal, pasa regularmente por invocar el Acto de Estado, éste no suele ser acogido<sup>34</sup>.

Entro ya en la última fase del estudio histórico propuesto por nuestro autor, en la que avanza sus tesis principales sobre la *comity* en la actualidad. Parte de un claro aserto: la USSC, concluida la Guerra Fría -es la fase de la *mundialización de la economía*- abandona la idea de la *comity* en cuanto instrumento para preservar la supremacía del Ejecutivo en las relaciones exteriores<sup>35</sup>. El punto de inflexión sería su decisión en un caso notorio *Hartford Fire Insurance Co. v. California*<sup>36</sup>, que, siempre según Joel R.

---

<sup>31</sup> *Ibid.*, pp. 30-34. Vid., también, la síntesis ofrecida en la página 34, *in fine*, sobre la doble función a la que se ve conducida la *comity* y su juego sobre la división entre D° público y privado y su proyección en el ámbito internacional.

<sup>32</sup> Vid. La definición ofrecida por RIGAUX, F., en “Droit Economique et conflits de souverainetés”, *Rabels Z.*, Vol. 52, pp. 106-114 (1998). También, sobre las sanciones, en general, mi estudio “Les sanctions économiques internationales: un essay de synthèse”, en *Impérialisme et chauvinisme juridiques*, *Rapports présentés au colloque à l’occasion du 20e anniversaire de l’Institut suisse de droit comparé*, Schultess, 2004, pp. 309-319.

<sup>33</sup> *Op. cit.*, p.34: “The Court becomes a mere errand boy for the Executive Branch which may choose to pick some people’s chestnuts from the fire, but no others”, 406 U.S. at 770-773.

<sup>34</sup> Vid., vgr., mi estudio “Una luz en el corazón de las tinieblas: El *Alien Tort Claims Act of 1789* (ATCA), de los EEUU”, en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional, Homenaje al Profesor J.A. Carrillo Salcedo*, Tomo II., Sevilla, 2005, p. 1389, y REQUEJO ISIDRO, M., *Violaciones Graves de Derechos Humanos y Responsabilidad Civil (Transnational Human Rights Claims)*, Thomson, 2009, p.105 y s. También, en general, MARTÍN-ORTEGA, O., *Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional*, Bosch, 2008, pp.258 y ss.

<sup>35</sup> *Op. cit.*, p.35.

<sup>36</sup> 509 U.S. 764 (1993).

Paul, muestra un cambio de óptica en cuanto a la citada doctrina<sup>37</sup>. El caso, que parte de unos hechos complejos<sup>38</sup>, trata, en lo que más nos interesa, de la aplicación extraterritorial del Acta Sherman a la conducta en el sector de seguros y reaseguros desarrollada en el Reino Unido por demandados allí radicados y conforme a las leyes de ese País, pero que ha tenido efectos “*directos, previsibles y sustanciales*”<sup>39</sup>, restrictivos de la libre competencia, en los EE.UU. En la síntesis que sobre él ofrece nuestro autor, se vieron en el Alto Tribunal dos posturas enfrentadas respecto de la *comity*, la mayoritaria, avanzada por el *Justice Souter*, y la que queda en minoría, por el *Justice Scalia*. Para la primera, las consideraciones de *comity* sólo surgen si hay un “*conflicto verdadero* entre el derecho doméstico y el extranjero”<sup>40</sup>, lo que según la USSC no ocurre en el caso en cuestión, porque las demandadas no habían alegado que se vieran obligadas por la ley británica a actuar como lo hicieron, por lo que tal *conflicto* no se suscitó<sup>41</sup>. Para la minoritaria, en cambio, con apoyo en el canon de interpretación legislativa consagrado en el precedente del caso *Charming Betsy*<sup>42</sup>, en el sentido de que toda Acta del Congreso debe interpretarse evitando violar el Dº internacional si cualquier otra interpretación que lo respete es posible, la aplicación extraterritorial de las leyes de los EE.UU. debe templarse a través de consideraciones de *comity*<sup>43</sup>, lo que, según nuestro autor, equivale a vincular ésta con una obligación establecida por tal Derecho y con el *principio de razonabilidad* distintivo del *Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the US*<sup>44</sup>.

