



Papeles el tiempo de los derechos

DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS
UNIDOS EN EL CASO *DAIMLER AG V. BAUMAN ET AL*:

CLOSING THE GOLDEN DOOR

F. J. Zamora Cabot*

Catedrático de Derecho internacional privado
UJI de Castellón.

“Give me your tired, your poor, your huddled masses...”

Palabras Clave: Litigios Civiles Transnacionales Sobre Derechos Humanos; Caso Daimler; Estados Unidos - Competencia Jurisdiccional In Personam; Casos International Shoe y Goodyear; Responsabilidad de las Empresas Multinacionales; Casos Sosa y Kiobel.

Número: 2 Año: 2014

ISSN: 1989-8797

* He desarrollado estas páginas en el ámbito del Proyecto Consolider-Ingenio 2010, HURI-AGE, *The Age of Rights*, CSD2008-0007.

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)



Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd)

No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS
UNIDOS EN EL CASO *DAIMLER AG V. BAUMAN ET AL*:
CLOSING THE GOLDEN DOOR

F. J. Zamora Cabot*

Catedrático de Derecho internacional privado

UJI de Castellón.

“Give me your tired, your poor, your huddled masses...”

SUMARIO

I. Introducción. II. Decisión en el Caso *Daimler*. 1. Antecedentes.
2. Opinión de la *Justice* Ginsburg. 3. Opinión de la *Justice*
Sotomayor. III. Valoración. IV. Reflexiones finales.

I.- INTRODUCCIÓN.

Avanzo aquí unos primeros y breves apuntes sobre una nueva decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que incide en el ámbito de los litigios civiles transnacionales sobre violaciones de los Derechos Humanos. No hace mucho, en Abril del pasado año 2013, el Alto Tribunal publicó su muy esperada e importante decisión en un caso ya célebre, *Kiobel*¹, un verdadero parteaguas en el ser y en la práctica del sistema estadounidense. Avanzado ese mismo mes, y al admitir entrar a revisar el que trato ahora, *Daimler*², quedaba claro, y así se entendió ampliamente, que surgía una

* He desarrollado estas páginas en el ámbito del Proyecto Consolider-Ingenio 2010, HURI-AGE, *The Age of Rights*, CSD2008-0007.

¹ 569 U.S. (2013). October Term 2012, No. 10-1491, Decided April 17, 2013.

² No. 11-965, decisión recogida en http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/11-965_1qm2.pdf. En adelante, cit., *Decisión Daimler*. Vid. una exhaustiva documentación sobre el caso, v. gr., en <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSele>

buena ocasión para que ese Tribunal matizase y/o entrase a dilucidar alguno de los cabos sueltos que, como indiqué en su momento y , de forma muy estudiada, había dejado en su resolución de *Kiobel*³. Y debo decir ahora que, según creo, aun asumiendo el trasfondo de esta última, la solución dada en *Daimler* la trasciende y plantea nuevas perspectivas de análisis y, muy posiblemente, se convertirá en otra pieza clave para la comprensión del sistema de los Estados Unidos, y ello en un sentido general, más allá del citado ámbito.

Tras de estas observaciones liminares, Apartado I, presentaré la decisión *Daimler* en el siguiente, Apartado II, en tres epígrafes, respectivamente: Antecedentes; Opinión de la *Justice* Ginsburg y Opinión de la *Justice* Sotomayor. Luego la valoraré en el Apartado III, concluyendo estas páginas con unas Reflexiones Finales, Apartado IV. Anticipo ya que la decisión versa sobre aspectos muy técnicos -y de gran trascendencia práctica-, en el sistema de los Estados Unidos, y requiere y va a recibir sin duda por la doctrina especializada, un tratamiento harto más minucioso que el que he concebido para este empeño. Me excuso de antemano por ello, y pido benevolencia esperando que, al menos, la que aporte, si no otra, tenga la virtud de ser noticia razonada y urgente de, como he dicho, un nuevo elemento de referencia de primer orden en el reiteradamente citado sistema.

ctedcases/DaimlerlawsuitreArgentina. Y la existente en <http://scotusblog.com/case-files/daimler-chrysler-ag-v-bauman/>. También, entre los estudios previos a su resolución, vid., v. gr., D.E. Childress, “General Jurisdiction and the Transnational Law Market”, *Vanderbilt Law Review En Banc*, vol. 66:67, 2013, pp. 67-80; H.M. Erichson, “The Home-State Test for General Personal Jurisdiction”, *ibidem*, pp. 81-94; Id., “Why the Supreme Court Should Give the Easy Answer to an Easy Question: A Response to Professors Childress, Neuborne, Sherry and Silberman”, *ibidem*, pp. 179-184; B. Neuborne, “General Jurisdiction, ‘Corporate Separateness’ and the Rule of Law”, *ibidem*, pp. 95-109; S. Sherry, “Don’t Answer That! Why (and How) the Supreme Court Should Duck the Issue in *DaimlerChrysler v. Bauman*”, *ibidem*, pp. 111-122 y L. J. Silberman, “Jurisdictional Imputation in *DaimlerChrysler AG v. Bauman*: A Bridge Too Far”, *ibidem*, pp. 123-134. Asimismo, vid., v. gr., T. W. Noelle, “At Home in the Outer Limits: *DaimlerChrysler v. Bauman* and the Bounds of General Personal Jurisdiction”, *Duke Journal of Constitutional Law And Public Policy Sidebar*, vol. 9, 2013, pp. 17-41; L. Hoffman, “Further Thinking About Vicarious Jurisdiction: Reflecting on *Goodyear v. Brown* and Looking Ahead to *Daimler AG v. Bauman*”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 32, 2013, pp. 765-785 ; L.S. Mullenix, “Due Process, General Personal Jurisdiction, and F-Cubed Litigation: The Extraterritorial Reach of American State Courts Over Foreign Nation Corporations for Alleged Human Rights Violations”, *The University of Texas School of Law, Public Law and Legal Theory Research Series Number 525*, recogido en <http://ssrn.com/abstract=2335510> y V. Winship, “Personal Jurisdiction and Corporate Groups: *DaimlerChrysler Ag v. Bauman*”, *Journal of Private International Law*, vol. 9, 2013, pp. 431-448. En general, vid., también, v. gr., S.E. Sterk, “Personal Jurisdiction and Choice of Law”, *Iowa Law Review*, vol. 98, 2013, pp. 101-144.

