

F.J. ZAMORA CABOT: *Las vías de solución de los conflictos de extraterritorialidad. Un estudio a partir del Derecho Antitrust de los Estados Unidos*, Madrid, Eurolex, 2001 (195 páginas). Prólogo de J.D. González Campos.

Las instituciones, y mucho menos las jurídicas, no son inmunes a los procesos de regionalización, y al general de globalización, al que nuestra época asiste en la actualidad. El tránsito hacia la “Aldea Global” ha supuesto la creación de nuevas instituciones comerciales reguladoras del comercio internacional, como la Organización Mundial del Comercio (OMC), e igualmente la necesidad de ofrecer nuevas respuestas a problemas antiguos, cuyo enfoque debe variar para quedar acompasado con el contexto comercial liberalizado que caracteriza a los nuevos tiempos. La monografía que presenta el Dr. Zamora Cabot, prologada por el Dr. Julio Diego González Campos, y que sirvió a su autor para la obtención de la cátedra de Derecho internacional privado, se ocupa de uno de estos problemas, en concreto, de los llamados “conflictos de extraterritorialidad” que surgen cuando los Estados pretenden aplicar su legislación a conductas o comportamientos que en muy escasa medida poseen vinculación con su territorio. Como indica el subtítulo de la obra, el análisis se realiza *a partir del Derecho antitrust de los Estados Unidos*, elección en absoluto caprichosa si se tiene en cuenta que ha sido dicha jurisprudencia la que ha realizado mayores aportaciones al desarrollo de soluciones para estos conflictos. En este sentido, puede considerarse que los desarrollos que han tenido lugar en el ámbito del antitrust son también de utilidad en otros sectores, siempre sin perjuicio de los discursos específicos que hayan de proceder en cada sector a la vista de los concretos intereses en presencia. El autor deja constancia en el trabajo de la existencia de esos otros ámbitos también proclives a producir conflictos de extraterritorialidad, cuyo tratamiento más breve en la obra, en relación con el Derecho antitrust, en absoluto enturbia una valoración científica del todo positiva del presente libro. Resulta comprensible que el Dr. Zamora Cabot se haya reservado la reflexión más pausada sobre tales problemas de extraterritorialidad para futuras publicaciones, que desde este momento esperamos.

La renovada actualidad y la acusada impronta práctica de la temática elegida, cuya regulación experimenta en la actualidad importantes desarrollos por vía convencional e institucional, de por sí han de animar a la lectura de esta monografía. En el presente caso, sin embargo, a tales factores hay que unir el envidiable manejo de una copiosa documentación legislativa, bibliográfica y jurisprudencial, el amplio conocimiento de la realidad tratada, del que hace gala el autor en la redacción del trabajo, e igualmente una estructuración de la obra que consigue llevar al lector con tremenda facilidad, podría decirse que casi “de la mano”, por los más intrincados vericuetos argumentativos que han sido empleados en este ámbito de problemas. Las razones apuntadas, todas ellas mérito exclusivo del autor, convierten a esta obra en lectura obligada para cualquier operador o científico que pretenda adentrarse en la problemática relativa a la extraterritorialidad de las leyes.

En esencia, la monografía del Dr. Zamora Cabot pivota en torno al tránsito desde una dimensión de los conflictos de extraterritorialidad caracterizada por la mera acción individual del Estado en la resolución de tales problemas, hacia otra diferente sustentada en convenios bilaterales o multilaterales fruto del acuerdo internacional. La primera se caracteriza por una situación de coexistencia, e incluso cabría decir que de mera tolerancia, entre las legislaciones estatales, lo cual obtiene concreción en la existencia de

autolimitaciones al ámbito de aplicación espacial de las leyes. En la segunda, que se corresponde con los desarrollos más recientes, adquieren protagonismo, por el contrario, las ideas de *exclusión de conflictos*, de *coordinación*, de *cooperación* y de *coparticipación* de los Estados en la administración de un sistema en cuyo correcto funcionamiento todos están interesados. En esta segunda dimensión no se trata ya únicamente de evitar conflictos, sino también de cooperar estrechamente en la lucha contra los acuerdos y prácticas restrictivos de la competencia que tengan un alcance internacional. En efecto, si las estrategias empresariales, y las restricciones a la competencia, pueden ser hoy de nivel global, parece no sólo sensato sino necesario promover la coordinación y la cooperación entre Estados al objeto, por una parte, de luchar eficazmente contra tales prácticas, en un marco que vaya mucho más allá de la mera tolerancia en el ámbito de un análisis unilateral en *comity* y, por otra, de generar seguridad jurídica en las empresas, cuyos comportamientos en el ámbito internacional no deberían quedar sometidos a estándares diferentes y contradictorios en dependencia de cuál sea la autoridad que esté conociendo del caso. Ambas dimensiones coexisten en la actualidad, tal y como refleja la obra reseñada.

