

REVISTAS PUBLICADAS

ANUARIO DE DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO

Dirigida por ALBERTO DE LA HERA

1987, 1988 5.671, 6.281, 5.459, 7.420 ptas. (incl. IVA)

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Dirigida por MANUEL ALBALADEJO GARCIA

Suscripción 1989 9.000 ptas. (incl. IVA)

ANUARIO DE DERECHO FINANCIERO Y DE HACIENDA PUBLICA

Dirigida por JOSE LUIS PEREZ DE AYALA

Suscripción 1989 6.500 ptas. (incl. IVA)

REVISTA DE HACIENDA AUTONOMICA Y LOCAL

Dirigida por JULIO BANACLOCHE PEREZ

Suscripción 1989 4.500 ptas. (incl. IVA)

REVISTA ESPAÑOLA DE FINANCIACION Y CONTABILIDAD

Dirigida por LEANORO CAÑIBANO CALVO

Suscripción 1989 8.000 ptas. (incl. IVA)

ANUARIO DE JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA (SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS)

Dirigida por ADOLFO CARPENTERO PEREZ

Suscripción 1989 6.731 ptas. (incl. IVA)

REVISTA DE DERECHO PUBLICO

Dirigida por LUIS SANCHEZ AGESTA

Suscripción 1989 6.360 ptas. (incl. IVA)

REVISTA DE DERECHO PROCESAL

Dirigida por PEDRO ARAGONESES ALONSO

Suscripción 1989 5.000 ptas. (incl. IVA)

ANUARIOS IBEROAMERICANOS DE ESTUDIOS FISCALES

Dirigidos por EUSEBIO GONZALEZ GARCIA

Suscripción 1989 6.200 ptas. (incl. IVA)

CUADERNOS DE POLITICA CRIMINAL

Publicados en colaboración con el Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid

Dirigidos por MANUEL COBO DEL ROSAL

Suscripción 1989 4.240 ptas. (incl. IVA)

REVISTA DE DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL

Dirigida por el Centro de Documentación Bancaria y Bursátil

Dirigida por FERNANDO SANCHEZ CALERO

Suscripción 1989 7.950 ptas. (incl. IVA)

ESTUDIOS E INVESTIGACION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Dirigida por CARLOS MOLINA DEL POZO

Suscripción 1989 7.000 ptas. (incl. IVA)

n.º 7

1989

Revista de estudios e investigación de las Comunidades Europeas

sumario

ESTUDIOS DOCTRINALES: La aplicación del derecho de la competencia a empresas establecidas fuera del Mercado Común, *Fernando Muñoz de Toro* • Las cajas de ahorros de la C.E.E., *Antonio Calvo Bernardino* • **NOTAS:** La adhesión de España a las Comunidades Europeas: consecuencias sobre la normativa en materia de importación y exportación, *Pablo de Benavides Salas* • La justicia arbitral frente al incidente de prejudicialidad del artículo 177 del Tratado C.E.E., *Fernando Muñoz de Toro* • **CRONICA:** Crónica de las sesiones celebradas por la Comisión Mixta para las Comunidades Europeas Congreso-Senado, *Maria Paesa* • **LEGISLACION Y PROPUESTAS LEGISLATIVAS,** *Remedios Soler Climent, José Antonio Rodríguez Vispo y Maria del Mar Jarillo* • **JURISPRUDENCIA Y RECURSOS,** *Mari Luz Bacas Malo, Teresa Ustio Pedroso y Aurora Cardenete Ramos* • **BIBLIOGRAFIA,** *Alicia Cerdeiras*



Cámara Oficial de Comercio e Industria
de Guadalajara



EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, S. A.

Viverde, 32 - 1.º - 28004 MADRID • Teléfono 4032 • Tels. 521 02 46 - 522 03 09

*Revista de estudios
e investigación
de las
Comunidades Europeas*

Núm. 7

Enero-Febrero 1989

**Editoriales de Derecho Reunidas, S.A.
(E.D.E.R.S.A.)**

Valverde, 32, 1.º :: Teléfs. 521 02 46 - 522 03 09 :: Apartado 4032 :: MADRID

Cámara Oficial de Comercio e Industria de Guadalajara

Con la colaboración del
**Centro de Estudios Europeos
de la Universidad de Alcalá de Henares**

En cumplimiento de la vigente Ley de Prensa e Imprenta (art. 24) y para conocimiento de nuestros lectores, el órgano rector de esta publicación y de la sociedad que la edita es el Consejo de Administración compuesto por:

Don Manuel Albaladejo García, Presidente; don Narciso Amorós Rica, Consejero Delegado; don Narciso Amorós Dorda, don José Ramón Arce Gómez, don Juan Antonio Ortiz Gracia y don José Luis Pérez de Ayala, Consejeros.

Los accionistas que poseen una participación superior al 10 por 100 del patrimonio son: don Narciso Amorós Rica, don Antonio Rodríguez Robles y doña Carmen Ortiz Lloréns.

SITUACION FINANCIERA, RESULTADOS: En el ejercicio de 1987 se mantiene la equivalencia de los conceptos de ingresos y gastos.

© EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, S.A.
Teléfonos 521 02 46 - 522 03 09
Valverde, 32, 1.º - 28004 Madrid

PRECIOS DE SUSCRIPCION
(Sels números al año)

	<i>España</i> (Ptas.)	<i>Extranjero</i> (Ptas.)
Suscripción 1989	6.604	7.700
Número suelto	1.200	1.300

Depósito legal: M. 11421-1987

Ediciones Gráficas ORTEGA - Avda. Valdeiaparra, 35 - Tel. 653 44 73 - 28100 ALCOBENDAS (Madrid)

Director:

CARLOS MOLINA DEL POZO

*Director del Centro de Estudios Europeos
de la Universidad de Alcalá de Henares*

Secretario:

LUIS VEGA PENICHER

*Abogado, Diplomado del C.E.T.E., Investigador del Centro
de Estudios Europeos de la Universidad de Alcalá de Henares*

Vicesecretaria:

TERESA USTIO PEDROSO

*Investigadora del Centro de Estudios Europeos
de la Universidad de Alcalá de Henares*

CONSEJO DE REDACCION

ENRIQUE BARON

Vicepresidente del Parlamento Europeo

PABLO BENAVIDES SALAS

*Diplomático. Director de Relaciones Exteriores de la Comisión
de las Comunidades Europeas*

C. D. EHLERMANN

Director General del Servicio Jurídico de la Comisión de las Comunidades Europeas

MANUEL GALA MUÑOZ

Catedrático Rector de la Universidad de Alcalá de Henares

ALFRED E. KELLERMAN

Head of the Department of European Law General Secretary to the Board

JOSE LUIS LEAL MALDONADO

Economista. Presidente del Consejo Social de la Universidad de Alcalá de Henares

MANUEL MARIN

Vicepresidente de la Comisión de las Comunidades Europeas

A. MATTERA

Jefe de División de la D.G. III en la Comisión de la Comunidad Europea

FERNANDO MORAN

Diplomático. Embajador de España

ALAIN PLANTEY

Embajador de Francia. Consejero de Estado

ROBERT POURVOYEUR

*Catedrático de la Universidad de Amberes,
Director en el Consejo de Ministros de la Comunidad Europea*

EDUARDO PUNSET

Economista. Ex Ministro de Relaciones con la Comunidad Europea

MANUEL MEDINA

*Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid.
Diputado del Parlamento Europeo*

COMITE DE REDACCION

José Manuel Almansa Pastor
Catedrático de la Universidad
de Alcalá de Henares

Narciso Amorós Rica
Profesor Titular de Hacienda Pública

Alfonso Anaya Turrientes
Presidente de EUR-Consultores

Martín Bassols Coma
Catedrático. Letrado de las Cortes

Maximiliano Bernard Álvarez de Eulate
Profesor Titular de la Universidad de Zaragoza

Jasone Bilbao Guisasaola
Investigadora del Centro de Estudios Europeos
de la Universidad de Alcalá de Henares

Lorenzo Cachón Rodríguez
Subdirector General de Estudios de Empleo
y Mercado de Trabajo

Eduardo Cuenca García
Catedrático de la Universidad de la Laguna

Gonzalo Deschamps
Subdirector de la Oficina de las Comunidades
Europeas en España

Carlos Fernández Lerga
Consejero Director de EUR-Consultores

Milagros García Crespo
Catedrática de la Universidad del País Vasco.
Consejera del Gobierno Vasco

Jaime García Lombardero
Catedrático de la Universidad de Santiago.
Jefe de División de la Comisión
de las Comunidades Europeas

Fernando Garrido Falla
Catedrático de la Universidad Complutense.
Letrado de las Cortes

Fernando González Gálvez
Secretario de la Cámara Oficial de Comercio
e Industria de Guadalajara

Fernando Guirao Piñeyro
Profesor de la Universidad Complutense
de Madrid. Historiador

José Juste Ruiz
Catedrático de la Universidad de Valencia

Crisanto de las Heras
Subdirector de Industrias Químicas

Joaquín de la Llave
Secretario General de la Dirección General
de Informática Tributaria

Paloma Martín García
Economista. Profesora del Centro de Estudios
Europeos de la Universidad de Alcalá de Henares

José Francisco Mateu Isturiz
Jefe de la Asesoría Jurídica
para las relaciones con la C.E.E. de E.R.T.

Mercedes Molina
Catedrática de la Universidad Complutense
de Madrid

Blanca Pastor Borgoñón
Secretaria del Tribunal de Justicia
de la Comunidad Europea

Miguel Pastor López
Magistrado de la Audiencia Territorial
de Valencia. Ex Vocal del Consejo General
del Poder Judicial

José Antonio Pastor Ridruejo
Catedrático de la Universidad Complutense

Maria Jesús Pedernal Peces
Abogada. Profesora Asociada de la Universidad
de Alcalá de Henares

Juan Antonio Peredo Linacero
Vocal Asesor de Asuntos Sociales Educativos
y Culturales de la Secretaría de Estado
para las C.E.E.