³ Vid. mi estudio “Las Empresas Multinacionales y su Responsabilidad en Materia de Derechos Humanos: Una Visión de Conjunto”, en estos *Papeles*, Número 6, Año 2013, p. 7.

APARTADO II. DECISIÓN EN EL CASO *DAIMLER*.

1. Antecedentes.

En 2004, veintidós residentes en Argentina presentaron demanda contra Daimler/Chrysler AG - empresa alemana cotizada en Bolsa, predecesora de la también germana DaimlerBenz AG -, ante el Juzgado Federal del Distrito Norte de California, perteneciente al Noveno Circuito Federal. Los demandantes alegaban que Mercedes-Benz Argentina, subsidiaria de la primera, había colaborado con las fuerzas de seguridad de ese País durante la execrable “*Guerra Sucia*” (1976-1983) en la detención, tortura, desaparición y muerte de empleados de la planta de la empresa en González Catán. Tales hechos fundaban sus pretensiones en base al *Alien Tort Claims Act of 1789*⁴ y a la *Torture Victim Protection Act of 1991*⁵, ambas leyes federales de los Estados Unidos, junto a otras referidas a las leyes de California y Argentina. Los demandantes invocaron la competencia general de California sobre la demandada en base al *long arm statute* de ese Estado⁶, que faculta para ejercer la jurisdicción *in personam* con la máxima extensión permitida por la *Due Process Clause* de la Constitución de los Estados Unidos, esto es, en los términos que precise el Tribunal Supremo a través de su doctrina legal. En el caso, se aducía que los intensos contactos de otra subsidiaria de la empresa germana, MBUSA, con California de la que, por ejemplo, era la mayor proveedora de automóviles de lujo, justificaban la competencia sobre la citada DaimlerChrysler, de la que era agente⁷.

El Juzgado de Distrito, aceptando en cambio los argumentos contrarios de Daimler, desestimó la demanda, en base a que los citados contactos eran insuficientes a los efectos pretendidos y a que los demandantes no habían podido demostrar que MBUSA actuase como agente de aquélla⁸. Tras el recurso, sin embargo, el Tribunal de Apelación del citado Circuito confirmó en un primer momento la decisión de instancia pero, admitiendo otro de revisión sustanciado ante la misma Sala, falló a favor de los demandantes, en tanto que:” se había probado la *importancia especial* de los servicios prestados por MBUSA a Daimler, y que si ésta no hubiese tenido un representante que

⁴ También llamado *Alien Tort Statute*, 28 U.S. C. 1350.

⁵ 106 Stat.73, note following 28 USC 1350.

⁶ Vid., en general, v. gr., Vedder Price: “Long-Arm Statutes: *A Fifty States Survey*”, en <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Jurisdiction/LongArmSurvey.pdf>. También, v. gr., F.Guasch de la Guardia, “Foreign Corporations and Florida’s Long Arm Statute”, *Daily Business Review*, 4-II-2014.

⁷ MBUSA fue constituida en Delaware, y tiene su establecimiento principal en New Jersey. Distribuye los vehículos de Daimler AG a través de los Estados Unidos, mediante concesionarios independientes.

⁸ *Bauman v. DaimlerChrysler AG*, No. C-04-00194 RMW, 2005 WL 3157472 (N.D. Cal. Nov. 22. 2005.

los llevara a cabo, sus propios empleados los hubieran realizado”⁹. Rechazada por ese Tribunal con fuertes discrepancias internas la posibilidad de una nueva revisión *en banc*-plenario-, es esta vez Daimler la que presenta una petición de recurso - *writ of certiorari*- ante el Tribunal Supremo, comunicando éste transcurridos dos años (el 22-IV-2013) su intención de entrar a decidirlo en base a: “considerar si viola el *proceso debido* el que un tribunal ejercite la competencia jurisdiccional personal general sobre una empresa extranjera únicamente por el hecho de que una subsidiaria indirecta ejecute servicios a cargo del demandado en el Estado del foro”¹⁰. Hay que destacar el hecho de que desde el momento en el que se pronuncia el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito, hasta el que lo hace el Tribunal Supremo, se han producido otras dos decisiones de éste que van a gravitar muy decisivamente en la solución del caso Daimler, la citada en *Kiobel* y, en mayor grado aún, la del caso *Goodyear Dunlop Tires Operations S.A. v. Brown*¹¹.

2.Opinión de la *Justice* Ginsburg.

Refleja, en cuanto a la solución del caso, el parecer unánime del Alto Tribunal; no así respecto de los razonamientos seguidos, de los que discrepa la *Justice* Sotomayor. No es muy extensa y, en primer lugar, en su mayor parte va a desarrollar de forma precisa y, cabe decir, con afán didáctico, muy dentro del estilo de la jurisprudencia anglosajona, el sistema de competencia jurisdiccional *in personam* de los Estados Unidos, a la luz de los dictados legales, estatales y constitucionales, y los diversos precedentes establecidos por el Tribunal Supremo.