Es, en fin, esta última postura, la del *Justice Scalia*, la que acabará prevaleciendo, según Joel R. Paul<sup>45</sup>, años más tarde, en otra notoria decisión de la USSC, en el caso, citado, *Hoffman-La Roche v. Empagran, S.A.*<sup>46</sup>, que nuestro autor trae a colación entrando ya

<sup>37</sup> Op. cit., p. 35.

<sup>38</sup> Vid. Sobre ellos, v.gr., mi estudio *Las vías de solución...cit.*, pp. 55-58.

<sup>39</sup> Es la dicción de la *Foreign Trade Improvements Act (FTAIA) of 1982*, que modula de forma peculiar el ámbito espacial de aplicación del Acta Sherman y se codifica en 15 USC 6 (a) y 45(a).

<sup>40</sup> *Hartford Fire*, 509 U.S. en p. 765.

<sup>41</sup> Vid. PAUL, J.R., op. cit., p.35. Este autor destaca, con acierto, que esa lectura implica la absorción de la *comity* por la doctrina de la *foreign sovereign compulsion (FSC)*; sobre ella, vid., v.gr., WALLACE, Don (JR) y GRIFFIN, J.P., “The Restatement and the Foreign Sovereign Compulsion: A Place for Due Process”, en *International Lawyer*, Vol. 23, 1989, pp. 593 y ss.

<sup>42</sup> *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804).

<sup>43</sup> *Hartford Fire*, p.817.

<sup>44</sup> Sección 403(1). Vid., vgr., sobre ese principio, mi “Extraterritorialidad y Dº de la competencia: nuevos datos sobre el llamado *Test de Efectos*”, en *Revista de Derecho Privado*, diciembre de 1990, pp. 1003-1007.

<sup>45</sup> Op. cit., p.36. Pero el Alto Tribunal no se refiere expresamente al carácter jurisdiccional o sustantivo de la FTAIA, siendo este último el que primaba, en general, el *Justice Scalia*; vid., v.gr., VALDESPINO, E., “Shifting Viewpoints: The Foreign Trade Antitrust Improvements Act, A Substantive or Jurisdictional Approach”, *Tex. Int'l L.J.* Vol. 45, 2009, pp. 457 y ss.

<sup>46</sup> 542 U.S.155 (2004). Sobre él, vid., v.gr., WURMNEST, W., “Foreign Private Plaintiffs, Global Conspiracies, and the Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Laws”, *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, Vol. 28, 2005, pp 205 ss; BUXBAUM, H.L., “Jurisdictional Conflict in Global Antitrust Enforcement”, *Loyola Consumer Law Review*, Vol. 16, pp. 365 y ss; HUFFMAN, M., “A Standing Framework for Private Antitrust Enforcement”, *Southern Methodist University Law Review*, Vol.60, 2007, pp. 103 ss. y CONNOR, J.M. & BUSH, D., “How to Block Cartel Formation and Price Fixing:

en el núcleo de su tesis sobre la *comity* en la hora actual. De nuevo se trataba de la aplicación extraterritorial del Acta Sherman, esta vez respecto de un acuerdo de fijación de precios sobre el mercado mundial de vitaminas a granel - se trataba de uno de los flecos del célebre *Cártel de las vitaminas* -, siendo las partes extranjeras. Aquí, según la opinión mayoritaria, liderada por el *Justice* Breyer, y con apoyo parcial en el canon fijado en el precedente del *Charming Betsy*, ese Acta debe interpretarse de forma consistente con la *comity*, para evitar ofensas a los soberanos extranjeros<sup>47</sup>. Lo que se traduce, *si los efectos sobre el mercado doméstico son independientes de los perjuicios habidos en el extranjero*, en que los demandantes foráneos no dispongan de un título para accionar *-cause of action-* en tal circunstancia, frente a demandados también extranjeros, según el Acta Sherman<sup>48</sup>. Pero, aparte de las verdaderamente intrincadas cuestiones técnicas, muy comunes en sede de aplicación extraterritorial y, aún más, en el sector de libre competencia, lo que nuestro autor destaca<sup>49</sup> es la posición de principio que la mayoría del Alto Tribunal, a través del *Justice* Breyer, fija del modo siguiente:

“(el criterio al que se ha llegado)...advierte a los tribunales en el sentido de que los legisladores toman en cuenta los legítimos intereses soberanos de otras naciones, cuando redactan las leyes de los EE.UU. Y por ello ayuda a que las leyes potencialmente en conflicto de las diferentes naciones trabajen conjuntamente en armonía, una *armonía que se necesita particularmente en el actual mundo del comercio, altamente interconectado*”<sup>50</sup>.

