

# REVISTA DE DERECHO PRIVADO

ILUSTRE COLEGIO  
DE ABOGADOS

Noviembre 1996

Publicación mensual

## SUMARIO

**RELACIONES CONTRACTUALES DE HECHO Y CONTRATOS DE ADHESION: NOTAS PARA EL ESTUDIO DEL CONTRATO DE APARCAMIENTO PÚBLICO**, por Santiago Espiau Espiau y Ramón Mullerat Balmana, págs. 787 a 814.

**APLICACION DEL DERECHO ANTI-TRUST Y TECNICAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**, por Fernando Esteban de la Rosa, págs. 815 a 848.

### JURISPRUDENCIA COMENTADA:

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 1.ª) DE 31 DE JULIO DE 1955.** Revocación del cheque. Posición jurídica del librado en el cheque. Extorno en cuenta corriente, por Alfredo Avila de la Torre, págs. 849 a 861.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 1.ª) DE 19 DE DICIEMBRE DE 1995.** Atribución de dominio de los saldos depositados en atención a las relaciones internas de los cotitulares, por M.ª del Mar Heras Hernández, págs. 861 a 870.

### INFORMACION LEGISLATIVA:

**MES DE SEPTIEMBRE DE 1996**, págs. 871 a 872.

I.S.S.N.: 0034-7922

Depósito legal: M. 288 - 1958

Ediciones Gráficas ORTEGA

Eda. Valdeparra, 35 - 28100 ALCOBENDAS (Madrid)

### CONSEJO DE REDACCION

#### PRESIDENTE

**Manuel Albaladejo Garcia**

Catedrático de Derecho Civil  
de la Universidad Complutense de Madrid

**Francisco Bonet Ramón**

Magistrado del Tribunal Supremo, Catedrático de Derecho Civil

**Diego Espín Cánovas**

Magistrado del Tribunal Supremo, Catedrático de Derecho Civil

**José Luis de los Mozos**

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid

**José M.ª Castán Vázquez**

Profesor de la Universidad San Pablo-CEU

**Fernando Sánchez Calero**

Catedrático de Derecho Mercantil  
de la Universidad Complutense de Madrid

**Francisco Lucas Fernández**

Notario de Madrid

**Jaime Santos Briz**

Magistrado del Tribunal Supremo

**Juan Bolás Alfonso**

Notario de Madrid

**Victorio Magariños**

Notario de Sevilla

**Carlos Rogel Vide**

Catedrático de Derecho Civil  
de la Universidad Complutense de Madrid

**Salvador Colmenar Valdés**

Inspector de Finanzas del Estado

**Feliciano Gil de las Heras**

Auditor de La Reta Española

**M.ª del Carmen Gómez Laplaza**

Catedrática de Derecho Civil  
de la Universidad Complutense de Madrid

#### DIRECTORA

**Silvia Díaz Alabart**

Catedrática de Derecho Civil  
de la Universidad Complutense de Madrid

# APLICACION DEL DERECHO ANTITRUST Y TECNICAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA  
Becario de investigación. Universidad de Granada

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: 1. *Protección del mercado español, Ley 16/1989 y principio de los efectos (D.I.Pr.).* 2. *Las normas de D.I.Pr. de la Ley 16/1989.*—II. DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y CONTRATO INTERNACIONAL: RÉGIMEN JURÍDICO EN D.I.Pr. ESPAÑOL: 1. *Aplicación de las disposiciones materiales de la Ley 16/1989:* A) La Ley 16/1989 como parte de la *lex causae*. B) La Ley 16/1989 como norma internacionalmente imperativa. 2. *Aplicación o toma en consideración de las disposiciones contractuales del Derecho «antitrust» extranjero:* A) Derecho antitrust como parte de la *lex contractus*. B) Derecho antitrust distinto a la *lex contractus*.—III. DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y OBLIGACIONES NO CONTRACTUALES INTERNACIONALES: RÉGIMEN JURÍDICO: 1. *La Ley 16/1989 y su perspectiva unilateral.* 2. *Conductas que afectan al mercado español.* 3. *Conductas que afectan al mercado extranjero:* A) Bilateralización de la norma de D.I.Pr. como opción de integración de la laguna axiológica. B) Redefinición de la norma de D.I.Pr.: a) Supuesto de hecho. b) Punto de conexión. c) Consecuencia jurídica: ámbito de la *lex causae*. d) Conclusión. C) Otras posibles conexiones.—IV. CUESTIONES PARTICULARES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DEL DERECHO ANTITRUST EXTRANJERO: 1. *Pluralidad de mercados afectados.* 2. *Intervención preceptiva previa de una autoridad administrativa para la extracción de consecuencias civiles del Derecho «antitrust».* 3. *La voluntad aplicativa del Derecho extranjero y la exclusión del reenvío.* 4. *Orden público.*—V. DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y CONSECUENCIAS ADMINISTRATIVAS.—VI. CONCLUSIONES.

## INTRODUCCION

1. La Constitución de 1978 y la adhesión de España a las Comunidades Europeas han supuesto un impulso y desarrollo del Derecho antitrust sin precedentes en nuestro Ordenamiento. En efecto, las bases constitucionales de la ordenación jurídica del mercado y las exigencias del mercado único en el contexto de la Unión Europea requerían un marco normativo de protección contra las restricciones a la competencia, un nuevo sistema de defensa de la com-

petencia (antitrust)<sup>1</sup>. Esta nueva ordenación jurídica se ha concretado, básicamente, en la Ley 16/1989, de 17 de julio, sobre defensa

<sup>1</sup> Vid., *inter alia*, L. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA y A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho mercantil internacional*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1995; C. FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, *Derecho de la competencia. Comunidad Europea y España*, Pamplona, Aranzadi, 1994; J. M. GONDRA ROMERO, *Derecho Mercantil I. Introducción*, Madrid, SPFDUCM, 1992; J. MASSAGUER FUENTES, «Aproximación sistemática al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales», en *R.G.D.*, 1990, núms. 544-555, págs. 245-263; C. PAZ ARES, «Constitución económica y competencia desleal», en *Anuario de Derecho civil*, 1981, págs. 927-957; C. PAZ ARES, «El ilícito concurrencial de la dog-



de la competencia<sup>2</sup>, que junto a los artículos 85 y 86 del T.C.E.E., y otras disposiciones de Derecho comunitario derivado, constituyen el núcleo principal de la actual normativa española *antitrust*<sup>3</sup>.

2. El Derecho de la competencia, como ordenamiento regulador de la institución del mercado en sus connotaciones macroeconómicas, no sólo genera relaciones de naturaleza pública, ya sean administrativas o penales. Al contrario, y para conseguir su plena efectividad, algunas de sus disposiciones inciden directamente en las relaciones recíprocas entre particulares. La posibilidad de escindir estos últimos aspectos introduce la virtualidad de una aproximación privatista al Derecho *antitrust*. El presente trabajo trata de abordar sumariamente el análisis de la regulación de Derecho internacional privado (D.I.Pr.) que contiene la normativa aludida<sup>4</sup>. Se trata de

mática monopolista a la política *antitrust*. Un ensayo sobre el Derecho alemán de la competencia desleal», en *Revista de Derecho mercantil*, 1981, págs. 7-147; F. VICENT CHULIÀ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3ª ed., t. I, vol. 2º, Barcelona, Bosch, 1991, págs. 1047-1152.