De este modo, luego de exponer sintéticamente los antecedentes del caso, la *Justice* Ginsburg se adentra en una exposición histórica que arranca con la cita del célebre *Pennoyer v. Neff*¹² y destacando cómo la versión estrictamente territorial que encarnaba respecto de la competencia de los tribunales sobre las personas, es sustituida por otro precedente no menos notorio, *International Shoe Co. v. Washington*¹³, en el que: ” La relación entre el demandado, el foro y el litigio, más que la mutuamente exclusiva soberanía de los Estados sobre la que se construye *Pennoyer*, se convirtió en el núcleo central de la indagación sobre la jurisdicción personal”¹⁴. Además, se indica

⁹ *Bauman v. DaimlerChrysler Corp.*, 644 F.3d 909, 920 (2011).

¹⁰ *Petition for a Writ of Certiorary at i, Daimler A.G. v. Bauman*, No. 11-965 (U.S. Feb 6, 2012).

¹¹ 131 S. Ct. 2846 (2011).

¹² 95 U.S. 714 (1878).

¹³ 326 U. S. 310 (1945).

¹⁴ Vid. *Decisión Daimler*, p. 7 de la Opinión de la *Justice* Ginsburg, recogiendo cita del caso *Shaffer v. Heitner*, 433 U.S. 186, at 204 (1977).

en la Opinión¹⁵ cómo el sustrato de “juego limpio y justicia sustancial” (hacia el demandado) en *International Shoe*, presagiaba el futuro desarrollo de **dos categorías de jurisdicción personal**. La primera, *específica*, se vincula con actividad desarrollada en el territorio del foro, y da lugar a la competencia de éste basada en los contactos que con él tenga el demandado¹⁶. La segunda, *general*, es independiente de tal actividad y, conforme a la *Justice Ginsburg* quien, como Ponente también de la sentencia del Alto Tribunal en *Goodyear* sostuvo en él y vuelve a recoger en *Daimler*”: “(un) tribunal puede afirmar su competencia general sobre corporaciones ajenas (sean extranjeras o de otro *Sister State*) para decidir todas y cada una de las demandas contra ellas cuando sus vínculos *-affiliations-* con el Estado son tan ‘continuos y sistemáticos’ como para que se encuentren esencialmente en casa *-at home-* en el Estado del foro”¹⁷.

Destaca luego la eminente *Justice* cómo el grueso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la competencia personal se ha desarrollado sobre la primera variante, específica, en tanto que las veces que se ha pronunciado sobre la general han sido muy escasas para, seguidamente, presentar las más relevantes en sus aspectos principales, de forma sucinta¹⁸, aunque se detiene más en *Goodyear*, lo que no debe sorprender por ser un caso muy reciente y en el que, como dije, lideró la respuesta del Alto Tribunal. Cabe recordar que trataba de un accidente ocurrido en París en el que dos jóvenes residentes en Carolina del Norte fallecieron, entablando sus padres demanda en ese Estado contra *Goodyear*, constituida en Ohio, y varias de sus subsidiarias extranjeras, en base a que el accidente había sido causado por la defectuosa fabricación de un neumático. El Tribunal Supremo rechazó la competencia general de los tribunales del citado Estado sobre las subsidiarias pues, aunque un pequeño porcentaje de la producción de éstas se había distribuido allí: “en sentido alguno se encontraban *en casa* en Carolina del Norte”¹⁹. Ruth Bader Ginsburg, en fin, concluye esta parte primera de su Opinión recordando cómo el Alto Tribunal ha declinado extender la competencia general más allá de sus límites tradicionalmente reconocidos y que, por ello :”ocupa un lugar menos dominante en el esquema contemporáneo”²⁰.

¹⁵ Pág. 7 y s.

¹⁶ *Ibidem*. Se cita *Helicópteros Nacionales de Colombia, S.A. v. Hall*, 466 U.S. 408, 414, n.8, (1984).

¹⁷ *Ibidem*, p. 8.

¹⁸ Lo hace en las pp. 10-14 de su Opinión, al hilo de los citados *Goodyear* y *Helicópteros* y de la decisión en el caso *Perkins v. Benguet Consol. Mining Co.*, 342 U.S. 437 (1952).

¹⁹ Vid. Opinión de la *Justice Ginsburg*, p. 13. *Cursiva propia*.

²⁰ *Ibidem*, p.14.

Tras exponer lo que pudiéramos llamar *estado de la cuestión* sobre la competencia personal general, la *Justice* Ginsburg la proyecta a continuación sobre la solución del caso concreto, luego de algunas precisiones técnicas²¹. Así, en primer lugar, trata de cómo el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito se ha apoyado en una particular *teoría sobre la agencia* para atribuir a Daimler, a los efectos de sustentar la citada competencia, los contactos de su subsidiaria MBUSA con California²². En síntesis, y tras poner de relieve que el Alto Tribunal todavía no ha resuelto el que una empresa extranjera pueda verse sometida a la competencia general de un tribunal de un Estado (de los Estados Unidos), en base a los contactos en él de su subsidiaria, descarta la necesidad de hacerlo en la especie a partir de cualquier teoría de agencia porque, y utiliza términos muy críticos:” en forma alguna puede sustentarse la versión que (sobre la agencia) ha empleado en Daimler el citado Tribunal de Apelación”. Éste, pues, resulta por completo desautorizado -se basaba en los *importantes* servicios de MBUSA a Daimler- en la medida en que ello:”iría incluso más allá de la ‘visión *desparramada - sprawling-* (sic) de la jurisdicción general’ que (el Tribunal Supremo) rechazó en *Goodyear*”²³.

