

**EL ALCANCE EXTRATERRITORIAL DEL DERECHO DE LA
COMPETENCIA Y SU UTILIZACIÓN COMO MEDIDA COMERCIAL**

Las perspectivas estadounidense, comunitaria y española

Carmen OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN*

Publicado en:

Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia,
num. 212, marzo/abril 2001, pp. 34-56.

* Profesora Titular de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
E -28040 MADRID
cocastri@der.ucm.es

Documento depositado en el archivo institucional E Pints Complutense
<http://www.ucm.es/eprints>

EL ALCANCE EXTRATERRITORIAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y SU UTILIZACIÓN COMO MEDIDA COMERCIAL

Las perspectivas estadounidense, comunitaria y española

Carmen Otero García-Castrillón
Universidad Complutense

Resumen

La ordenación de los mercados nacionales en el actual contexto de apertura e internacionalización pasa por la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia. Ilustrándose con casos reales, la delimitación del ámbito de aplicación espacial de este conjunto normativo se enfrenta en el presente trabajo desde las perspectivas de la competencia de adjudicación (judicial y administrativa) -en la que se observa cierta proximidad entre la doctrina del *forum non conveniens* (judicial) y la cortesía positiva del Convenio entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América (administrativa)- y de la competencia normativa. A continuación se examina el recurso a la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia como medida comercial.

I. INTRODUCCIÓN II. LA COMPETENCIA DE ADJUDICACIÓN A. Los límites internacionales y constitucionales 1. *Competencia judicial* 2. *Competencia administrativa* B. La competencia judicial y el *forum non conveniens* C. La competencia administrativa y la cortesía positiva **III. LA COMPETENCIA NORMATIVA** A. Los límites internacionales B. La doctrina de los efectos **IV. ¿LA EXTRATERRITORIALIDAD DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMO MEDIDA COMERCIAL?: la expansión de la teoría de los efectos a terceros mercados** V. **CONCLUSIONES**

I. INTRODUCCIÓN

El tema objeto de este trabajo se incardina dentro de la más amplia problemática de la regulación de la competencia en los mercados abiertos. Se habla de *mercados abiertos* dada la consolidación y expansión de los sistemas económicos basados en la empresa privada y el mercado¹. Esta consolidación y expansión han sido reforzadas mediante la reducción progresiva de los obstáculos al comercio internacional, especialmente de las

¹ Constitución Española, artículo 38 “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. El artículo 4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea reza: “Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de los Estados miembros y de la Comunidad incluirá, ..., la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia”. Los artículos 81 y 82 del TCE regulan directamente esta materia. La breve y temprana Constitución estadounidense (1787) no hace referencia expresa al Derecho de la competencia ni a sus sistema económico determinado. No obstante, esta materia cubierta por el artículo I.8: “*The Congress shall have Power ... To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States ...*”. La interpretación del precepto por el Tribunal Supremo ha jugado un papel fundamental en el desarrollo del federalismo estadounidense, de tal manera que puede ser considerado un equivalente funcional de un “poder de policía” generalizado dado que gran parte de la actividad que tiene lugar entre los estados puede considerarse relacionada con

llamadas barreras administrativas como los aranceles o las licencias de importación o exportación. Tras la impronta dejada por las sucesivas rondas de negociaciones comerciales multilaterales celebradas bajo la cobertura del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) desde 1947, la Ronda Uruguay constituye el último y más destacado avance en este sentido, no sólo por la amplitud de las materias abarcadas, sino también por el establecimiento de un marco institucional adecuado para su tratamiento, la Organización Mundial del Comercio (OMC). Así, la expansión de los sistemas de economía de mercado ha conducido a la mayor apertura de los mercados nacionales y a la creciente realización de operaciones comerciales transfronterizas.

Por otra parte, el *Derecho de la Competencia* es un cuerpo normativo relativamente joven en los sistemas jurídicos de nuestro entorno y todavía está ausente en los Estados en desarrollo. Su finalidad u objetivo ha ido perfilándose desde la defensa de los comerciantes hacia la protección de los consumidores mediante la promoción de la eficiencia, estableciendo los límites de lo que constituye una “sana” libertad de empresa².

En ocasiones, el Derecho de la competencia puede ser utilizado con fines diferentes a los originales; de otro modo dicho, puede ser *instrumentalizado* por ejemplo, para responder a intereses de una determinada política industrial, promocionar las exportaciones, e incluso se ha dicho que en la Unión Europea (UE) el Derecho de la Competencia se utiliza con fines “integracionistas”³. En cualquier caso, las normas que

asuntos económicos. R.D. Rotunda, J.E. Nowak y N.J. Young, *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*. West Publishing Co. Vol. I. 1986, pp.253-254.

² En el fundamento jurídico 4º de la sentencia 88/1986 del Tribunal Constitucional (TC) se señala “El reconocimiento de la economía de mercado como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta (...) supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales (...) apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa y no como una restricción de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazados por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste”. En Estados Unidos el nacimiento del Derecho de la competencia se produce en un contexto aparentemente contradictorio de “*faith in the market and private enterprise*” y las actuaciones de las empresas “*in combination, ... developed with unexpected strenght in unexpected ways, overshadowing individuals and even communities, and showing that the very freedom of association ... may, under the shelter of law, ripen into a new form of tyranny*”, P. Areeda y L. Kaplow, *Antitrust Analysis*. Aspen Law and Business. 1997, p.42.

³ J.M. Baño León, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*. Ed. McGraw-Hill. Madrid, 1996, pp. XXIV, XXV y 14. Sobre la evolución de los objetivos del Derecho de la competencia comunitario desde la integración hasta el mantenimiento de una competencia saludable *vid.* T. WiBmann, “Decentralised Enforcement of EC Competition Law and the New Policy on Cartels”. *WC*. vol. 23 nº 2. 2000, pp.124-127.

lo constituyen se enfocan y diseñan para un concreto mercado, el nacional, y se centran esencialmente en las prácticas de los sujetos de derecho privado⁴ que se involucran cada vez más en operaciones comerciales internacionales.

Lo que sigue necesariamente es la siguiente conclusión, que, a su vez, constituye el planteamiento de base de este trabajo: en un contexto de apertura e internacionalización, la heterogeneidad y la fragmentación en la regulación de los mercados en diferentes Estados a través del Derecho de la Competencia provoca dificultades que afectan no sólo a los operadores económicos sino también a los consumidores y a los gobiernos. Los *problemas* pueden ir desde el exceso o la falta de regulación, pues las empresas pueden quedar sometidas a la aplicación de las normas de distintos Estados o bien eludirlas no cumpliendo con ninguna, a la compatibilidad de las normas de comercio internacional, más concretamente el Derecho *antidumping*, con las de la competencia⁵.

La compatibilidad de las normas comerciales con las de competencia queda al margen de este estudio. En cuanto a las dificultades de regulación, hoy en día las *soluciones* se presentan preferentemente en negociaciones bilaterales, como el Acuerdo firmado por la Comunidad Europea con los Estados Unidos de América⁶, aunque también se plantea la conveniencia y/o necesidad de un acuerdo multilateral adoptado en el marco de la OMC⁷. No obstante, las soluciones unilaterales no sólo no dejan de tener protagonismo, si no que se han convertido en ocasiones en instrumento ideal para Estados económicamente fuertes “impongan” sus posiciones. La solución unilateral más

⁴ Se incluyen aquí los sujetos de Derecho público cuando no actúan en virtud de su *imperium*. Las prácticas de carácter público, como las subvenciones o ayudas de Estado, no se tratan en el ámbito de este trabajo.

⁵ *Vid.*, entre otros, E.M. Fox y J.A. Ordovery, “The Harmonization of Competition and Trade Law. The case for Modest Linkages of Law and Limits to Parochial State Action”. *WC*. vol. 19 nº 2. 1995. pp.5-34. P.A. Messerlin, “Should Antidumping Laws Be Replaced by National or International Competition Rules?”. *Aussenwirtschaft*. vol. 49. nº II-III. 1994. pp.351-373.

⁶ Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo a la aplicación de sus normas de competencia, *DOCE* (1995) L 95/45, corregido en *DOCE* (1995) L 131/38, y el Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de los Estados Unidos de América sobre la observancia de los principios de cortesía positiva en la aplicación de sus normas de competencia, *DOCE* (1998) L 173/26. Siguiendo este modelo, Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Canadá relativo a la aplicación de sus normas de competencia, *DOCE* (1999) L 175/49.

⁷ Entre otros muchos, *vid.* F. Weiss, “From World Trade Law to World Competition Law”. *Fordham Int'l. L. J.* vol. 23. 2000, pp.250-273. J. Basedow, “International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization”. *Derecho Europeo de la Competencia*. A.L. Calvo Caravaca y P. Blanco-Morales Limones Eds. Eurolex. Madrid. 2000, pp.393-505. En España, M. Montaña Mora, “La OMC y el Derecho de la Competencia: ¿hacia un Derecho de la Competencia mundial?”. *GJ*. Nº 200. 1999, pp.67-80.

frecuente es, precisamente, la aplicación extraterritorial del Derecho de la Competencia⁸.

En las páginas que siguen se exponen algunos planteamientos teóricos, ilustrados con casos reales, sobre la cuestión del alcance extraterritorial del Derecho de la competencia. Esta materia es polémica no sólo por los conflictos que provoca entre diferentes Estados, sino también, en cuanto genera inseguridad jurídica para los operadores económicos internacionales. Por razones evidentes, la Comunidad Europea y España son referentes inmediatos, mientras que los Estados Unidos de América, como padres de la “criatura”, permiten el acercamiento a una nueva perspectiva de análisis - extrapolable a ámbitos materiales distintos del Derecho de la competencia-, a la par que “sorprenden” con la instrumentalización de esta solución como medida comercial.

El ámbito de aplicación territorial del Derecho de la Competencia es estudiado tradicionalmente desde la perspectiva de la *competencia normativa - jurisdiction to prescribe* - de los Estados. Sin embargo, puede ser estudiado también desde la perspectiva de la *competencia adjudicatoria - jurisdiction to adjudicate*-, tan íntimamente vinculada con la anterior⁹. Se trataría así de plantear en qué medida es posible que sea la jurisdicción de un sólo Estado, el más directamente conectado/afectado con/por el asunto, la que conozca de un supuesto de tráfico jurídico externo en materia de defensa de la competencia y competencia desleal. Este planteamiento se realiza a través de un análisis comparado de los límites de la competencia de adjudicación, tanto a escala judicial como administrativa. Esta

⁸ La respuesta unilateral alternativa sería la Sección 301 de la Ley de comercio y competitividad estadounidense de 1988, Pub. L. n° 100-418. 102 Stat.1107 (1988), *vid.* en *ILM* vol. XXVIII n° 1 y 2 (1989), declarada compatible con la OMC por el informe del panel de 22 de diciembre de 1999, WT/DS152/R. Su equivalente comunitario, el Reglamento 3286/94, por el que se establecen procedimientos comunitarios en el ámbito de la política comercial común con objeto de asegurar el ejercicio de los derechos de la Comunidad en virtud de las normas comerciales internacionales, particularmente las establecidas bajo los auspicios de la OMC, *DOCE* (1994) L 349/71, modificado por el Reglamento 356/95, *DOCE* (1995) L 41/3.

⁹ Tan es así que A. Mann, “The doctrine of international jurisdiction”. *R. des C.* vol. 186. 1984-III, p.67 señala “*the international jurisdiction to adjudicate is not a separate type of jurisdiction, but merely an emanation of the international jurisdiction to legislate ... a state’s right of regulation is exercised by legislative jurisdiction which includes adjudication*”. En el mismo sentido K.M. Meesen, “Drafting Rules on Extraterritorial Jurisdiction”. en *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*. K.M.Meesen Ed. Kluwer. 1996, p.226 dice respecto de la distinción “*whether it has more than a descriptive value and actually contributes to settling and defining the law from an international perspective, I do not know. At least, there is no reason for us to single out just the one or other aspect*. Sin embargo añade “*no one*

aproximación ofrecería mayores niveles de seguridad jurídica para los operadores económicos y eludiría eventuales dificultades respecto de la determinación del Derecho aplicable al favorecer la tradicional coincidencia entre *forum* e *ius* perseguida, cuando no propia, del Derecho público o quasipúblico¹⁰.

II. LA COMPETENCIA DE ADJUDICACIÓN

La expresión competencia de adjudicación resulta adecuada en el marco de este trabajo teniendo en cuenta que en el sector del Derecho de la competencia, no son sólo las instancias judiciales las que adoptan decisiones ejecutorias, también las autoridades administrativas cuentan con importantes atribuciones de investigación y sanción¹¹. La amplia regulación de los mercados ampara la intervención de la Administración para la defensa del interés público en la lucha contra el poder de las grandes fuerzas económicas que difícilmente podría ser controlada por la acción individual¹². Los litigios civiles de carácter internacional en éste ámbito, que pueden presentarse como acciones por responsabilidad contractual o extracontractual¹³ así como solicitando la

really cares before the law is implemented at which point there is still occasion to call for restraint. Only enforcement and adjudication bring matters to ahead".

¹⁰ J.D. González Campos, "Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé". *R. des C.* n° 156. 1977-III, p.331. El carácter de norma de policía o la existencia de una norma de aplicación inmediata produce necesariamente un efecto positivo en el ámbito de la competencia judicial. Aunque González Campos señala a continuación que si tenemos en cuenta la finalidad de las reglas de aplicación inmediata, podemos mantener que *la competencia del juez se afirma en tanto que exclusiva en relación a esa materia*, la práctica en materia de consumidores y trabajadores demuestra que los objetivos tuitivos no impiden el reconocimiento de la competencia de otras jurisdicciones. Por lo demás, nada obsta la aplicación por el foro del Derecho público o quasipúblico extranjero, *vid.* artículo 7.1 del Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, *DOCE* (1992) L 333, que ayuda a establecer una diferenciación entre las normas de policía destinadas a la protección de intereses esencialmente particulares (artículos 3 y 4) como defensoras del equilibrio contractual, de aquellas otras que protegen intereses públicos de dirección (ordopolíticas), *vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*. 1ª Ed. 1999, pp.527-528.