<sup>2</sup> B.O.E., núm. 170, de 18 de julio de 1989. Ley destinada a superar los defectos que frustraron la plena eficacia de la Ley 110/1963 de Represión de Prácticas Restringidas de la Competencia, a la que sustituye.

<sup>3</sup> La incidencia que ha tenido el Derecho comunitario en la elaboración de nuestra normativa *antitrust* autónoma no ha sido poca. La L.Def.C. no sólo se inspiró en las normas comunitarias *antitrust* sino que incluso incorporó a su articulado aspectos que en el Derecho comunitario se desarrollaron mediante normas de Derecho derivado. Por otra parte, en la práctica, muchos de los criterios establecidos por la jurisprudencia comunitaria han sido utilizados para la aplicación de la normativa española por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Con todo, la doctrina desaconseja una trasposición mecánica o automática de criterios, dada la orientación nacional de la normativa española. Vid. C. FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, *Derecho de la competencia, Comunidad Europea y España*, op. cit., págs. 83-84.

<sup>4</sup> Los trabajos de la doctrina española en relación a este tema no son muy abundantes. Entre ellos vid. P. RODRÍGUEZ MATEOS, «Libre competencia (Derecho internacional privado)», en *Enciclopedia jurídica básica*, III, Madrid, Civitas, 1995, págs. 4091-4093; Ib., *Sistema de mercado y tráfico internacional de mercancías*, en *La Ley*, Madrid, 1992; en relación a los aspectos extracontractuales puede verse M. A. AMORES CONRADÍ, «Obligaciones no contractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional*

examinar cómo afronta el Derecho español los supuestos internacionales (situaciones privadas internacionales) relativos a la defensa de la competencia (*antitrust*) y, especialmente, de valorar las vías, técnicas y métodos de reglamentación con los que, eventualmente, contaría nuestro Ordenamiento para aplicar un Derecho *antitrust* extranjero en el ámbito de estas consecuencias civiles<sup>5</sup>. La

*privado, parte especial*, Madrid, Eurolex, 1995, págs. 216-218. Vid. también las numerosas reflexiones que sobre la Ley 16/1989 incorpora M. VIRGÓS SORIANO en su monografía *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal. Un análisis del artículo 4 de la Ley española de competencia desleal de 1991*, Madrid, Civitas, 1993.

<sup>5</sup> En relación a una conocida jurisprudencia norteamericana (fundamentalmente los asuntos *US v. Aluminum Co of America, U.S. v. Imperial Chemical Industries, du Pont de Nemours et al.* y *U.S. v. Watchmakers of Switzerland Information Center, Inc.* vid. per omnia B. GOLDMAN, «Les Champs d'application territoriale des lois sur la concurrence», en *Rec. des Cours*, 1969-III, t. 128, págs. 654-657), el análisis del ámbito de aplicación espacial del Derecho *antitrust* ha sido abordado más frecuentemente desde posiciones propias del Derecho internacional público, centradas en la llamada *aplicación extraterritorial* del Derecho de defensa de la competencia, lugar común que ha generado una vasta literatura. (Amplias referencias pueden verse en el trabajo de I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Pamplona, Aranzadi, 1992, nota [97] de la página 262.) En la actualidad este debate ha quedado en parte superado dada la autolimitación que, desde una aproximación amplia de D.I.Pr., el Derecho norteamericano ha impuesto a su legislación *antitrust*. Ello se ha producido bien a través de ciertas cláusulas de excepción que limitan en el caso la aplicación del Derecho *antitrust* del foro (*ad. ex. doctrina del Act of State o foreign compulsion defence*), o a través de una limitación de orden general efectuada previamente o sobre la base de la valoración del caso (*balancing approach*, tal y como se manifestó en el caso *Timberlane* y, quizá el más importante, el *Restatement of the Law [Second] Foreign relations law of the United States* adoptado el 26 de mayo de 1962). Para una visión de esta perspectiva amplia de D.I.Pr., en la que no se contempla la aplicación de un Derecho *antitrust* extranjero, vid. M. A. RENOLD, *Les conflits de lois en droit antitrust. Contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, y P. PICONE: «L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il diritto internazionale», en F. Capotorti et al., *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno e internazionale*, Padova, Cedam, 1989, págs. 81-206. Entre nosotros, vid. I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacio-*



necesidad de una valoración de tales métodos adquiere hoy un interés renovado a la vista de las más recientes tendencias del D.I.Pr. comparado en el sector. En concreto, el imperio de las normas unilaterales en Derecho *antitrust*, normas que delimitan la aplicación en el espacio de la ley de cada país, como en general en el D.I.Pr. económico (*Wirtschaftskollisionsrecht* o *Economic Conflicts Law*), ha dado paso en la actualidad a un vivo debate unilateralismo/bilateralismo alimentado por la inclusión en algunas codificaciones estatales de D.I.Pr. de normas bilaterales en el sector del Derecho de defensa de la competencia. Por ello, al hilo de la exposición de la regulación española, se esbozarán los trazos básicos de este debate cuyas conclusiones deberán erigirse en directrices para la interpretación y desarrollo judicial de nuestro sistema. El estudio se ciñe así a la problemática del método en D.I.Pr. Aunque el estudio de estas cuestiones pueda parecer irrelevante en la práctica, es preciso recordar que la inseguridad en el método conlleva incerteza e imprevisibilidad en la práctica, dada la ausencia de directrices claras para la decisión de los casos y para el desarrollo judicial<sup>1</sup>.

El estudio se centrará en el análisis de la regulación contenida en la Ley 16/1989, de defensa de la competencia, de cuyas disposiciones es preciso extraer la reglamentación española de D.I.Pr. en este sector del Ordenamiento y, en concreto, el modo en que se articula la posible aplicación de un Derecho *antitrust* extranjero. Ello no supone que se ignore la virtualidad del Derecho comunitario

de la competencia, Derecho que si bien es parte integrante de nuestro sistema jurídico se presta en escasa medida, dado un carácter supranacional, para la construcción de las soluciones de D.I.Pr. en este sector<sup>2</sup>.

#### 1. PROTECCIÓN DEL MERCADO ESPAÑOL, LEY 16/1989 Y PRINCIPIO DE LOS EFECTOS (D.I.Pr.)

3. El Derecho de defensa de la competencia hunde sus fundamentos en la C.E. de 1978, en tanto en cuanto ésta diseña las líneas maestras del sistema económico español. En tal sentido, la C.E. fija como tales el principio de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 de la C.E.), el principio de protección de los consumidores (art. 51 de la C.E.) y la *función social* de la propiedad (arts. 128.2, 131, 129.2 y 33 de la C.E.).

Las bases constitucionales exigen, pues, una orientación decidida a la salvaguarda de un cúmulo de intereses. En este sentido, la L.Def.C., como señala su propia Exposición de Motivos, trata de «garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público», competencia entendida como manifestación de la libertad individual y como estructura o marco general<sup>3</sup>. La L.Def.C. no

Derecho *antitrust* habría dejado de ser un ejercicio puramente especulativo. Piénsese, por ejemplo, en un acuerdo de cooperación entre una empresa europea y un grupo de sociedades americano, que podría afectar tanto al mercado europeo como al mercado americano. En este tipo de casos, cada vez más frecuentemente, se ejercitan acciones civiles que se fundan en el Derecho de la competencia, tanto de carácter contractual como extracontractual. Un ejemplo de ello viene constituido por la sentencia de la *Cour d'appel* de París de 19 de mayo de 1993 (*Journ. dr. int.*, 1993, vol. 120, págs. 957-989).