A partir de aquí, nuestro autor deduce, de nuevo, un cambio significativo en cuanto a la consideración de la *comity* según la USSC: si aquella implicaba a la luz del precedente *Charming Betsy* que los tribunales debían asumir que el Congreso legislaba de forma coherente con el Dº internacional, según *Empagran* el Alto Tribunal interpreta los propósitos del Legislativo: “*conforme a los intereses del mercado mundial interdependiente*”<sup>51</sup>. Intereses, por otra parte, que se transparentan, asimismo, en algunos casos célebres dilucidados anteriormente por la USSC, como *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*<sup>52</sup>, *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*<sup>53</sup> y *Scherck v. Alberto-Culver*<sup>54</sup>, en todos los cuales, y siempre según nuestro autor: “( la USSC) *sacrificó un importante orden público encarnado en leyes de los EE.UU., (en aras) de las exigencias del mercado mundial*”<sup>55</sup>.

---

Using Extraterritorial Application of the Antitrust Laws as a Deterrence Mechanism”, *Penn State Law Review*, Vol.112, 2008, pp. 813 yss.

<sup>47</sup> 542 U.S.164.

<sup>48</sup> *Ibid.*, 175. (Énfasis propio). Pero la USSC encarga al Tribunal de Apelación del Circuito de Columbia que evalúe esos efectos en el caso concreto; vid., *WURMNEST, W.*, op. cit., p.209.

<sup>49</sup> Op. cit., p.36.

<sup>50</sup> 542 U.S.164 y s. (Énfasis propio).

<sup>51</sup> PAUL, J.R., op. cit., p. 36. (Énfasis propio). También indica aquí su opinión en el sentido de que la *comity*, no es ni ha sido considerada una norma de Dº internacional en los EE.UU., sino una doctrina del *common law* fruto de la separación de poderes y de la particular experiencia histórica de ese País.

<sup>52</sup> 473 U.S. 614, 629 (1985).

<sup>53</sup> 407 U.S. 1, 9 (1971).

<sup>54</sup> 417 U.S. 506, 517 (1974).

<sup>55</sup> Op. cit., p.37.

Llegamos ya al vértice de la tesis de Joel R. Paul que, retomando la decisión del caso *Empagran*, pone de relieve con marcada convicción:

“(…) La *comity* no exige simplemente respeto hacia los soberanos extranjeros, el Ejecutivo, o incluso respeto hacia la voluntad autónoma de los particulares. La *comity* exige respeto hacia el mercado en sí mismo. La decisión *Empagran* parece tratar el mercado como si tuviera su propia voluntad autónoma, de modo similar a cuando los tribunales se referían a la del soberano. *En esta economía mundializada, los tribunales sirven a un dueño más alto y la voluntad del soberano debe ceder ante la del mercado*”<sup>56</sup>.

En fase ya de Conclusiones de su interesante estudio, en fin, nuestro autor, señalando ante lo visto el carácter elástico de la *comity* a través de las distintas épocas, se reafirma en su fuerte crítica a lo que entiende como último giro de aquélla en clave del *mercado*. En sus palabras:

“Cuando los tribunales sacrifican el orden público del foro para acomodarse al mercado, substituyen su propia preferencia ideológica por los mercados en vez de los objetivos de política legislativa adoptados por los legisladores. *Al hacerlo así, los tribunales frustran políticas que son producto del proceso democrático*”.<sup>57</sup>

Son afirmaciones, desde luego, tajantes, que nuestro autor remata con un apunte, digamos, *técnico*, tras recordar los vínculos que han marcado desde el inicio las relaciones entre la *comity* y la voluntad de los soberanos, vínculos que vienen a desnaturalizarse a causa del precedente *Empagran* : “ Los tribunales, por el respeto hacia la separación de poderes y los soberanos extranjeros, debieran ejercer su jurisdicción como los legisladores han pretendido que se ejerza, *y dejar el balance de intereses al proceso político*”.<sup>58</sup>

Partiendo de la máxima consideración hacia nuestro autor y estas tesis, avanzadas con firmeza, propongo, en el apartado siguiente y en el de Conclusiones, otra visión, también muy personal, de la *comity* y sus más recientes avatares, esperando que puedan aportar algo a una mejor comprensión de ésta, clave como dije en el sistema de D° internacional privado de los EE.UU. y, sin duda, brillantemente estudiada por Joel R. Paul.