¹¹ Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, *BOE* núm 170 de 18 de julio de 1989, reformada por Ley 52/1999 de 28 de diciembre, *BOE* núm 311 de 29 de diciembre de 1999 establece el Servicio de Defensa de la Competencia y su Tribunal. En el Derecho comunitario, los artículos 81 y 82 del TCE son de aplicación directa siendo su puesta en práctica responsabilidad fundamental, cuando no exclusiva, de la Comisión. Cabe mencionar como norma de desarrollo básica el Reglamento 17/62, *DOCE* (1962) L 13/204, última modificación en el Reglamento 1216/99 *DOCE* (1999) L 148/5. En Estados Unidos la normativa federal en materia de competencia se recoge esencialmente en la *Sherman Act*, 26 Stat. 209 (1890); la *Clayton Act*, 38 Stat. 730 (1914), y la *Federal Trade Commission Act*, 38 Stat. 717 (1914), señalando las atribuciones del *Department of Justice (DoJ)* y de la *Federal Trade Commission (FTC)*. Para un estudio comparado de estas organizaciones administrativas al servicio de la competencia, y centrándose en la FTC por lo que a los Estados Unidos respecta, *vid.* A.M. Moreno Molina, "Aspectos Institucionales del Derecho de la Competencia". *Derecho Europeo de la Competencia*. A.L. Calvo Caravaca y P. Blanco-Morales Limones Eds. Colex. Madrid. 2000, pp.429-445.

¹² J.M. Baño León, *op. cit.* p.23.

¹³ A. Ortiz-Arce de la Fuente, "La configuración de la responsabilidad civil en el ámbito comunitario

adopción de medidas cautelares, son más frecuentes en los Estados Unidos que en España. La incidencia de la Comunidad sobre esta materia se limita a la aplicación del Derecho comunitario de la competencia por los tribunales de los Estados miembros y a la interpretación del Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹⁴.

La presencia de mayor número de casos ante los tribunales estadounidense se explica, entre importantes razones institucionales, porque la legislación de este país permite fuertes indemnizaciones (*treble damages*)¹⁵, y, aunque la actuación sancionadora de la administración sea muy frecuente, la extendida concepción de la escuela de Chicago según la cual el mercado mismo arregla sus desajustes¹⁶ propicia la intervención privada. No obstante, las perspectivas de renovación del Derecho comunitario de la competencia señaladas en el Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE¹⁷ giran en torno a la descentralización en favor no sólo de las autoridades sino también de los *tribunales* nacionales; lo que, en línea con las ideas expuestas en la Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE¹⁸, conduciría a una “juridificación en favor de los jueces nacionales” siguiendo el modelo estadounidense¹⁹.

europé de la compétence entre entreprises et de l'aide d'État”. *Revue de Institutions Européennes*. Vol. 2. 1996, pp.397-413, indiquant la descentralisation “communautaire” des réclamations dans ce domaine.

¹⁴ DOCE (1990) C 189.

¹⁵ Section 4 de la *Clayton Act*. 15 U.S.C. & 15 (1994).

¹⁶ Vid. R.A. Posner, *Antitrust Law. An Economic Perspective*. University of Chicago Press. 1976.

¹⁷ DOCE (1999) C 132/1.

¹⁸ DOCE (1993) C 39/6.

¹⁹ J.M. Beneyto, “Hacia un nuevo Derecho de la competencia. El Libro Blanco de la Comisión sobre modernización y descentralización en la aplicación de los artículos 85 y 86”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*. Agosto/septiembre. 1999, n° 202, pp.9-19, extendiéndose sobre las dificultades para su realización práctica, tanto por la configuración de las normativas procesales internas como por la falta de conocimiento que de este sector del ordenamiento comunitario tienen los tribunales ordinarios, y sobre los peligros interpretativos y de nacionalización que se plantearían. La industria comunitaria ha manifestado su valoración negativa de las propuestas por estos mismos motivos, *vid.* J. Nacerali y D. Cowan, “Modernising the Enforcement of European Union Competition Law - Can the Commission Claim to be Preaching the Converted?”. *ECLR*. 1999, pp.442-445. Sin obviar las dificultades, pero proporcionando soluciones y defendiendo la necesidad de la reforma, J. Temple Lang, “Decentralised Application of Community Competition Law”. *WC*. vol. 22 n° 4. 1999, pp. 3-20, y T. WiBmann, *op. cit.* pp.123-154, dando la bienvenida a la descentralización. Cuestión distinta es el modo en que se articularía la puesta en práctica de los Convenios bilaterales firmados con terceros países sobre la aplicación de los respectivos Derechos de la competencia.

El propósito de este apartado es adentrarse en los límites internacionales y constitucionales que condicionan la intervención de los Estados y de la Comunidad en ambos marcos de actuación. A partir de ahí se deriva en el juego del llamado principio de proximidad²⁰ y su “perfeccionamiento” a través de criterios de razonabilidad que se encuentran en el fondo teórico de todo el planteamiento ya que, como dijera Lagarde, la función más manifiesta del principio de proximidad es la elaboración y *corrección* de las normas de competencia judicial²¹.

Precisemos que al referirnos a la competencia judicial, lo hacemos inicialmente con independencia de su naturaleza civil o penal. Los comportamientos anticompetitivos pueden constituir ilícitos penales tanto en España²² como en los Estados Unidos²³, donde, a diferencia de nuestro país, son las autoridades administrativas las que investigan y deciden también sobre este punto si bien las decisiones requieren aprobación judicial. La Comunidad Europea carece de competencias penales y parece dudosa su eventual colaboración con las autoridades judiciales nacionales que, en la aplicación de su propio derecho, entren a dilucidar sobre la existencia de una infracción de esta naturaleza²⁴. En cualquier caso, dado que en los Estados Unidos la intervención

²⁰ P. Lagarde, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”. *R. des C.* vol. 196. 1986-I, p.127, indica que la *justicia* en DIPrv. requiere que una cuestión sea sometida a un tribunal que no esté desprovisto de relación con ella.

²¹ P. Lagarde, *op. cit.* p.131. La cursiva es mía.

²² El Código Penal recoge tipos concomitantes con conductas anticompetitivas, como las maquinaciones para alterar el precio de las cosas en el artículo 284.

²³ En Estados Unidos las infracciones del Derecho de la competencia pueden constituir un ilícito penal, 15 *U.S.C. & 13-26* (1994). Estados Unidos y el Reino Unido han iniciado conversaciones para estudiar la posibilidad de extender a este ámbito su convenio bilateral de 1994 sobre asistencia mutua en asuntos criminales, que expresamente excluye el derecho de la competencia de su ámbito material de aplicación. *Financial Times*, 19 de junio de 2000, p.9.

²⁴ La Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, *loc.cit.*, no contempla esa posibilidad. Además, la Comunicación se refiere a la protección de los *derechos subjetivos de los particulares en sus relaciones mutuas* e insiste en que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden garantizar, *de oficio o a instancia de parte*, el respeto a las normas de competencia *en beneficio de los particulares*. Sin embargo, y aunque la colaboración se presente respecto de la aplicación de los preceptos comunitarios, su contenido sustantivo puede coincidir con el tipo penal nacional. De producirse la colaboración en este caso, sería por vía indirecta, esto es; si la administración nacional dirige una investigación paralela a la del proceso penal y requiere la colaboración de la Comisión de conformidad con la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los artículos 85 y 86 del Tratado CE, *DOCE* (1997) C 313/3. Sobre la coincidencia de procesos administrativos y penales en España *vid.* O. Armengol Gasull, “La prejudicialidad penal en la Ley de Defensa de la Competencia”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Marzo/abril de 2000, n° 206, pp.101-108. En cualquier caso, no parece que los funcionarios del Servicio de Defensa de la Competencia y de su Tribunal puedan tener obligación de comunicar al Ministerio Fiscal la existencia de una conducta delictiva de la que hubieran tenido conocimiento durante la tramitación de un expediente ya que el

penal corre sustancialmente a cargo de la administración, la escasez de supuestos de esta naturaleza en la práctica española y la imposible intervención comunitaria, nos centraremos en la competencia en el orden civil, marginando el debate sobre la arbitrabilidad de estas diferencias²⁵. En todo caso, tanto en el Derecho español como en el comunitario y en el estadounidense, la revisión judicial de las decisiones administrativas como obligado mecanismo de control de la administración, responde necesariamente a los límites generales de la actuación judicial, ya que, como reconoce la doctrina procesalista en nuestro país, el proceso “contencioso”-administrativo no es más que un proceso civil especial²⁶.

A. LOS LÍMITES INTERNACIONALES Y CONSTITUCIONALES

En el ámbito económico, y por tanto también en el Derecho de la competencia, la **competencia adjudicatoria** no suele plantear problemas para los Estados ni conduce a enfrentamientos o disputas entre ellos por cuanto no se cuestiona la determinación soberana de la propia autoridad. Habría, sin embargo, que preguntarse sobre la existencia de límites internacionales a la actuación estatal en el terreno de la

artículo 52 LDC les impone la obligación de guardar secreto sobre los mismos.

²⁵ Se ha planteado la cuestión de la arbitrabilidad de las diferencias en materia de competencia en base a cláusulas compromisorias incluidas en contratos internacionales. En Estados Unidos, el Tribunal Supremo lo permite, aunque reserva la competencia de los tribunales para los casos en los que la cláusula arbitral opere de manera que una parte pierda su derecho a obtener *statutory remedies* (compensación) por infracciones del Derecho de la Competencia. La articulación de esta salida se realizará a través del rechazo al reconocimiento del laudo en base a la excepción de orden público. *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 U.S. 614 (1985); *G. Fisher, Foundry Systems, Inc. v. A.H. Hottinger*, 55 F.3d 1206 (6th. Cir. 1995). T.J. Brewer, “The Arbitrability of Antitrust Disputes: Freedom of Contract for an Alternative Forum”. *Antitrust Law Journal*. vol. 66 n° 1. 1997, pp.91-126. En el ámbito comunitario, el TJCE señaló recientemente en el asunto C 126/97 *ECO Swiss China Time Ltd. v. Benetton International N.V.*, sentencia de 1 de junio de 1999, la imposibilidad de declarar la ejecutoriedad de un laudo arbitral que no respete las normas de competencia, en tanto que orden público comunitario, con lo que no es necesario que éstas sean traídas a colación por las partes a lo largo del proceso arbitral. *Vid.* comentario de M. Furse y L. D’Arcy, “*Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton*. E.C. Competition Law and Arbitration”. *ECLR*. vol. 20. 1999, pp.392-394. H.H.P. Lugard, “E.C. Competition Law and Arbitration: Opposing Principles?”. *ECLR*. vol. 19. 1998, pp.295-301. En su comentario, al referirse a la arbitrabilidad de las controversias sobre el derecho de la competencia, S. Álvarez González, “Arbitraje comercial internacional, orden público y Derecho de la competencia”. *La Ley. Unión Europea*. Núm. 4895, de 30 de septiembre de 1999, opina que la sentencia “transparenta una cierta anuencia por la potencial competencia de los árbitros”. En España, el artículo 2 de la Ley 36/1998 de 5 de diciembre de arbitraje, al señalar las materias excluidas no menciona expresamente al Derecho de la competencia, pero, en su apartado b) se refiere a aquellas “inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes carezcan de poder de disposición”, caso en el que se encuentran las normas de defensa de la competencia. En todo caso y, a pesar de su interés, este debate es escasamente relevante a los efectos del presente estudio en tanto, en su caso, el arbitraje entraría en juego como resultado del ejercicio de la autonomía de la voluntad concertada (cláusula compromisorias) respecto de la sede para la resolución de la diferencia.

²⁶ J. Montero Aroca, J.L. Gómez Colomer, A. Montón Redondo, y S. Barona Vilar, *Derecho Jurisdiccional (I) Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000, pp.309-310.

adjudicación. En este sentido, y salvo las tradicionales inmunidades de jurisdicción y ejecución de los Estados, no puede establecerse de manera palmaria que el Derecho Internacional Público (DIP) exija siquiera mínimos contactos entre la cuestión litigiosa y el Estado cuyas autoridades son llamadas o deciden intervenir. En el contexto internacional, la competencia se ha entendido siempre como un ámbito de respeto a la soberanía estatal sólo condicionada por los compromisos voluntariamente adquiridos mediante tratado, planteamiento que justifica las mencionadas excepciones de inmunidad de jurisdicción y ejecución. No obstante, partiendo de la opinión del juez Fitzmaurice en el asunto *Barcelona Traction*²⁷ en la que se reconoce la obligación de todos los Estados de ejercitar la moderación y restricción en este terreno y se defiende la existencia de límites que sólo pueden ser apreciados caso por caso, Mann postuló la búsqueda de un principio que condujo a la *razonabilidad* en los mismos términos que la prohibición de abuso de derecho y de arbitrariedad en el ámbito de la nacionalidad²⁸.

En tiempos más recientes se plantea la existencia de límites internacionales al ejercicio de la *jurisdiction to adjudicate* derivados de los Derechos Humanos que incidirían tanto en la actuación administrativa como judicial, no ya como exigencia convencional²⁹, sino como costumbre internacional e incluso como regla de *ius cogens*. En este sentido hay que señalar que son escasos los derechos humanos a los que se reconoce un carácter inderogable (no discriminación y estándar mínimo de trato humanitario aplicable a situaciones de conflicto armado)³⁰, y, aunque no parece que éstos derechos puedan constituirse en límites a la competencia de adjudicación estatal, condicionan sin duda su

²⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd., ICJ Reports*, 1970, p. 105, “It is true that under the present conditions international law does not impose hard and fast rules on States delimiting spheres of national jurisdiction ...but leaves to States a wide discretion in the matter. It does, however (a) postulate the existence of limits - though in any given case it may be for the tribunal to indicate what these are for the purposes of that case -; and (b) involve for every State an obligation to exercise moderation and restrain as to the extent of the jurisdiction assumed by the courts in cases having a foreign element, and to avoid undue encroachment on a jurisdiction more properly appertaining to, or more appropriately exercisable by, another State”.

²⁸ A. Mann, *op. cit.* pp.27-31.