<sup>1</sup> Ha de recordarse que el T.J.C.E. ha establecido el principio de la *doble barrera corregida*, lo que permite la aplicación cumulativa de ambos bloques normativos (comunitario y autónomo). Entre nosotros, vid. L. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA y A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho mercantil internacional*, op. cit., págs. 318-323, con ulteriores referencias.

<sup>2</sup> Esta orientación institucional del Derecho *antitrust* no empecaría su carácter de Derecho privado.

... op. cit., págs. 283-284. Aquella perspectiva de Derecho internacional público queda al margen del objeto del presente estudio. No obstante, la superación de aquellas viejas querellas de índole *iuspublicista* ha generado un nuevo clima cuya incidencia, como veremos, es también perceptible en el debate sobre los métodos de reglamentación de D.I.Pr. en el sector del Derecho *antitrust*.

Vid. M. SCHUBERT, «Internationale Verträge und Eingriffsrecht - ein Beitrag zur Methode des Wirtschaftskollisionsrecht», en *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1987, pág. 729. Como recientemente ha señalado L. IBOR: «Les conflits de lois en droit de la concurrence», en *Journ. dr. int.*, 1995, 122, pág. 322. En la hora actual, y pese a lo que podría parecer a primera vista, el examen de los conflictos de leyes en



persigue, pues, la simple protección individual de los participantes en el mercado, sino que busca establecer una *ordenación general*, fijar las reglas del juego de mercado, en aras de la protección de todos los intereses en presencia (interés general, de consumidores y de competidores)\*.

4. Si la ordenación general de la Ley es marcadamente institucional, en el plano del D.I.Pr. la respuesta debe tener presente esta orientación en cuanto sólo de dicho modo se garantizará la efectividad de la organización macroeconómica del mercado que persigue la Ley 16/1989. En efecto, si el elemento relevante para cumplir este objetivo es la repercusión de las conductas en el mercado nacional, el resto de circunstancias presentes en la situación no debe impedir la aplicación de esta ley a las mismas. La presencia de elementos extranjeros no puede, por tanto, tener como consecuencia la inaplicación de la ley española a conductas que afecten, de una u otra manera, al *mercado español*. Por fuerza deben resultar irrelevantes el lugar de origen de la conducta, la nacionalidad, residencia o domicilio de las partes implicadas o la elección por las mismas del Derecho aplicable. La relevancia co-

---

En efecto, como impecablemente mantuvo L. REISER, «Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht», en *Die Aufgabe des Privatrecht*, Kronberg, 1977, pág. 126, el Derecho privado se orienta sobre dos ideas directrices: 1.ª) el desarrollo y protección de la esfera propia de acción de los individuos, básicamente mediante la asignación de Derechos subjetivos (protección individual); 2.ª) el desarrollo y protección de las instituciones de la vida social, mediante la formación, por vía del Derecho objetivo, de los correspondientes institutos jurídicos (protección institucional). Entre nosotros, vid. F. VICENT CHULLA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, op. cit., págs. 1048-1049; J. MASSAGUER FUENTES, «Aproximación sistemática al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales», cit., pág. 245.

\* Esta función de ordenación institucional ha sido hoy también asumida por el Derecho español de la competencia desleal (vid. Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, B.O.E., núm. 10, de 11 de enero de 1991), que tradicionalmente se había orientado bajo la perspectiva del ilícito individual. Sobre el cambio de función del Derecho de la competencia desleal y su reverbero en D.I.Pr., vid. M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional*, op. cit., *passim*.

rrponderá únicamente al ámbito económico-espacial que es objeto de protección (mercado español) y en el que repercute la conducta anticoncurrencial.

5. Se comprende fácilmente que la regulación de D.I.Pr. en el sector del Derecho de la competencia pase por una norma guiada por el criterio de los efectos<sup>10</sup> de la conducta anticoncurrencial. Así, la ley española se aplicará a las conductas cuyos efectos anticoncurrenciales afecten al *mercado español*, mientras que dicha ley no será de aplicación a aquellas conductas cuyos efectos no repercutan en este mercado. Cualesquiera otros elementos de la situación no deben ser tomados en consideración, ya que tendrían como resultado la no aplicación de la ley española a conductas que afectan al mercado español, lo que frustraría la efectividad organizadora (*del mercado nacional*) de la Ley 16/1989.

## 2. LAS NORMAS DE D.I.Pr. DE LA LEY 16/1989

6. La Ley 16/1989 afronta la regulación de los supuestos internacionales de Derecho de la competencia de una manera peculiar. Dicha regulación debe ser extraída mediante la siguiente combinación: en primer lugar, los artículos 1, 6 y 7, definen los actos o conductas prohibidos por la ley (supuesto de hecho); seguidamente, el indicador espacial de aplicación de la ley (arts. 1, 6 y 7) se concreta en la exigencia de que tales conductas *afecten a todo o a parte del mercado nacional*; por último, en el nivel de las consecuencias jurídicas han de distinguirse las de carácter contractual (nulidad de pleno derecho de los contratos prohibidos, art. 1.2), las de naturaleza no contractual (principalmente la acción de resarcimiento de daños, art. 13) y las de orden administrativo (arts. 9 a 11).

---

<sup>10</sup> Una síntesis del origen y fundamento del criterio de los efectos en Derecho *antitrust* puede verse en M. A. RENOLD, *Les conflits de lois en droit antitrust. Contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique*, op. cit., págs. 84-108.



El análisis de estas normas de la Ley 16/1989 pone de relieve varios datos:

a) En primer término, el enfoque de D.I.Pr. de la Ley 16/1989 se configura de forma unilateral. Los preceptos citados aparecen preocupados, *exclusivamente*, por fijar el ámbito de aplicación en el espacio de las normas de la Ley española. Expresamente sólo indican, por tanto, los supuestos en que esta ley es o no aplicable.

b) La Ley 16/1989 carece de un precepto autónomo de D.I.Pr. que delimite su ámbito de aplicación en las situaciones privadas internacionales<sup>11</sup>. Al contrario, tales aspectos son abordados mediante un indicador espacial de su aplicación entrelazado con la regulación sustantiva<sup>12</sup>. La ordenación de D.I.Pr. (basada en el *criterio de los efectos* concebido de modo unilateral), aparece así, sin solución de continuidad, como uno más de los presupuestos materiales de aplicación de la ley.

c) La aplicación de la L.Def.C. no queda subordinada a la exigencia de un elemento especial, de índole cuantitativo o cualitativo, que deba concurrir en el efecto anticoncurrencial sobre el mercado español. Bastará, por tanto, que resulte afectado el mercado español, ya sea con mayor o menor intensidad, para que proceda la aplicación de la L.Def.C. En relación a la L.C.D., que condiciona su aplicación a la existencia de efectos *sustanciales*<sup>13</sup>, la L.Def.C. dejaría revelar así un más marcado componente o interés público<sup>14</sup>.

d) Como se ha visto, las consecuencias de Derecho privado de la Ley 16/1989 responden básicamente a una doble naturaleza (contractual y extracontractual). El modo en que opera el Derecho de la competencia en las situaciones internacionales que producen efectos anticoncurrenciales sobre el mercado español difiere según el tipo de consecuencias. En las relaciones contractuales la regulación resultará de la combinación de la *lex contractus*, española o extranjera, con la Ley 16/1989. En cambio, la regulación de la responsabilidad extracontractual no genera la concurrencia de varias leyes.