En segundo lugar, la *Justice* Ginsburg desarrolla lo que cabe considerar núcleo de su Opinión. Así, tras señalar que, al margen de MBUSA y sus contactos con California, los tenues vínculos de Daimler con ese Estado: “escasamente la sitúan *en casa* allí”²⁴, recuerda que, según se sostiene en *Goodyear*: “Para una persona física, el paradigma del foro de competencia general es el domicilio; para una empresa, es un lugar equivalente, uno en el que la empresa pueda ser razonablemente considerada como *en casa*”²⁵. Lugar de constitución y centro de actividad principal serían criterios muy relevantes a estos efectos, por su certeza y predictibilidad, *aunque no se deba deducir de ello que sean los únicos* sobre los que quepa basar la citada competencia respecto de una empresa²⁶. En todo caso, la *Justice* rechaza el alegato de los demandantes respecto a que la competencia general deba aprobarse en todos los Estados en los que una empresa:” lleva a cabo un *sustancial, continuo y sistemático curso de actividades*”²⁷, y ello, en tanto que “continuo y sistemático” se adoptaba en *International Shoe* para justificar el ejercicio de

²¹ *Ibidem*, p.15.

²² *Ibidem*, pp.15-17.

²³ *Ibidem*, p. 17, *in fine*.

²⁴ *Ibidem*, p.18.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*, p.19.Cursiva propia.

²⁷ *Ibidem*.Cursiva propia.

la competencia personal *específica*, esto es:” respecto de (un curso de) actividades desarrolladas en el territorio del Estado y que sean el origen de las responsabilidades sometidas a juicio”²⁸. Con todo, como se expresó páginas atrás, respecto de la competencia general y según, de nuevo, *Goodyear*, “continuos y sistemáticos” deben ser los:” vínculos *-affiliations-* que ostenta con el Estado (una empresa ajena, extranjera o de otro *Sister State*) como para que se encuentre esencialmente *en casa* en el Estado del foro”²⁹. Siempre según la *Justice* Ginsburg, tales vínculos no se dan en el caso, ni respecto de MBUSA, ni respecto de Daimler, por lo que el Tribunal de Apelación citado erró al considerar a ésta sometida a juicio en California:”...respecto de demandas entabladas por demandantes extranjeros *que nada tenían que ver con cosa alguna ocurrida o que hubiera tenido un impacto principal en California*”³⁰. Este núcleo, en fin, concluye con una reflexión de gran alcance en una extensa nota de pie de página, la n° 20. En ella se afirma, entre otras cosas, que: “La competencia general...llama a que se evalúen las actividades de una empresa en su integridad, *a escala nacional (se refiere a los Estados Unidos) y a escala mundial*. Una empresa que opera en muchos lugares difícilmente puede encontrarse *en casa* en todos ellos. De otro modo ‘*en casa*’ sería sinónimo de los tests de ‘haciendo negocios’ *-doing business-* avanzados antes de que la competencia específica evolucionase en los Estados Unidos”³¹.

La *Justice* Ginsburg finaliza su Opinión con unas reflexiones *hacia el exterior* del sistema de los Estados Unidos, lo que denomina, “*el contexto transnacional de la disputa*”. En primer lugar, negando contra el criterio del Tribunal de Apelación, que los tribunales de ese País -federales o estatales- deban tener un interés especial en dirimir litigios internacionales sobre Derechos Humanos. Basa su argumento en las recientes sentencias en *Kiobel* - sobre el ATCA, negando su llamada aplicación extraterritorial - y en el caso *Mohamad v. Palestinian Authority*³², que rechaza la aplicación de la *Torture Victims Protection Act* (TVPA) cuando los responsables son personas jurídicas³³. Luego, avanza una serie de consideraciones que van desde la cortesía internacional - *International Comity-* a partir del D° comparado, acercando los criterios seguidos en *Daimler* a los vigentes en la Unión Europea, hasta el impacto de una visión extensa de la competencia internacional por parte de los Estados Unidos sobre el proceso de

²⁸ *Ibidem*, p. 19 y 20. Cursiva propia.

²⁹ *Ibidem*, p.20.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*. Cursiva propia.

³² 566 U.S. (2012).

³³ Vid. Opinión de la *Justice* Ginsburg, p.22.

codificación internacional, o el previsible efecto negativo de tal visión sobre los inversores extranjeros. Concluye con un retorno a los fundamentos del sistema del País transatlántico:”...someter a Daimler a la competencia general de los tribunales de California no estaría de acuerdo con ‘el juego limpio y la justicia sustancial’ que exige el proceso debido -*due process*”³⁴.

3. Opinión de la *Justice* Sotomayor.

De extensión algo inferior a la ya presentada, y también muy rigurosa y elaborada técnicamente, se percibe en ella, si se me permite decirlo, un componente de emoción contenida, que no logro encontrar en la de Ginsburg quien, por otra parte, pertenece como Sonia Sotomayor al sector progresista del Tribunal Supremo, en su actual composición. Animo, desde luego, a su análisis en profundidad pero, en tanto que se trata de una Opinión individual y por no extenderme en exceso, la expondré muy resumidamente en sus puntos principales.

Como dije, la *Justice* Sotomayor coincide en el fallo - *judgment*- la estimación del recurso de Daimler y la revocación de la decisión del Tribunal de Apelación, pero no en el razonamiento que ha llevado a él. Así, por ejemplo, en sus reflexiones liminares reprocha a la mayoría el que el criterio para no permitir la competencia sobre Daimler sea en definitiva una evaluación, que Sotomayor denuncia como ajena al *proceso debido*, entre los contactos de la empresa con California y los que ostenta con el resto de los Estados de la Unión e, incluso, los que tiene a escala mundial³⁵. En sus palabras, así como parece haber empresas multinacionales: “*demasiado grandes* para quebrar...(El Alto Tribunal estima que) Daimler es *demasiado grande* para la competencia general”³⁶. Según Sotomayor, esa conclusión violenta el procedimiento -las partes no la discutieron ni se llegó a una decisión sobre ella en instancia- y el fondo, en tanto que se ignora el fundamento de la competencia personal, dado que:” Un Estado puede someter a un demandado a la carga de un proceso si el demandado ha obtenido suficiente ventaja de las leyes y protecciones del Estado a través de sus contactos en el Estado; que el demandado tenga contactos en otros lugares carece de importancia”³⁷. Para la *Justice*, además, los errores cometidos eran ociosos dado que en la especie, y ante las

³⁴ *Ibidem*, p. 23.