²⁹ Fundamentalmente, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, *BOE* núm. 103 de 30 de abril de 1977; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, *BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1977; y en el ámbito regional europeo, el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, *BOE* núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

³⁰ C. Villán Durán, “Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena”. *REDI*. Vol. XLVI n°2. 1994, pp.515-516. Los demás derechos sólo son *ius cogens* en la medida en que sean necesarios para proteger un derecho no derogable.

ejercicio. Por otra parte, de aceptarse el carácter de costumbre del derecho humano a acceder a la justicia, y a pesar de los generales problemas interpretativos de las normas internacionales, bien podría hablarse de una obligación internacional limitando la competencia de adjudicación de los Estados en su dimensión judicial³¹. Así, sin marginar totalmente la soberanía, la atención al individuo en el contexto internacional se traduce en el sector de la competencia de adjudicación judicial en la introducción del respeto a las libertades individuales como fundamento legitimador del sistema.

Más allá de las repercusiones de la acción internacional en materia de Derechos Humanos sobre los sistemas internos³², cabe recordar que en el sector del Derecho de la competencia, sin perjuicio de la responsabilidad exigible a los directivos³³, los actores *suelen* ser personas jurídicas³⁴ de quienes no son predicables los derechos de los individuos, por lo que podría decirse que, en principio, carecen de especial relevancia a los efectos de este trabajo.

Sentada la inexistencia de límites internacionales de carácter general en este terreno, procede considerar la presencia de límites constitucionales. A continuación se hará referencia a la existencia de límites constitucionales a la competencia adjudicatoria tanto judicial -en primer lugar- como administrativa -en segundo-, ámbitos en los que se produce la intervención de los poderes de adjudicación del Estado respecto del Derecho de la competencia. Partiendo de la constitución estadounidense, se hará referencia a la situación en España y en la Unión Europea.

³¹ Sobre la interpretación del derecho a acceder a la justicia en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Constitución española *vid.* C. Otero García-Castrillón, “Problemas de aplicación de las normas de competencia judicial internacional en Derecho español y comunitario: Reflexiones en torno al *forum non conveniens*”. En trámite de publicación en Revista de la Facultad de Derecho de la UCM. Ésto constituiría el fundamento más sólido de la debatida obligación internacional sobre el “ejercicio moderado de la competencia adjudicatoria” en su dimensión judicial. *Vid. infra* A. Mann.

³² *Vid. supra*. La referencia al Derecho español y al Derecho comunitario.

³³ En la actuación administrativa, la intervención es sancionadora u ordena la cesación de conductas sin establecer reparaciones por daños y perjuicios. Sin embargo, el *DoJ*, puede acordar con los directivos las penas privativas de libertad, *vid. infra*. En cualquier caso, las reparaciones, al igual que la responsabilidad exigible a los directivos por parte de las empresas, pueden ser reclamadas por la vía judicial, que, en el ámbito comunitario, se reconduce a las jurisdicciones de los Estados miembros.

³⁴ Sobre el concepto de empresa (*undertaking*) en el Derecho comunitario de la competencia, que incide en el carácter de unidad económica con personalidad jurídica independientemente de su carácter de persona física o jurídica, *vid.* W.P.J. Wils, “The undertaking as a subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons”. *E.L. Rev.* vol. 25. 2000, pp.99-116.

i) competencia judicial

En el ámbito *judicial-civil*, la cláusula de la *Due Process of Law* en la decimocuarta enmienda de la Constitución estadounidense³⁵ conduce a la inadmisión de casos en los que la relación con el foro es remota. En síntesis, el mandato constitucional tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Supremo, requiere el respeto a los derechos procesales del demandado (notificación y audiencia) y la existencia de base jurisdiccional. Simplificando el análisis, la base jurisdiccional satisface las exigencias de la *Due Process of Law* cuando la competencia se afirma por razón de las personas o de la materia. La competencia *in rem*, con sus correspondientes y discutidas variedades, se afirma en atención a la presencia de bienes en el foro y se considera como residual respecto de la competencia subjetiva. En estos casos, el poder de actuación de los tribunales se encuentra limitado a la concreta propiedad sobre la que se tiene jurisdicción.

Para afirmar la competencia *in personam* el Tribunal Supremo ha establecido un examen doble. El primer requisito exige la presencia de *contactos* con el foro. Así, se habla de competencia general, además de los casos de sumisión³⁶, si el demandado tiene su domicilio, ha nombrado un agente para notificaciones, ha sido notificado o realiza actividades comerciales de manera habitual en el foro. La competencia será específica cuando los contactos se limitan a la acción por la que se promueve el litigio (*long arm jurisdiction*). En segundo lugar se requiere que la competencia responda a los principios de “juego limpio y justicia material” (*fair play y substantial justice*)³⁷.

³⁵ El texto de la sección primera de la enmienda reza “... *No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*”. Igualmente, la quinta enmienda, con una dimensión penalista, señala “... *nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; ..*”

³⁶ Incluyendo aquí no sólo los supuestos de sumisión expresa y tácita, sino también aquellos en los que el demandado renuncia (*waive*) a interponer excepción de competencia al negarse a participar en la investigación del caso, dificultando de ese modo la identificación de los contactos con el foro, *vid. Insurance Corp of Ireland v. Compagnie des Bauxites de Guinee*, 456 U.S. (1982).

³⁷ El Tribunal Supremo ha establecido los cinco factores que concurren en su determinación: 1. la carga sobre el demandado; 2. el interés del foro en la diferencia; 3. el interés del demandante en obtener una compensación conveniente y efectiva, (interpretado como la disponibilidad de foro alternativo); 4. el interés del sistema judicial en obtener la solución de diferencias más efectiva, atendiendo a la proximidad de los testigos y las pruebas (economía procesal); y 5. los intereses de otras naciones y de las relaciones internacionales del gobierno federal. Se ha señalado que los intereses estatales son tan fáciles de manipular que el tribunal puede decidir primero sobre su competencia y encontrar después un interés estatal que justifique tal decisión. W.M. Richman y W.L. Reynolds, *Understanding Conflict of Laws*.

Aunque la relación entre los dos requisitos del examen era ambigua en la jurisprudencia, que en unas ocasiones insistía en los contactos y otras en el *fair play*, el Tribunal Supremo estableció el carácter subsidiario del segundo respecto del primero³⁸. Incluso en casos de necesidad por la ausencia de foro alternativo para la resolución del litigio (*forum necessitatis*), no parece que la competencia pueda afirmarse en ausencia de contactos con los Estados Unidos³⁹. Interesa destacar que el Tribunal Supremo mantiene que el presupuesto procesal de la competencia subjetiva “representa una restricción al poder judicial *no como una cuestión de soberanía, si no como una cuestión de libertad individual*”⁴⁰. Esta libertad individual, a diferencia del contexto internacional humanitario, se refiere a los sujetos de derecho, sean éstos personas físicas o jurídicas. Por lo demás, esta afirmación constituye un claro testimonio del cambio en la fundamentación del sistema de competencia judicial, marginando la soberanía como principio de autoridad en favor de una visión protectora de los derechos individuales.

En resumen, la exigencia de base jurisdiccional en la cláusula constitucional de la *Due Process of Law* requiere en todo caso, además del respeto a las garantías procesales del demandado, la existencia de algún *vínculo razonable* entre el Estado y el demandado, por sí mismo o por su actividad en la concreta diferencia⁴¹. En definitiva, para afirmar la competencia judicial es constitucionalmente exigible un *mínimo de proximidad* del demandado con el foro que convierta en *razonable*, y consecuentemente legitime, el ejercicio de la jurisdicción.

A título de ejemplo y en el ámbito del Derecho de la competencia que nos ocupa, cabe recordar el asunto *Sea-Roy Corporation v. Parts R. Parts, Inc.*⁴². La empresa estadounidense *Sea-Roy* (North Carolina) era la distribuidora para este país de materiales de construcción de la empresa alemana *Farymann*. La compañía alemana no

2nd. Ed. 1993, pp.106-107 “state interests are so easy to manufacture, magnify or discount that the court can reach its result first and then always find a state interest argument -positive or negative- to support it”.

³⁸ *World wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 US 286 (1980); *Burger King Corp. v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462 (1985).

³⁹ W.M. Richman y W.L. Reylolds, *op. cit.* p.111.

⁴⁰ *Bauxites*, *loc.cit.*

⁴¹ Y así se recoge en el *III Restatement of Foreign Relations* (#421 (1)), del mismo modo que en el *II Restatement of Conflict of Laws* (#24).

⁴² *Sea- Roy Corp. v. Parts R. Parts, Inc.* 30 de julio de 1996, 1996 WL 557857*1 (M.D.N.C.)

realizaba negocios en los Estados Unidos (fabricación, publicidad, venta directa) ni tenía empresas filiales, propiedades, trabajadores, ni siquiera un agente a quien se pudieran realizar notificaciones en el país. El negocio se gestionaba en Alemania y tanto el título como los riesgos de la mercancía pasaban allí a la empresa estadounidense, los pagos se realizaban en moneda alemana y, además, se había acordado una cláusula de elección de ley aplicable en favor de la de este país. En un determinado momento, *Farymann* decidió no vender más a *Sea Roy* y convertir a otra compañía (*Parts R. Parts*) en su distribuidor exclusivo para los Estados Unidos. *Sea Roy* presentó una demanda ante los tribunales de Carolina del Norte alegando la existencia de una conspiración entre *Parts* y *Farymann* para excluirla del mercado contraria a la *Sherman Act* y a la ley de Carolina del Norte sobre prácticas comerciales desleales. El caso fue inadmitido por falta de competencia subjetiva (*jurisdiction in personam*).

Así, el hecho de que la distribución se realizara efectivamente en los Estados Unidos, no se considera circunstancia bastante para vincular al demandado con el territorio de este país, ya que, de los términos del contrato y de su propio comportamiento no podía extraerse ninguna conexión del demandado con los Estados Unidos. La jurisprudencia no admite que la venta a través de un distribuidor sea motivo suficiente para afirmar la existencia de contactos comerciales salvo en el caso de que el distribuidor sea el *alter ego* del fabricante⁴³. El análisis sobre los intereses diversos que hubieran permitido afirmar la competencia sobre la base del “juego limpio y la justicia material” resulta improcedente ante la falta de cumplimiento del primer requisito, la existencia de contactos. Se trata de una decisión unilateral para la que no es relevante acreditar que otra jurisdicción pueda ser competente.

En España, considerando la labor del Tribunal Constitucional (TC) y el peso de los compromisos internacionales contraídos por España, especialmente el Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos y las libertades fundamentales, llevan a concluir que los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y al juez ordinario predeterminado por la ley del artículo 24 la Constitución (CE)⁴⁴ no impiden la

⁴³ *Wells Fargo & Co. V. Wells Fargo Express Co*; 556 F.2d 406 (9th Cir. 1977).

⁴⁴ El texto reza. “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público

aceptación de una solución semejante en iguales circunstancias. Así, la exigencia de la predeterminación legal del juez no impide que deba respetarse el contenido primario del derecho a la tutela judicial efectiva, esto es el acceso a la justicia sin que se produzca indefensión, o lo que es lo mismo, en términos de igualdad/equidad. El TC ha reconocido que esto sólo puede ser interpretado atendiendo a las circunstancias del caso⁴⁵, de manera que las normas de la competencia judicial, más allá de la búsqueda de una “proximidad razonable” entre el litigio y la jurisdicción, han de responder a la razonabilidad/equidad en el acceso a la justicia⁴⁶. Por lo tanto, la inconstitucionalidad de las normas de competencia judicial se deduce de los derechos de las partes a disfrutar de una tutela judicial en condiciones de equidad, pudiendo incluso plantearse la derogación de la competencia judicial positivizada en los fueros dado el carácter de exigencia constitucional de la razonabilidad en el acceso a la justicia.

Los tribunales españoles han de disfrutar de competencia suficiente para que el desconocimiento de un asunto no lleve a la denegación de justicia cuando otras jurisdicciones no lo asuman, admitiéndose la competencia en caso de necesidad (*forum necessitatis*) por encima de la concreta predeterminación legal. Paralelamente, las normas de competencia judicial no pueden exigir una diligencia irrazonable o conllevar una carga excesiva para hacer efectivo el acceso a la justicia al demandado.

Así, a diferencia del sistema constitucional estadounidense, de la Constitución española y la interpretación que de ella hace el TC se infiere un límite sustantivo muy genérico a la determinación de la competencia judicial, consistente en el acceso a la justicia en condiciones de igualdad-equidad. En cualquier caso, es interesante, como haremos a continuación, detenerse en los resultados concretos de la determinación de competencia judicial en ambos sistemas en el ámbito del Derecho de la competencia.

La configuración legal del Derecho al juez ordinario conduce a la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)⁴⁷, cuyo artículo 22.3 establece el *forum delicti commissi* además

sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

⁴⁵ STC 61/2000 fundamento jurídico cuarto.

⁴⁶ C. Otero García-Castrillón, *op. cit.*

⁴⁷ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *BOE* núm.157 de 2 de julio, corrección de errores núm.264, de 4 de noviembre de 1985.

del fuero del domicilio de autor y de la víctima, para los casos de responsabilidad extracontractual en los que se incardinan los litigios civiles por infracción del Derecho de la competencia paralelos al asunto que afectó a *Sea Roy*, sin perjuicio del juego de la autonomía de la voluntad⁴⁸. En su necesaria formulación unilateral, el precepto se refiere al territorio español como el lugar en el que se ha producido “el hecho del que deriva” la responsabilidad. Aún a falta de interpretación jurisprudencial del *forum delicti commissi* en este ámbito, cabe argumentar que, tal y como señalan tanto la Ley de Defensa de la Competencia como la Ley de Competencia Desleal, el hecho del que deriva la responsabilidad no es otro que la producción real o potencial de *efectos* en el mercado nacional⁴⁹. Los efectos no constituyen una conexión sino una cláusula general que expresa un principio de regulación (fundamentación y marco de valoraciones) y que precisa una progresiva tipificación de supuestos a partir del desarrollo judicial del Derecho⁵⁰. Así, la calificación, o determinación de la existencia de efectos, se hará de conformidad con el Derecho español, con lo que nuestras autoridades son competentes cuando nuestra ley resulte aplicable. Bien puede decirse que el *forum delicti commissi* pasaría así a convertirse en un *forum legis*⁵¹.