Alfredo Rambla Jovani
Subdirector General de Asuntos Industriales,
Energéticos y Transportes

Antonio Remiro Brotóns
Catedrático de la Universidad
Autónoma de Madrid

Luis Rodríguez Saiz
Catedrático de la Universidad
Complutense de Madrid

Valentín Rodríguez y Vázquez de Prada
Técnico de la Administración Civil

Manuel Sanchis Marco
Profesor Titular de la Universidad de Valencia.
Administrador en la Comisión
de las Comunidades Europeas

Ángel Viñas
Catedrático de la Universidad Complutense
de Madrid. Director de Relaciones Exteriores
de la Comisión de las Comunidades Europeas

Sumario

ESTUDIOS DOCTRINALES

*La aplicación del derecho de la competencia a empresas establecidas
fuera del Mercado Común.* Fernando Muñoz de Toro

Las cajas de ahorros de la C.E.E. Antonio Calvo Bernardino

NOTAS

*La adhesión de España a las Comunidades Europeas:
consecuencias sobre la normativa en materia de importación y exportación.*
Pablo de Benavides Salas

*La justicia arbitral frente al incidente de prejudicialidad del artículo 177
del Tratado C.E.E.* Fernando Muñoz de Toro

CRONICA

*Crónica de las sesiones celebradas por la Comisión Mixta
para las Comunidades Europeas Congreso-Senado.* María Paesa

LEGISLACION Y PROPUESTAS LEGISLATIVAS.

Remedios Soler Climent, José Antonio Rodríguez Vispo
y María del Mar Jariño

JURISPRUDENCIA Y RECURSOS.

Mari Luz Bacas Malo,
Teresa Ustio Pedrosa y Aurora Cardenete Ramos

BIBLIOGRAFIA.

Alicia Cerdeiras

ESTUDIOS DOCTRINALES

La aplicación del derecho de la competencia a empresas establecidas fuera del Mercado Común

Fernando Muñoz de Toro

Abogado. Medalla de Oro, Universidad de Buenos Aires
Profesor de Contratos, Universidad de Buenos Aires
Miembro del Estudio Ernesto Galante-Abogados
Especializado en Comunidades Europeas, Universidad de Alcalá de Henares
Diplomado en Derecho comparado, Universidad Complutense
Becario en España por la Fundación Antorchas Argentina
y en los Estados Unidos por la Comisión Fulbright

SUMARIO

- I. *Introducción.*—II. *La situación en el Derecho internacional.*
- III. *El «foreign commerce test» del Derecho americano.*
- IV. *La doctrina de efectos en el Derecho comunitario:*
 - A) La Comisión. B) El Tribunal de Justicia.
- V. *Algunos comentarios.*

I. INTRODUCCION

EL denominado Debate acerca de la extraterritorialidad de las leyes presenta características peculiares en el ámbito del Derecho de la competencia (1), en particular en el de la Comunidad Económica Europea. Este debate enfrenta, en apretada síntesis, dos principios j

(1) Cfr. ZAMORA CABOT, J., «Algunas claves actuales del Derecho antitrust en los Estados Unidos», *Revista del Derecho Mercantil*, Madrid (1986), pp. 367-422.

risdccionales (2): el tradicional principio de *territorialidad*, del *place of performance* o de la localización de los comportamientos (3), y el principio de *extraterritorialidad*, de la *effect doctrine* o de la localización de los efectos (4).

Se trata de determinar, en definitiva, si la C.E.E. puede aplicar su legislación *antitrust* (es decir, si tiene jurisdicción legislativa) (5) a comportamientos de empresas no comunitarias localizados fuera del Mercado Común en base a la sola existencia de *efectos* de dichos comportamientos dentro del territorio comunitario y, en caso afirmativo, precisar los requisitos y los límites, si los hubiere, a la aplicación de esta doctrina de efectos.

Al intentar responder a esta cuestión estrictamente jurídica debe tenerse en cuenta, so pena de realizar esfuerzos estériles, que estamos ante un problema sólo en parte legal. Tiene al menos una dimensión *política* (diferentes intereses y distintas políticas hacia los carteles internacionales y la intervención en los asuntos domésticos de otros Estados convierten a la extraterritorialidad en un elemento importante en las relaciones comerciales y diplomáticas entre la C.E.E. y los Estados Unidos) (6) y otra *económica* (detrás de la extraterritorialidad se mueven intereses vitales para los Estados donde se localizan los comportamientos perseguidos por la legislación *antitrust*) (7).

Estas dimensiones (8) se agravan porque los conceptos clásicos del

(2) Cfr. ROUSSEAU, *Principes de Droit International Public*, 93 Hague Recueil (1958) I; MANN, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, 111 Hague Recueil (1964) I; JENNINGS, *General Course on Principles of International Law*, 121 Hague Recueil (1967) II; del mismo autor, *The Limits of State Jurisdiction*, 32 Nordisk Tidskrift for International Recht 209 (1962).

(3) Cfr. GOLDMAN, *Derecho comercial europeo*, CSCOCIN, Madrid (1984), p. 572.

(4) *Ibid.*

(5) Sólo haré referencia a la jurisdicción legislativa o «jurisdiction» (el poder de los Estados de dictar el Derecho). No a la jurisdicción ejecutiva o «imperio» (el poder de ejecución del Estado). Cfr. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 571; BARACK, «The Application of the Competition Rules (*antitrust law*) of the European Economic Community to enterprises and arrangements external to the Common Market», *Kluwer Deventer, The Netherlands* (1981), p. 13.

(6) EDWARD, «The Practice of the Community Institutions in relation to the Extraterritorial Application of E.E.C. Competition Law», en ROLAND BIEBER/GEORG RESS (Hrsg.), «The Dynamics of EC-Law», *Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden* (1986), p. 356.

(7) *Ibid.*

(8) Habría también otra dimensión *práctica* porque «law exists to prevent anarchy, and it is clear that the unrestricted making of decrees under antitrust legislation... must produce chaos in the world of international business», O'CONNELL, *International Law*, p. 821, citado por EDWARDS, *op. cit.*, p. 355, nota 2.

Derecho internacional resultan obsoletos e inadecuados (9). Esto, por varias razones: la mayoría de los actores en el comercio internacional actual son empresas «multinacionales» que escapan a las nociones tradicionales de domicilio, nacionalidad, lugar del giro comercial, etc.; en la mayoría de los casos *antitrust* internacionales no se pueden localizar los actos ni los efectos dentro de un solo Estado con exclusión de otros; el Derecho económico en general y el de la competencia en particular es usado últimamente como instrumento de política económica por los Estados, en particular por la C.E.E.; por último, una vaga y ambigua terminología e inexacta delimitación del concepto de extraterritorialidad aumentan la confusión (10).

La posible aplicación de la doctrina de efectos en la Comunidad Europea fue objeto de una reciente sentencia del T.J.C.E. (11). Los argumentos de la Comisión, la opinión del abogado general del Tribunal en el caso «Wood Pulp» son la síntesis de una evolución poco clara en el Derecho comunitario, reflejo del desarrollo sufrido por esta cuestión en el Derecho internacional y en el Derecho estadounidense.

En las páginas siguientes realizaré algunos comentarios a esa evolución de la doctrina de efectos como criterio jurisdiccional en la Comunidad Económica Europea. Antes, sin embargo, haré algunas menciones nada exhaustivas, por cierto, a la situación en el Derecho internacional, primero, y en el Derecho norteamericano, después (12), que facilitarán comprender el alcance de la jurisdicción legislativa en casos *antitrust* internacionales en el Derecho comunitario (13).

(9) *Ibid.*

(10) Sobre la dificultad de definir el término «extraterritorialidad», consultar NEREP, *Extraterritorial Control of Competition under International Law. With Special Regard to US Antitrust Law*, vol. I, PA Norstedt & Söners förlag, Stockholm (1983), Introduction; EDWARDS, *op. cit.*, p. 371.

(11) Sentencia del 27 de septiembre de 1988 en los casos 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, 125/85, 126/85, 127/85, 128/85 y 129/85.

(12) Con razón se ha dicho: «...when one speaks of extraterritorial application of national laws and of the conflicts of legislative jurisdiction which result from such application, the example which springs to mind immediately is the long reach of the US antitrust law...», HERMANN, *Conflicts of National Laws with International Business Activity: Issue of Extraterritoriality*, British-North American Committee, London (1982), p. 11.

(13) Sólo trataré la jurisdicción en razón de la materia («subject matter jurisdiction»). No la jurisdicción en razón de la persona («personal jurisdiction»). Al respecto, consultar NEREP, *op. cit.*, p. 10, y esp. p. 289, referida a la Comunidad Europea.

II. LA SITUACION EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El principio de territorialidad ha sido una constante y eje fundamental en la evolución del Derecho internacional, freno a las pretensiones jurisdiccionales de los Estados (14). Su definición como el poder de todo Estado para sancionar leyes que regulen los actos y las conductas realizadas por los sujetos de derecho dentro de su territorio (15) no permaneció estática. Su desarrollo posterior, particularmente en el Derecho penal, y su desdoblamiento en *subjetivo* (un Estado tendría jurisdicción para reprimir aquellas infracciones iniciadas dentro pero consumadas fuera de su territorio) y, especialmente, *objetivo* (un Estado tendría jurisdicción para reprimir aquellas infracciones iniciadas fuera pero consumadas dentro de sus fronteras) llevó a sostener que una infracción ocurrida en el extranjero pero que produce efectos dentro del territorio que clama jurisdicción caería dentro del principio de territorialidad objetiva si esos efectos son elemento constitutivo de la infracción (16). Esta idea fue formulada en el célebre caso del navío «Lotus» fallado por la Corte Permanente de Justicia Internacional (17) y en el «Harvard Draft Convention on Jurisdiction with respect to Crime» (18).