³⁵ Vid, *Decisión Daimler*, Opinión de la *Justice* Sotomayor, p. 1 y 2.

³⁶ *Ibidem*, p.2.

³⁷ *Ibidem*.

características del caso - demandantes y demandados extranjeros y conducta en el extranjero- el ejercicio de la competencia sobre Daimler *no hubiera sido razonable*³⁸. Sotomayor sustancia luego su discurso sobre lo que debiera haber sido una evaluación de razonabilidad y las disfunciones procesales que, a su entender, se han dado en el caso por el modo en que el Alto Tribunal ha llegado a su decisión³⁹. También critica extensamente el núcleo de ésta, al desvincular los contactos de MBUSA con California a efectos de la competencia general sobre la empresa germana e, incluso, que Daimler en la práctica *nunca* se encuentre “*en casa*” ante los tribunales de los Estados Unidos, sean federales o los de los diversos Estados. Sostiene la *Justice*, v.gr., que:” Lo que ha cambiado desde *International Shoe* no es el principio del proceso debido de justicia fundamental (al demandado) sino, más bien, *la naturaleza de la economía global*. Así como era justo decir en los años cuarenta que una empresa ajena al Estado -*out of state*- podía disfrutar de los beneficios del Estado del foro como para encontrarse “esencialmente en casa” en ese Estado, también es justo decir hoy que un conglomerado multinacional que se beneficia de tan extensos beneficios en múltiples Estados del foro (puede encontrarse) “esencialmente en casa” en cada uno de ellos”⁴⁰. Del mismo modo, recuerda que además de la evaluación de razonabilidad, se hubiera podido resolver el caso en base a las normas de reparto de competencia interna -“*venue*”-, o al *Forum Non Conveniens* y que, si esto no protege suficientemente los intereses de las empresas multinacionales, corresponde a los **legisladores** velar por ello y, en su caso, enmendar los *long arm statutes* federales o estatales, de acuerdo con el proceso democrático...”sin introducir en una urna sagrada -*enshrining*- la estrecha norma de competencia general propuesta hoy (por el Alto Tribunal) como una cuestión de ley constitucional”⁴¹.

Finalmente, Sotomayor avanza cuatro órdenes de cuestiones en los que la decisión del Tribunal Supremo puede producir “*profunda injusticia*”⁴²: el recorte a las competencias de los Estados; el diverso rasero para medir, a efectos de la competencia general, a las empresas pequeñas y a los grandes conglomerados; el que un particular sí se vería sometido a tal competencia por algo como una visita ocasional al Estado del foro, y por la desprotección de las víctimas de las empresas multinacionales y de las pequeñas empresas de los Estados Unidos que, habiendo entrado en negocios en el extranjero con

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*, pp. 3-8. Destaca lo que señala como falta de congruencia entre lo decidido y los términos de concesión del *certiorari*, p. 6.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 15. Cursiva propia.

⁴¹ *Ibidem*, p. 15 y s.

⁴² *Ibidem*, pp. 16-19.

multinacionales foráneas, no podrán acudir a los foros del País transatlántico, por más volumen de negocio que éstas generen en los correspondientes Estados⁴³. No son ciertamente menores las objeciones que plantea la *Justice*, pero la suya en este caso ha quedado como *vox clamantis in deserto*⁴⁴.

III.-VALORACIÓN.

Dejo al margen de mis comentarios lo que la decisión *Daimler* pueda significar *hacia el interior* del sistema de los Estados Unidos. Por ejemplo, sobre la potestad de los Estados para legislar en materia de competencia personal o, incluso, v. gr., junto a otras de las recientes decisiones del Tribunal Supremo, y las de ciertos tribunales estatales, el que la *Due Process Clause* pudiera aparecer como un límite a la potestad de los Estados en materia tributaria en relación con empresas con actividades multiestatales⁴⁵. También, respecto de la incidencia sobre cuestiones de naturaleza procesal, como la ejecución de decisiones judiciales en los llamados *turnover proceedings*, que suelen vincularse a la competencia general del tribunal sobre el deudor o un tercero⁴⁶, o sobre el complejo universo de la obtención de pruebas *-discovery-*⁴⁷, etc. Creo que posiblemente hayan de pasar años hasta que se pueda evaluar el alcance real de *Daimler* sobre todo ello.

Por otra parte, y sería ya mi primer orden de evaluaciones, me sorprende el modo con el que el Alto Tribunal ha irrumpido en un tema como el de la competencia personal general, básico y previo para cualquier tipo de litigios, incluidos los de Derechos Humanos como *Daimler* y, en la práctica, *cambiando las reglas del juego* para las empresas foráneas, desde luego, pero también para las domésticas⁴⁸. ¿Había que hacer eso, me pregunto, aprovechando un litigio de estas características sobre, precisamente, Derechos Humanos y de los denominados *Foreign-Cubed*, es decir, demandantes y demandados extranjeros y conductas en el extranjero? Si pensamos en *Kiobel*, v. gr.,

⁴³ *Ibidem*, p.18.