7. La regulación española de D.I.Pr. contenida en la Ley 16/1989 aparece *oscurecida* a la vista del modo en que operan las consecuencias de carácter privado que derivan de este Derecho en aquella ley.

En contraste con el Derecho comunitario de la competencia<sup>15</sup>, las consecuencias civiles (contractuales y extracontractuales) de las conductas restrictivas de la competencia tipificadas en la Ley 16/1989 sólo derivan tras la previa declaración administrativa de

relación con los arts. 1 y 3 de la L.Def.C.). Vid. F. VICENT CHULLA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, op. cit., pág. 1126.

<sup>11</sup> Como ha establecido el T.J.C.E., las disposiciones de la competencia del Derecho comunitario «se prestan por su propia naturaleza a producir efectos directos en las relaciones entre particulares, engendrando directamente derechos en favor de los justiciables que las jurisdicciones nacionales deben salvaguardar» (vid. S.T.J.C.E. de 30 de enero de 1974, BRT/SABAM, Asunto 127/73, *Rec.*, 1974, págs. 51 y ss.). No obstante, el Juez podrá aplazar su decisión en espera de la acción de la Comisión o para elevar a ésta una cuestión. Vid. el punto 22 de la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 T.C.E.E. (*D.O.C.E.*, C, núm. 39, de 13 de febrero de 1993). Sobre estas posibilidades, vid. R. ALONSO GARCÍA, «La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado C.E.E. por órganos administrativos y judiciales españoles», en *RIE*, 17, 1990-2, págs. 437-474; M. WAELBROEK, «La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado C.E.E. por las autoridades y por las jurisdicciones de los Estados miembros», en *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Dir. por G. C. Rodríguez Iglesias y D. J. Liñán Noqueas, Madrid, Civitas, 1993, págs. 863-864.

<sup>12</sup> Otra cosa sucede en el sector, vecino al *antitrust*, del Derecho de la competencia desleal, en el que la Ley 3/1991, de competencia desleal, incorpora un precepto *ad hoc*, de D.I.Pr., que define su ámbito de aplicación territorial (vid. art. 4 de la L.C.D.).

<sup>13</sup> M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional...*, op. cit., pág. 34.

<sup>14</sup> Sobre el concepto de *efectos sustanciales*, vid. M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional...*, op. cit., pág. 53.

<sup>15</sup> El hecho de que el artículo 3.2.d) de la Ley 16/1989 contemple la posibilidad de autorizar los «acuerdos que atendiendo a su escasa importancia no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia», no obsta a lo dicho. En estos casos, la autorización se configura sólo con carácter sucesivo a la intervención administrativa (vid. art. 4 en



la ilicitud de aquéllas por el T.D.C.<sup>14</sup>. Como consecuencia, no podrán extraerse durante la pendencia del procedimiento administrativo ante el T.D.C. o, en su caso, el jurisdiccional ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La posibilidad de derivar tales efectos civiles quedará excluida cuando la conducta haya sido objeto de una autorización singular<sup>17</sup> o quede comprendida en el ámbito de aplicación de un reglamento de exención<sup>15</sup>. El formato unilateral de la Ley 16/1989 encuentra una primera explicación en el carácter fundamental y primariamente administrativo de las disposiciones de la Ley de defensa de la competencia, cuya aplicación se reserva a órganos de aquel carácter. En puridad, el principio de los efectos sólo operaría de cara a las normas que aplica el T.D.C. que, salvo tratado internacional o una remisión expresa de nuestra normativa, siguen el método de reglamentación unilateral absoluto (nuestras autoridades sólo aplicarían Derecho español y nunca un Derecho extranjero). Como decíamos, la regulación de D.I.Pr. de la Ley 16/1989 no aparece con nitidez en cuanto la extracción de consecuen-

cias civiles por la jurisdicción ordinaria no derivaría tanto de la verificación por el Juez de la existencia de efectos anticoncurrenciales sobre el mercado español como de la existencia de una declaración administrativa de ilicitud.

Recapitulando, el D.I.Pr. español de defensa de la competencia, relativo a las consecuencias de carácter contractual y extracontractual de este Derecho, se caracterizaría así por su carácter unilateral de esta reglamentación y por la adopción del principio de los efectos, como criterio de conexión, sólo de modo indirecto como se ha visto. Esta fisonomía genera una consideración parcial de los comportamientos anticompetitivos: sólo aquéllos que produzcan efectos sobre el mercado español. Ello no significa, sin embargo, que quede excluida la posibilidad de aplicar en España un Derecho *antitrust* extranjero en el ámbito de estas consecuencias civiles<sup>16</sup>. Sin embargo, aunque con notas comunes, nuestro Ordenamiento arbitra la llamada al Derecho extranjero de diferente modo según el tipo de consecuencias de que se trate (contractuales o extracontractuales). Por ello se abordará por separado la regulación del D.I.Pr. español en cada sector de consecuencias.

<sup>14</sup> Esta intervención administrativa previa también se aprecia en el Derecho comparado. Sobre su justificación, vid. F. VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, op. cit., pág. 1101; C. FERNÁNDEZ-LEGA GARRALDA, *Derecho de la competencia. Comunidad Europea y España*, op. cit., págs. 80-82.

<sup>15</sup> Mediante la autorización singular un comportamiento anticoncurrencial que incurre en una prohibición deviene lícito. Cabría pensar que el carácter lícito de la conducta no excluiría la posibilidad de ejercitar la acción de resarcimiento conforme a lo establecido en los artículos 1902 y siguientes del C.c. No en vano, la doctrina ha apuntado la posibilidad de resarcir también los daños no antijurídicos. Vid. S. CAVANILAS MUGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1987; A. de CURIS, *El daño*, trad. Angel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch, 1975, págs. 92 y ss. Sin embargo, el carácter especial del Derecho de la competencia, donde el daño concurrencial forma parte del juego de mercado, hacen alumbrar serias dudas sobre esta posibilidad, siempre a salvo de lo que pudiera disponer la correspondiente autorización.

<sup>16</sup> Vid. el R.D. 157/1992, de 21 de febrero, (B.O.E. de 29 de febrero de 1992), por el que se desarrolla la Ley en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia.