Por lo tanto, a diferencia del sistema estadounidense, la total falta de relación del demandado con la jurisdicción española carecería, al menos en principio, de repercusiones en la afirmación de la competencia de nuestros tribunales si los *efectos* se localizan en el territorio nacional. Cabría plantearse si, en estas circunstancias, el *forum legis* se convertiría en un fuero exorbitante o si la tutela judicial efectiva del demandado resultaría afectada. Las respuestas sobre la constitucionalidad de la competencia judicial

⁴⁸ No hay que olvidar que el Derecho de la competencia puede ser traído a colación en litigios relativos a las obligaciones contractuales, cuyos fueros determinarían en tal caso la competencia.

⁴⁹ El artículo 4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero de competencia desleal, *loc. cit.*, se refiere a “los actos de competencia desleal que produzcan o puedan producir efectos sustanciales en el mercado español”; mientras que el artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio, de defensa de la competencia, *loc. cit.*, se refiera a aquellas conductas que tengan “por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional”. *Vid. supra*, competencia normativa.

⁵⁰ M. Virgós Soriano, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal. Un análisis del artículo 4 de la Ley española de Competencia Desleal de 1991* Ed. Civitas. Madrid. 1993, pp.44-45.

⁵¹ J.D. González Campos, *op. cit.* p.280, define el *forum legis* como el “recurso a la norma de conflicto para precisar las conexiones de una norma de competencia judicial, ie. precisar cual es el lugar de ejecución si está vinculado al fondo y de ésto depende la competencia judicial”. Aunque en este caso no se trata estrictamente de una norma de conflicto, sino de una norma de extensión, que bien puede calificarse como de conflicto unilateral en tanto traduce la regla de la *lex mercatus protectionis*, es

en esta hipótesis requerirían, sin olvidar el derecho a la tutela judicial del demandante, valorar las circunstancias concretas del demandado, que, en un caso semejante al de *Seas Roy* en el que se acreditasen efectos en el mercado nacional, *podría* llevar a considerar las cargas que éste hubiera de soportar como excesivas.

Por lo demás, el fuero del domicilio del autor y la víctima del daño, que coincidirá necesariamente con el fuero general del domicilio del demandado, se corresponde con el régimen de contactos en el sistema estadounidense. Así, en un caso como el de *Sea Roy* planteado ante la jurisdicción española, se afirmaría también la falta de competencia judicial al carecer el demandado de domicilio en territorio español.

Pasando a la escena comunitaria, el Tratado de Amsterdam (TUE) en calidad de texto constitucional no recoge derechos “fundamentales”, ni hace referencia a la tutela judicial efectiva, si bien sienta sus bases sobre el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales en los términos garantizados por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos (artículo 6), al que también se remite la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 52.3 y 53)⁵². Por lo demás, la competencia judicial no era materia para la que se hubieran atribuido competencias a la Comunidad que, sobre la base del antiguo artículo 220 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCE), se limitaba a favorecer la firma de tratados internacionales entre los Estados miembros con el fin de agilizar la circulación de decisiones judiciales; contexto en el que se enmarca el Convenio de Bruselas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en el ámbito civil y mercantil⁵³ estableciendo criterios de competencia judicial. Tras su última modificación, el TUE incorpora el título VI sobre cooperación en los ámbitos de justicia e interior⁵⁴, proporcionando base jurídica para la “transformación” del Convenio de Bruselas en un Reglamento⁵⁵.

necesario determinar si procede la aplicación de la ley española para concretar el lugar del hecho dañoso en función de la misma, y, apartir de ahí, afirmar la competencia de nuestros tribunales.

⁵² *DOCE* (2000) C 364/1, que recoge los derechos a un recurso efectivo, a un tribunal imparcial previamente establecido por la ley y a la defensa (artículos 47 y 48).

⁵³ Convenio de Bruselas, *loc. cit.*

⁵⁴ La introducción del título VI sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Amsterdam, en el que se establece la cooperación judicial, no es un área de plena competencia comunitaria.

⁵⁵ Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil, *DOCE* (2001) L 12/1, entrará en vigor

Esta normativa establece el mismo fuero de competencia especial por razón de la materia que la LOPJ marginando los domicilios de autor y víctima del daño (artículo 5.3), que en cualquier caso pueden convertirse en foros en calidad de domicilio del demandado (artículo 2) o por el juego de la autonomía de la voluntad (artículos 17 y 18). El *forum delicti commissi* puede ser tanto el lugar donde se realizó el acto causal como aquel en el que se produjo el resultado, determinados ambos de conformidad con la *lex causae*⁵⁶. En todo caso, la lectura de los mismos no debe ser extensiva en tanto las decisiones interpretativas del TJCE en este ámbito presuponen la existencia de un vínculo estrecho entre el litigio y la jurisdicción⁵⁷.

Al plantearse la repuesta del Convenio en un caso equivalente al de *Sea Roy*, cabría diferenciar entre situaciones en las que los hechos se relacionan con las jurisdicciones de dos Estados miembros y aquellas otras en las que lo hacen con un Estado que es miembro y otro que no. En el primer caso (imaginando que la demandante *Sea Roy* fuera una empresa holandesa operando en ese país), no parece suficiente que la *lex causae* señale el lugar en el que se produjeron los resultados perjudiciales, ya que se exige que el vínculo entre el tribunal y la diferencia sea estrecho, valoración de la que será árbitro en última instancia el TJCE. En el segundo (cambiando ahora los papeles: *Sea Roy* pasaría a ser la empresa proveedora demandada estadounidense, sin contactos en ningún Estado miembro de la Comunidad y *Farymann* la distribuidora alemana demandante), los criterios de competencia del Convenio no serían de aplicación,

el 1 de marzo de 2002. La base jurídica se encuentra en los artículos 61.c y 67.1 TCE. La opción por un Reglamento se ha justificado por la necesidad de impedir la existencia de márgenes de apreciación que queden en manos de los Estados miembros en cuestiones de competencia judicial y reconocimiento de sentencias. No obstante, hay que tener en cuenta que el Reglamento no será de aplicación a Dinamarca.

⁵⁶ Asunto 21/76 *Beier c. Mines de Potasse d'Alsace*, ECR (1976) p.1735. Cuando sea imposible determinar el lugar donde se produjo el hecho causal, corresponde demandar ante el tribunal donde sobrevino el daño, Asunto C 51/97 *Réunion Européenne SA* y otros *c. Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV*, de 27 de octubre de 1998.

⁵⁷ A. Ortiz-Arce de la Fuente, "La responsabilidad civil referida al medioambiente en el marco de la Comunidad Europea. Las relaciones entre las disposiciones materiales y las disposiciones jurisdiccionales y conflictuales". *Revista de la Facultad de Derecho de la UCM*. 1997, pp.205-211. P. Blanco-Morales Limones, "El artículo 5.3". *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*. A.L. Calvo Caravaca Ed. Universidad Carlos III de Madrid y BOE. Madrid. 1994, pp.126-129, mencionando que en el ámbito del Derecho de la competencia (desleal más que defensa), la jurisprudencia francesa ha fijado el lugar del hecho dañoso allí donde se realizó la imitación de modelos protegidos así como en el lugar en el que se comercializó el modelo falseado. P. Gothot y D. Holleaux, *La convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*. Ed. La Ley. Madrid. 1985, pp.54-56. M. Desantes Real, *La competencia judicial en la Comunidad Europea*. Ed. Bosch. Barcelona. 1986, pp.289-302.

debiéndose de acudir a los fueros del Estado miembro correspondiente. En todo caso, si la demandada fuera la empresa domiciliada en territorio comunitario parece poco probable que llegara a cuestionarse la localización del hecho dañoso según la *lex causae*, a pesar del requisito de proximidad, cuando ésta señale la jurisdicción de un Estado miembro; y resulta difícilmente imaginable en situaciones de responsabilidad extracontractual⁵⁸ que el derecho aplicable señale la jurisdicción de un Estado no miembro, si no sólo la falta de competencia de sus propios tribunales⁵⁹.

ii) competencia administrativa

Hasta aquí las reflexiones sobre la incidencia de los límites constitucionales sobre la competencia judicial y su régimen en el ámbito del Derecho de la competencia. En cuanto a la *competencia administrativa*, más particularmente en el sector del Derecho de la Competencia, la cláusula constitucional estadounidense de la *Due Process of Law* tiene importantes consecuencias procesales similares al “derecho de defensa”⁶⁰, y, aunque las garantías para los particulares no sean las mismas en el ámbito administrativo que en el judicial⁶¹, el Departamento de Justicia (*DoJ*) y la Comisión Federal de Comercio (FTC) sólo iniciarán acciones cuando consideren que existe competencia por razón de las personas de conformidad con la interpretación que de la

⁵⁸ Caso distinto sería el planteamiento de acción por nulidad del contrato o anulación de una cláusula contractual por anticompetitiva, pues, no sólo se permite la elección del derecho aplicable y subsidiariamente se acude a la ley que presente los vínculos más estrechos con el contrato de conformidad con el Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (artículos 3 y 4), *loc. cit.*, sino que se regula la aplicación de las normas imperativas que presenten vinculación con el mismo.

⁵⁹ Las normas internas que señalan el ámbito de aplicación del Derecho de la competencia son unilaterales. Sobre la multilateralización de éstas normas, *vid.* J. Basedow, “Conflicts of Economic Regulation”. *The American Journal of Comparative Law*. vol 42. 1994. pp.423-447.

⁶⁰ P. Herzog, “Constitutional Limits on Choice of Law”. *R. des C.* vol. 234. 1993-III, pp.260-261. R.D. Rotunda, J.E. Nowak y N.J. Young, *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*. West Publishing Co. Vol. II. 1986, pp.250 259, señala que la garantía esencial de *due process* es *fairness*, tanto en el ámbito judicial como en el administrativo, describiendo los elementos esenciales para cumplir con la exigencia constitucional. En este sentido, pero tomando como referencia el Derecho internacional, la sección 431 del *III Restatement*, *loc. cit.*, (2) *Enforcement measures must be reasonably related to the laws or regulations to which they are directed; punishment for non compliance must be preceded by an appropriate determination of violation and must be proportional to the gravity of the violation..*

⁶¹ *III Restatement...*, *loc. cit.*, p.323, “*non judicial enforcement measures ... need not meet all the requirements associated with the exercise of criminal jurisdiction, but exercise of non judicial enforcement jurisdiction is consistent with International Law only if it is not arbitrary. The procedures associated with the measures of non judicial enforcement need not parallel in all respects procedures in courts, but subsection 3 requires that basic elements of fairness be observed*”

cláusula hace el Tribunal Supremo⁶², y, por supuesto, cuando la normativa nacional establezca la aplicación de su Derecho⁶³.

En España, el TC ha señalado que

“(E)l derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías -entre ellas, la independencia e imparcialidad del juzgador- es una garantía característica del proceso judicial que *no se extiende al procedimiento administrativo*, ya que la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable con igual significado y en la misma medida de los órganos administrativos”⁶⁴.

Por otra parte, el artículo 9.1 CE establece la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, de lo que el TC no sólo deduce “la obligación negativa de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano”⁶⁵. Además, tanto el TC como el TEDH, al señalar la identidad sustancial entre las sanciones administrativas y penales, establecen la extensión consecuente de los “derechos de defensa” al ámbito administrativo⁶⁶. La referencia a los derechos de defensa en este ámbito no incluye la dimensión de “competencia” propia del artículo 24.1 (CE) para las autoridades judiciales. Así, la competencia adjudicatoria de la administración encuentra los límites a su intervención en las atribuciones competenciales que la Constitución le asigna, esto es, en el marco de su actividad concretada en la ley⁶⁷. En este terreno, el derecho de defensa sólo condiciona el desarrollo de la actividad adjudicatoria.

⁶² U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission; *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*. 1995 (U.S. Antitrust Guidelines) p.30.

⁶³ La sección 431 del *III Restatement ...loc. cit.* señala (1) “A State may employ judicial or non judicial measures to induce or compel compliance or punish non compliance with its laws or regulations, provided it has jurisdiction to prescribe ...”.

⁶⁴ STC 76/1990, fundamento jurídico octavo A.

⁶⁵ STC 53/1985, fundamento jurídico cuarto.

⁶⁶ STC 18/1981, fundamento jurídico segundo, señala que las garantías procesales constitucionalizadas en el artículo 24.2 son de aplicación al ámbito administrativo sancionador “en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución. No se trata por tanto de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional”. *Vid.* también J.M. Baño León, *op. cit.* p.159.

⁶⁷ La Ley de Defensa de la Competencia, *loc. cit.*, crea y establece las atribuciones del Servicio de Defensa de la Competencia y de su Tribunal. La reforma adoptada, *loc. cit.*, no incorpora los criterios de conexión determinantes de la atribución al Estado y a las Comunidades Autónomas de las competencias

Aunque nada se dice sobre el “derecho de defensa” en el TUE, en el ámbito comunitario este derecho es reconocido, no sólo en calidad de principio general común de los Estados miembros y comunitario⁶⁸, sino también como consecuencia necesaria del efecto directo de sus normas⁶⁹. En cualquier caso, este derecho no condiciona la intervención de la administración comunitaria, sino, al igual que en caso español, el modo en que la autoridad ejercita su competencia. Es éste el único límite a la intervención administrativa. La competencia de la Comisión viene determinada por la aplicación de las normas comunitarias⁷⁰.

Mientras que las administraciones española y comunitaria tienen competencia siempre que su ley resulte aplicable (*forum legis*), la administración estadounidense debe fundamentar su intervención en la existencia de competencia por razón de las personas. En todo caso, el control de actuación de la administración pasa por la revisión judicial de sus actos en un proceso contradictorio⁷¹.