### III. COMITY Y MERCADO: *HARTFORD FIRE Y EMPAGRAN*

A la decisión *Hartford Fire*, con la que inicio este Apartado, tuve ocasión de dedicarle hace tiempo un estudio en profundidad<sup>59</sup>, del que destacaré lo que creo ahora oportuno, en un doble orden, el que atiene al llamado *conflicto verdadero* y el que se refiere a lo que, en realidad, es el punto central de la discrepancia entre las opiniones mayoritaria y minoritaria del Alto Tribunal en el caso: el enfoque de la aplicación extraterritorial de

---

<sup>56</sup> Ibid. (Énfasis propio).

<sup>57</sup> Ibid. P.38. (Énfasis propio).

<sup>58</sup> Ibid. (Énfasis propio).

<sup>59</sup> Vid., mi monografía, “*Las vías de solución..*”, cit., pp. 54-87.

las leyes en clave de competencia jurisdiccional *ratione materiae* - la llamada *subject matter jurisdiction* -, o el basado en su antagonista, la conocida como *competencia legislativa - jurisdiction to prescribe*. Me impongo un esfuerzo de síntesis, sobre cuestiones muy complejas y llenas de matices, pero sintonizo en ello con Joel R. Paul, y es lo que se acomoda a estas páginas.

Según entiendo y he dicho ya, el núcleo de este caso se encuentra, a mi parecer, en sede diversa a la del *conflicto verdadero*, posiblemente utilizado aquí como una vía rápida por la mayoría de la USSC hacia la solución que pretendían primar, la aplicación del Acta Sherman a la conducta descrita en el Reino Unido. Si esto es así, se justifica, asimismo, un tratamiento aquí, podemos decir, *sumario*. Lo primero sería recordar lo que B. Currie entiende por tal *conflicto*, pues, al cabo, fue su principal mentor y responde a un punto central en su innovadora doctrina, el *governmental interest analysis*. Para el maestro estadounidense, en la acertada lectura propuesta por S. Burr, el *conflicto verdadero* existe: “(...) cuando las leyes relevantes -la del foro y la extranjera- no sólo difieren, sino que cada Estado tiene un interés legítimo en la aplicación de su ley para resolver la cuestión. En tal situación, el tribunal debiera aplicar la ley estatal del foro...”<sup>60</sup>. De este modo, y en la medida en que S. Burr sostiene también, con razón, en su citada lectura, el que los citados *conflictos* suponen un acercamiento metodológico que responde a una presunción en favor de la aplicación de la ley del foro, y de que cualquier protesta de los litigantes extranjeros y sus Gobiernos debiera reconducirse a través de cambios en las respectivas leyes -las de los EEUU o las extranjeras-, o de acuerdos internacionales<sup>61</sup>, podríamos pensar en una sintonía, en la práctica, entre la doctrina de B. Currie y la sentada en *Hartford Fire*. Pero, dando un paso más, lo cierto es que el reiteradamente citado *conflicto*, tiene un alcance diverso en ambas.

Si en la doctrina de aquel autor tal *conflicto* juega a favor de la aplicación de la ley del foro, en *Hartford Fire* representa un *filtro previo* respecto de la *oportunidad* del análisis en *comity*. De esta manera, si la USSC hubiera seguido, realmente, lo que B. Currie entiende por *conflicto verdadero*, ese análisis hubiera debido realizarse en el caso; en efecto: resulta palmario que las leyes de los EE.UU. y las del Reino Unido eran *divergentes*, y que ambas naciones tenían un interés legítimo en su respectiva aplicación. Con su peculiar versión del *conflicto verdadero*, pues, el Alto Tribunal lo desnaturaliza, así como al propio análisis en *comity*, al que mengua en su indudable entidad. La autorizada opinión de A.F. Lowenfeld, *Reporter* del Capítulo del cit. *Restatement III* donde aquel análisis se consagra, nos lo confirma y, concluyendo mi referencia a este punto, la recojo aquí:

“(El conflicto)...no se refiere sólo a **mandatos**: trata también de intereses, valores y prioridades enfrentadas. Todo ello debe tenerse en cuenta para llegar a un reparto racional de competencias en un mundo de Naciones-Estado”<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Vid. su estudio “The Application of U.S. Law to Foreign Conduct: Has *Hartford Fire* Extinguished Considerations of Comity?”, *U. Pa. J. Int’l Bus. Law*, Vol. 15, 1994, pp. 231-233.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> Vid. Su “Conflict, Balancing of Interest, and the Exercise of Jurisdiction to Prescribe: Reflections on the Insurance Antitrust Case”, *American J. of Int’l Law*, Vol. 89, 1995, pp. 48-50. Es destacable que, en

No haré extensa, tampoco, mi respuesta a la segunda cuestión planteada, es decir, la disparidad, respecto de la aplicación extraterritorial de las leyes -aquí el Acta Sherman-, entre un enfoque procesal y jurisdiccional, la cit. *subject matter jurisdiction* y su antagonista, basado en la competencia legislativa, la referida *jurisdiction to prescribe*. Traté de ello ya en otros lugares<sup>63</sup> y, en realidad, lo sucedido en *Hartford Fire*, puede resumirse en breves palabras: la mayoría del Alto Tribunal se mantuvo en la estela del primer enfoque, un tanto romo y tradicional, fruto de condicionamientos internos y de prácticas de letrados especializados en antitrust, en detrimento del basado en la competencia legislativa, mucho más elegante en términos jurídicos, donde las técnicas más depuradas del Dº internacional privado se conjugan con las del Derecho de Gentes, abonando las tesis de *moderación y auto-limitación* en el ejercicio por el Estado de su potestad para legislar, y de proyectar sus leyes allende el territorio. De la mano del citado *Restatement III*, la *jurisdiction to prescribe* nos conduce al principio de razonabilidad -*reasonableness*- y al análisis en *comity*. La opinión que prevaleció en la USSC, sin embargo, posterga éste y produce en la práctica una versión reforzada del longevo precedente *Alcoa*<sup>64</sup> y su *test de efectos* que, si a mediados de la década de los cuarenta representó un progreso cierto, preciso era conjugar, cincuenta años más tarde, en *Hartford Fire*, no sólo ya con las modulaciones establecidas por el derecho constituido sobre ese *test*, sino, sobre todo, con esas técnicas depuradas del Dº del Tráfico Externo, audaces y novedosas, reflejo de un brillante colectivo científico y aquilatadas por una importante práctica judicial. Ciertamente es que la cuestión se presenta ante el Alto Tribunal en clave procesal, precisamente por mor de una *motion to dismiss for lack of subject-matter jurisdiction*, presentada inicialmente en instancia en la fase de alegaciones -*pleadings*- del proceso que, de haber sido admitida, hubiera impedido a la USSC entrar sobre el fondo en un caso de gran envergadura -la configuración del mercado de seguros de los Estados Unidos. Pero, después de muy largos años de silencio sobre estas cuestiones, se esperaba de aquélla algo más. Los montes parieron un ratón o, según uno de los aforismos de Lichtenberg: “Anunciaron un canastillo de flores. Llega un saquillo de patatas”. El Tribunal Supremo *la acertó mal* y era preciso enderezar ese entuerto. Lo hizo, según entiendo, años más tarde, en el caso *Empagran*.

El mayor interés para nosotros de ese caso radica, claro está, nuevamente en la aplicación extraterritorial del Acta Sherman, que se encara aquí a través de una de las modulaciones erigidas sobre ésta por la citada *Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982 (FTAIA)*<sup>65</sup>, un texto de orígenes humildes, pero que se ha convertido en referencia obligada por su carácter único en cuanto a la fijación del ámbito espacial de aplicación del Derecho Antitrust. Y ello aunque, como acertadamente indica un prestigioso especialista, J.P. Griffin, “...no es exactamente un modelo de claridad y

---

*Empagran*, el Alto Tribunal recuperase esta visión *amplia* del conflicto; vid., v.gr., sobre ello, FITZPATRICK, M., “*Hoffman-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.*: The Supreme Court Trusts that Foreign Nations Can Preserve Competition Without American Interference”, *Tul. J. Int’ & Comp. L.*, Vol. 13, p. 376 y s.

<sup>63</sup> Vid., v.gr., “Las vías de solución...”, cit., pp. 66-87.

<sup>64</sup> U.S. v. Aluminium Co. of América (Alcoa), 148 F.2d. 416(2d. Cir.1945).