⁴⁴ *Ego vox clamantis in deserto*, dice el Bautista a los fariseos que le preguntan quién es. Fray Antonio de Montesinos, lo hará suyo, según relata el Padre De las Casas, en célebre sermón de 1511, uno de los que dedicó a denunciar los abusos de los colonizadores sobre los indios. ¡Cuántas cosas han cambiado en 500 años, y cuántas, v. gr., opresión e injusticia, permanecen iguales en buena parte del mundo!

⁴⁵ Vid., v. gr., AAVV: "The U. S. Supreme Court Limits Jurisdiction Over Foreign Companies", *Lexology*, 29-I-2014.

⁴⁶ Vid., v. gr., AA.VV.: "Recent Supreme Court Decision Limits the General Jurisdiction of U.S. Courts Over Foreign and Out-Of-State Corporations", *ibidem*, 21-I-2014, p.4.

⁴⁷ Vid., v. gr., D. Healy y O. C. Pell: "Daimler AG v. Bauman, The US Supreme Court Significantly Limits Where Companies May Be Sued for Claims Unrelated to Their Activities in A State", *ibidem*, 24-I-2014, p.4.

⁴⁸ Vid., v. gr., S.M. Pearson y C.P. Price: "Goodbye *International Shoe*: Supreme Court Deals Massive Blow to Plaintiffs with New Standard for General Jurisdiction", *ibidem*, 24-I-2014.

cercano en el tiempo y en la misma materia, tal vez hallemos un principio de respuesta. También en él se produce un marcado cambio, al limitar drásticamente la nueva doctrina el recurso al ATCA, y en otro supuesto en el que las partes tienen carácter foráneo, como las conductas que lo originan. Parece haber, pues, y por parte del Tribunal Supremo, una cierta premura, por no decir oportunismo, en el sentido de desalentar el que se acuda a los tribunales de los Estados Unidos tratándose, sería la nota a destacar especialmente, creo, *de actividades llevadas a cabo en el extranjero*. Se han aprovechado estos casos para enviar un nítido *aviso de navegantes*, aún a costa de cambiar, v.gr., como se ha hecho en ambos y sobre la marcha, los términos de revisión⁴⁹, lo que ha llevado a dirimir cuestiones ni tratadas ni decididas en instancia, en óptima demostración de las muy amplias facultades que el Alto Tribunal se concede para cumplir sus cometidos⁵⁰.

Pero, tratándose de la competencia general, con toda su importancia e implicaciones ¿es lógico aprovechar un caso como *Daimler* que *prima facie* aparece como paradigma de *forum shopping*, para sentar una nueva doctrina? Conocidos especialistas lo desaconsejaban vivamente, en lo que parece un razonable entendimiento de que los casos extremos suelen generar mala jurisprudencia -“*hard cases make bad law*”⁵¹. Y de que existían múltiples caminos para resolver *Daimler* sin mayores problemas, desde usar criterios de razonabilidad, como indica Sotomayor, hasta los técnicos de competencia interna -*venue*-, o el rechazo del concepto de *agencia* avanzado por el Tribunal de Apelación, o el desarme del caso motivado por el decaimiento de las causas de acción en base al ATCA y a la TVPA, - y, consecuentemente y con harta probabilidad, el de la competencia de las sedes federales- luego de, respectivamente, las decisiones *Kiobel* y *Mohamad*, etc.⁵². Pero el Tribunal Supremo tenía otras cosas en mente, y no parece casualidad alguna que, tras dos años, como dije, se admitiera la petición de *certiorari* en *Daimler*, apenas unos días después de que se hiciera pública su decisión en *Kiobel*.

Lo que he llamado, avanzando en mis comentarios, núcleo de la decisión *Daimler*, además, tampoco parece exento de críticas. Si, por ejemplo, el propósito fundamental

⁴⁹ En relación con *Kiobel*, vid., v. gr., mi estudio: “*Kiobel* and the Question of Extraterritoriality”, *Papeles el Tiempo de los Derechos*, 2013, (2), p. 2.

⁵⁰ Vid., v. gr., W. Baude: “Opinion Recap: A Stricter View of General Jurisdiction”, *Scotus Blog*, 15-I-2014, donde se indica que: “*Últimamente el Tribunal resuelve lo que quiere, no lo que las partes habían focalizado*”.

⁵¹ Vid., v.gr., los estudios de , respectivamente, S. Sherry y L.J. Silberman, recogidos en nota (2), *supra*.

⁵² En los estudios citados en la nota anterior se analizan, v. gr., entre otras cuestiones, los caminos señalados.

era sentar doctrina respecto de las empresas matrices, hubiera sido menos forzado esperar a que el caso las incumbiera *directamente* a ellas, y no se planteara a través de interpuestas. Asimismo, la evaluación que se propone entre los contactos con el foro, por un lado y los demás de la empresa, en el ámbito de los Estados Unidos y del resto del mundo, se antoja desenfocada y excesiva y puede conducir a tratos desiguales en función del tamaño de la entidad. Si tal evaluación, por otra parte, es secundaria ante bases rígidas de competencia como el lugar de constitución o el centro de actividad principal, cabe dudar de su virtualidad y ello en tanto que resulte susceptible de generar confusión. Como suscita incertidumbre, también, el hecho de que las citadas bases **no** sean los únicos criterios para asumir la competencia general, sin que se den pistas acerca de cuáles pueden ser, en otro caso, los considerados⁵³.