B. COMPETENCIA JUDICIAL: LA DOCTRINA DEL *FORUM NON CONVENIENS*

En Estados Unidos hay casos en los que pudiéndose afirmar la competencia en acciones civiles, la doctrina del *forum non conveniens* ha sido utilizada para algunos supuestos

respectivas para el conocimiento y aplicación de la normativa estatal tal y como exige la STC 171/99 de 11 de noviembre puesto que el proceso de aprobación de la misma ya estaba en su fase final en la fecha de la sentencia. Ésta indica que, si se trata de actos realizados dentro del territorio de una Comunidad Autónoma que carezcan de transcendencia fuera de ella, la competencia ejecutiva, desde la perspectiva constitucional y estatutaria, corresponde a la Comunidad

⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de abril de 1999 en los asuntos acumulados T-305-307, 313-316, 318, 325, 328, 329 y 335/94, *Liburgse Vinyl Maatschappij N.V. y otros, c. Comisión*, “El respeto de los derechos de defensa en todo procedimiento que pueda dar lugar a sanciones, en particular multas o multas coercitivas, constituye un principio fundamental del Derecho comunitario que debe ser observado aun cuando se trate de un procedimiento de carácter administrativo (Sentencia *Hoffman - La Roche c. Comisión*)”.

⁶⁹ Asunto C 127/73, *BRT c. SABAM*, Rec. 1974, p.71, indicando que los derechos subjetivos de los particulares se derivan del efecto directo que el TJCE reconoce a las prohibiciones de los artículos 81.1 y 82.

⁷⁰ Con carácter general, Reglamento 17/62, *loc. cit.*

⁷¹ En el orden administrativo, los tribunales españoles son competentes cuando la pretensión se refiera a disposiciones de carácter general o actos de las administraciones o poderes públicos españoles de acuerdo con lo que dispongan las leyes, *forum auctoritatis* (artículo 24 LOPJ). El Tribunal de Primera instancia tiene entre sus competencias el control de la actividad de la Comisión en el ámbito del Derecho de la Competencia. En Estados Unidos los Tribunales de apelación tienen competencia para revisar, confirmar, modificar o anular las decisiones de la *FTC*.

relativos al Derecho de la Competencia. La doctrina del *forum non conveniens*⁷², parte de la generalizada y fuerte presunción en favor el foro elegido por el demandante, admitiendo que la presunción se debilita cuando existen intereses privados o públicos que recomiendan que la disputa se resuelva en un foro alternativo⁷³.

A título de ejemplo cabe referirse al asunto *Capital Currency Exchange v. National Westminster Bank*⁷⁴. Los demandantes, una corporación de las Antillas Holandesas con su principal sede de negocios en Nueva York (*Capital Currency*) y una corporación neoyorkina (*Chequepoint World Class*), alegaron ante un tribunal de distrito de esta ciudad una conspiración para negarles el acceso a servicios bancarios y un intento de monopolización de transferencias internacionales de moneda por parte de dos bancos ingleses (*National Westminster* y *Barclays*). Las compañías situadas en Nueva York acordaron con *Barclays* que la oficina de Londres de este banco libraría una carta de crédito irrevocable a pagar en Nueva York y regida por las normas de ese estado. En un determinado momento, *Barclays* les conminó a buscar otro banco, negándose a librar la letra, porque habían descubierto una conspiración en materia de cheques en la que estaban involucradas las filiales en Londres de *Capital Currency* y *Chequepoint Worldclass*, por lo que deseaban terminar sus relaciones. *Natwest U.K.* denegó la prestación de este mismo servicio por idénticas razones. Los demandantes esgrimían la violación del Derecho de la Competencia estadounidense y el tribunal, considerando que la jurisdicción inglesa también podía afirmar su competencia y tras valorar los intereses públicos y privados de la disputa, decidió declinar el conocimiento del asunto.

⁷² De origen escocés, existen diferentes matices de la misma en los diversos países del *common law*. P. Herzog, "La théorie du forum non conveniens en droit anglo-américain. Un aperçu". *Revue Critique de Droit International Privé*. nº 1. 1976, pp.2-13.

⁷³ *Gulf Oil Corp. v. Gilbert* 330 U.S. 501 (1947). "unless the balance is strongly in favour of the defendant, the plaintiffs choice of forum should rarely be disturbed". Este caso sigue siendo la principal referencia a la doctrina del *forum non conveniens* en su dimensión internacional, que, a diferencia de la dimensión interna, carece de regulación codificada. Entre los trabajos españoles *vid.* F.J. Zamora Cabot, "Accidentes en masa y *forum non conveniens*: El caso Bhopal", en "La responsabilidad Internacional, aspectos de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado. *Jornadas de la asociación española de profesores de Derecho Internacional y Relaciones internacionales*. 1989, pp.533-564; y C. Otero García-Castrillón, *op. cit.*

⁷⁴ *Capital Currency Exchange v. National Westminster Bank PLC*, DC SNY, Nº 96 Civ. 6465, 8/28/97. En este caso, la valoración de los intereses privados favoreció la declinación, y, aunque las partes nada alegaron respecto de los intereses públicos, el juez indicó que "los intereses de Inglaterra parecían mayores" ya que "la mayor parte de la conducta tuvo lugar entre ingleses en Inglaterra". ATRR vol.73, 1997, p.271. En apelación, la decisión fue confirmada 2nd. Cir., Nº 97-97-9228, 9/16/98. *Vid.* también *Transunion Corp. v. PepsiCo, Inc.*; 811 F.2nd 127, 130 (2nd. Cir. 1987). *Cfr.* *Industrial Inv. Dev. Corp. v. Mitsui & Co; Ltd*; 671 F 2d 876, 890 (5th Cir. 1982); que rechaza la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens* en materia de competencia.

Como se ha defendido en otro lugar⁷⁵, ni el Derecho español ni el comunitario impiden necesariamente introducir la excepción jurisdiccional del *forum non conveniens*. Es más, en el marco de la CE, la protección contenida en el derecho a la tutela judicial en su dimensión de acceso a la justicia, puede conducir al mismo resultado como exigencia constitucional por encima de los criterios de competencia recogidos en la ley.

C. COMPETENCIA ADMINISTRATIVA: LA CORTESÍA POSITIVA

Una cuestión incontrovertida, y prácticamente tabú, como la competencia administrativa (y penal⁷⁶, en la medida en que sea aplicable) va abriéndose progresivamente en el orden económico internacional por la vía convencional⁷⁷ con la introducción de la “cortesía positiva”. Esta institución supone que el Estado afectado por una práctica anticompetitiva, puede solicitar a aquel en el que la conducta tiene lugar, que adopte medidas de control, investigue, y, cuando sea necesario, sancione y elimine tal práctica⁷⁸. La cortesía positiva señala, en alguna medida, la preferencia de una jurisdicción sobre otra.

En todo caso, la propia utilización del término cortesía (*comity*) da la clave respecto del entendimiento de esta figura, esto es, no se concibe la existencia de ninguna obligación o compromiso que limite la autoridad para intervenir o que obligue a declinar la competencia, se trata de una “concesión” fundada en motivos de oportunidad. Tan es así que la aplicación de este instrumento no se extiende necesariamente a las conductas que tengan un efecto directo, sustancial y razonablemente previsible en el primer

⁷⁵ C. Otero García-Castrillón, *op. cit.*

⁷⁶ En los convenios bilaterales sobre la aplicación del Derecho de la competencia no se hace referencia a la naturaleza de los procedimientos y sólo hay una regulación para el caso de intervención de *ciertas autoridades*. Por lo tanto, esta cuestión depende de las competencias establecidas en las leyes nacionales para cada autoridad. Por ejemplo, como ya se ha señalado, en los Estados Unidos, el Departamento de Justicia tiene competencia criminal, lo que no ocurre en la Comisión Europea.

⁷⁷ Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo a la aplicación de sus normas de competencia, *loc. cit.*, y el Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de los Estados Unidos de América sobre la observancia de los principios de cortesía positiva en la aplicación de sus normas de competencia, *loc. cit.*, que desarrolla cuándo y cómo se recurrirá a la cortesía positiva. En el mismo sentido, Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Canadá relativo a la aplicación de sus normas de competencia, *loc. cit.*

⁷⁸ Artículos V.2 del Acuerdo de 1991 y III del Acuerdo de 1998. El acuerdo de 1998 excluye su aplicación a las fusiones (artículo II.4) dado que, tanto la legislación estadounidense como la comunitaria, imponen plazos estrictos para la adopción de decisiones dejando poco margen de discreción para remitir los casos a la otra jurisdicción.

Estado⁷⁹. Por lo tanto, si el Estado requirente no está satisfecho con las medidas adoptadas en el Estado requerido, sus autoridades podrán iniciar la persecución de la conducta. En definitiva, la cortesía positiva crea la “presunción” de que, cuando las prácticas anticompetitivas tengan lugar, total o sustancialmente, en el territorio de un Estado pero afecten a los intereses de otro, este último suspenderá o aplazará sus actividades de ejecución en favor del primero, que estará dispuesto, en ejercicio de su jurisdicción a hacer frente al asunto de manera efectiva y rápida.

La experiencia convencional demuestra que recoger la institución de modo genérico no es bastante para su formal puesta en práctica. Así, en los primeros años de aplicación del convenio entre la Comunidad y los Estados Unidos de América, se presentaron algunos casos informalmente⁸⁰. El conocimiento y la confianza generados al aplicar el convenio de base⁸¹ propiciaron la firma del convenio específico para el desarrollo de la cortesía positiva⁸² que sólo ha sido utilizado en una ocasión⁸³. En abril de 1997, el Departamento de Justicia Estadounidense solicitó a la Comisión que investigara la discriminación específica de las compañías estadounidenses en el sistema de reservas por ordenador (Amadeus) establecido por *Luftansa, Air France e Iberia*⁸⁴. La falta de solicitudes en este marco podría explicarse, sin perjuicio de la sustancialidad simultánea de efectos anticompetitivos en ambos mercados y el interés en mantener la competencia en la investigación del asunto, por la intensidad de los contactos y cooperación desarrollada en el marco del acuerdo general, y, últimamente, por el fomento de la participación conjunta en casos concretos a través de los Acuerdos administrativos relativos a la asistencia a procedimientos iniciados en aplicación de sus

⁷⁹ Artículo IV.2 del Acuerdo de 1998.

⁸⁰ J.J. Parisi, “Enforcement Co-operation Among Antitrust Authorities”. *E.C.L.R.* n° 3. 1999, p.135.

⁸¹ Informes de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación del Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo a la aplicación de sus normas de competencia, período 1/7/96-31/12/96 COM (97) 346 final; período 1/1/98-31/12/98 COM (99) 439 final.

⁸² *loc. cit.*

⁸³ Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación del Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo a la aplicación de sus normas de competencia; período 1/1/099-31/12/99 COM (2000) 618 final, pp.6-7. El XXIX Informe sobre la Política de Competencia de 1999, *SEC* (2000) 720 final p.108, incide en la intensidad de la cooperación bilateral.

⁸⁴ Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación del Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo a la aplicación de sus normas de competencia período 1/1/97-31/12/97 COM (98) 510 final, p.4. Esta investigación sigue pendiente de decisión, Informe período 1999, *loc. cit.* p.7.

respectivas normas de competencia⁸⁵. Sin embargo, no deja de percibirse que las dificultades para intercambiar información derivadas de las respectivas legislaciones nacionales provocan que las investigaciones a ambos lados del Atlántico se produzcan en muchos casos de manera sucesiva y no simultáneamente⁸⁶. Estas dificultades se constituyen también en causa del limitadísimo recurso a la cortesía positiva.

Aunque sus planos de actuación son distintos, no puede negarse la similitud que existe entre la doctrina del *forum non conveniens* y la cortesía positiva en el ámbito del Derecho de la competencia. La similitud se encuentra en la finalidad e identidad de razones. Sin embargo, su fundamentación diverge en cuanto a la consideración de los derechos de los ciudadanos concierne. Mientras en el *forum non conveniens* estos derechos constituyen una base esencial e incluso tienen un referente constitucional directo, en la cortesía positiva, como en cualquier intervención administrativa, la posición de los particulares se encuentra más debilitada, lo que no obsta que se tome en consideración el beneficio que para éstos supone no estar sometidos a investigación en dos jurisdicciones distintas, y que la que efectivamente investigue sea la que esté en mejor posición para hacerlo. Por lo demás, ambos instrumentos son utilizados discrecionalmente en atención a las circunstancias del supuesto, si bien el condicionante político presente en el ámbito administrativo a pesar del carácter tecnocrático de su intervención, lo aleja naturalmente de la imparcialidad judicial.

En el ámbito comunitario, la cuestión de la delimitación de competencias entre la Comisión y las administraciones nacionales, que aplican tanto el Derecho comunitario como las normas locales, no han dejado de plantear dificultades que, siguiendo la línea de la Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades nacionales de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los artículos 85 y 86⁸⁷, continúa en el Libro

⁸⁵ Boletín de la Unión Europea, 3-1999, Competencia (18/43). Si bien, en principio, estos acuerdos deberían favorecer el recurso a la cortesía positiva en tanto facilita la participación de la administración que no dirige la investigación. Fueron invocados por primera vez en diciembre de 1999, asistiendo los representantes de la FTC a la audiencia ante la Comisión en el asunto relativo a la fusión BOC/Air Liquide, Informe período 1999, *loc. cit.* pp.5-6.

⁸⁶ Informe período 1999, *loc. cit.* p.5.

⁸⁷ *loc. cit.* , señala que debe incrementarse la cooperación entre ambas para la distribución de asuntos, siendo competentes las autoridades nacionales cuando los efectos son sufridos fundamentalmente en su territorio y que, a primera vista, no es probable que puedan reunir los requisitos necesarios para cualificarse bajo la excepción del artículo 82.3, que es competencia exclusiva de la Comisión. Sin

Blanco⁸⁸. Es claro que en este caso no se trata de la puesta en práctica del principio de cortesía positiva, en tanto la administración nacional se “integra” en el operativo comunitario, sino que se trata de la descentralización de las mismas funciones.

III. LA COMPETENCIA NORMATIVA

Ya hemos tenido ocasión de hacer referencia a la relevancia de la normativa aplicable para la afirmación de la competencia judicial. A continuación corresponde entrar a analizar los eventuales límites internacionales respecto de la regulación de conductas y los criterios que llevan a la aplicación del Derecho de la Competencia. No existen en este terreno límites constitucionales distintos del respeto a los derechos fundamentales, a los principios de legalidad y seguridad jurídica y al señalamiento de las competencias materiales.