<sup>65</sup> Codificada en 15 USC, Secciones 6 (a) y 45 (a). Sobre ella, vid., v.gr., mi “Extraterritorialidad y Dº de la Competencia...”, cit., pp. 995-1000.

buena técnica legislativa”<sup>66</sup>, al introducir un llamado *test de efectos* en versión *cualificada*, pero por vía de excepción a la cobertura de las conductas en el curso de exportación a cargo del Acta Sherman<sup>67</sup>.

Pues bien, la reflexión de la USSC sobre la citada aplicación extraterritorial se construye, tratando de unificar doctrina frente a las decisiones contradictorias de los tribunales inferiores, en relación, como apunté páginas atrás, con un muy preciso supuesto: ¿qué vínculo debe existir entre el perjuicio sufrido en el extranjero por los demandantes y el efecto sobre el comercio de los EEUU para que pueda justificarse la proyección allende el territorio de las leyes antitrust?<sup>68</sup> Ya sabemos lo que resolvió el Alto Tribunal en el caso de especie, pero lo que quiero destacar ahora es cómo el autor cuyo estudio vengo glosando, Joel R. Paul, se apoya en una decisión que resulta muy circunscrita a un caso particular y a la interpretación de un aspecto extremadamente técnico de un sistema de por sí harto complejo, para deducir su fuerte crítica de los análisis en *comity*, convertida en la gran valedora del *mercado* frente al escrutinio de los tribunales y conduciéndoles, incluso, a someterse a los dictados de aquél.

En realidad, ¿cómo debe abordarse un caso como *Empagran*? Desde la óptica del D° del Trafico Externo hablamos de un supuesto que vincula a los EE.UU., porque hay efectos sobre su mercado, y en el que **el lugar del daño y las partes** corresponden al Reino Unido. Un cártel mundial, como el de las *Vitaminas*, de cuya saga jurídica *Empagran* constituye un epígono, *siempre* tendrá algún reflejo sobre una economía de tanto relieve como la del País citado. ¿Es lógico que, sin más, los tribunales estadounidenses entren a decidir y/o proyecten sus leyes a conductas como las del caso? Los cárteles, en general, son reprobables jurídica y éticamente, y hay que salirles al paso, con firmeza. Por cierto, la que hubo con el propio de las *Vitaminas* que, merecidamente, sufrió un muy severo castigo a banda y banda del Atlántico<sup>69</sup>. Pero, ¿los tribunales del Reino Unido carecen de solvencia o no están pertrechados por una normativa a la que puedan recurrir en un caso como el de *Empagran*? El efecto disuasorio, entre otros, de la acción de la jurisdicción federal de los EE.UU. y sus poderosas leyes, frente a los cárteles y otras prácticas restrictivas no debe menospreciarse. Pero algún límite, en algún momento, debe ser establecido. Bajo esta luz, la decisión basada en la mayoría del Alto Tribunal, con soporte en el análisis en *comity*, y no se olvide, ceñida a los concretas circunstancias del caso, parece correcta<sup>70</sup>. Como lo es el substrato sobre el que reposa: el respeto a la soberanía de los Estados extranjeros y la realidad de un mundo interconectado. Y que también se halla presente en las célebres decisiones *Mitsubishi*, *Zapata* y *Alberto-*

---

<sup>66</sup> Vid. Su “Comparison of the Export Trade Company Act and the Foreign Antitrust Improvements Act” en *The Export Trading Act of 1982*, Washington D.C., 1982, p.18.

<sup>67</sup> Test cualificado de efectos, por cierto, que, al modular la aplicación extraterritorial, se encuentra muy vinculado con la *comity*; vid., v.gr., mi “Extraterritorialidad y D° de la Competencia.”, cit., p. 998 y s.

<sup>68</sup> Vid., v.gr., DIAMOND, S.L., “Empagran, the FTAIA and Extraterritorial Effects: Guidance to Courts Facing Questions of Antitrust Jurisdiction Still Lacking”, *Brooklin J. Int’l Law*, Vol. 31, pp. 805 y ss.

<sup>69</sup> Vid., v.gr., WURMNEST, W., op. cit., p. 218 y, allí, nota (16).

<sup>70</sup> En el mismo sentido, vid., v.gr., FITZPATRICK, M., op. cit., *pass*. Cfr. con HALABI, S.F., “The ‘Comity’ of *Empagran*: The Supreme Court Decides that Foreign Competition Regulation Limits American Antitrust Jurisdiction over International Cartels”, *Harv. Int’l L.J.*, Vol. 46, *pass*.