En cuanto a las reflexiones de Ginsburg sobre lo que denomina “*contexto transnacional de la disputa*”, he de mostrar una disconformidad aún mayor en la medida en que hayan podido sustentar la decisión *Daimler*. Particularmente desafortunada, por ejemplo, me parece la inicial, descartando, en contra del parecer del Tribunal de Apelación, el que los tribunales de los Estados Unidos tengan un fuerte interés en remediar abusos internacionales de Derechos Humanos y sin más argumento que el recuerdo de las decisiones del Alto Tribunal en *Kiobel* y *Mohamad*, reiteradamente citadas aquí. Un puro golpe de autoridad, un ordeno y mando que desconoce el vivo debate que recorre las sedes judiciales del País transatlántico y su reflejo en relevantes sectores de la sociedad civil. Ciertamente, las víctimas, las que han sido, son y serán, merecerían alguna explicación mayor sobre el particular. Más que, en la práctica, respecto de los Estados Unidos, la necesidad de asumir lo escrito en el pórtico del Infierno de Dante: “*Dejad toda esperanza*”.

Sin desconocer, siguiendo en este orden, la importancia de la *comity* para el ser del correspondiente sistema⁵⁴, reconozco sentir cierta impaciencia cuando como en el caso se trae a colación, lo hace Ginsburg, en un contexto de Derechos Humanos. La *Justice* muestra mucha más sensibilidad hacia los Estados extranjeros que, lo hemos visto, hacia las víctimas pero, nuevamente, resulta muy discutible que la *comity* pueda servir

⁵³ Vid., v.gr., Clifford Chance:” U.S. Supreme Court Limits U.S. Courts’ Jurisdictional Reach Over Foreign Corporations with U.S. Subsidiaries”, recogido en http://www.cliffordchance.com/publicationviews/publications/2014/01/u_s_supreme_courtlimits_uscourts.html, donde, en página 4, se puede leer: ”No queda claro qué factores adicionales pueden establecer conexiones que sean suficientemente sistemáticas y continuas para que una empresa se encuentre ‘en casa’ en un Estado particular”.

⁵⁴ Vid., v.gr., mi estudio:” Sobre la *International Comity* en el Sistema de Dº internacional privado de los Estados Unidos”, *REEI*, 2010, vol. 19, 16 pp.

de sustento para criticar a los Estados Unidos el que asuman actuar como gestores de la comunidad internacional en apoyo de esos Derechos. Es preciso destacar que, aparte de los interesados reproches de algunos Estados de origen de las multinacionales - que empiezan por desconocer en amplia medida sus obligaciones internacionales y, señaladamente, los deberes de *proteger y remediar*⁵⁵-, otros Estados, por ejemplo, se esfuerzan precisamente en nuestros días en lograr que se refuercen por vía convencional esas obligaciones, en claro respaldo así a lo que hasta ahora ha representado la ejemplar práctica de los Estados Unidos, sobre todo respecto del ATCA⁵⁶.

Por su parte, el apoyo que encuentra Ginsburg en la U. E. a los efectos de asimilar los criterios estadounidenses sobre competencia respecto de las empresas con los establecidos en el derecho de la Unión, si razonable en los sectores tradicionales de actividad⁵⁷, no lo es tanto en materia de litigios transnacionales sobre Derechos Humanos donde, como es bien conocido, tal derecho, en su ser y en su práctica, es muy perfectible⁵⁸.

Concluyo este apartado con sendas observaciones. La primera trata de la aparente facilidad, el modo sumario, con los que el Alto Tribunal, en funciones de liquidador, ha desechado en este caso y en *Kiobel* un muy relevante acervo de jurisprudencia y doctrina científica. Alguna sabiduría, alguna razón de ser habría en todo ello, y durante largas décadas, cabe pensar. *De poco ha servido*. Por otra parte, y es la segunda, está claro que las sofisticadas ingenierías jurídicas societarias están logrando sus objetivos.

⁵⁵ Y a los que cabría oponer, por lo mismo, el principio *nemo audietur*. Vid., en general, v. gr., O. Martín-Ortega, “La Diligencia Debida De Las Empresas En Materia De Derechos Humanos: Un Nuevo Estándar Para Una Nueva Responsabilidad”, en *La Responsabilidad De Las Multinacionales Por Violaciones De Derechos Humanos*, F.J. Zamora Cabot, Jesús García Cívico y Lorena Sales Pallarés (Eds.), *Cuadernos Democracia y Derechos Humanos*, Universidad de Alcalá y Defensor del Pueblo, Alcalá de Henares, 2013, pp. 167-192. Asimismo, vid., en general, respecto de Alemania, que idealmente debiera ser un *foro conveniente* en el caso *Daimler*, mi estudio: “Acaparamiento de Tierras (Land Grabbing) y Empresas Multinacionales: El caso *Mubende-Neumann*”, en *Papeles el Tiempo de los Derechos*, 2013, nº 5, 2013, 23 pp. y, sobre *Daimler*, AA.VV.: “Brief of Amici Curiae German Institute for Human Rights and Other German Legal Experts in Support of Respondents”, recogido en <http://sblog.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2013/09/11-965-bsac-German-Institute-for-Human-Rights-and-other-German-Legal-Experts.pdf>, que suscita serias dudas sobre lo justo de calificar como *forum shopping* al caso en cuestión.

⁵⁶ Vid., v.gr., la iniciativa presentada por Ecuador y un grupo de Estados ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Sesión de Septiembre de 2013, recogida junto a otros documentos relevantes en http://www.business-humanrights.org/Documents/LegallyBindingInstrument_Business_Human_Rights.

⁵⁷ Aunque, en realidad, los europeos puedan ser bastante expansivos en algunos contextos *específicos*, como, v. gr., la protección del consumidor. Vid., v. gr., G. Dennis y S. Faber: “European Union: Suppliers Who ‘Direct Their Commercial Activities’ To a Foreign Jurisdiction Risk Being Sued There”, *Lexology*, 12-II-2014.

⁵⁸ Vid., por todos, v.gr., M. Requejo Isidro: “*Access to Remedy*. Abusos Contra Derechos Humanos en Terceros Estados, ¿Justicia Civil en Europa?”, en *La Responsabilidad de las Multinacionales...*, cit., pp. 79-107. Y, en general, v. gr., A-M Bernal: “¿Moribunda Europa? El Proyecto Europeo, Más Allá de la Economía y de la Crisis”, *Revista de Libros*, Febrero de 2014, p.14.