Más allá de este trazo general, la densidad de las ideas que encuentran reflejo en la monografía hace vano cualquier intento de resumir su contenido en el espacio de esta breve nota, por lo que, desde ahora, remitimos a su lectura directa. A continuación se esbozan las trazas básicas del trabajo así como algunas de sus ideas más destacadas. Formalmente la monografía se divide en cuatro capítulos, (en general, acción individual del Estado, acción convencional y dimensión institucional), a los que se suman unas conclusiones finales. El primer capítulo se concibe, tal y como indica su autor, como una *toma de contacto* respecto de los problemas que serán objeto de análisis seguidamente. En estas breves páginas el lector encuentra una clarificadora exposición de los pilares básicos en que encontró respaldo la práctica norteamericana al afrontar por vez primera los problemas de extraterritorialidad (básicamente el canon de conformidad con el Derecho internacional público –el Derecho de gentes–, que aparece recogido en el *Restatement of the law third, The foreign Relations of Law of the US*, y como trasunto del mismo, la prohibición de aplicación extraterritorial –las leyes regulan solamente los actos que acaezcan dentro del ámbito territorial de los Estados Unidos–), así como un recorrido cronológico a través de las modificaciones, muchas de matiz, que han ido obteniendo refrendo en dicha jurisprudencia. Cabe así apreciar la evolución desde la *clear statement rule*, que para aplicar una ley de forma extraterritorial exige la existencia de una norma expresa que así lo indique, hasta el acogimiento de amplias posibilidades hermenéuticas para la extracción de dicha posibilidad, donde tendrían cabida la historia legislativa o el lenguaje utilizado por la norma. El lector encontrará en estas páginas el análisis de los argumentos utilizados por la sentencia *Aramco*, origen de las reflexiones en torno a los conflictos de extraterritorialidad en Estados Unidos. Esta inicial *toma de contacto* finaliza con una interesante ilustración de los problemas de extraterritorialidad que pueden surgir en algunos sectores escogidos, tales como los títulos-valores, la propiedad intelectual, el ámbito laboral o la protección del medio ambiente, donde el autor logra exponer, con palmaria claridad, la relevancia práctica de las cuestiones que se tratan en el libro. Se plantean aquí interesantes interrogantes como, por ejemplo, las dificultades que surgen para dar legitimación a un embargo que tenga por objeto hacer efectiva la aplicación de las leyes de protección del medio ambiente de Estados Unidos. Dicha aplicación extraterritorial, como indica el autor, significaría someter a control por los Estados Unidos a procesos de producción verificados en el extranjero.

Es sin lugar a dudas el segundo capítulo el más denso de la monografía, y donde tienen lugar los desarrollos y aportaciones más sugerentes. El punto de partida del capítulo es fácil de exponer: el modelo de aplicación meramente territorial de las leyes, que se ajusta a los principios del Derecho internacional general, no sintoniza plenamente con las necesidades de las políticas de intervención estatales, cuya garantía de cumplimiento lleva implícito el otorgamiento de cierto ámbito de aplicación extraterritorial a dichas leyes. Esta dicotomía entre “necesidad”, por un lado, y “legitimidad”, por otro, ha sido resuelta por la jurisprudencia a través de la elaboración de un sofisticado sistema en el que para decidir sobre la aplicabilidad extraterritorial de las leyes es preciso tener en cuenta una pluralidad de factores (sistema multifactorial). En una suerte de *jurisdictional rule of reason*, será preciso analizar el efecto pretendido sobre el comercio de los Estados Unidos, el tipo y magnitud de la conducta que se considera ilícita y, finalmente, y es lo que ahora interesa, la conveniencia de ejercer o no la *extraterritorial jurisdiction* teniendo en cuenta siete diferentes factores entre los que se cuentan, por ejemplo, la existencia de un mandato de actuación por parte de una legislación extranjera, (*foreign sovereign compulsion*), la existencia de una mayor vinculación del supuesto con otro país, o las expectativas de las partes en torno a la aplicabilidad del Derecho norteamericano. En este punto, el autor no prescinde de examinar las complejas relaciones entre el análisis multifactorial y el principio de seguridad jurídica, y de averiguar la conexión de dicho análisis con el Derecho internacional general, decantándose, sin embargo, por situarlo en el ámbito de la interpretación e intención de las leyes promulgadas por el congreso americano.