Esta idea se trasladó más adelante del Derecho penal al Derecho de la competencia. El artículo 5 de las conclusiones aprobadas por la International Law Association en la Conferencia de New York de octubre de 1972 (19) reconoció jurisdicción a los Estados para perseguir y reprimir aquellos actos ocurridos fuera pero que producen efectos dentro de su territorio si estos efectos son un elemento constitutivo de la violación *antitrust*. Los efectos debían ser, además, directos, *internacionales* y sustanciales (20). Iguales requisitos aparecieron en la Sec. 18 (b) of the Restatement (second) of Foreign Relations Law of the United States de 1965 (21).

(14) Cfr. BARACK, *op. cit.*, p. 13.

(15) *Ibid.*

(16) El problema fue claramente expuesto por JENNINGS, International Law Association, *Report of the Fifty First Conference*, Tokio (1964), p. 355.

(17) «Lotus», C.P.J.I., serie A, núm. 9 (1927).

(18) 29 American Journal of International Law Supplement 435 (1935), Part II.

(19) Cfr. International Law Association, *Report of the Fifty Fifth Conference*, New York (1972), pp. 138-139.

(20) *Ibid.*

(21) Esta publicación del American Law Institute menciona efectos razonablemente previsibles en vez de intencionales. Ambos conceptos, sin embargo, coinciden; cfr. American Bar Association, Antitrust Section, «Antitrust Developments

A pesar de estos antecedentes que propiciarían incluir la doctrina de efectos en el principio de territorialidad objetiva si los efectos son un elemento constitutivo de la infracción, se han alzado voces en contra de distinguidos juristas (22) y protestas de varios Gobiernos (23): El «Lord Mc Nair's Committee» concluyó:

«...it is a travesty of the use of language to say that the resulting principle of an effect doctrine can still be referred to principles of territorial jurisdiction; such a further refinement and dilution of the territorial principle is a *reductio ad absurdum*...» (24).

¿Significa esto que si la doctrina de efectos no está cubierta por el principio de territorialidad objetiva su utilización como criterio jurisdiccional en casos *antitrust* violaría el Derecho internacional y comparado no pudiendo entonces ser aplicada?

Sin perjuicio de adelantar una respuesta negativa a esta cuestión por considerar a la doctrina de efectos como un criterio jurisdiccional válido en el mundo industrializado distinto del principio de territorialidad, conviene detener este análisis y atender a la evolución de esa doctrina en los Estados Unidos para pasar luego a la Comunidad Económica Europea (25).

III. EL «FOREIGN COMMERCE TEST» DEL DERECHO AMERICANO

El desarrollo de la doctrina de efectos en el Derecho norteamericano ha girado principalmente en torno a la interpretación de las secciones

in 1955-1968. Supp. to Atty. Gen. Nat. Comm. to Study the Antitrust Laws», Chicago (1968), ch. II, p. 49.

(22) Cfr. International Law Association, American Branch Committee, «Report of the Fifty Fifth Conference», New York (1972), p. 112.

(23) Una recopilación y sumario de estas protestas puede encontrarse en BREWSTER, *Antitrust and American Business Abroad*, New York (1958); International Law Association, *Report of the Fifty First Conference*, Tokio (1964); BARACK, *op. cit.*, p. 373; LOWE, *Extraterritorial Jurisdiction. An Annotated Collection of Legal Materials*, Grotius, Cambridge (1983).

(24) Cfr. BARACK, *op. cit.*, p. 388.

(25) Comentarios generales sobre las objeciones a la aplicación estricta del principio de territorialidad pueden encontrarse en MILLER, «Extraterritorial Effects of Trade Regulation», 111 University of Pennsylvania Law Review (1963), p. 1111; BREWSTER, «Extraterritorial Effects of the United States Antitrust Laws, An Appraisal», 11 American Bar Association Antitrust Section, Rep. 64 (1957), p. 69.

1 y 2 de la célebre Sherman Act (26), en particular al contenido de la denominada *foreign commerce clause* (27). Esto es, cuándo una restricción a la competencia ocurrida en el extranjero afecta el comercio exterior americano justificando la jurisdicción de ese país (28).

La jurisprudencia de los tribunales federales (29) ha evolucionado considerablemente desde la sanción de dicha Ley en 1890 (30).

El caso *American Banana* (31) fue el primero en el que se debatió la proyección internacional del Derecho *antitrust* en general y de la Sherman Act en particular. La Corte Suprema aplicó estrictamente el principio territorial: invocó, por un lado, la regla del *place of wrong*, por otro lado, el dogma *all legislation is prima facie territorial*. También, aplicó la doctrina del *Act of State* (32). Este fallo repercutió en los que lo siguieron (33).

El primer gran cartel internacional (34) fue perseguido en el caso *American Tobacco* (35) marcando el inicio del abandono del principio territorial (36). Junto al requisito territorial (que la restricción se eje-

(26) Act of 2nd. July, 1890, 15 USC (1964). Sobre los antecedentes y motivos de esta ley consultar Townsend, «Extraterritorial Antitrust: the Sherman Antitrust Act and US Business Abroad», Westview Press, Colorado (1980).

(27) La legislación complementaria también contiene una «foreign commerce clause», siendo la más relevante la Clayton Act (Act of 15th October, 1914, 15 USC) (1970) y la Federal Trade Commission Act (15 USC 44) (1970). Ver sobre otras leyes, ZAMORA CABOT, *op. cit.*, p. 391.

(28) Cfr. NEREP, *op. cit.*, p. 54.

(29) Su competencia en los casos antitrust internacionales emana del artículo III, sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos y del 28 USC 1337; cfr. ZAMORA CABOT, *op. cit.*, p. 415.

(30) Cfr. BLOCH, «Extraterritorial Jurisdiction of US Courts in Sherman Act Cases», *American Bar Association Journal* 54 (August 1958), p. 783.

(31) 213 US 347, 29 S.Ct. 511, 53 L. Ed. 826 (1909).

(32) Cfr. *Underhill v. Hernández*, 168 US 250, 252 (1897), donde el juez Fuller enunció esta doctrina; PANSTUS, *Jurisdictional Problems in the Application of the Antitrust Laws*, en NANDA, *The Law of Transnational Business Transactions*, vol. I, Clark Boardman Company Ltd., New York (1983), p. 10.40.

(33) Cfr. PAUL VICTOR, «Multinational Corporations: antitrust extraterritoriality and the Prospect of Immunity», *Journal of International Law and Economics* 8 (June 1973), p. 13.

(34) CHESTERFIEL y WESTON definen los carteles: «...is generally used in the sense of conspiracies or combinations among competitors to fix prices, to control production, or to divide markets or production or consumers. A cartel is thus a combination in restraint of trade...», *Federal Antitrust Laws: Cases and Comments*, West Publishing Co., St. Paul, Minn. (1968), p. 801.

(35) 221 US 106, 31 S.Ct. 632, 55 L.Ed. 663 (1911).

(36) Cfr. KINTNER y GRIFFIN, *Jurisdiction over Foreign Commerce*, p. 217, citados en TOWNSEND, *op. cit.*, p. 44; CALVERLEY, «Antitrust Jurisdiction», *Columbia Journal of Transnational Law* 11 (Spring 1972), p. 321.

cute al menos en parte dentro de los Estados Unidos) comenzará a exigirse un elemento adicional: un nexo, una relación entre la restricción y el comercio exterior americano: «a control to be exercised over US commerce» (*Pacific Railway*) (37), «affected US commerce» (*Thomsen v. Cayser*) (38), «directly and materially affect» (*US v. Hamburg*) (39), «the fundamental object was control of both importation and sale» (*US v. Sisal*) (40).

La insuficiencia del principio territorial ante el rápido crecimiento del comercio internacional en general y de los Estados Unidos en particular obligó a buscar nuevos criterios jurisdiccionales.

El fallo del juez Hand en el célebre caso *Alcoa* (41) marcó el inicio de una nueva era, no sólo en los Estados Unidos, sino también en el Derecho *antitrust* internacional (42) e incluso en otras ramas del Derecho (43). «... It is probably the single most significant Sherman Act decision of the last fifty years...» (44). «... Its guiding principle was the theory that jurisdiction could be extended to act abroad...» (45). Los «standards» son ahora dos: que el acto o acuerdo intente afectar («intended to affect») las importaciones o exportaciones americanas (46) y que su ejecución produzca además algún efecto («did have some effect») sobre esas importaciones o exportaciones (47). Se consagró, de esta manera, una doctrina de efectos formulada ampliamente. Sin embargo, «... there has not been any reported case since *Alcoa* involving activities in which jurisdiction was based solely on 'effects' on trade of activities of foreigners abroad...» (48).

(37) 228 US 87, 33 S.Ct. 443, 57 L.Ed. 742 (1913). Este caso fue el primero en reconocer una operatividad extraterritorial a la Sherman Act, cfr. KRAMER, «The Application of the Sherman Act to Foreign Commerce», *Marquette Law Review* 41 (Winter 1967/1968), p. 273.

(38) 243 US 66, 37 S.Ct. 353, 61 L.Ed. 597 (1917).

(39) 200 Fed. 806 (S.D.N.Y. (1911)), 216 Fed. 971 (S.D.N.Y. 1914). También, 239 US 466, 36 S.Ct. 212, 60 L.Ed. 387 (1916).

(40) 274 US 268, 47 S.Ct. 592, 71 L.Ed. 1042 (1927).

(41) 148 F. 2d. 416 (2d. Cir.) (1945).

(42) *ALCOA* fue un ejemplo de la extensión de la jurisdicción antitrust contra no americanos, cfr. HAIGHT, «International Law and Extraterritorial Application of the Antitrust Laws», *Yale Law Journal* 63 (1954), p. 25.