Las grandes empresas, que continuamente piden, y logran, todo tipo de derechos, usan sus complejos entramados, entre otras cosas, para obviar las regulaciones estatales, eludir el pago de impuestos, localizar y deslocalizar sus actividades sin reparar en las consecuencias de todo tipo que muchas veces conllevan y, lo que resulta francamente intolerable, **extender su impunidad** frente a las responsabilidades surgidas de las gravísimas violaciones de Derechos Humanos perpetradas por muchas de ellas de modo continuo y a lo largo y ancho del orbe⁵⁹. Respaldar esto último no ha podido ser un propósito consciente del Tribunal Supremo en su decisión en *Daimler* pero, con todo el debido respeto, me temo que en la práctica es a lo que tal decisión, junto a la de *Kiobel*, conduce.

IV.-REFLEXIONES FINALES.

Me pregunto cuál es el ánimo que rige al sector progresista del Tribunal Supremo en los últimos tiempos. *Kiobel* seguramente refleja una negociación previa en la que junto al sector conservador acuerda descartar una respuesta a lo que en principio se preguntaba, el sometimiento de las empresas multinacionales a los mandatos del D° de Gentes. Una difícil cuestión porque una negativa, por ejemplo, hubiera sido ardua de aceptar luego de la muy controvertida y reciente (2010) decisión en *Citizens United*⁶⁰. Con todo, se puede observar ciertamente algún vigor en la Opinión del Justice Breyer, que lidera el parecer concurrente del sector progresista, en cuanto al resultado, no al razonamiento que emplea la mayoría. Pero en *Daimler*, sólo Sotomayor parece percatarse de lo que hay en juego, aunque quede en un *espléndido aislamiento*. Algo es innegable tras estas notorias decisiones, los medios empresariales y sus asesores se encuentran alborozados o, por usar la expresión del Alto Tribunal en *Daimler*, “*esencialmente en casa*”⁶¹. Las víctimas, por su parte, son arrojadas a las tinieblas exteriores.

Quien visite la Estatua de la Libertad puede encontrar en el museo existente en su base una placa que recoge un poema de Emma Lazarus, *The New Colossus*, que me resulta extraordinariamente conmovedor; tanto es así que no me atrevo a traducirlo, dejando al lector que aprecie por sí mismo, como fue escrita, la parte en la que la imponente

⁵⁹ En general, vid., v. gr., S. George: “State of Corporations-The Rise of Illegitimate Power and the Threat to Democracy”, en TNI, *State of Power 2014*, 8 pp., recogido en http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/state_of_corporation_chapter.pdf.

⁶⁰ 558 U.S. 310 (2010), una decisión 5-4, en la que el Alto Tribunal prohibió al Gobierno que estableciera limitaciones a empresas, asociaciones y sindicatos, para financiar a los partidos. Vid., v. gr., K. Barker y T. Meyer: “How *Citizens United* Give Rise to A New Breed of Power Brokers”, recogido en http://www.huffingtonpost.com/2014/02/14/citizens-united-koch-brothers_n_4789826.html.

⁶¹ Por todos, vid., v. gr., E. Wildman Palmer: “Where Can Your Company Be Sued? The Supreme Court Steps Back From General Jurisdiction”, *Lexology*, 7-II-2014.

imagen alza la voz frente a los viejos Países que le entregan un incontable número de desdichados:

“Give me your tired, your poor, your huddled masses yearning to breathe free, the wretched refuse of your teeming shore, send these, the homeless, tempest-tost to me, I lift my lamp beside the Golden Door”.

El Alto Tribunal está cerrando de forma decidida la puerta que había dejado “ligeramente entreabierta” en *Sosa*⁶² frente a las peores violaciones de los Derechos Humanos. Ello no le trae en mi opinión honra alguna, ni a los Estados Unidos y tampoco merece servir de ejemplo para el mundo. Sin embargo, otros enfoques más esperanzadores son posibles y, de hecho, se están produciendo. En los propios Estados Unidos⁶³, en su vecino del Norte⁶⁴, en el Reino Unido⁶⁵, en la Unión Europea⁶⁶... Pienso, y concluyo aquí, que hay que perseverar resueltamente en ellos, en abierta defensa de la dignidad y del futuro del género humano.

⁶² 542 U.S. 692, at 729 (2004).

⁶³ Vid., v.gr., la reciente e histórica adopción de un texto legislativo contra los apoderamientos de tierra en Etiopía, recogida en Oakland Institute: “US Congress Takes a Historic Stance Against Land-Grabs Related Forced Evictions in Ethiopia”, <http://www.oaklandinstitute.org/press-release-us-congress-takes-historic-stance-against-land-grabs-related-forced-evictions-ethiopia> .

⁶⁴ Se están abriendo los foros canadienses frente a violaciones cometidas en el extranjero por las temibles multinacionales extractivas del País; vid., v.gr., A. J. Gray y J. R. Lambert: “Further Cause for Alarm for Canadian Corporations with Foreign Operations”, *Lexology*, 27-I-2014.

⁶⁵ Donde se está discutiendo el *Modern Slavery Bill*, recogido en <https://www.gov.uk/government/publications/draft-modern-slavery-bill> .

⁶⁶ Con el establecimiento de controles para acabar con la especulación alimentaria por los manejos de bancos y otras compañías financieras; vid., v. gr., Triodos Bank,: “Ending Food Speculation”, recogido en <http://www.triodos.co.uk/en/about-triodos/news-and-media/colour-of-money/ending-food-speculation/> .