## II. DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y CONTRATO INTERNACIONAL: REGIMEN JURIDICO EN D.I.Pr. ESPAÑOL

8. Desde su origen histórico el Derecho de defensa de la competencia ha tenido que

<sup>17</sup> La posibilidad de aplicar disposiciones de carácter público del Derecho extranjero es hoy admitida con generalidad y especialmente desde la reunión del Instituto de Derecho internacional en su sesión de Wiesbaden en 1975. Vid. artículo 1.1. de la resolución A del I.D.I., *Annuaire I.D.I.*, vol. 56, pág. 551, y el *Rapport preliminaire* de P. LALIVE, «L'application du droit public étranger», en ese volumen, págs. 157-183. Vid. M. MIAJA DE LA MUELA, «El Derecho público extranjero en el tráfico privado internacional», en *REDI*, 1972. Homenaje al profesor don José de Yanguas Messía, págs. 247-288; J. A. PÉREZ BEVIA, *La aplicación del Derecho público extranjero*, Madrid, 1989.



ver con las prohibiciones de contratar<sup>20</sup>. Así, la primera consecuencia civil del Derecho de la competencia se concreta en la *anulación* de los contratos que incurren en las prohibiciones definidas legalmente. Aunque en el orden de la exposición es preciso separar los casos, y los distintos modos, en que nuestro Ordenamiento articula la proyección de la Ley 16/1989, o de un Derecho extranjero, sobre la regulación del contrato internacional, conviene previamente advertir el modo en que opera sobre aquél el Derecho de la competencia. Ello podría resumirse en las siguientes ideas:

a) En primer término, la Ley 16/1989 coincide en la determinación de la ley aplicable al contrato internacional que afecta a la competencia (*ad. ex.*, contrato de cartel)<sup>21</sup>. Su localización tendrá lugar conforme al sistema de D.I.Pr. del foro. En nuestro Ordenamiento,

<sup>20</sup> Vid. J. BASEDOW, «Entwicklungslinien des internationalen Kartellsrecht», en *NJW*, 1989, Heft 10, págs. 631-632.

<sup>21</sup> Otra solución puede verse en B. GOLDMAN, «Les Champs d'application territoriale des lois sur la concurrence», en *Rec. des Cours*, 1969-III, t. 128, pág. 720, y G. A. VAN HECKE, «Le droit antitrust: aspects comparatifs et internationaux», en *Rec. des Cours*, 1962-II, 106, pág. 331, quienes afirman la aplicación al contrato de la ley del lugar donde produce sus efectos sobre la competencia, equiparando este criterio al del lugar de ejecución del contrato. Claramente los inconvenientes de esta solución se observan en los planos teórico y práctico. En el primero, no tendría en cuenta el papel que los sistemas de D.I.Pr. conceden a la autonomía de la voluntad en la determinación del Derecho aplicable. En el segundo, conluciría en caso de pluralidad de mercados afectados a la determinación de una pluralidad de leyes como *leges contractus*. Vid. K. ZWIGERT, «Droit international privé e droit public», en *Rev. crit. dr. int. pr.*, LIV, 1965, pág. 658; entre nosotros, I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional...*, *op. cit.*, págs. 273-274. En el sistema del convenio de Roma no parece posible considerar como ley más vinculada la ley del mercado afectado en cuanto, la relación del artículo 4 del C.R. con el artículo 3 del mismo impediría al Juez imponer, a través del primero, ningún estándar de justicia externo a la economía privada del contrato. En este sentido, vid. M. VIRGÓS SORIANO, «La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato», en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Madrid, 1996, pág. 5294.

habrá que estar en primer término a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 3 del C.R. sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980). En su defecto, a la dinámica aplicativa de las conexiones subsidiarias del artículo 4 del C.R.

b) El Derecho de defensa de la competencia contiene disposiciones de *verdadero carácter contractual*, es decir, normas que afectan a contratos y pertenecen a esta rama del Ordenamiento<sup>22</sup>. Como ha apuntado K. KREUZER<sup>23</sup> este sector del Ordenamiento posee una doble función: la *microfunción*, que busca el equilibrio individual de intereses (*iustitia commutativa*), y la *macrofunción*, cuyo objetivo es proteger el interés general económico-social. Esta se ocuparía de los efectos externos de la relación contractual (*externalidades*), permaneciendo indiferente ante su dimensión interna. La sanción de nulidad del contrato que decreta el Derecho de la competencia se insertaría en esta finalidad institucional. Se trata de una *nulidad especial* que no afecta a la esencia del negocio (consentimiento, objeto y causa).

c) Se trata de normas de aplicación directa que poseen un ámbito de aplicación propio, autónomo y especial, definido de forma unilateral, y que viene dado en razón de su función. Responden a la estructura de las normas de extensión o normas materiales espacialmente autolimitadas<sup>24</sup> y se proyectan

<sup>22</sup> Como señala I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional...*, *op. cit.*, pág. 260, «las normas de competencia contienen disposiciones de carácter directamente civil. No se trata ya de interpretar qué ocurre con los negocios cuya causa es ilícita, sino que las propias leyes de competencia establecen la nulidad de los acuerdos contrarios a sus disposiciones».

<sup>23</sup> K. KREUZER, *Ausländischen Wirtschaftsrecht vor deutschen Gerichten*, Heidelberg, 1986, págs. 81-88. Entre nosotros, vid. M. VIRGÓS SORIANO, en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6.ª ed. revisada, Madrid, Eurolex, 1995, pág. 179.

<sup>24</sup> Para la normativa española, vid. M. VIRGÓS SORIANO en UNED, *Derecho internacional privado*, I, 4.ª ed., 1993, págs. 74-75. Por su estructura y función, la norma participa de los caracteres de distintos tipos normativos (de extensión y material imperativa). Vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, 2.ª ed., Madrid, 1993, pág. 389.



sobre la regulación del contrato tal y como resulta de la *lex contractus*. A diferencia de las normas simplemente imperativas (normas de la *lex contractus* que no pueden ser derogadas mediante convenio de las partes), las normas en examen poseen un *plus* de imperatividad y aparecen como *internacionalmente imperativas*, es decir, reclaman aplicación *aunque no pertenezcan a la ley del contrato*.

d) Una vez verificada su aplicabilidad, corresponde a la *lex contractus*, y no al Derecho de la competencia, decidir sobre las consecuencias de la nulidad (v. gr., posibilidad de mantener una parte del contrato, efectos retroactivos de la nulidad, etc.)<sup>25</sup>.

## 1. APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES MATERIALES DE LA LEY 16/1989

### 9. El artículo 1.2 de la L.Def.C. sanciona de nulidad a los actos jurídicos y contratos

<sup>25</sup> Vid. I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional...*, *op. cit.*, pág. 274. Cuando se trata de una conducta prohibida por el Derecho comunitario, la sanción de nulidad se extraerá, según los casos, directamente del Derecho comunitario o del Derecho autónomo. Por lo que concierne a las prácticas concertadas que pueden derivarse de acuerdos cuya prueba directa no haya podido aportarse y a los abusos de posición de dominio que pueden, en ocasiones, manifestarse en forma de contratos, la ilicitud procederá de una norma comunitaria, pero la nulidad provendrá de los Derechos de los Estados miembros (B. GOLDMAN y A. LYON-CAEN, *Derecho comercial europeo*, Madrid, 1984, pág. 560; R. ALONSO GARCIA, «La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado C.E.E...», *cit.*, pág. 458). En cuanto a los contratos declarados nulos directamente por el artículo 85.2 del T.C.E.E., el T.J.C.E. ha precisado que la nulidad del Derecho comunitario sólo se extiende a los elementos del acuerdo afectados por la prohibición, aunque una perfecta delimitación no ha sido siempre clara (vid. B. GOLDMAN y A. LYON-CAEN, *Derecho comercial europeo*, *op. cit.*, pág. 562, y M. WAELBROEK, «La aplicación de los artículos 85 y 86 del T.C.E.E...», *cit.*, págs. 876-879). Corresponderá a la *lex contractus* decidir sobre la nulidad de los contratos sucesivos o accesorios (*Folgeverträge*), así como la extensión de la nulidad en el contrato. Sin embargo, «todo Juez de un Estado miembro, al estar obligado a respetar el orden público económico comunitario, deberá tener en cuenta las exigencias de eficacia de este orden a la hora de aplicar la ley competente en virtud del sistema de D.I.Pr. aplicable» (B. GOLDMAN y A. LYON-CAEN, *Derecho comercial europeo*, *op. cit.*, pág. 562).

restrictivos de la competencia definidos en el punto primero que afecten a la competencia en el mercado español. Obviamente, dado que se decide exclusivamente sobre la aplicación de la norma imperativa española, sólo cabe postular una *interpretación nacional* del supuesto de hecho. Además, en nuestro Ordenamiento, se trata de una interpretación de fuente administrativa: la emanada del T.D.C., único órgano habilitado para declarar la ilicitud de las conductas concurrenciales que afecten al mercado español. Cuando ello tenga lugar, la Ley 16/1989 se aplicará con independencia de cuál sea la ley que rija el contrato (art. 7.2 del C.R.). No obstante, la tarea del Juez quedará facilitada cuando la *lex contractus* sea la española<sup>26</sup>.