(43) V. gr., las «securities» del Derecho estadounidense.

(44) TOWNSEND, *op. cit.*, p. 48.

(45) CARLSTON, *Antitrust Policy Abroad*, p. 585, citado en TOWNSEND, *op. cit.*, p. 48; RAHL, describe esta sentencia: «...as a monument to the breadth of our law...», «Foreign Commerce Jurisdiction», TOWNSEND, *op. cit.*, p. 48.

(46) 148 F. 2d. 443/444.

(47) *Ibid.*

(48) BARACK, *op. cit.*, p. 356.

Dos fallos posteriores de la Corte Suprema (49) limitaron su extensión. En *National Lead* (50) y *Continental Ore* (51), junto a la existencia de «efectos», se requirió que el *situs* de la restricción se localice al menos en parte dentro de los Estados Unidos. Sisal, antes que Alcoa, fue el precedente invocado (52). En otros fallos la regla «intent to affect and did affect» fue seguida con algunas matizaciones, especialmente en los casos *General Electric* (53), *Ici* (54), *Sanib v. United Fruit* (55), *US v. Oldham Co* (56), *In Re Grand Jury* (57), *Timken* (58), *Watch Swiss* (59), entre otros.

La jurisprudencia del caso *Pacific Seafarers* (60) se apartará de la huella de Alcoa. La clave será «American contacts and nexus» entre las partes y sus prácticas y los Estados Unidos, no las circunstancias mecánicas del efecto sobre las exportaciones o importaciones americanas (61). Este distanciamiento de Alcoa se materializará en una nueva jurisprudencia a partir de los casos *Occidental Petroleum* (62), *Todhunter-Mitchell* (63) y *Fleischmann Distilling* (64), siguiendo las enseñanzas de la doctrina, en particular a Von Kalinowski (65), y los precedentes sobre el

(49) Cfr. NEREP, *op. cit.*, p. 87.

(50) 63 F. Supp. 513 (S.D.N.Y. 1945), modificado y confirmado en 332 US 319, 67 S.Ct. 1634, 91 L.Ed. 2077 (1947).

(51) 370 US 690, 82 S.Ct. 1404, 8 L.Ed. 2d. 777 (1962).

(52) *Ibid.*, 706.

(53) 82 F. Supp. 753 (D.N.J. 1949).

(54) 100 F. Supp. 504 (S.D.N.Y. 1951).

(55) 135 F. Supp. 764 (S.D.N.Y. 1955).

(56) 152 F. Supp. 818 (N.D. Cal. S.D. 1957).

(57) 186 F. Supp. 298 (D.D.C. 1960).

(58) 83 F. Supp. 284 (N.D. Ohio 1949), modificado y confirmado en 341 US 593, 71 S.Ct. 971, 95 L.Ed. 1199 (1951).

(59) 133 F. Supp. 40 (S.D.N.Y. 1955) reargument denied 134 F. Supp. 710 (S.D.N.Y. 1955).

(60) 404 F. 2d. 804 (D.C. Cir. 1968) certiorari denied, 393 US 1093, 89 S. Ct. 872 (1969).

(61) Cfr. KINTNER y GRIFFIN, *Jurisdiction over Foreign Commerce under Sherman Antitrust Act*, 18 Boston College Industrial & Commerce Law Review 199 (1977), p. 204, citados por ZAMORA CABOT, *op. cit.*, p. 420.

(62) 331 F. Supp. 92 (C.D. Cal. 1971) confirmado 461 F. 2d. 1261 (9th. Cir. 1972) certiorari denied, 409 US 950 (1972).

(63) 383 F. Supp. 586 (E.D. Penn. 1974) y 375 F. Supp. 610 (E.D. Penn. 1974).

(64) 395 F. Supp. 221 (S.D.N.Y. 1975).

(65) Cfr. VON KALINOWSKI, *World Law of Competition Overview*, Matthew Bender, New York (1984) y *Antitrust Laws and Trade Regulations*, 16 vols., Matthew Bender, New York (1986). También se siguió a BEAUSANG, *The Extraterritorial Jurisdiction of the Sherman Act*, 70 Dick. Law Review 187 (1966).

«interstate commerce test» (66). La jurisdicción aparecerá, de este modo, ante una restricción «in», «directly affecting» o «substantially affecting» el comercio interestatal o con naciones extranjeras (67).

Un punto de vista nuevo en el Derecho *antitrust* internacional se introdujo con el caso *Timberlane* (68). Para el juez Choy la doctrina de efectos era deficiente, poco clara, incompleta y estaba pobremente definida (69). Para remediar estas insuficiencias propuso un análisis tripartito (70). En la primera fase del procedimiento el Tribunal se pregunta si se encuentra la restricción cubierta por la Sherman Act, si las prácticas localizadas en el extranjero afectan o tienen la intención de afectar el comercio exterior americano. En la segunda fase del procedimiento la cuestión es si ese efecto es de una magnitud tal como para considerarlo una violación civil del Derecho *antitrust*. En la tercera y última fase aparece una cuestión propia de las disputas internacionales: ¿son los intereses de los Estados Unidos, a la luz de los intereses en juego y siendo un asunto de «comity and fairness» internacionales, lo suficientemente fuertes *vis-à-vis* con los de otros países como para justificar el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción americana?

Se diferencia, por una parte, determinar si existe jurisdicción utilizándose la fórmula de Alcoa con algunos matices y, por otra parte, decidir si corresponde ejercerla o debe declinarse (71). Para ello, introduce un «balancing-of-interest test», la «jurisdictional rule of reason», que llamó Brewster (72), de acuerdo con una serie de factores que enunció el juez Choy (73).

(66) Sobre el «interstate commerce test», consultar NEREP, *op. cit.*, p. 38.

(67) «In» y «directly affecting» constituyen una restricción sobre el flujo de bienes y servicios entre los Estados Unidos y naciones extranjeras. «Substantially affecting» no significa una restricción sobre el flujo comercial sino un nexo suficiente con el «foreign commerce».

(68) 549 F. 2d. 597 (9th. Cir. 1976).

(69) Criticó especialmente la no consideración de los intereses de otros Estados.

(70) 549 F. 2d. 597, 613.

(71) Las principales fuentes del Tribunal fueron la obra de BREWSTER, *op. cit.*, y el «Restatement (2d.) of Foreign Relations Law of the United States», Section 40 (1965).

(72) Cfr. BREWSTER, *op. cit.*, p. 80.

(73) «...the degree of conflict with foreign law or policy, the nationality or allegiance of the parties and the locations or principal places of business of corporations, the extent to which enforcement by either state can be expected to achieve compliance, the relative significance of effects on the United States as compared with those elsewhere, the extent to which there is explicit purpose to harm or affect American commerce, the foreseeability of such effect, the relative importance to the violation charged of conduct within the United States as compared with conduct abroad...», 549 F. 2d. 597, 613.

Si bien es cierto que esta jurisprudencia no está exenta de críticas (74), su principal mérito consiste en considerar los intereses de todas las partes involucradas en los casos *antitrust* internacionales (75), lo que se reflejó en los casos posteriores a *Timberlane*.

Los casos *Mannington Mills* (76), *Dominicus Americana Bohio* (77), *Zenith Radio* (78) y *Uranium Antitrust Litigation* (79) analizaron, primero, si existía jurisdicción, después, si correspondía ejercerla. Se siguió la jurisprudencia de *Timberlane* pese a la disidencia del juez Adams en *Mannington Mills* (80). Cada Tribunal, sin embargo, utilizó sus propios factores a la hora de proponer el balance de intereses (81), aunque el caso *Uranium Antitrust Litigation* puso de manifiesto que este «interests-analysis» no bastaba en muchas ocasiones para paliar las reacciones de los Estados afectados por la aplicación del derecho de competencia a través de la doctrina de efectos (82).

(74) Cfr. el caso *LAKER AIRKAYS*, 731 F. 2d. 909 (D.C. Cir. 1984) el voto del juez *WILKEY* y su artículo «American Antitrust: Adjusting conflicts with other legal systems», *Private Investors Abroad*, Matthew Bender, New York (1985); también *MANN* califica al balance de intereses como una «bad and misleading guide», «The Doctrine of International Jurisdiction revisited after twenty years», *R.C.A.D.I.*, III (1984), p. 12; *GRIFFIN*, «Possible resolutions of international disputes over enforcement of US antitrust laws», 18 *Stanford Journal of International Law*, Issue 2 (1982).

(75) Cfr. *NEREP*, *op. cit.*, p. 120.

(76) 595 F. 2d. 1287 (3d. Cir. 1979), especialmente 1292, donde enumera los factores que componen el «balancing-of-interest test».

(77) 473 F. Supp. 680 (S.D.N.Y. 1979). Igual criterio se aplicó en «Industrial Investment Development Corporation v. Mitsui & Co. Ltd.», 594 F. 2d. 48 (5th. Cir. 1979).

(78) 494 F. Supp. 1161 (E.D. Pa. 1980), especialmente 1189, donde el Tribunal concluyó: «...The American antitrust laws do extend to conduct abroad by foreign corporations, at least when that conduct is intended to affect United States interstate or foreign commerce, when it actually has such effect, and when a balancing of considerations of international comity leads the court to exercise that jurisdiction...»

(79) 617 F. 2d. 1248 (7th. Cir. 1980).

(80) Para el juez Adams las razones de «international comity» tenían que considerarse, «...when the court determines whether jurisdiction vel non exists, or in fashioning the decree...», 595 F. 2d. 1299 (3d. Cir. 1979).

(81) Cfr. *NEALES* y *GOYDER*, *The Antitrust Laws of the United States of America. A study of competition enforced by law*, Cambridge University Press, Cambridge (1982), pp. 351 y ss.