*Culver*<sup>71</sup>, que nuestro autor cita como heraldos, en época *anterior* a la de la mundialización de la economía, de esa deriva inexorable hacia la rendición incondicional ante el *mercado* para él consagrada en *Empagran*. Estimo el punto de interés, y le dedico atención seguidamente, finalizando ya este Apartado.

Recordemos que para Joel R. Paul toda esta línea de jurisprudencia implica un grave quebranto del orden público y el que los tribunales, “...*frustren políticas que son producto del proceso democrático*”. La acusación es muy seria, claro está, pero creo que puede rebatirse desde una doble perspectiva. Tomemos, por ejemplo, en primer lugar, la decisión en el caso *Mitsubishi*, desde luego trascendental para el sistema estadounidense -la posibilidad de arbitrar en el sector antitrust- y de la que, con mucho acierto, Nuria Bouza afirma que:” Existe un amplio consenso en considerar(la)...como el *punto de partida* hacia una *progresiva liberalización de las materias susceptibles de arbitraje*, no sólo en los EE.UU., sino también en otros Países occidentales”<sup>72</sup>. Pudiera parecer que la USSC puso en entredicho la misma esencia del sistema económico de su País - de la que el D° Antitrust se suele presentar como columna vertebral, a través del juego conjunto de sus disposiciones sustantivas y la competencia *exclusiva* atribuida (hasta entonces) a la jurisdicción federal-, al ceder aquélla tal competencia a, en el caso, un árbitro en Japón, pero la realidad es otra. El Alto Tribunal tuvo buen cuidado de no dar un *cheque en blanco* al citado árbitro:

“ (El Juzgado de Distrito) mantiene activa su competencia en el caso y *en el momento de ejecución del laudo* tendremos la oportunidad de asegurar que un interés legítimo en la aplicación...de las leyes, ha sido contemplado. (...) (Si) no existiera una oportunidad de revisión y las cláusulas de elección de foro y de ley operasen en tándem como una renuncia anticipada del derecho de una parte a conseguir reparaciones legales...*dudaríamos poco en condenar el acuerdo como contrario al orden público*”<sup>73</sup>.

La USSC, pues, claramente defiende el orden público de los EE.UU., pero sólo considera de orden público **internacional** el que puede activarse en el momento de pasar el laudo extranjero por el tamiz de los principios y valores fundamentales ínsitos en el D° Antitrust, en sede de **reconocimiento**<sup>74</sup>. No así el relativo a la *arbitrabilidad* de los litigios en la materia, que queda restringido al ámbito puramente doméstico o interno. Al hacerlo así, y paso ya a la segunda perspectiva, el Alto Tribunal conecta con desarrollos sobre el orden público que venían gestándose en el plano comparado, incluso con bastante anterioridad, en Países y circunstancias muy diversas a las de los EE.UU. Es el caso, por ejemplo, de la célebre decisión de la *Cour de Cassation* francesa en las *Messageries Maritimes*<sup>75</sup>, sobre validez de las cláusulas de estabilización monetaria en el comercio internacional, u otras, no menos notorias, de la misma *Cour*,

<sup>71</sup> A las que, por ejemplo, se podría añadir la decisión de la USSC, de 19 de Junio de 1995, en el caso del *Sky Reefer*, *International Legal Materials*, Vol. 34, pp. 1615 y ss.

<sup>72</sup> Vid. su excelente estudio “La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LII, 2000, p.374 y, allí, nota (10).

<sup>73</sup> 473 U.S. 637-638. (Énfasis propio).

<sup>74</sup> Vid., asimismo, la Secc. 482 (2)(d) del *Restatement III, The Foreign Relations Law of the U.S.*

<sup>75</sup> Cass. Civ., 21-6-1950.