### A) La Ley 16/1989 como parte de la *lex causae*

10. Se trata del supuesto de más fácil solución, en cuanto, pese a su internacionalidad, los elementos de la situación relevantes para el D.I.Pr. (foro español, efectos anticoncurrenciales sobre el mercado español y *lex contractus* española) tiñen a la situación de homogénea<sup>27</sup>. Cuando la ley aplicable al contrato es la *lex fori* española, la Ley 16/1989 se

<sup>26</sup> Debe entenderse superada la teoría de la conexión única (*Einheitsanknüpfung* o *lex causae-Theorie*), en la línea defendida por F. MANN, «Eingriffsgesetz und I.P.R.», en *Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Festschrift Wahl*, 1973, págs. 139-160, dados los absurdos resultados a que conduciría. En este sentido, vid. la crítica de J. BASEDOW, «Entwicklungslinien des internationalen Kartellrecht», *cit.*, pág. 632. Vid. la sentencia del OLG Koblenz en IPRax 1982, pág. 20, en la que el Tribunal alemán tenía que decidir sobre un acuerdo de exclusiva entre un fabricante alemán y una empresa holandesa. A la aplicación del Derecho alemán, como estatuto del contrato, no acompañó, sin embargo, la aplicación de la ley de defensa de la competencia (parágrafo 98.II GWB), en cuanto el caso no quedaba incluido en el ámbito de aplicación de esta ley alemana.

<sup>27</sup> Ciertamente, esta hipótesis no será la más frecuente. No obstante, podría darse este caso cuando las partes del contrato hayan designado a la ley española o, en defecto de elección, los vínculos más estrechos del contrato se concreten en España (*ad. ex.*, residencia habitual en España del prestador característico).



aplica de igual modo que el resto de disposiciones del Derecho contractual español sin que sea preciso hacer valer de modo específico su carácter internacionalmente imperativo. En efecto, el Juez español, dado el carácter *quasi* interno de la situación, decidirá de un modo muy similar a como lo haría en situaciones estrictamente homogéneas. Deberá declarar nulo el contrato cuando el T.D.C. haya declarado su ilicitud por afectar a la competencia en el mercado nacional y las consecuencias de esta nulidad se determinarán conforme a la ley española. En este caso no se produce un cúmulo o concurso de leyes procedentes de distintos Ordenamientos, sino que esta disposición de la Ley 16/1989, se une al resto de preceptos del Derecho español aplicables al contrato. La inexistencia de varios Ordenamientos en presencia facilita notablemente la solución dado el círculo de interpretación único en que nos movemos.

#### B) La Ley 16/1989 como norma internacionalmente imperativa

11. Cuando la ley aplicable al contrato internacional no sea la ley del foro, la efectividad del Derecho *antitrust* frente a contratos sometidos a una ley extranjera sólo queda garantizada haciendo valer el carácter internacionalmente imperativo y, por tanto, aplicable con independencia de cuál sea la ley del contrato, del artículo 1.2 de la L.Def.C. Dados su objetivo y finalidad, la protección de la competencia en el mercado español, la Ley 16/1989 posee un ámbito de aplicación especial no delimitado en razón del carácter homogéneo o heterogéneo de las situaciones sino en razón de aquella finalidad. El cauce para la aplicación de esta ley cuando la *lex contractus* es distinta a la española y el supuesto queda comprendido en el ámbito de aplicación de la L.Def.C. viene dado hoy por el artículo 7.2 del C.R.<sup>29</sup>, que da entrada en la

regulación contractual a las *disposiciones imperativas de la ley del país del Juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato*. Se produce, ahora sí, un concurso o cúmulo de leyes (Ley 16/1989 y Ley del contrato) de cuya combinación resultará la solución concreta.

#### 2. APLICACIÓN O TOMA EN CONSIDERACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONTRACTUALES DEL DERECHO ANTITRUST EXTRANJERO

12. En la actualidad son numerosos los Ordenamientos que se han dotado de normativas *antitrust* y que, entre otras consecuencias, establecen la nulidad de los contratos que incurren en las prohibiciones<sup>30</sup>. En esta situación, ¿deben estimarse estas disposiciones en el foro español cuando, por ejemplo, a modo de excepción, se invoca la nulidad del contrato frente a la parte que reclama su cumplimiento? Como apunta I. GUARDANS, se trata de una hipótesis que en raras ocasiones ha llegado a los Tribunales, lo que podría explicar el tratamiento marginal que ha recibido la cuestión<sup>31</sup> que, sin embargo, no deja de ser real. Son varios los elementos que auguran una respuesta positiva de la cuestión.

a) En primer lugar, y ante todo, se trata de disposiciones de carácter civil<sup>32</sup>. Sin perjuicio de su finalidad, son normas que se aplican a relaciones entre sujetos privados si-

<sup>29</sup> A título de ejemplo, vid. los artículos 1 y 15 de la Ley alemana sobre restricciones a la competencia de 27 de julio de 1957 (modificada por la Ley de 22 de diciembre de 1989), el artículo 16.2.º del Reglamento francés sobre precios de 30 de junio de 1945, o el artículo 2.2 de la Ley belga sobre la protección de la competencia económica de 5 de agosto de 1991.

<sup>30</sup> I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional...* op. cit., pág. 256. En cambio, la doctrina que ha tratado de la aplicabilidad de las normas imperativas de terceros Estados no duda en incluir las leyes de defensa de la competencia en el repertorio de ejemplos que acompaña a la formulación de la cuestión.

<sup>31</sup> Vid. J. BASEDOW, «Wirtschaftskollisionsrecht - Theoretischer Versuch über die ordnungspolitischen normen des Forumstaates», en *Rebels Z*, 1988, cit., págs. 11-12; I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional*, op. cit., pág. 261.

<sup>32</sup> No en vano el informe explicativo del convenio de Roma GIULIANO/LAGARDE, *D.O.C.E.*, 92, núm. C 327, pág. 25, contempla específicamente las normas sobre prácticas restrictivas de competencia entre aquellas que se tomaron en cuenta en la redacción del precepto.



tuados en una posición jurídica análoga (relaciones horizontales).

b) Como ha señalado M. A. RENOLD, el método de reglamentación unilateral empleado no debe estimarse absoluto (propio de las normas administrativas) sino *relativo*<sup>32</sup>, en cuanto no se produce una correspondencia unívoca entre la competencia jurisdiccional de los Tribunales españoles y la aplicación de la ley del foro.

c) Pero, sobre todo, una versión actualizada de la *comity* internacional se mostraría favorable a esta solución. Como señalan los profesores BATIFFOL y LAGARDE, «la existencia de normas de policía (normas materiales imperativas) en la mayor parte de los Estados hace difícilmente sostenible la idea de que un Juez no debería tomar en consideración las que están en vigor en el extranjero»<sup>33</sup>. El reconocimiento del Derecho de la competencia como Derecho protector de la institución de mercado por un número importante de Estados, debería facilitar, en principio, la consideración en el foro del Derecho *antitrust* extranjero.