A. LOS LÍMITES INTERNACIONALES

El estudio de la competencia normativa en el contexto internacional se inicia con el análisis del ámbito de aplicación espacial de las reglas nacionales, que puede quedar directamente explicitado en las propias normas (las llamadas de extensión y las materiales especiales) o depender de una regla de conflicto. En esencia, podemos decir que el alcance de las normas nacionales se deriva del análisis de su contenido y finalidad (asociado al *governmental interest analysis* de Currie) ya sea éste expresado en una norma de conflicto o en una norma material. La doctrina ha discutido sobremanera sobre la cuestión de los límites que el DIP impone a la competencia normativa estatal. No existen condicionantes internacionales. La formulación del *Restatement III of Foreign Relations* de los Estados Unidos de América ha llevado a algún sector doctrinal en ese país a pensar que tales límites existen⁸⁹, autores de origen

embargo, aquellos casos que la Comisión considere de especial interés para la Comunidad, o que presenten una nueva cuestión jurídica, serán probablemente asumidos por la Comisión. Paralelamente, si la Comisión recibe una reclamación y decide que carece de interés comunitario, puede pedir a las autoridades nacionales del país en el que se sufran mayores efectos que investiguen si lo consideran oportuno.

⁸⁸ *loc. cit.*

⁸⁹ G.B. Born, “A Reappraisal of the Extraterritorial Reach of U.S. Law”. *Law & Pol’y Int’l. Buss.* vol 24. 1992. pp.1-100. También la jurisprudencia estadounidense ha reflejado la existencia de límites, *vid. Murray v. The Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804); “*customary international law includes limitations on a nation’s exercise of its jurisdiction to prescribe*”; y, más recientemente, la opinión disidente del juez Scalia en el caso *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764, 796 (1993), indica que estos son los límites recogidos en el *III Restatement of Foreign Relations*.

europeo⁹⁰ e incluso el propio TJCE⁹¹ se adscriben también a esta postura si bien, en realidad, lo más que pueda decirse es que se está creando una *opinio iuris* respaldada por la práctica estatal⁹².

B. LA DOCTRINA DE LOS EFECTOS

En términos generales, se afirma que el Derecho económico, cuyo contenido y objetivos se centran en la regulación del mercado nacional, es territorial. La estructura compleja de las operaciones económicas de hoy en día han llevado a la “reinterpretación” del concepto de territorialidad de manera que, incluso si la conducta ha tenido lugar en el extranjero, sus “efectos” pueden ser sufridos en el mercado nacional para el que la regulación se estableció, y, por lo tanto, dicha normativa puede ser aplicada. Esto responde al modelo de la territorialidad objetiva. El criterio de los efectos es aceptado de forma generalizada para determinar el ámbito de aplicación del Derecho de la competencia en el ámbito civil y administrativo⁹³. Últimamente, la jurisprudencia estadounidense ha extendido su aplicación al ámbito penal⁹⁴.

⁹⁰ J. Basedow, “Conflicts of Economic Regulation”. *op. cit.* (1994) p.432, sin afirmar la existencia de costumbre, señala que el *III Restatement* recoge “los últimos desarrollos en este área”. A. Mann, *op. cit.* p.33, “*it is difficult to assert an unrestrained liberty of States to act even in the field of Private International Law*”.

⁹¹ Asunto T-102/96 *Gencor Ltd. c. Comisión*; sentencia de 25 de marzo de 1999, en la que el Tribunal analiza la compatibilidad de la actuación comunitaria con el DIP, asumiendo la doctrina de los efectos cualificada como parte integrante del mismo, *vid. supra*.

⁹² La territorialidad objetiva no está reconocida como norma consuetudinaria de Derecho internacional y, sin embargo, podría decirse que tampoco es necesario que lo esté en tanto se trataría de una norma permisiva para una materia en la que internacionalmente no existen límites jurídicos a la intervención estatal. La clásica referencia al caso Lotus no parece haber perdido vigencia en esta materia.

⁹³ En los países desarrollados, a título de ejemplo, España *vid. infra*; Alemania (artículo 98 (2) de la Ley alemana contra las restricciones de la competencia); Italia (artículo 2 (2) de la Ley para la protección de la competencia y del mercado); Austria, Suiza, Polonia, Hungría, *vid. J. Basedow, op. cit.* p.432. En la Comunidad, es necesaria la referencia a la sentencia del TJCE sobre los asuntos acumulados *Ahlström Osakeyhtiö* y otros *c. Comisión*, C 89, 104, 114, 116, 117, y 125-129/85; *ECR* (1988) pp.5193-5247; y más recientemente en el ámbito de las fusiones, el asunto T 102/96, con sentencia de 25 de marzo de 1999, *Gencor c. Comisión*. También en tratados internacionales, como el artículo 40 del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. Sin embargo algunos países, como el Reino Unido, se han opuesto tradicionalmente al mismo.

⁹⁴ *United States v. Nippon Paper Indus. Co. Ltd.*, 944 F. Supp. 55 (D. Mass 1996), el tribunal de distrito sobreescribió inicialmente la causa apoyándose en el hecho de que el Derecho penal estadounidense no se aplica a las conductas que tienen lugar por completo fuera del país. Sin embargo, en apelación el Primer Circuito revocó esta conclusión y remitió el asunto a juicio. 109 F.3d 1,4 (1st. Cir. 1997). El jurado no pudo alcanzar un veredicto, 17 F. Supp. 2d 38, 39 (D. Mass 1996). Comentando la decisión e investigando las raíces de la aplicación extraterritorial del Derecho penal en los Estados Unidos, L.R. Lamendola, “The Continuing Transformation of International Antitrust Law and Policy: Criminal Extraterritorial Application of the Sherman Act in *United States v. Nippon Paper Industries*”. *Suffolk Transnational Law Review*. vol. 22. 1999, pp.663-714.

La doctrina de los efectos crea problemas interpretativos en relación a la determinación de qué sea un “efecto” que provoque la aplicación del Derecho. No cualquier efecto habrá de conducir a la aplicación del Derecho nacional. Con carácter general, para la determinación de los efectos relevantes se acude a los siguientes caracteres cualificadores: directos, sustanciales, intencionados y razonablemente previsibles⁹⁵. La dificultad se acrecienta al considerar si los efectos sufridos en un Estado han de ceder frente a los que se hayan sufrido en otro. En otras palabras, si la existencia de un mayor *interés* o conexión del caso con otro Estado constituye un “límite” al criterio de los efectos. Se habla entonces del “equilibrio de intereses”, y, aunque se ha señalado que más que de “intereses” debiera hablarse de contactos⁹⁶, no puede negarse que los contactos llevan implícitos en estos casos consideraciones de orden público que recogen este interés.

En cualquier caso, considerando estas últimas situaciones, hay que recordar que el DIP no impone límites a la competencia normativa de los Estados. Por lo tanto, los Estados no están constreñidos por limitaciones jurídicas para adoptar una postura respecto a la consideración de los intereses/contactos de terceros países. Las opciones son básicamente dos: si o no. *No*, significaría que cuandoquiera que hubiese algún efecto, la ley nacional podría ser aplicada sin tener en cuenta los intereses o contactos con

⁹⁵ Ley española, *vid. supra*, y M. Virgós Soriano, *op. cit.* pp.48-55 sobre la Ley de Competencia Desleal, analiza el carácter sustancial y directo de los efectos, relacionándose esto último con la previsibilidad. En el ámbito comunitario el Reglamento 17/69, *loc. cit.* se refiere a los efectos en el mercado comunitario al igual que el Reglamento 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración, *DOCE* (1989) L 395/1, corregido en *DOCE* (1990) L 257/13, y modificado por el Reglamento 1310/97, *DOCE* (1997) L 180/1. El *III Restatement* en la sección 415, subsección (2) se refiere a *some effect* cuando existe “intención” de causarlo; y, para el resto de los casos, la subsección (3) requiere que el efecto sea sustancial y el ejercicio de la jurisdicción no sea irrazonable. Para A.C. Swan, “The Hartford Insurance Company Case: Antitrust in the Global Economy - Welfare effects and Sovereignty”, en J.S. Bandari y O.A. Sykes, *Economic Dimension in International Law. Comparative and Empirical Perspectives*. Cambridge University Press. 1997. p. 578, que cita al juez Hand, “*it has to be shown that the conduct abroad caused there to occur within the territory of the U.S. a condition of affairs that constituted a necessary element of an offense against the U.S. antitrust laws*”, así, el efecto tiene que ser “un ingrediente esencial de la infracción”. En la *Federal Trade Antitrust Improvements Act*, *loc. cit.*, se diferencia entre las importaciones, para las que basta la referencia a un efecto (actual o intencionado), y el resto de las operaciones comerciales (exportaciones o inversiones en otros países) para las que el efecto ha de ser directo, sustancial y razonablemente previsible. *Vid.* en la doctrina española F.J. Zamora Cabot, “Extraterritorialidad y Derecho de la competencia; nuevos datos sobre el llamado test de los efectos”. *Revista de Derecho Privado*. Diciembre 1990, pp.992-1012.

⁹⁶ A. Mann, *op. cit.* pp.30-31, “*interests are in law a bad a misleading guide; it is contact that matters, the objective test of closeness, not the subjective test of political contact*”. La búsqueda del contacto más estrecho procura una respuesta totalmente independiente de aspectos políticos o legales irrelevantes.

terceros países (*Unilateralismo*)⁹⁷. Si, supondría que, a pesar de la existencia de un efecto, la presencia de mayor interés de otro país debería ser tomada en cuenta antes de la aplicación del Derecho nacional (*Equilibrio de los intereses- Multilateralismo*)⁹⁸.

La oposición doctrinal entre estas dos opciones combina elementos legales, políticos y de relaciones internacionales. Además, refleja el dilema tradicional del Derecho Internacional Privado (DIPr.): por una parte la previsibilidad acompañada de rigidez; por otro, la justicia, que requiere flexibilidad. La jurisprudencia estadounidense más reciente refleja una preferencia por el “formalismo” unilateralista. En el asunto de *Hartford Insurance*⁹⁹, varias empresas inglesas fueron acusadas de eliminar el mercado de reaseguros en los Estados Unidos mediante un acuerdo para concertar seguros sólo sobre pólizas de quejas y eliminar la cobertura de la polución súbita y accidental en las pólizas de responsabilidad. El Tribunal Supremo estadounidense dictó que la ley nacional se aplicaría siempre que no existiera un “verdadero conflicto” con la ley extranjera. En tal caso, habría que acudir a consideraciones de cortesía - equilibrio de intereses (*comity*). En la interpretación del tribunal, un “verdadero conflicto” solo existe cuando los mandatos de dos leyes nacionales son incompatibles entre si. En *Hartford* no existió un conflicto verdadero porque las empresas podían cumplir con las leyes británicas y estadounidenses al mismo tiempo.

Un ejemplo de verdadero conflicto sería el siguiente. El 25 de octubre de 1998 entró en vigor la Directiva comunitaria sobre protección de datos¹⁰⁰. La directiva prohíbe la transferencia de información a países que no garanticen niveles de protección

⁹⁷ *United States v. Aluminium Co of America (Alcoa), Hartford Fire Insurance v. California* 11 3 S. Ct. 2891 (1993) W.S. Dodge, “Extraterritoriality and Conflict-of-Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism”. *Harvard Int'l. L. J.* vol. 39 n° 1, 1998, pp.101-169. P.R. Trimble, “The Supreme Court and International Law: The Demise of Restatement Section 403”. *AJIL.* vol. 89. 1995. pp.53-57. En esta línea, también las *U.S. Antitrust Guidelines*, recogen un concepto de *comity* basado en *Hartford*, esto es, su aplicación sólo será necesaria en cuanto la legislación extranjera obligue a un comportamiento incompatible con el requerido por el Derecho estadounidense.

⁹⁸ En *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America* 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976), y en *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.* 595 F.2d. 1987 (3d. Cir. 1979), se adopta la doctrina del equilibrio de los intereses. A.C. Swan, *op. cit.* pp.530-591. A. Lowenfeld, “Conflict, Balancing of Interests and the Exercise of the Jurisdiction to Prescribe: Reflections on the *Insurance Antitrust Case*”. *AJIL.* vol. 89. 1995. pp.42-53; y “Jurisdictional Issues Before National Courts: The *Insurance Antitrust Case*”, en K.M. Meesen, Ed. *op. cit.* pp.1-11, “*conflicts is not just about commands, but about interests, values and priorities*”.

⁹⁹ *loc. cit.*

equiparables al comunitario. En los Estados Unidos, siguen una aproximación más liberal que la comunitaria en la materia (*laissez faire*), en la que las empresas del sector pueden autoregularse. Así, una negativa a proporcionar información desde la Comunidad, a la par que puede constituir una conducta anticompetitiva en los Estados Unidos, puede venir impuesta por la normativa comunitaria¹⁰¹. Hay que indicar, no obstante, que esta situación se solventó recientemente gracias a la cooperación bilateral en el marco del diálogo transatlántico¹⁰².

Sin embargo, la práctica estadounidense sobre la consideración del “equilibrio de intereses” en diferentes circuitos -demarkaciones judiciales- no es uniforme. Mientras que el 1º y 2º circuitos parecen seguir *Hartforth*, el noveno considera el equilibrio de los intereses o cortesía internacional en todos los asuntos de competencia con conductas extranjeras¹⁰³.

No se encuentra práctica española en este terreno y, en la actuación comunitaria destaca el conocido asunto de la pasta de madera (un grupo de fabricantes acordaron precios para la exportación a la comunidad)¹⁰⁴, en el que el TJCE estableció que si la conducta es “desarrollada” en su territorio, se aplicará el Derecho comunitario. Aunque se ha

¹⁰⁰ Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y libre comercio de estos datos, *DOCE* (1995) L 281/31.