(82) Este caso fue un ejemplo de las repercusiones, no sólo legales, sino también políticas y económicas del Derecho antitrust internacional. Las partes no americanas comparecieron a través de «surrogates», «...shockingly to us...», dijo el Tribunal, «...the governments of their defaulters have subversively presented for them their case against the exercise of jurisdiction...», 617 F. 2d. 1256. El Gobierno

Esta jurisprudencia vigente en los Estados Unidos recibió la inmediata adhesión del verdadero «*deus ex machina*» del sistema americano de defensa de la competencia: el «Department of Justice» (D.O.J.), en particular la *Antitrust Division* (83). Esta afirmación debe, no obstante, matizarse (84).

Para determinar si existe jurisdicción el D.O.J. aplica los «standards» de la «Foreign Trade Antitrust Improvement Act» (85) que se corresponden con los del «Restatement» ya citado (86), es decir, efectos directos, razonablemente previsibles y sustanciales. El D.O.J. pretende dar un significado a estos términos: «... by taking action in those cases where there is or would be a significant adverse effect on consumer in the US (87) ... or competition in the US...» (88).

Al realizar el balance de intereses el D.O.J. considera en general todo interés significativo de naciones extranjeras que pudiese ser afectado y si existe esa posibilidad considera otros seis factores, tales como el grado de conflicto con la legislación extranjera o con la política económica de un país extranjero (89). En circunstancias extraordinarias pueden considerarse los efectos de la persecución *antitrust* sobre las relaciones ex-

del Reino Unido sancionó en 1980 la «Protection of Trading Interests Act» para bloquear los efectos de la legislación americana, especialmente los «discovery requests». Consultar sobre este caso, entre otros, *WOOD/CARRERA*, «The International Uranium Cartel: litigation and legal implications», 14 *Texas International Law Journal* 59 (1979); *MERHIGE*, «The Westinghouse Uranium Case: Problems Encountered in Seeking Foreign Discovery and Evidence», 13 *International Law* 19 (1979); *NEREP*, *op. cit.*, p. 129; *BARACK*, *op. cit.*, pto. 5.18.

(83) Esta adhesión se manifestó en la «Antitrust Guide for International Operations», US Department of Justice, Antitrust Division, January 26, 1977 y recientemente en la «Draft Revision», June 8, 1988 (part. I.C. «jurisdictional Considerations»); cfr. también *NEALE* y *GOYDER*, *op. cit.*, p. 352.

(84) También importantes son las ediciones de 1982/1984 sobre las *Merger Guidelines*.

(85) 15 USC 6a. (1982). El D.O.J. reconoce que los criterios de esta ley para «non-import foreign commerce» se corresponden con los que aplica en el ámbito de la Sherman Act (sec. 1 y 2), «import commerce», y de la Clayton Act (sec. 7), «mergers and acquisitions».

(86) Sec. 18(b) of the Restatement (2d.) of Foreign Relations Law of the United States (1963).

(87) «Antitrust Guide for International Operations», Draft Revision, Part. I.C.

(88) *Ibid.*

(89) *Ibid.*, I.D. Estos factores coinciden con los incluidos en los proyectos de ley para regular la jurisdicción de los tribunales federales en casos antitrust privados que involucren conductas extranjeras o transnacionales, S. 539, 100th. Cong. 1st. Sess. (1987); S. 397, 99th Cong., 2d. Sess. (1986).

teriores de los Estados Unidos (90). El D.O.J. reconoce en determinadas situaciones otro freno a su jurisdicción a través de la «foreign sovereign compulsion» (91) y de la «Foreign Sovereign Immunities Act» (92). No reconoce, en cambio, las nociones abstractas e indefinidas de «comity and fairness» (93) ni la «state act doctrine» (94).

Este desarrollo del test de efectos en el Derecho americano a través de la jurisprudencia de los tribunales federales y de las posturas del D.O.J. influirá fuertemente en la evolución de dicha doctrina en el Derecho comunitario, en particular en la Comisión, no pudiendo comprenderse con abstracción de las enseñanzas del sistema americano (95).

IV. LA DOCTRINA DE EFECTOS EN EL DERECHO COMUNITARIO

La posible aplicación de una doctrina de efectos como criterio jurisdiccional en la Comunidad Económica Europea se sustenta en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma (96), inspirados en la ya citada Sherman Act. Estas normas, si bien son sustantivas, contienen implícitamente normas jurisdiccionales (97).

Estas normas jurisdiccionales contendrían al menos tres cláusulas que limitarían su alcance. Son incompatibles y están prohibidos: i) los acuerdos, decisiones y prácticas o los abusos de posición dominante por empresas; ii) que puedan afectar, o en la medida que puedan afectar, el comercio entre los Estados miembros (cláusula de comercio intracomunitario); y que tengan por efecto u objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del Mercado Común o en una

(90) *Ibid.* Para el D.O.J. esta facultad le está constitucionalmente reservada no pudiéndose valorar por los tribunales federales.

(91) *Ibid.*, I.E.

(92) 28 US 1330 1602-1611 (1982).

(93) «Antitrust Guide for International Operations», Draft Revision, I.E.

(94) *Ibid.*, «in fine».

(95) Cfr. EDWARDS, *op. cit.*, p. 366.

(96) El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de Energía Atómica no incluyó normas sobre esta materia. Si lo hizo el Tratado que instituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Sobre la aplicación extraterritorial de las normas de la competencia de este Tratado, consultar BALEKJIAN, «Parent and Subsidiary Companies under European Community Competition Law», en CAMPBELL, *Legal Aspect of International Business Transaction*, Elsevier Publishers BV, North-Holland (1984), part I.

(97) Cfr. NEREP, *op. cit.*, p. 263.

parte sustancial de éste (cláusula de restricción de la competencia). No hay, a diferencia de su modelo, una cláusula de comercio exterior (98).

A) LA COMISIÓN

La Comisión, Dirección General IV (99), intentó desde muy temprano elaborar una doctrina de efectos en el Derecho comunitario a través de sus decisiones, presentaciones ante el T.J.C.E. e informes sobre la política de la competencia en el Mercado Común.

La decisión *Grosfillex/Fillistorf* (100) marcó el inicio de esta vocación estableciendo que la Comisión tenía jurisdicción sobre todo acuerdo que afecte o pueda afectar la competencia dentro del Mercado Común. No importaba el lugar de celebración del acuerdo, ni el de ejecución, ni tampoco el lugar de establecimiento de las empresas.

Este enunciado general se reiteró en numerosas decisiones, tales como *Bendix/Mertens & Straet* (101), *Vitapro* (102), *Transocean* (103), *European Machine Tool Exhibition* (104), *Kodak* (105), *Omega* (106), *Missal* (107), *Henkel/Palmolive* (108); en el «VII General Report on the Activities of the Community» (109); y en una publicación relativa a las importaciones de productos japoneses en el Mercado Común (110). El contenido de esta doctrina de efectos no se elaboró, sin embargo, porque no se desafió la jurisdicción de la Comisión. Esto ocurrió al apelarse la decisión en el caso *Materias Colorantes* (111).

Al argumentar ante el T.J.C.E. la Comisión modificó la postura de la

(98) *Ibid.*, p. 265.

(99) Sobre los poderes de la Comisión, consultar PELLICER ZAMORA, *Derecho Comunitario de la Competencia*, Trivium, Madrid (1986).

(100) (1964) C.M.L.R. 237.

(101) J.O. 1964, p. 1426.

(102) J.O. 1964, p. 2287.

(103) J.O. 1967, núm. 163, p. 10.

(104) J.O. 1969, núm. L 69, p. 13.

(105) J.O. 1970 L 147, p. 24.

(106) J.O. 1970 L 242, p. 22.

(107) J.O. 1972 L 267, p. 20.

(108) J.O. 1972 L 14, p. 14.

(109) *Seventh General Report on the Activities of the Community*, April 1963, March 1964 (June 1964), punto 36.

(110) «Commission of the E.E.C., Opinion Governing the Applicability of the Treaty of Rome to the Importation of Japanese Products into the Community», J.O. 1972 CIII/13.

(111) J.O. 1972 L 195, p. 11; (1969) C.M.L.R. D23.

decisión e invocó, primero, la teoría de la unidad económica o entidad empresarial (112) y, subsidiariamente, la doctrina de efectos. Luego de cuestionar el test de efectos del Derecho americano por ser demasiado amplio («was far too broad») (113) desarrolló un criterio jurisdiccional que no excedía el del Restatement estadounidense (114). Combinó dos principios: uno, la existencia de efectos directos en el Mercado Común; otro, el principio de protección de los intereses esenciales del Estado (115). La poca claridad de esta elaboración llevó a que en el caso *Commercial Solvents* (116) adhiriera, también en subsidio, a la doctrina de efectos propuesta por el abogado general Mayras en el caso *Materias Colorantes*. Esto es, efectos directos, previsibles y sustanciales que sean un elemento constitutivo de la infracción (117). El principio de territorialidad objetiva estaba probablemente subyacente.

Si bien se intentaba definir los efectos nada se decía sobre qué debían producirse, sobre la cláusula de comercio intracomunitario, ni tampoco sobre las repercusiones internacionales de esa doctrina, pese a las objeciones manifestadas por el Gobierno de Gran Bretaña (118).

La falta de atención a estas cuestiones sumadas al abandono de la doctrina de efectos directos, previsibles y sustanciales marcó una nueva etapa caracterizada por la amplitud del criterio jurisdiccional aplicado por la Comisión (119). Ejemplo de la amplitud e imprecisión de la doc-

(112) Caso 48/69 (1972) ECR 619. Sobre la aplicación de esta teoría en el caso *Materias Colorantes*, consultar ALLEN, «The Development of European Antitrust Jurisdiction Over Alien Undertakings», 2 *Legal Issues of European Integration* (1974), p. 53; STEINDORFF, «Annotation on the Decision of the European Court in the Dyestuff Cases of July 14, 1972», *C.M.L. Rev.* 502 (1972), p. 178.