respecto a la de las cláusulas compromisorias en ese comercio, *Galakis*<sup>76</sup> o *Hecht*<sup>77</sup>. Es, en definitiva, la pertenencia del supuesto al ámbito internacional, lo que suscita una modulación del orden público y el que se tolere en ese ámbito lo que no se permite en el interno, generando, con ello, una solución material o sustantiva *ad-hoc* para los supuestos de tráfico externo<sup>78</sup>. Hablamos de desarrollos que perfeccionan los sistemas de D° internacional privado, al aquilatar la aplicación del *brutum fulmen* constituido por el orden público, desarrollos a los que no ha querido ser ajena la USSC. Así entendidas, sus decisiones en *Empagran* o *Alberto-Culver* -ésta sobre el mercado de valores-, pueden sintonizar también con notables progresos en relación con el orden público, como el que lleva a estudiar, en un caso concreto, el grado de **vinculación** del supuesto con el foro, a los fines de activar aquél. En los EE.UU. la cuestión puede suscitarse, por ejemplo, bajo el ropaje del citado *test de efectos*, en sus diversas versiones, pero el discurso de fondo se antoja muy similar, o casi idéntico al de tales progresos, y en gran medida acorde con un moderno concepto de nuestro Derecho, el internacional privado<sup>79</sup>. Si todo esto es cierto, en fin, ni la *comity* ni la USSC merecen la severa crítica avanzada por Joel R. Paul. Antes bien, podríamos decir que el Alto Tribunal ha sabido extraer, adaptándola a nuestra época, el potencial de una doctrina con ilustres orígenes -*la comitas gentium*- de los maestros holandeses y que, desde entonces, es uno de los protagonistas más singulares del Derecho del Tráfico Externo y, con seguridad, claro referente hacia su futuro.

#### IV. CONCLUSIONES

Comparto con Joel R. Paul el convencimiento de la importancia y necesidad de mantener una actitud **decidida** en cuanto a la aplicación del D° de la libre competencia, y especialmente cuando sus conculcaciones son de gran calibre, como las que perpetran cárteles internacionales de toda laya. Es muy de agradecer, también, la firme lucha contra éstos y otros atentados contra tal Derecho en la que, con carácter pionero y escasas vacilaciones, se vienen implicando las autoridades judiciales y administrativas de los Estados Unidos. Pero, en la medida en que su ejemplo ya ha cundido en otros Países, o, incluso en ámbitos supranacionales como el de la Unión Europea, provistos todos ellos también, además, de sólidos aparatos normativos, entramos, creo, en el terreno de las acciones concertadas y la cooperación. Del respeto mutuo y la vigilancia compartida. Y no sólo en el sector Antitrust, sino en todos los que exigen una tutela especial por parte de los poderes públicos, como transferencia de tecnología, mercado

---

<sup>76</sup> Cass. Civ., 2-5-1966.

<sup>77</sup> Cass. Civ., 4-7-1972.

<sup>78</sup> Vid., v. gr., en general, el clásico estudio de GOLDMAN, B., "La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives", en *Journal de Droit International*, 1979, pp. 475y ss. También, LOQUIN, E., "Les Règles Matérielles Internationales", *Recueil des Cours*, Vol. 322, 2006, pp. 147-157.

<sup>79</sup> En un claro *interface* con el D° internacional público en el sistema de los EEUU, pues este último es el que da el marco de referencia, en el *Restatement III*, para el análisis en *comity* según el principio de *reasonableness*, Secc. 403, o para el propio *test de efectos*; importa destacar, también, el sustrato de normas imperativas sobre el que ese sistema se construye en las materias aquí tratadas, sustrato que en él genera inflexiones particulares.

de valores, secreto bancario, etc. A este último, por ejemplo, se refiere el Profesor R. Viñas en el trabajo que recojo en cita en la Introducción de estas páginas, donde alaba la aparición de enfoques flexibles por parte de, precisamente, los tribunales estadounidenses, vehiculándose aquéllos a través de análisis en *comity*, como modo de superar los planteamientos que hicieron proliferar las llamadas *leyes de bloqueo* - en esa y otras materias-, por parte de muchos de los *partenaires* naturales del País transatlántico. Esa es, en mi opinión también, la vía a seguir, previniendo tensiones estériles y, al fin y a la postre, muy probablemente la que resulte más eficaz.

Los excesos a que han conducido las visiones idílicas, al margen de toda experiencia y razón, del persistente objeto de las críticas de Joel R. Paul, *el mercado*, fundamentan, hoy más que nunca, el que se pongan todos los medios para su disciplina y control. Pero convertir a la *comity* simplemente en uno de sus cómplices me parece excesivo o, si se prefiere, fuera de lugar. Esta discrepancia con nuestro autor, en fin, no impide lo que ha sido propósito fundamental de estas páginas, rendirle homenaje a través de la glosa de su espléndido trabajo.