Una vez definidos los elementos del balance de intereses, el protagonismo en el capítulo primero corresponde, a la vista de la cantidad y densidad de las páginas que se le dedican, al análisis y comentario de la sentencia Hartford Fire, último episodio, por ahora, en el proceso de formación de soluciones del Derecho internacional privado norteamericano respecto a los conflictos de extraterritorialidad. En estas páginas se critica abiertamente la solución alcanzada por el Tribunal Supremo norteamericano, para el cual la mera inexistencia de un “conflicto verdadero” con una legislación extranjera otorgaba título de intervención al Derecho antitrust del foro, sin haber entrado el tribunal en el análisis de otros factores. En opinión del Dr. Zamora Cabot, habría sido preferible realizar una interpretación más flexible y atemperada de la *comity* o cortesía internacional, donde tendrían cabida razonamientos más amplios, como el representado, por ejemplo, por el *Restatement Third*. Por ello, tras el análisis de la decisión, se considera perfectamente lícito una lectura reduccionista de la misma, sosteniendo el autor que el Tribunal Supremo sólo habría aportado como novedad su peculiar versión del “conflicto verdadero”, dejando intacta la *jurisdictional rule of reason*, y los términos del análisis multifactorial en *comity*.

Partiendo de las conexiones entre el Derecho internacional público y el Derecho internacional privado, que se hacen patentes en los llamados conflictos de extraterritorialidad, y de la existencia de límites a la competencia normativa de los Estados que proceden del Derecho internacional, el autor del trabajo propone acompañar el enfoque tradicional de los conflictos de extraterritorialidad a los parámetros y a las técnicas típicas del Derecho internacional privado. En sus palabras, “aunque la territorialidad y la personalidad constituyen las bases principales de competencia legislativa, su significado ha de ser reemplazado por criterios más amplios que abarquen principios de razonabilidad y justicia, en orden a acomodar los intereses concurrentes o en conflicto de los Estados, e intereses particulares afectados. De este modo sería necesario considerar intereses variados,

examinar contactos y vínculos, dar efecto a expectativas justificadas, buscar el centro de gravedad de una situación dada, y desarrollar prioridades”. Dicho balance quedaría cercano, salvando las distancias, al que contiene el art. 7.1 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales que, en cierta forma, consagra principios de ese mismo carácter, si bien no para la aplicación del Derecho del foro, sino para la aplicación de normas de intervención de ordenamientos diferentes a la *lex causae* y a la *lex fori*. Bien es cierto que el acoplamiento entre uno y otro enfoque logra resolver de una forma perfecta la tensión permanente entre “legitimidad” y “necesidad” en la aplicación extraterritorial de las leyes. A nuestro modo de ver, sin embargo, que se prefiera el acoplamiento de ambos enfoques no puede llevar a ignorar la posibilidad de desajustes, por lo que sería totalmente posible que el análisis multifactorial en concreto llevado a cabo por una autoridad antitrust dé lugar a protestas de otros países por haber incurrido dichas autoridades en una aplicación extraterritorial del Derecho desde los cánones propios del Derecho internacional.

Seguidamente el autor se adentra en diversos problemas más concretos, y propone un sugerente análisis de la sentencia Hartford Fire hacia el interior y hacia el exterior del sistema estadounidense de conflictos de extraterritorialidad. Entre otros problemas, destacan las reflexiones en torno a la interacción entre el balance o ponderación de intereses del análisis multifactorial y el Derecho establecido en la *Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA)* de 1982, que incorpora un criterio de delimitación del ámbito espacial de aplicación de la Sherman Act. La cuestión estribaría en saber si la existencia de una disposición expresa reguladora del ámbito de aplicación espacial de la ley debería determinar la improcedencia del análisis multifactorial en *comity* propio de la jurisprudencia *Timberlane*, o si, por el contrario, el juez podría aun argumentar en *comity* en presencia de un supuesto comprendido en el ámbito de aplicación de la ley americana, siendo ésta la solución preferida por el autor.