(113) Caso 48/69 (1972) ECR 628.

(114) *Ibid.*, 633.

(115) *Ibid.*, 629 (mantener la estructura económica y la libertad de actuar).

(116) Cfr., la decisión, (1973) C.M.L.R. D50, el caso ante el T.J.C.E., casos 6/73 y 7/73 (1974) ECR 223.

(117) Cita BARACK, *op. cit.*, p. 121, una comunicación privada con B. VAN DER ESCH, asesor legal de la Comisión que la representó ante el T.J.C.E. en los casos *Commercial Solvents* y *Continental Can*, en la que opinaba que la doctrina de efectos de la Comisión debería ser similar a la del Restatement de los Estados Unidos.

(118) El Reino Unido remitió una «aide mémoire» a la C.E.E. cuestionando la doctrina de efectos en el caso *Materias Colorantes*. Esta «aide mémoire» puede encontrarse en LOWE, *op. cit.*, p. 144; International Law Association, *Report of the Fifty Fourth Conference*, The Hague (1970), pp. 185/188.

(119) Asimismo, la Comisión imputaba al T.J.C.E. la adopción de una doctrina de efectos en el caso Bequelin; cfr. una carta de Schlieder, director general de Competencia en respuesta a otra de Cunningham sosteniendo esa interpretación, *Financial-Times*, Newsletter, October 1972, p. 13.

trina de efectos durante esta época fueron las decisiones *Franco-Japonesa* (120), *Franco-Taiwanesa* (121), *Theal/Watts* (122), *Members of the Genuine Vegetable* (123), *Associated Lead* (124) y, también, el sexto informe sobre la política de la competencia (125).

Esta situación se reflejó en el undécimo informe sobre la política de la competencia de 1981 (126). La jurisdicción comunitaria comprendía las conductas de empresas establecidas en terceros países que tengan un *impacto apreciable* («appreciable impact») dentro del Mercado Común. Este requisito es, sin duda, muy distinto y más amplio que el de efectos directos, previsibles y sustanciales. Una novedad merece, sin embargo, destacarse: la Comisión reconoció que podían plantearse problemas relacionados con la soberanía de terceros Estados, aunque no se mostró muy sensible a limitar su jurisdicción por este motivo (127).

Este criterio jurisdiccional elaborado por la Comisión contrastó fuertemente con la Nota y Comentarios (128) y, más adelante, «aide-mémoire» (129) remitida por la Comunidad Europea y los Estados miembros al Gobierno de los Estados Unidos en respuesta a las enmiendas a las Export Administration Regulations (130). Fueron realizadas por los servicios legales de la Comisión en consulta con expertos de los Estados miembros y aprobadas por el *Coreper*. En ellas se cuestionaron los principios de nacionalidad y de protección y, también, «the so called effect doctrine» (efectos directos, previsibles y sustanciales) por tener menos que aceptación general en el Derecho internacional (131). El balance de intereses se limitaba, además, al ámbito del Derecho americano (132).

Esta incongruencia entre lo que venía haciendo la Comisión y lo que se criticaba al Gobierno de los Estados Unidos no es nada fácil de explicar. Fue predicar hacia afuera sin dar el ejemplo desde adentro en un

(120) (1975) 1 C.M.L.R. D8; J.O. 1974 L 343/9.

(121) (1975) C.M.L.R. D83; J.O. 1975 L 29/26.

(122) (1977) 1 C.M.L.R. D57.

(123) (1978) 1 C.M.L.R. 534.

(124) (1979) 1 C.M.L.R. 463.

(125) *Sixth Report on Competition Policy* (1977), punto 37. También la decisión *Conservas de Setas*, J.O. 1975 L 29, p. 26.

(126) *Eleventh Report on Competition Policy* (1981), pp. 36/39.

(127) Las deficiencias de este informe fueron puestas claramente de manifiesto por EDWARDS, *op. cit.*, p. 362.

(128) 12 de agosto de 1982 transcriptas en LOWE, *op. cit.*, p. 197.

(129) 14 de marzo de 1983 transcriptas en LOWE, *op. cit.*, p. 215.

(130) 22 de junio de 1982 transcriptas en 21 *International Legal Materials* 853, 1115 (1982).

(131) Cfr. LOWE, *op. cit.*, p. 205.

(132) Cfr. LOWE, *op. cit.*, p. 206.

tema no sólo legal sino también político y económico. Las decisiones posteriores, lisa y llanamente, lo ignoraron (133).

La Comisión continuó aplicando la doctrina de efectos en sus decisiones. Así lo hizo en los casos *Zinc* (134), *Easter Aluminium* (135) y *Wood Pulp* (136), reflejados todos en el decimocuarto informe sobre la política de la competencia (137).

El contenido de la doctrina de efectos continuaba siendo vago y ambiguo. La terminología era imprecisa: «indirectly affect» (*Zinc*) (138), «substantial effect» (*Easter Aluminium*), «perceptibly affected» (*Wood Pulp*), «direct and appreciable effect» (decimocuarto informe). La necesidad de efectos sobre el comercio entre los Estados miembros no era clara aunque se requirió en la decisión *Eastern Aluminium* (139).

Un cambio, no obstante, comenzó a observarse: la Comisión insinuó que podría autolimitar («self restraint») su jurisdicción, pese a no reconocer límites impuestos por el Derecho internacional, si la decisión imponía conductas contrarias a la legislación del país donde estaban establecidas las empresas o si afectaba un «important interest» de un tercer Estado que prevalezca sobre el «fundamental interest» de que la competencia no sea distorsionada dentro del Mercado Común (140). Asimismo, se comenzó a escuchar a las autoridades competentes de los Estados afectados de acuerdo con la recomendación de la Organización de Cooperación y Desarrollo del 25 de septiembre de 1979 (141).

Estas cuestiones y la descripción de los efectos fueron objeto de las

(133) Cfr. EDWARDS, *op. cit.*, p. 366.

(134) J.O. 1985 L 220/27; (1985) 2 C.M.L.R. 108.

(135) J.O. 1985 L 92/1.

(136) J.O. 1985 L 85/1; (1985) 3 C.M.L.R. 474.

(137) *Fourteenth Report on Competition Policy* (1984), p. 499.

(138) Como señala EDWARDS, *op. cit.*, p. 365, «indirectly» probablemente debe leerse como «directly».

(139) J.O. 1985 L 92/47-49, sec. 14. Estableció allí la Comisión que no hay razón para diferenciar, «...between the restrictions accepted towards each other by those within the Common Market and those outside, and those restrictions accepted towards each other by those wholly outside, subject always to the overall requirement that there be a substantial effect on trade between Member States...»

(140) *Ibid.*

(141) Actas de la O.C.D.E., volumen 19, p. 376; transcripta en LOWE, *op. cit.*, p. 251. En el *Twelfth Report on Competition Policy* la Comisión señaló que se estaban realizando contactos bilaterales con varios países miembros de la O.C.D.E. y admitiéndose como observadores en algunos casos, como, por ejemplo, I.B.M. (caso 60/81, 1981 E.C.R. 2639; 1984 3 C.M.L.R. 147); cfr. EDWARDS, *op. cit.*, p. 359.

respuestas de la Comisión al Tribunal de Justicia en el recientemente fallado caso *Wood Pulp* (142).

Para la Comisión se debía aplicar, primero, el criterio territorial, y en caso de que fuese insuficiente para fundar la jurisdicción, la doctrina de efectos. Los efectos (las consecuencias directas y perceptibles de un cierto comportamiento) tenían que ser directos, previsibles y sustanciales sobre la competencia en el Mercado Común. Se volvió, de esta manera, a la elaboración de Mayras en *Materias Colorantes* (143). Nada se dijo sobre la cláusula de comercio entre los Estados miembros.

Luego abordó la cuestión desde la perspectiva internacional. La jurisdicción legislativa, a diferencia de la ejecutiva, puede ejercerse en tanto no se limite por normas internacionales convencionales o consuetudinarias. De esta manera, al no imponerse conductas contrarias a la legislación de un tercer Estado ni afectarse sustancialmente la política económica de otros países (lo que resulta de la falta de oposición de los Gobiernos interesados al ser consultados) nada obsta a la jurisdicción comunitaria (144).

Según la Comisión, la doctrina de efectos es rechazada por el Reino Unido (145), no por la O.C.D.E. ni por otros países industrializados (146). La Comunidad Europea no debe regirse, en consecuencia, por criterios más severos que los aceptados por los Estados. La distancia con las críticas remitidas al Gobierno de los Estados Unidos es manifiesta. El test de efectos directos, previsibles y sustanciales no transgrede el Derecho internacional sino que sigue una práctica generalmente aceptada por los Estados. No se reclama una jurisdicción más extensa que la admitida por los Estados (147).

B) EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El T.J.C.E., a diferencia de la Comisión, no recurrió a la doctrina de efectos para justificar la jurisdicción comunitaria en casos *antitrust*. Los hechos discutidos en esa instancia (148) no obligaron al T.J.C.E. a apartarse del principio de territorialidad.

(142) Sentencia del 27 de septiembre de 1988, p. 45, parte IV, T.J.C.E.

(143) *Ibid.*, p. 48.

(144) *Ibid.*, p. 49.

(145) *Ibid.*

(146) *Ibid.*, p. 50.

(147) *Ibid.*

(148) El T.J.C.E. interviene ante recursos de anulación o carencia interpuestos por particulares contra las decisiones de la Comisión o por el incidente de Preju.