13. Los modelos teóricos posibles para aplicar o tomar en consideración las normas imperativas de Derecho *antitrust* de un Estado extranjero son varios<sup>34</sup>. Cabría considerar

en primer término la inclusión de estas normas en el ámbito de la remisión de la regla de conflicto general en materia de contratos (*Einheitsanknüpfung* o *Schuldstatutstheorie*). Las normas extranjeras de intervención se aplican sólo si forman parte de la *lex contractus*. Ello no excluye que las normas de intervención de otros Estados puedan recibir una *consideración material* en el seno de aquella ley mediante el llamado *segundo escalón de análisis* (*Zweisstoffentheorie*). Podría en segundo lugar estimarse que las normas de intervención estatal se sitúan al margen del mecanismo conflictual común y requieren sus propias conexiones especiales (*Sonderanknüpfung*). En este caso, la norma de conflicto tradicional no realiza una remisión global, sino parcial: sólo a las normas extranjeras de Derecho privado, por lo que quedarían preteridas en consecuencia las normas de intervención que realizan una política estatal<sup>35</sup>. Y, por último, una solución cumulativa de las anteriores (*Komulationslösung*) que supone la aplicación de las normas de intervención de la *lex contractus* y las de terceros Ordenamientos que presenten una conexión especial con el supuesto. Esta última es la solución que, al menos implícitamente, parece desprenderse de la sistemática del convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980<sup>36</sup>.

14. La aplicación del Derecho *antitrust* extranjero puede, por tanto, articularse de dos posibles modos que analizamos a continuación. Antes de ello, y sin ánimo de realizar una valoración general de la solución adoptada por el convenio de Roma, sí quisiéramos al menos subrayar las críticas más

<sup>32</sup> M. A. RENOLD, *Les conflits de lois...*, op. cit., pág. 32.

<sup>33</sup> H. BATIFFOL y P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, op. cit., pág. 429, núm. 254. Como veremos, nuestro sistema contractual de D.I.Pr. construye un modelo de solución intermedio que abre el sistema, junto a las exigencias de justicia privada de los particulares, a la consideración de intereses de Estados extranjeros (*comity* internacional) cuando se proyectan sobre relaciones privadas. Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, op. cit., pág. 122. En la hora actual, un planteamiento de análisis económico del Derecho basado en una perspectiva de eficiencia global postularía también en favor de la aplicación del Derecho *antitrust* extranjero. Vid. K. STEHR, «Ökonomische Analyse des Internationalen Privatrechts», en *Festschrift für K. Firsching*, Munich, 1985, pág. 286.

<sup>34</sup> Una exposición crítica de tales modelos puede verse en M. SCHUBERT, «Internationale Verträge und Eingriffsrecht...», cit., págs. 729-746. Entre nosotros, vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, op. cit., págs. 94 y ss.; M. VIRGÓS SORIANO, *Derecho internacional privado, parte especial*, op. cit., págs. 178-188.

<sup>35</sup> Para un recorrido por las distintas propuestas doctrinales incluidas bajo el denominador común de la conexión especial, vid. M. SCHUBERT, «Internationale Verträge...», cit., págs. 734 y ss.

<sup>36</sup> Vid. el convenio relativo a la adhesión del Reino de España y de la República portuguesa al convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Funchal el 18 de mayo de 1992. B.O.E., núm. 171, de 19 de julio de 1993. Corr. errores B.O.E. de 9 de agosto de 1993. El convenio entró en vigor con carácter general el 1 de abril de 1991 y para España el 1 de septiembre de 1993.



frecuentes al modelo adoptado. Se afirma en primer término que la aplicación de las normas de intervención de la *lex contractus* a través de la norma de conflicto general en materia de contratos «supone que para fijar el ámbito de la remisión al Derecho extranjero por la norma de conflicto se toman en consideración políticas legislativas (las de intervención) que no desempeñaron ningún papel en esos preceptos a la hora de fijar la remisión misma»<sup>37</sup>. Por otra parte, se ha criticado la injustificada jerarquía de normas que genera: *lex fori*, *lex contractus*, ley de un tercer Estado. «Las normas de intervención de la *lex contractus* se aplicarán siempre, sin necesidad de vínculo especial, por el mero hecho de pertenecer a dicho orden jurídico y declararse autocompetentes, y sólo se prevé su rechazo mediante la cláusula de reserva, orden público, del foro. En cambio, las normas de terceros países se aplicarán sometidas al régimen establecido en el artículo 7.1 del C.R.»<sup>38</sup>. Tales defectos podrían superarse mediante la adopción de una conexión especial, para todas las normas de intervención, ya sea unilateral o bilateral<sup>39</sup>. Entre nosotros, GARCIMARTÍN ALFÉREZ ha propuesto la aplicación de todas las normas ordopolíticas extranjeras bajo los parámetros del artículo 7.1 del C.R., aplicadas por analogía cuando pertenecen a la *lex contractus*<sup>40</sup>. Con todo, la

posibilidad de esta interpretación desde el convenio de Roma resulta bastante forzada. Como señala M. VIRGÓS SORIANO, los Ordenamientos parecen haber evolucionado sobre aquel esquema dual, que no sería ajeno a la idea de armonía internacional de soluciones y a la dificultad de delimitar los distintos tipos de normas de intervención<sup>41</sup>. La naturaleza peculiar del Derecho *antitrust* hacen de este sector normativo una clara ilustración de las dificultades mencionadas<sup>42</sup>.

lo 7.1 a ese supuesto dado que existe identidad de razón (en todos los casos en que se aplique una norma de intervención extranjera el título de aplicación no es un interés privado sino la protección de intereses de Estados extranjeros). Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Contratación internacional...*, op. cit., págs. 129-130. Esta parece ser también la opinión de M. DESANTES REAL, *Las obligaciones contractuales en moneda extranjera. Problemas relativos al ámbito de la ley aplicable*, Madrid, La Ley, 1994, págs. 218-219.