El resto del primer capítulo se ocupa de analizar las *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*), cuyo interés radica en que recogen la postura de las Agencias (*Department of Justice* y la *Federal Trade Commission*) frente al conjunto de problemas objeto de estas páginas. En esencia, las directrices responden a las ideas del balance de intereses o análisis multifactorial en *comity*, circunstancia que no ha sido óbice para que la Comunidad Europea y Japón hayan protestado contra alguno de sus puntos por entender que se ofrece cobertura a aplicaciones del Derecho antitrust no amparadas por el principio de territorialidad o el de cortesía internacional. Cierra este capítulo una valoración de las consideraciones en *comity* en otros sectores, como la protección del medio ambiente o los derechos de copyright.

El balance o análisis multifactorial en *comity* encuentra su mejor manifestación en el ámbito de la acción convencional, que constituye el objeto del tercer capítulo. El lector halla en este lugar referencias precisas a los acuerdos bilaterales que ha suscrito Estados Unidos con Canadá, con Australia y con la Comunidad Europea. La finalidad de estos acuerdos no se detiene en la exclusión de conflictos de extraterritorialidad, habida cuenta que también contienen elementos de cooperación dirigidos a coadyuvar a un mejor control de las acciones restrictivas de la competencia de carácter internacional. Si se exceptúa el aspecto relativo a la confidencialidad de la información intercambiada, la valoración recibida por tales acuerdos es, en general, positiva, destacándose el uso intenso que tiene

lugar hoy en día del acuerdo celebrado entre la Comunidad Europea y Estados Unidos relativo a la aplicación del Derecho antitrust. Junto a éste, Estados Unidos ha suscrito también con la Comunidad Europea un Acuerdo relativo a la observancia de los principios de cortesía positiva en la aplicación de sus respectivas normas de competencia, texto que tiene por finalidad potenciar el art. V de primero de los Acuerdos, y encuentra su razón de ser en la necesidad de limitar la utilización extraterritorial de las normas de competencia como vía de acceso a los mercados extranjeros.

Por último, el capítulo cuarto se ocupa de las soluciones en el ámbito institucional, que sitúan al lector ante la perspectiva de la armonización y la convergencia del Derecho antitrust, o su relación recíproca con las normas de comercio exterior. Las competencias de la OMC en materia de Derecho antitrust afloran como consecuencia de las conexiones entre la política comercial y dicho sector del ordenamiento, lo que es posible apreciar con claridad en el caso Kodak-Fuji conocido por un panel en el seno de la OMC, y comentado con todo lujo de detalle en la monografía en estas páginas finales. La relación entre la política comercial y el Derecho antitrust es fácil de descubrir: la liberalización del comercio multilateral por virtud de los acuerdos en el ámbito de la OMC podría quedar defraudada si, tras el desarme arancelario, las empresas se adecuan al nuevo entorno imponiendo fuertes restricciones a la competencia. Frente a la nueva situación comercial mundial, sin embargo, la actuación de las políticas antitrust es una cuestión que aun recae en el poder de cada Estado, pudiendo generar el crecimiento de las empresas la proliferación de cárteles, de acuerdos restrictivos del acceso, de abusos de posición dominante, de fusiones con efectos nocivos, etc. Esta situación es la que ha dado pie a la existencia en la actualidad de un fuerte debate en torno a la viabilidad de un Derecho de la competencia de carácter global o universal, a cuyos principios y reglas habrían de atemperarse todas las empresas. Es ésta la óptica bajo la cual es posible entender las iniciativas adoptadas en el ámbito de la OMC o de la OCDE. Quizás dicha regulación universal podría dar pie a la existencia de normas de competencia de autoridades, que distribuyeran los asuntos con relevancia internacional teniendo en cuenta la mayor proximidad de un caso con un concreto mercado.

Es en esta perspectiva de la generación de un nuevo Derecho de la competencia universal en el que radica también, y quizás en mayor medida, el interés de trabajos como el que presenta el profesor Zamora Cabot, que con un decidido espíritu comparatista decidió hace tiempo, como demuestra su ya copiosa obra en este ámbito, afrontar el difícil reto de salir de su entorno natural para adentrarse en un universo de argumentaciones y principios extraño y hostil para cualquiera que pretenda adentrarse en él por vez primera. No queda sino agradecerle la posibilidad que nos brinda su trabajo de acceder al conocimiento de la realidad comparada y, por ende, su contribución al progreso de la ciencia del Derecho.

Fernando ESTEBAN DE LA ROSA