El caso *Bequelin* (149) es citado, sin embargo, como ejemplo de la adopción del test de efectos por el T.J.C.E. Así se pronunció un amplio sector de la doctrina (150), la Comisión (151) y la O.C.D.E. (152). Si bien la terminología utilizada por el T.J.C.E. es imprecisa: «... the facts of Bequelin did not raise any problem of extraterritoriality...» (153), los hechos se localizaron dentro del Mercado Común (154). Asiste razón al profesor Mann al señalar que esta sentencia: «... can hardly be treated as the source of a legal rule of great width and impact...» (155). Los casos posteriores ratificaron la vigencia del principio de territorialidad desplazando toda otra hipótesis (156).

En el caso *Materias Colorantes* (157) el T.J.C.E. evitó pronunciarse sobre el problema de Derecho internacional reflejado en la doctrina de efectos (158). Aplicó la teoría de la unidad económica o entidad empresarial e imputó las conductas de las filiales o subsidiarias dentro del Mercado Común a las matrices establecidas en terceros países (159).

dicialidad interpuesto por los tribunales de los Estados miembros; cfr. PELLICER ZAMORA, *op. cit.*, p. 55.

(149) Caso 22/71 (1971) E.C.R. 949.

(150) Cfr., entre otros, BERCOVITZ RODRIGUEZ, *Normas sobre la competencia del Tratado de la C.E.E.*, en GARCÍA ENTERRÍA y otros, *Tratado de Derecho Comunitario*, tomo II, Madrid (1986), p. 339; PELLICER ZAMORA, *op. cit.*, p. 104; GOLDMAN, *op. cit.*, p. 565; FONT GALAN, «La libre competencia en la Comunidad Europea», en *Studia Albornotiana*, dirigidos por Verdura y Tuelis, Publ. Real Colegio de España en Bolonia (1986), p. 81; HARDINGS, «Jurisdiction in E.E.C. Competition Law: Some Recent Developments», 11 *Journal World Trade Law* 422 (1977), p. 425.

(151) Cfr. «Eight Report on the Activities of the E.E.C.», párrafo 67; *Sixth Report on Competition Policy*, punto 38.

(152) O.E.C.D., Committee of Experts on Restrictive Business Practices of Multinational Enterprises (1977), sec. 128.

(153) EDWARDS, *op. cit.*, p. 357.

(154) Cfr. NEREP, *op. cit.*, p. 267.

(155) MANN, «The Dyestuff Case in the Court of Justice of the European Communities», 22 *International & Comparative Law Quarterly* (1973), p. 49.

(156) Cfr. NEREP, *op. cit.*, p. 267.

(157) Caso 48/69 (1972) E.C.R. 619.

(158) Cfr. MANN, *op. cit.*, p. 46, donde pone especialmente de manifiesto la actitud del T.J.C.E. Las interpretaciones de este fallo son diversas. Algunos autores sostienen que se aplicó la doctrina de efectos: MESSÉN y HAYMANN citados por NEREP, *op. cit.*, p. 272. Otros descartan esta hipótesis: NEREP, *op. cit.*, p. 272; MANN, *op. cit.*, p. 46; HOWELL, «Extraterritorial Application of Antitrust Legislation in the Common Market: the Dyestuffs Cases (European Court of Justice, 1972)», 12 *Columbia Journal Transnational Law* 169 (1973), p. 175; STEINDORFF, *op. cit.*, p. 178; BARACK, *op. cit.*, p. 112; BELLIS, «International Trade and the Competition Law of the European Economic Community», 16 *C.M.L. Rev.* 647 (1979), p. 648.

(159) Sobre el desarrollo de esta teoría por el T.J.C.E. es interesante la obra

El abogado general Mayras propició, en cambio, una doctrina de efectos directos, previsibles y sustanciales que sean elemento constitutivo de la violación *antitrust* (160).

Los casos *Continental Can* (161) y *Commercial Solvents* (162) repitieron este esquema: el T.J.C.E. aplicó la teoría de la unidad económica mientras que los abogados generales insistieron en la elaboración de una doctrina de efectos junto a la Comisión (163).

Las sentencias en los casos *EMI/CBS* (164), *United Brands* (165), *Hugin Kassaregister* (166) y *Hoffman La Roche* (167) ratificaron la preferencia del T.J.C.E. por la teoría de la unidad económica emanada del principio de territorialidad y no por la doctrina de efectos discutida en el ámbito internacional. Esto motivó que el Tribunal no se pronuncie sobre el rol jurisdiccional de las cláusulas de restricción de la competencia y de comercio intracomunitario. Era innecesario. Sin embargo, si trasladamos la interpretación sustantiva dada por el T.J.C.E. a ambas cláusulas en el caso *Hoffman La Roche*, se trataría de requisitos independientes (168). No serían suficientes, en consecuencia, meros efectos económicos dentro del Mercado Común si no afectan tanto la competencia como el comercio entre los Estados miembros (169).

La sentencia del 27 de septiembre de 1988 en el caso *Wood Pulp* (170) retomó estas cuestiones y, además, se pronunció sobre el problema internacional.

de BARACK, *op. cit.*, pp. 40 y ss.; FILEGAR y HELLING, «Enforcement of the European Antitrust Laws-The Single Enterprises Theory», en NANDA, *op. cit.*, pp. 11.8 y ss.; BALEKJIAN, *op. cit.*, part. I.

(160) Caso 48/69 (1972) E.C.R. 694.

(161) Caso 6/72 (1973) E.C.R. 215.

(162) Casos 6/73 y 7/73 (1974) E.C.R. 223.

(163) Algunos autores, sin embargo, interpretan que *Continental Can* aplicó la doctrina de efectos: HERMANN, *Antitrust Policy in Europe*, Financial Times (1973), p. 100; KORAH, «The Control of Mergers Under Art. 86 of the Rome Treaty: Continental Can», 26 *Current Legal Problems* 82 (1973), p. 93; SMIT y HERZOG, *Columbia Law School Project on European Legal Institutions: The Law of the E.E.C.*, vol. 2, New York (1976), p. 3116. No así MALAWER, «International Law, E.C. Law and the Rule of Reason», 8 *Journal of World Trade Law* 17 (1974), p. 43; NEREP, *op. cit.*, p. 279; ELLIS, International Law Association, *Report of the Fifty Fifth Conference*, New York (1972), p. 154.

(164) Casos 51/75, 86/75 y 96/75 (1976) E.C.R. 811, 871 y 913.

(165) Caso 27/76 (1978) E.C.R. 207.

(166) Caso 22/78 (1979) E.C.R. 1869.

(167) Caso 85/76 (1979) E.C.R. 461.

(168) *Ibid.*, p. 552.

(169) Cfr. NEREP, *op. cit.*, p. 281.

(170) Ver *supra*, nota 11.

El principio de territorialidad fue nuevamente aplicado. No se utilizó la doctrina de efectos, tampoco la teoría de la unidad económica. Las empresas establecidas fuera del Mercado Común efectuaban sus ventas directamente a compradores allí establecidos y, además, competían dentro del Mercado Común (a través de los precios) para ganar ese mercado. De esta manera, el artículo 85 del Tratado de Roma era directamente aplicable porque la concertación de precios se dirigía a clientes dentro del Mercado Común y los acuerdos se aplicaban a compradores allí establecidos. Había, pues, una restricción a la competencia dentro del territorio comunitario (171).

El T.J.C.E. mantuvo silencio ante la doctrina de efectos. No la había rechazado expresamente antes ni lo hizo ahora. Simplemente la ignoró. No sabemos, entonces, si puede decidirse a aplicarla en casos futuros. La puerta está, sin embargo, abierta.

La discusión sobre los problemas internacionales fue enfrentada por el T.J.C.E. ante el planteo expreso de las empresas afectadas del principio de no intervención y de la noción de cortesía internacional (172).

El principio de no intervención no era aplicable en este caso. La falta de oposición de los Gobiernos afectados revelaba que no existían situaciones contradictorias, jurisdicciones concurrentes (173).

La noción de cortesía internacional, por último, no era procedente. El principio de territorialidad que justificaba la jurisdicción era lo suficientemente fuerte como para no tener que discutir el punto (174).

El abogado general Darmon consideró que el principio de territorialidad no era suficiente para atender a las necesidades del comercio contemporáneo (175). Luego de analizar el Derecho comunitario, el Derecho internacional y el Derecho americano, propuso una doctrina de efectos. Para que la jurisdicción comunitaria no ofrezca dudas debe tratarse de efectos directos, previsibles y sustanciales. Nada dijo si esos efectos debían afectar el comercio intracomunitario o sólo la competencia dentro del Mercado Común (176).

No correspondía como propiciaba el Reino Unido aplicar criterios territoriales ni la teoría de la unidad económica. Tampoco se oponía

la noción de «comitas gentium» que carece de límites claros (177). De este modo, concluyó (178):

«...en l'absence d'une telle prohibition, en présence d'une pratique étatique aussi répandue, en raison de son caractère approprié au domaine de la concurrence, nous vous proposons donc de le retenir en tant que critère de compétence communautaire...»

Mientras el T.J.C.E., aplicando el principio de territorialidad, permite interpretar que si existiesen jurisdicciones concurrentes podría limitarse la jurisdicción comunitaria, el abogado general parece contrario a todo límite al poder de actuar de la C.E.E. en casos *antitrust* internacionales. Esta doctrina de efectos estaría aceptada por el Derecho internacional (179).

V. ALGUNOS COMENTARIOS

Los antecedentes sobre la doctrina de efectos discutidos hasta aquí permiten realizar algunos breves comentarios.

1. El T.J.C.E. no elaboró una doctrina de efectos pese a las opiniones de los abogados generales y a la postura claramente favorable de la Comisión. Utilizó un criterio más pragmático que evita discusiones sobre esa doctrina aún controvertida y que, sobre todo, facilita la ejecución de las decisiones. La localización de los comportamientos es un criterio mucho más tangible que el de la localización de los efectos (180). También es cierto, sin embargo, que en ninguna sentencia censuró su utilización, simplemente lo ignoró permitiendo, de esta manera, su posible aplicación si fuera necesario en casos futuros (181).