¹⁰¹ En esta materia, pero refiriéndose al derecho francés y con una serie realmente confusa de hechos, se presentó el caso entre *Filetech S.A.R.L.* y *France Telecom S.A* ante el tribunal de distrito sur de Nueva York. El tribunal mantuvo su competencia por razón de la materia por las reclamaciones en base al Derecho de la competencia contra *France Telecom*, una compañía de telecomunicaciones y marketing en la que el gobierno francés es socio mayoritario, y rechazó la demanda en base a consideraciones de cortesía internacional, explicando que la demandada había presentado una alegación sustancial respecto del conflicto entre la *Sherman Act* y el Derecho francés. *Filetech S.A.R.L. v. France Telecom S.A.* 978 F. Supp. 464 (S.D.N.Y. 1997). En apelación, el segundo circuito revocó la decisión sobre competencia, manteniendo que había importantes discrepancias sobre los hechos relativas a la actividad comercial desplegada por *France Telecom* en los Estados Unidos y su importancia de cara a la afirmación de la jurisdicción de sus tribunales. Además, el tribunal destacó que no existían aún bases suficientes para concluir que existía un “verdadero conflicto” entre el Derecho francés y el estadounidense, de manera que el cumplimiento con ambos resultara imposible. *Filetech S.A.R.L. v. France Telecom S.A* 157 F.3d 922,932 (2d Cir. 1998). El caso continúa pendiente.

¹⁰² Los Estados Unidos han adoptado los llamados principios de “puerto seguro” y la Comisión comunitaria adoptó una decisión por la que acepta tales principios como adecuados a los estándares de protección comunitaria requeridos, *DOCE* (2000) L 215/7.

¹⁰³ A.D. Smith, “Bringing Down Private Trade Barriers - An Assesment of United States’ Unilateral Options: Section 301 of the 1974 Trade Act and Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Laws”. *Michigan J.Int'l. L.* vol. 16. 1994, pp.251-253.

¹⁰⁴ *loc. cit.*

dicho que la postura del TJCE se adscribe también al formalismo unilateralista¹⁰⁵, el Tribunal tan sólo se refiere al “desarrollo” de las prácticas colusorias en el territorio comunitario, y las circunstancias del caso no dejan lugar a dudas sobre la sustancialidad y prácticamente exclusividad de los efectos sobre este mercado¹⁰⁶. En el asunto *Gencor*, última intervención de la justicia comunitaria en la materia, el Tribunal de Primera Instancia se adscribe directamente a la doctrina de los efectos¹⁰⁷ con lo que puede considerarse una aproximación multilateralista en tanto atiende al hecho de que “ni la demandante ni, por otra parte, el gobierno sudafricano ..., demostraron, más allá de simples declaraciones de principio, en qué afectaría la concentración proyectada a los intereses vitales de la economía y/o del comercio de la República de Sudáfrica”¹⁰⁸.

La aproximación unilateral ha sido criticada porque puede conducir a conflictos internacionales (de soberanía), que se reflejan en los llamados *blocking statutes* o contramedidas (esto es, leyes que son adoptadas en diferentes Estados para prohibir el cumplimiento en su territorio de las leyes o decisiones judiciales estadounidenses cuando han sido adoptadas extraterritorialmente)¹⁰⁹. Lo cual, en definitiva, dificulta las relaciones internacionales e impide el tráfico externo. Sin embargo, como se ha señalado, en el estadio actual del Derecho internacional, no existen elementos técnico-formales ni sustantivos que permitan condenar esta posición jurídicamente.

Por otra parte, en defensa de la aproximación multilateralista se ha mantenido que criterios como el “equilibrio de los intereses” y el recurso a “reglas de la razón”, aunque no puedan ser reglas de Derecho por su vaguedad e indefinición, pueden ser

¹⁰⁵ W.S. Dodge, *op. cit.* p. 140.

¹⁰⁶ Sobre la distinción “efectos” y “desarrollo”, *vid.* S.P. Griffin, *op. cit.* p.68.

¹⁰⁷ Asunto *Gencor c. Comisión*, *loc. cit.*, el Tribunal de Primera Instancia ha señalado que el criterio “desarrollo” se satisface con la mera venta en la Comunidad, lo que podría ir más allá del principio de los efectos, chocando entonces con el Derecho Internacional, *vid.* M.P. Broberg, “The European Commission’s Extraterritorial Powers in Merger Control. The Court of First Instance’s judgement in *Gencor v. Commission*”. *I. C. L. Q.* Vol. 49.2000, p.117.

¹⁰⁸ Asunto *Gencor*, *loc. cit.* núm. 105. Curiosamente, la atención a esta circunstancia se hace, continuando la línea argumental del demandante, en el marco del respeto comunitario al principio internacional de no intervención y no como condicionante propio de la doctrina de los efectos en tanto que parte del DIP.

¹⁰⁹ A título de ejemplo, *vid.* las repercusiones del asunto *Pipeline*, y su análisis doctrinal en *GYIL*, vol. 27, 1984, especialmente J. Basedow, “Private Law Effects of Foreign Export Controls - An International Case Report”, pp.109-141; y D.F. Vagts, “The Pipeline Controversy: An American Viewpoint”, pp.38-53.

considerados como principios legales y no sólo como principios políticos. La cortesía se configuraría como una aproximación analítica en los supuestos transfronterizos¹¹⁰.

El principal argumento en favor de la aproximación unilateral incide en que, a pesar de que la “valoración separada”¹¹¹ de las conductas pueda conllevar graves cargas a los operadores económicos internacionales, defiende la posición de los consumidores en sus respectivos mercados, especialmente en situaciones de falta de regulación en el país con mayor interés¹¹². Además, se critica al multilateralismo porque tener que realizar valoraciones sobre las conexiones e intereses en el foro y en el extranjero, las autoridades administrativas, pero sobre todo las judiciales, son llamadas a adoptar decisiones “políticas”¹¹³ para las que no estarían legitimadas.

Sin embargo, el hecho de que las autoridades judiciales hubieran de adoptar decisiones “políticas” no es un argumento de peso para descartar la aproximación multilateral. En tanto los jueces derivan su autoridad de la atribución a ellos hecha por el poder legislativo, sus decisiones no serán más políticas que las que han de adoptar en otros campos, en los que los jueces han de construir opiniones basadas en la valoración de hechos. A título de ejemplo, en las normas de conflicto de leyes, el criterio de la “vínculos más estrechos” para la determinación de la ley aplicable al contrato requiere esta evaluación, que incluye además las normas de Derecho público de carácter imperativo¹¹⁴. En este sentido cabe traer a colación también la famosa teoría de los dos escalones (*Zweistufentheorie*) y las valoraciones de justicia material.

Otras críticas al multilateralismo se centran en que nada impide que una aproximación de equilibrio de intereses llegue a concluir que los intereses de los dos Estados (y sus respectivas legislaciones) sean igualmente relevantes y proceda a la aplicación de la *lex fori*, sin perjuicio de que el otro Estado decidiera aplicar la suya posteriormente en un proceso ante sus autoridades. Además, la opción por el multilateralismo no garantiza el

¹¹⁰ P. Demaret, “L’extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques: Une question de Droit ou de diplomatie?”. *R. Trim. Dr. Eur.* vol. 21 n° 1. 1985, pp.26-27.

¹¹¹ M. Virgós Soriano, *op. cit.* pp.143-145.

¹¹² W.S. Dodge, *op. cit.* p.167.

¹¹³ W.S. Dodge, *op. cit.* pp.157-161 y P.R. Trimble, “The Supreme Court and International Law: The Demise of *Restatement* Section 403”. *AJIL.* vol. 89. 1995, p.57. Resulta extraño que sean los anglosajones los que consideran *ill equipped* a los tribunales, cuando su sistema atribuye a las autoridades judiciales un poder normativo desconocido en los sistemas de Derecho civil.

respeto a la valoración de intereses realizada por un Estado. En definitiva la opción “unilateral” en favor del multilateralismo nunca puede excluir que las autoridades nacionales de otro Estado afirmen su competencia, ya sea ésta judicial o administrativa, y apliquen su ley¹¹⁵. Sin embargo, la falta de “reciprocidad” no es un problema particular de esta materia, es posible en cualquier otro ámbito y, aunque formalmente tan sólo se solventa con la firma de tratados internacionales, la práctica demuestra que, para la protección de sus propios intereses, los Estados toman en consideración los intereses de otros países. Así, la “cortesía”, aunque no se mencione expresamente, está en realidad presente al adoptar decisiones, de tal manera que ha llegado a decirse que está por añadidura implícita en el sistema por lo que “... *it is time to let go of one set of historically contingent issues that reflected one era, prepare for the debates of the new era upon us, and say good night to an old friend*”¹¹⁶.

Con una aproximación unilateral o multilateral, la consagración de la teoría de los efectos es difícilmente cuestionable en nuestros días. Por esta razón algunos autores creen que los conflictos entre los Estados no son tanto territoriales como sustantivos (incluyendo la definición del mercado y los criterios aplicados para evaluar las estructuras y comportamientos empresariales¹¹⁷). Efectivamente, y aunque la dimensión conflictual subsista, así es en la medida en que el establecimiento de normas internacionales que fijen estándares mínimos no sólo es posible sino deseable¹¹⁸ ya que, en definitiva, “el orden legal tiene interés en evitar carencias, superposiciones y contradicciones, en lograr una sustantiva homogeneidad de los resultados”¹¹⁹. No quiere esto decir que las cuestiones territoriales hayan perdido relevancia, ya que, no sólo son importantes en cuanto a la competencia normativa y judicial, sino también respecto de

¹¹⁴ Artículo 7 del Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, *loc. cit.*

¹¹⁵ W.S. Dodge, *op. cit.* pp.147-149.

¹¹⁶ S.W. Waller, “The Twilight of Comity”. *Columbia Journal of Transnational Law*. vol. 38. 2000, p.566.

¹¹⁷ R.B. Starek, “International Aspects of Antitrust Enforcement”. *W.C.* vol. 19 n° 3. 1996, p.32. Así no sólo en la firma de convenios bilaterales, sino incluso multilaterales, que, partiendo de los acuerdos de la OCDE no vinculantes, se abren perspectivas de negociación de un acuerdo bajo la cobertura de la OMC.

¹¹⁸ Así lo ilustra el asunto *Kodak* que enfrentó a Japón y a Estados Unidos de América ante el órgano de solución de controversias de la OMC, *vid. supra*. Ésto enlaza con las tendencias sustantivistas y universalistas del DIPrv. *vid.* F.K. Juenger, “The “Extraterritorial” Application of American Antitrust Law and the New Foreign Relations Law Restatement”. *Wirtschaft und Wettbewerb*. vol. 40 n° 7 y 8. 1990, p.615, quien señala que con aproximaciones como la del *III Restatement* centradas en los Estados, se impide el “*development of an antitrust ius gentium and inhibits american courts from paying a role in shaping transnational antitrust policies*”.

¹¹⁹ G. Kegel, “The crisis of Conflicts of Laws”. *R. des C.* vol. 112. 1964-II, p.186.

aspectos tales como la obtención de pruebas. En este sentido, si bien escapa el alcance de este trabajo, debe mencionarse el desarrollo de la asistencia judicial internacional de manera cada vez más efectiva no sólo mediante los respectivos sistemas de Derecho interno, sino también con los tratados internacionales.

IV. ¿LA EXTRATERRITORIALIDAD DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMO MEDIDA COMERCIAL?: la expansión de la teoría de los efectos a terceros mercados

Ahora bien, ¿es la aplicación extraterritorial del Derecho de la Competencia una aproximación normativa adecuada a la regulación de la competencia en los mercados abiertos?. Está claro que cuando se trata de situaciones que recaen en un mercado concreto, la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia es una aproximación normativa perfectamente razonable. Así ocurre cuando los comportamientos se refieren a las importaciones. La legislación estadounidense establece la aplicación de la Ley *Sherman* a las importaciones¹²⁰ y, en el ámbito comunitario, el TJCE en el asunto *EMI Records c. CBS* se refirió a este tema en los siguientes términos. “ ... un acuerdo que provocase el aislamiento del mercado común en su conjunto, que reduciría en el territorio comunitario la oferta de productos originarios de terceros países ... puede ser de tal naturaleza que afecte negativamente las condiciones competitivas en el mercado común”¹²¹. Las instituciones estadounidenses y comunitarias competentes en este ámbito han recurrido a la doctrina de los efectos en numerosas ocasiones¹²².

¹²⁰ *Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA)* 15 U.S.C.A. §§1 et seq., 6a. señala que las secciones 1 a 7 de la Ley *Sherman* no se aplicarán a las conductas relativas al comercio con terceros países, salvo en el caso de importaciones y comportamientos que tengan un efecto directo, sustancial y razonablemente previsible en el mercado interno, las importaciones o las exportaciones. La cursiva es mía.

¹²¹ Asunto 51/76 *EMI Records c. CBS* ECR (1976) para.28, pp.8011 y ss. El Tribunal ha confirmado este principio respecto de reimportaciones en el caso C 306/96 *Ives Saint Lurent*, sentencia de 18 de abril de 1998. En el caso IV/30.739 *Siemens/Fanuc* la Comisión invocó de nuevo este razonamiento para condenar un reparto de mercados que reducía las importaciones a la Comunidad.

¹²² La Comisión de la Comunidad Europea, al considerar acuerdos de distribución en terceros mercados en los que intervienen empresas comunitarias, tiene en cuenta generalmente sus eventuales efectos en las importaciones a la Comunidad (Vid. Caso IV/A-00061, *Grosfillex-Fillistorf DOCE* (1964) 915/64, Caso IV/26.183, *Raymond-Nagoya DOCE* (1972) L 143/39; Caso IV/32.3868 *BBC Brown Boveri, DOCE* (1988) L 301/68; y Caso *Quantel International-Continuum/quantel S.A, DOCE* (1992) L 235/9. Sólo en este último, el reparto de mercados señalaba expresamente el comunitario). Cabe destacar que salvo en los casos *Quantel* y *BBC Brown*, la Comisión consideró que los efectos no eran apreciables.

Pero, ¿y cuando se trata de prácticas anticompetitivas que tienen lugar en los mercados de terceros países?. Estas prácticas pueden estar obstruyendo las posibilidades de que las empresas nacionales operen en dichos mercados extranjeros, y, por lo tanto, perjudican las oportunidades de exportación, con las correspondientes consecuencias en la balanza comercial. Se plantea aquí la expansión de la doctrina de los efectos respecto a prácticas “anticompetitivas” - calificadas así de conformidad con el Derecho del país exportador - cuyo centro de gravedad se encuentra en terceros mercados. Los efectos “indirectos” en el mercado nacional podrían llevar a la aplicación del Derecho propio, y, de esta manera, provocar el acceso al mercado extranjero.