2. El abogado general Darmon y la Comisión coincidieron en elaborar una doctrina de efectos comunitaria. La jurisdicción se funda en la existencia de efectos directos, previsibles y sustanciales en el Mercado Común. Nada dijeron sobre el requisito de efectos sobre el comercio intracomunitario manteniendo una fórmula amplia que no se adecua al texto del Tratado de Roma. También coincidieron en que esa doctrina estaba aceptada por el Derecho internacional y comparado. La posibili-

(171) Sentencia del T.J.C.E. del 27 de septiembre de 1988, pto. 13, p. 14.

(172) *Ibid.*, pto. 15, p. 14.

(173) *Ibid.*, pto. 21, p. 16.

(174) *Ibid.*, pto. 22, p. 16.

(175) *Ibid.*, conclusiones del abogado general, pto. 47.

(176) *Ibid.*, pto. 52.

(177) *Ibid.*, pto. 57.

(178) *Ibid.*, pto. 58.

(179) *Ibid.*

(180) Cfr. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 570.

(181) Cfr. NEREP, *op. cit.*, p. 281.

dad de autolimitar la jurisdicción de la C.E.E. por imponerse conductas contrarias a la legislación de un tercer país o por afectar la política económica de otros Estados fue insinuada, sin embargo, sólo por la Comisión. También por el T.J.C.E. si existiese una jurisdicción concurrente.

3. Nadie más o menos familiarizado con la jurisprudencia de los casos *Timberlane* y *Mannington Mills* puede equivocarse el origen de este test de efectos comunitario. El Restatement está también presente. Si existe jurisdicción, primero, y si debe ejercerse, después, son dos preguntas que la Comisión comenzó a formularse.

4. ¿Qué ocurre con esta doctrina de efectos a la luz del Derecho internacional y comparado?

Parece difícil englobar este criterio en el principio de territorialidad objetiva. Estaríamos forzando demasiado un principio jurisdiccional nacido en el Derecho penal para responder a circunstancias muy distintas («shoot across the border») que las consecuencias de un comportamiento contrario a la legislación *antitrust* (182). No por ello, además, carece de reconocimiento en el Derecho internacional y comparado. El Comité de Expertos en Prácticas Comerciales Restrictivas de la O.C.D.E. dio cuenta en 1977 de los países industrializados que incluían la doctrina de efectos en sus legislaciones (Alemania, Austria, Dinamarca, España, Francia, Suecia y Finlandia) o la reconocían jurisprudencialmente (Canadá, Japón y Suiza) (183). Además, de acuerdo con el Derecho internacional, la jurisdicción legislativa de los Estados no encuentra más límites que aquellos impuestos expresamente por normas internacionales convencionales o consuetudinarias (184). De lo que se trata, en definitiva, es de determinar los requisitos para que la doctrina de efectos constituya un criterio jurisdiccional justo y razonable en los casos *antitrust* internacionales en los cuales los comportamientos localizados fuera del Mercado Común producen sus efectos dentro de dicho territorio.

5. Ante la ausencia de una regulación multilateral sobre esta materia, una doctrina de efectos residual, cualificada y que proyecte el caso internacionalmente parece ser un criterio jurisdiccional apropiado, insinuado recientemente por la Comisión (185).

(182) Cfr. BARACK, *op. cit.*, p. 396.

(183) Cfr. O.E.C.D., Committee of Experts on Restrictive Business Practices, *Restrictive Business Practices of Multinational Enterprises* (1977), sec. 120.

(184) Cfr. caso «Lotus» ya citado y *Barcelona Traction*, I.C.J. Reports (1970), p. 42.

(185) Los principales factores que debería considerar una futura Convención internacional han sido tratados en HERMANN, *op. cit.*, especialmente, p. 8.

6. Esta doctrina debe aplicarse residualmente. Si existen comportamientos localizados dentro del Mercado Común no debe utilizarse. De este modo, en aquellos casos en los cuales esté presente cualquier forma de penetración del Mercado comunitario por empresas establecidas en terceros países el nexo territorial es suficientemente fuerte. No deben probarse efectos de ningún tipo más que con fines sustantivos. Los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma se aplican directamente.

Estas formas de penetración de mercados son varias y van desde simples exportaciones directas al Mercado Común, la existencia de representantes, distribuidores, agentes, la realización de actividades económicas a través de contratos de colaboración empresarial («joint ventures»), hasta formas más profundas como el establecimiento de subsidiarias, filiales, sucursales u otras empresas controladas que hacen aplicable la teoría de la unidad económica o entidad empresarial.

La zona de conflicto se ha reducido, de esta manera, considerablemente. Es fácil en esta materia exagerar el área de controversia frente al área mucho más amplia de consenso. En el ámbito del Derecho *antitrust* internacional se protesta, quizá, demasiado. Es difícil encontrar casos en los cuales la existencia de efectos dentro del Mercado Común no esté acompañada de un intento de penetración de dicho mercado (186).

7. Si tales casos se planteasen serán, sin duda, los más controvertidos. La jurisdicción se justificará por la existencia de efectos cualificados: directos, previsibles y sustanciales. «... If each of these criteria were to be applied critically and cumulatively to a given factual situation, the scope of the effects doctrine would be very narrow...» (187). La teoría general de la responsabilidad civil, bastante similar en el Derecho comparado, puede ayudar a definir estos efectos. Quedará, claro está, un amplio margen de discrecionalidad de la Comisión, primero, y del T.J.C.E., después.

Esos efectos deberán ser tanto sobre la competencia como sobre el comercio entre los Estados miembros. No puede extenderse la jurisdicción comunitaria a cualquier efecto económico dentro del Mercado Común.

8. No terminan aquí los problemas jurisdiccionales. El problema está en ubicar la línea divisoria entre el interés legítimo de todo Estado

(186) También es cierto, sin embargo, que el término penetración de mercados es impreciso y no puede definirse, tan sólo suministrarse ejemplos de actividades que permitirían una reformulación de principio de territorialidad sobre otras bases, al menos para casos *antitrust* multinacionales.

(187) EDWARDS, *op. cit.*, p. 371.

en aplicar su legislación *antitrust* y el abuso, el infringir otros intereses también legítimos de otros Estados (188).

Al resolverse el tema jurisdiccional debe tenerse presente este análisis de intereses, debe proyectarse el caso internacionalmente. No se trata de declinar jurisdicción por razones de «comitas gentium» poco precisas y mal definidas, sino de determinar qué Estado tiene jurisdicción para regular los comportamientos que producen los efectos prohibidos por una legislación *antitrust*. Si existe jurisdicción ésta no puede declinarse. El desafío es para los encargados de resolver encontrando los criterios más objetivos posibles, buscando qué Estado está más conectado con la conducta discutida. La discrecionalidad debe atender a los puntos de conexión más estrechos, no a valoraciones subjetivas, a la «closeness of connection» (189).

9. Tres aspectos merecen especial atención:

En primer lugar, la imposición de conductas contrarias a la legislación de un tercer país debe resolverse buscando el Estado más conectado con la conducta en cuestión, teniéndose presente la moderación y restricción que reclamaba el juez Fitzmaurice en el caso *Barcelona Traction* (190). La mayor zona de conflicto estará, probablemente, en las exenciones de los carteles de exportaciones a la legislación *antitrust*, especialmente en los Estados Unidos.

En segundo lugar, al valorarse los efectos sobre las políticas económicas de terceros Estados deberán considerarse, entre otras, dos situaciones: por un lado, las necesidades de los países en desarrollo muy distintas a la de los países industrializados. Lo que viola la competencia para unos, es un instrumento de crecimiento para otros (191). Por otro lado, cada vez más las empresas multinacionales son utilizadas como instrumento de política económica y forman parte de políticas oficiales con criterios distintos a los de mercado (192).

En tercer lugar, la falta de convenios multilaterales hace necesario atender a las recomendaciones de la O.C.D.E., en particular a la suge-

rencia de permitir a los Gobiernos afectados exponer su opinión. También, la reciprocidad a la hora de ejecutar decisiones deberá tenerse en cuenta.

Los pocos casos en los que deba aplicarse esta doctrina de efectos podrán resolverse de forma más o menos justa y razonable facilitando la ejecución de la decisión donde nacerán, realmente, las mayores complicaciones extraterritoriales. Esta ejecución fracasará, sin embargo, si carecemos *ab initio* de un criterio de atribución de jurisdicción reconocido por el Derecho internacional y comparado, que considere todos los intereses en juego y no sólo la libertad de mercado en el Estado que reclama jurisdicción.

10. Quedarán, sin embargo, algunos casos en los cuales el conflicto no puede resolverse por estos criterios sino que deberá resolverse por otras vías o mecanismos. Estaremos entonces en la frontera entre el Derecho y la Política, o Diplomacia, donde los problemas se solucionan de manera distinta, no por doctrinas legales más o menos aceptables, y en las cuales las dimensiones políticas y económicas de la extraterritorialidad del derecho de la competencia prevalecerán sobre la dimensión legal. Los *amicus curiae* en *Uranium Antitrust Litigation* fueron un buen ejemplo.

(188) Cfr. JENNINGS, «Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws», 33 *British Year Book of International Law* (1957), p. 146.

(189) Cfr. MANN, *op. cit.*, p. 49.

(190) I.C.J. Reports (1970), p. 42.

(191) Cfr. United Nations Department of Economic and Social Affairs, «The Impact of Multinational Corporations on Development and on International Relations», Report of the Group of Eminent Persons, UN Doc. E/5500/Rev. 1ST/ESA/6 (1974), pp. 83-86.

(192) Cfr. HERMANN, *op. cit.*, p. 8.