Sin perjuicio del eventual recurso a medidas comerciales unilaterales que han demostrado ser de escasa utilidad en este área¹²³, no hay alternativa general y realista a la aplicación extraterritorial del Derecho de la Competencia para hacer frente a tales prácticas. Por lo tanto, la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia en los supuestos mencionados resulta una opción atractiva fundamentalmente en el ámbito administrativo, convirtiéndose así en una verdadera medida comercial.

Técnicamente, la solución no parece que pudiera ser operativa en principio. En primer lugar, los efectos que se consideran deben producirse en el mercado nacional, y no en las relaciones comerciales con terceros países. La extensión en la interpretación de lo que sean “efectos”, al centrarse en la balanza comercial, excede el objetivo del Derecho de la competencia, que, como es sabido, pretende la protección de las condiciones competitivas en un mercado concreto.

En segundo lugar, incluso si fuera posible la ejecución de las decisiones que sancionaran tales conductas con el pago de multas en el Estado del foro (a las empresas involucradas en estas prácticas en el extranjero porque existieran bienes sobre los que ejecutar), *no se garantizaría la apertura del acceso al mercado de terceros Estados en*

En Estados Unidos *Eskofot A/S v. E.I. Du Pont de Nemours & Company*, 872 F.Supp. 81 (1995); *Trugman-Nash, Inc. v. New Zeland Dayry Board*, N° 93 Civ. 8329 (1996); *vid.* también *United States v. Nippon Paper Indus. Co. Ltd.*, *loc. cit.*

¹²³*Vid. infra.* La llamada Super 301 de la *Trade and Competitiveness Act* de 1988, USC & 2420 (1999) requiere que el representante comercial de los Estados Unidos (USTR) inicie investigaciones contra los

todo caso, lo que, hay que recordar, es *el resultado perseguido*. Por otra parte, las decisiones que contienen ordenes de desistimiento de conductas habrían de ser ejecutadas en el país extranjero requiriendo un reconocimiento por las autoridades locales “inimaginable” en una materia en la que intervienen intereses público-económicos del foro. Como es bien sabido, en esta materia si que existe límite impuesto por el Derecho internacional; la competencia de ejecución es exclusivamente territorial¹²⁴.

Sin embargo, en los Estados Unidos, existen casos en los que la vinculación de la empresa con el foro convierte el inicio del procedimiento de investigación en un eficaz instrumento disuasorio respecto de las prácticas “anticompetitivas” que tienen lugar en el extranjero. La administración de este país, no sólo reconoce la existencia de estas situaciones, sino que promueve la aplicación de su Derecho de la competencia a estos supuestos¹²⁵. La “instrumentalización” de la extraterritorialidad del Derecho de la competencia es posible en casos en los que las empresas son susceptibles de ser presionadas por la administración nacional con una investigación sobre conductas “anticompetitivas” y la eventual imposición de multas. En estos supuestos, mayoritarios en la medida en que las empresas desean realizar negocios en los Estados Unidos, la cobertura de la territorialidad de la *jurisdiction to enforce* resulta inútil y las empresas se ven compelidas a alcanzar acuerdos con la administración.

países que persistentemente denieguen el acceso a sus mercados a las empresas estadounidenses. El Reglamento comunitario paralelo a este instrumento, *loc. cit.*, podría ser utilizado también en estos casos.

¹²⁴ La base de esta afirmación se encuentra en el caso *Lotus*. Aunque cuestionado por los partidarios de una aproximación voluntarista al Derecho internacional (quienes censuran que la libertad de acción de los Estados no sea deducida del Derecho internacional en si mismo sino de la soberanía de los Estados y de la ausencia de norma internacional al respecto), este caso continúa siendo la principal referencia sobre esta cuestión. *Vid.* P. Demaret, *op. cit.* pp.26-27.

¹²⁵ *U.S. Antitrust Guidelines* ... Las agencias gubernamentales ejecutarán las normas de competencia “en toda su extensión”, y no establecerán diferencias en base a la nacionalidad o la localización de la conducta. C.A. Brill y B.A. Carlson, “U.S. and Japanese Antimonopoly Policy and the Extraterritorial Enforcement of Competition Laws”. *International Lawyer*. Vol. 33 n° 1. 1999, pp.96-97, indicando casos contra demandados japoneses en los que la conducta tuvo lugar en el extranjero y afectaba exclusivamente al comercio de exportación estadounidense.

Así, en el caso *U.S. v. Pilkinton*¹²⁶ el Departamento de Justicia (*DoJ*) estadounidense inició acciones contra esta empresa inglesa debido a las restricciones que ésta había impuesto a sus licenciarios de la patente sobre *float glass*, relativa a un procedimiento para la fabricación de un cristal especialmente resistente. Las restricciones consistían en obstáculos a la exportación y, más importante aún, en la prohibición de construir y dirigir fabricas de este material más allá de los límites territoriales impuestos. Según en *DoJ*, estas restricciones no estaban justificadas por ningún derecho de propiedad intelectual. El mercado para este producto es emergente y con un gran potencial de crecimiento y rentabilidad, con lo que esta restricción era económicamente importante, perjudicando claramente los eventuales beneficios exportadores estadounidenses. Una vez iniciada la investigación sobre la infracción del Derecho de la competencia, *Pilkinton* se avino mediante un *consent decree* a suprimir esta restricción en sus acuerdos con licenciarios estadounidenses en cualquier lugar del mundo. Las empresas nacionales abrieron así sus posibilidades de desarrollar actividades productivas y comerciales en terceros países.

En la Comunidad Europea no hay casos semejantes¹²⁷. El aspecto más controvertido que ha de ser mencionado es el ámbito de aplicación del Reglamento comunitario de fusiones, que obliga a “notificar” las fusiones a la Comisión incluso cuando no hay efecto en el mercado comunitario¹²⁸. Así, *Samsung*, un grupo surcoreano, fue sancionado en febrero de 1998 por notificar fuera de plazo una operación de absorción sobre la compañía *American Company AST Research*. El importe de la multa fue

¹²⁶ *U.S. v. Pilkinton plc*. Civ. A. N°. CV 94-345. Defendiendo la actuación estadounidense en este caso, *vid.* M.H. Byowitz, “The Unilateral Use of United States Antitrust Laws to Achieve Foreign Market Access: A Pragmatic Assessment”. *International Antitrust Law and Policy*. Fordham Corporate Law Institute. 1996, pp.21-35. Condenándola J.N. Neuman, “Through a Glass Darkly: The case against Pilkington PLC under the New United States Department of Justice International Enforcement Policy”. *Northwestern Journal of International Law and Business*. 1995, pp.312-314, señala que el efecto sobre los consumidores estadounidenses era mínimo. En esta línea *vid.* también el caso, *Zenit Radio Corp. v. Hazeltine Research Inc.* 395 U.S. 100, 89 S. Ct. 1562 (1969). El sistema de licencias de patentes de *Hazeltine*, que prohibía la importación a Canadá, no tenía ningún efecto sobre la competencia en el mercado estadounidense. Tan sólo se limitaban las posibilidades de exportación de las empresas de éste país. *vid.* comentario de A.C. Swan, *op. cit.* pp.544-545.

¹²⁷ A salvo del asunto IV/23 077, *Rieckermann-EAG Elotherm, DOCE* (1968) L 276/25.

¹²⁸ Reglamento 4064/89 relativo al control de las operaciones de concentración entre empresas, *loc. cit.* Proponiendo adoptar excepciones al requisito de notificación previa que podrían basarse en la noción de mercados afectados, *vid.* A.R. Fiesbig, “International Law Limits on the Extraterritorial Application of the European Merger Control Regulation and Suggestions for Reform”. *ECLR*. vol. 19. 1998. pp.323-331

relativamente bajo porque la operación no tuvo efectos adversos sobre la competencia y la infracción no fue intencionada¹²⁹.

Estos casos pueden ser calificados como una “instrumentalización” de la aplicación extraterritorial del derecho de la competencia, lo que entra en la definición de lo que Baghwati denomina “unilateralismo agresivo”¹³⁰. Así, se ha dicho que “los problemas de delimitación de la *jurisdiction to prescribe* serán reconocidos cada vez más como cuestiones de comercio en la medida en que las diferencias normativas resulten en diferencias en el acceso a los mercados o en la competencia, y sean tratadas extraterritorialmente”¹³¹.

Una buena ilustración de los aspectos tratados se encuentra en el asunto que llegó a enfrentar a Estados Unidos y a Japón ante un panel de solución de diferencias en el seno de la OMC¹³². Tras numerosos intentos, *Eastman-Kodak* se veía imposibilitada para acceder al mercado japonés de películas fotográficas dado el sistema de distribución excluyente puesto en práctica por *Fuji* y propiciado por el gobierno japonés. Además de las opciones judiciales y administrativas ofrecidas por la legislación japonesa para perseguir conductas anticompetitivas en su territorio¹³³, *Kodak* podría haber planteado su reclamación ante el *DoJ* buscando la aplicación del derecho de la competencia estadounidense para forzar un cambio de actitud de *Fuji* en el mercado japonés, pero dadas las pocas probabilidades de éxito de la reclamación en Japón¹³⁴, y lo forzado de la aplicación del Derecho estadounidense al asunto, optó por presentar una reclamación

¹²⁹ *Europe*, jueves, 19 de febrero de 1998.

¹³⁰ J. Bhagwati, “Aggressive Unilateralism. An Overview”. J. Bhagwati y H.T. Patrick, eds. *Aggressive Unilateralism: America’s 301 Trade Policy and the World Trading System*. Harvester Wheatsheaf. 1991, pp.1-45. A.D. Smith, *op. cit.* p.253. “When antitrust statutes are deployed to promote export opportunities, the line between aggressive trade policy and the goal of preserving a healthy, competitive environment for the sake of U.S. firms and consumers begins to blur”.

¹³¹ J.P. Tratchman “Externalities and Extraterritoriality: The Law and Economics of Prescriptive Jurisdiction”, en J.S. Bandari y O.A. Sykes, *Economic Dimension in International Law. Comparative and Empirical Perspectives*. Cambridge University Press. 1997, p.642.

¹³² WT/DS44/R, 31 de marzo de 1998.

¹³³ Argumento defendido por algunos autores con el fin de señalar la falta de necesidad de llegar a una disputa internacional, proponiendo una reforma del Acuerdo para la Solución de Diferencias que introduzca la obligación de agotar los recursos internos en las disputas sobre competencia, *vid.* H. Fujii, “The Kodak-Fuji Dispute: A Spectrum of Divergent Colors and a Blueprint for a new WTO procedure for disputes involving Government Toleration of Anti-Competitive Practices”. *UCLA Journal of Int’l Law and Foreign Affairs*. vol. 2 n° 2. 1997-1998. pp.317-342.

¹³⁴ Sin embargo, una vez iniciado el procedimiento en Estados Unidos y tras la realización de una investigación por las propias autoridades japonesas sobre la distribución de película fotográfica en su mercado, Kodak presentó una reclamación ante la comisión de comercio japonesa.

ante el representante comercial de los Estados Unidos (USTR)¹³⁵. Una vez acreditada la aquiescencia y participación tácita del gobierno japonés en el desarrollo de la práctica anticompetitiva de *Fuji*, la vía comercial permitió mantener consultas bilaterales a nivel estatal, y, tras su fracaso, iniciar el procedimiento para solventar controversias en la OMC alegando el incumplimiento de los acuerdos que esta organización gestiona. Así, las reclamaciones específicas de *Eastman-Kodak* frente a *Fuji*, se transformaron en una disputa entre Estados sobre el tratamiento discriminatorio recibido por las importaciones fotográficas en Japón.

V. CONCLUSIONES

La aplicación extraterritorial del derecho de la competencia tiene como objetivo el mantenimiento de los niveles competitivos en los mercados nacionales en un contexto de mercados abiertos. La determinación de la aplicación normativa gira en torno a la doctrina de los efectos que cuenta con una aceptación generalizada aunque el debate sobre el modelo a seguir (unilateral o multilateral) es susceptible de generar controversias todavía. La opción multilateral es preferible, e incluso parece ser aplicada “instintivamente” por las administraciones nacionales, al valorar los efectos e intereses de los terceros mercados en los que la práctica tenga incidencia. Además se adapta mejor a las tendencias sustantivistas y a la búsqueda de la justicia material en los supuestos de tráfico jurídico externo.

No obstante, más que en la determinación del derecho aplicable y en una línea de atención a la multiplicidad de intereses en presencia, las nuevas perspectivas se orientan hacia la búsqueda de una sola jurisdicción adjudicatoria, tanto en su dimensión administrativa como judicial sobre las bases respectivas de la cortesía positiva convencional y del *forum non conveniens* interno. Sin perjuicio de las diferencias propias de las distintas esferas en las que operan ambos contribuyen en buena medida a solventar los problemas relativos a la competencia normativa ya que la jurisdicción elegida sería la más relacionada con la cuestión litigiosa (práctica anticompetitiva) que, por lo tanto, no tendría ningún problema en aplicar sus propias leyes con independencia del lugar de la conducta y sin grandes problemas en la consideración de los intereses de

¹³⁵ Sec. 301 *loc. cit.*

terceros países. En cualquier caso, y a pesar de la inexistencia de impedimentos legales y de sus ventajas aparentes, en nuestro ordenamiento tanto como en el Derecho comunitario, la admisión del *forum non conveniens* no deja de ser controvertida.

La eficacia de la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia ha dado pábulo a su utilización como medida comercial. En este sentido hay que señalar que, aunque ha constituido un eficaz recurso para presionar a empresas que operan en los mercados extranjeros, una aproximación razonable y en consonancia con los objetivos de este sector del ordenamiento no puede ir más allá de la protección del mercado nacional frente al eventual aislamiento de las importaciones. Los problemas de acceso a los mercados extranjeros derivados de las diferencias entre los sistemas nacionales de defensa de la competencia e incluso de su falta de ejecución, sólo pueden ser efectivamente solventados mediante la negociación bilateral y multilateral, resultando esta última en un acuerdo de mínimos bajo la égida de la OMC.