<sup>37</sup> M. VIRGÓS SORIANO, en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado, parte especial*, op. cit., pág. 182; M. SCHUBERT, «Internationale Verträge...», cit., pág. 731. En efecto, el modelo parte de la posibilidad de escindir netamente entre las normas ordopolíticas de intervención y el resto de normas imperativas, lo que no siempre podría quedar claro. Hoy día es difícil no apreciar el intervencionismo del Estado en el fundamento de pretensiones estrictamente privadas y adquiere plena vigencia el aforismo «el Derecho privado no es sino la historia del intervencionismo del Estado en las relaciones privadas». Vid. M. PASQUAU LIAÑO, *Código civil y Ordenamiento jurídico*, Granada, Comares, 1995, págs. 123-128. La problemática de esta delimitación ha sido recientemente puesta de relieve por J. BASEDOW, «Conflicts of economic regulations», *Principios, objetivos y métodos del Derecho internacional privado. Balance y perspectivas de una década, Cuartas Jornadas de Derecho internacional privado*, Madrid, 4 y 5 de junio de 1993, Madrid, 1995, pág. 85, quien después de pergeñar distintos criterios, y no satisfecho con ninguno, afirma *the difference is perhaps rather one of degree than a clear-cut border line. Between the traditional concept of public policy (ordre public) and those parts of the law which are governed by bilateral conflict rules there is a grey area, a kind of no-mans' land.*

<sup>38</sup> Por ejemplo, en la construcción de F. VISCHER, «Zwingendes Recht und Eingriffsgesetz nach schweizerischem IPR-Gesetz», en *RebelsZ*, 1989, págs. 438-461, págs. 440-445, del ámbito de la remisión de la norma de conflicto quedarían excluidas, en favor del artículo 19 de la L.D.I.P. suiza (precepto similar al art. 7 del C.R.) las normas de la *lex contractus* que sirven sólo y exclusivamente a objetivos estatales (*Staats- und wirtschaftspolitischen im engeren Sinn*), entre las que incluye el autor los embargos de exportación

<sup>37</sup> Entre nosotros, vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Contratación internacional y medidas de coerción económica...*, op. cit., pág. 127.

<sup>38</sup> F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, op. cit., págs. 124 y 127-128.

<sup>39</sup> En Derecho de la competencia, entre los bilateralistas se encuentran H. J. MERTENS, «Ausländisches Kartellrecht im Deutschen internationalen Privatrecht», cit., págs. 387-388 y 399; M. MARTINEK, *Das internationale kartellprivatrecht*, op. cit., pág. 88. Entre los unilateralistas, J. BASEDOW, «Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts», cit., pág. 631. Ha de recordarse que Alemania hizo la reserva al artículo 7.1 del C.R. al amparo del artículo 22 del C.R.

<sup>40</sup> Se trata de una operación que cubre dos etapas: primero, excluir las normas de intervención ordopolíticas de la remisión *in genere* que hacen los artículos 3 y 4 del C.R., mediante la identificación de una laguna oculta en base a que la remisión global no se ajusta a la *ratio* del convenio; y segundo, admitir la aplicación analógica del régimen del artícu-



A) *Derecho antitrust como parte de la lex contractus*

15. Como se dijo, la remisión que realiza el sistema de D.I.Pr. a la *lex contractus* se entiende plena, es decir, incluye a las normas imperativas o de intervención de aquel Ordenamiento. Vienen así al foro todas aquellas disposiciones de la *lex contractus* que reclaman aplicación al caso, con independencia de su naturaleza, entre las que se encuentran especialmente las del Derecho de la competencia. Se obtiene así una solución idéntica a la que se alcanzaría si un Juez del país de la *lex contractus* conociese de la situación, lo que coadyuva, como se ha dicho, a la armonía internacional de soluciones. No obstante, el Derecho de la competencia de la *lex contractus* sólo deberá aplicarse si reclama aplicación al caso<sup>41</sup>.

B) *Derecho antitrust distinto a la lex contractus*

16. Bajo ciertas condiciones, el artículo 7.1 del C.R. faculta al Juez para aplicar o tomar en consideración las normas de un Estado extranjero que rijan imperativamente la situación con independencia de la ley aplicable al contrato<sup>42</sup>. La virtualidad de

o importación (medidas de coerción económica) de carácter político. Al contrario, la remisión de la norma de conflicto general se extendería a las normas que conservan una referencia de Derecho privado (*Privatrechtbezug*) entre las que se contarían las normas de protección de los grupos (consumidores) y de las instituciones (normativa antitrust). Cfr. M. SCHUBERT, «Internationale Verträge...», cit., págs. 731-732; J. BASEDOW, «Conflicts of economic regulations», cit., pág. 85; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Contratación Internacional...*, op. cit., pág. 38.

<sup>41</sup> En torno a la necesidad de respetar la autolimitación del Derecho extranjero, vid. *infra*, IV, 3.

<sup>42</sup> Se trata de una versión matizada de la llamada conexión especial de las disposiciones imperativas del Derecho extranjero (*Sonderanknüpfung des zwingenden Schuldrechts*). La construcción doctrinal se debe principalmente a los trabajos de W. WENGLER, «Die Anknüpfung des zwingendes Schuldrechts im IPR», en *ZvglRW.* 1941, págs. 168 y ss.; K. ZWIEGERT, «Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote», en *RebelsZ.* 1942, págs. 283 y ss., y K. NEUMEYER, «Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations», en *Rev.crit.dr.int.pr.*, XLVI, 1957, págs. 579-604, y XLVII, 1958, págs. 53-78.

una disposición del tipo queda clara en situaciones como la siguiente<sup>43</sup>. Una empresa suiza quería conceder a un comerciante italiano la venta exclusiva de sus productos en Italia, prohibiendo, sin embargo, al comerciante vender fuera del territorio italiano. Dicha cláusula no era lícita en la medida en que podía impedir a una empresa con sede en Italia la posibilidad de competir con los vendedores del mismo aparato que operaban en otros Estados de la Unión Europea y, por tanto, era contraria al artículo 85 del T.U.E. El comerciante no podría autoprohibirse vender en Francia o Alemania, pues ello ocasionaría la nulidad del contrato. Sin embargo, el empresario suizo, no dispuesto a someterse al Derecho comunitario que considera que no le afecta, optó por incluir en el contrato sendas cláusulas de designación de ley aplicable (por supuesto, la suiza) y de atribución de jurisdicción a los Tribunales de su país. El caso aconsejaría la toma en consideración del artículo 85 del T.U.E. por parte de los Tribunales suizos, aplicando en todos los demás aspectos su propio Derecho de contratos.

17. A la vista de las condiciones a que somete el artículo 7.1 del C.R. la consideración del Derecho de un tercer Estado podría parecer absolutamente imprevisible si, en el caso concreto, se prestará o no consideración a aquel Derecho. No obstante, el juego del precepto en un concreto sector, en nuestro caso en el Derecho de la competencia, debería traducirse en la posibilidad de concretar, de modo previo y con abstracción de las peculiaridades del caso, algunos de tales condicionamientos. El análisis de la operatividad del artículo 7.1 del C.R. en el sector del Derecho antitrust debería deparar un funcionamiento del precepto como el que se describe a continuación.

a) Supuesto de hecho: la consideración de las disposiciones imperativas de un tercer Ordenamiento al amparo del artículo 7.1 del

<sup>43</sup> Vid. T. SEGRE, «Il Diritto comunitario della concorrenza come legge di applicazione necessaria», en *Riv.dir.int.priv.pr.*, 1979, págs. 75-78. Puede verse también en I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato Internacional...*, op. cit., pág. 275. Vid. también el caso ilustrado por G. A. VAN HECKE, «Le droit antitrust...», cit., pág. 332.



C.R. exige tres condiciones: en primer lugar, la existencia de una disposición imperativa extranjera, lo que se predica usualmente del Derecho *antitrust*; en segundo lugar, la Ley extranjera debe declararse *autocompetente* para regular la situación, es decir, debemos estar en presencia de una disposición que sea, o habría sido, aplicable al caso en su Estado de origen. Para valorar el requisito el intérprete se enfrentará a varias dificultades: 1) de un lado, habrá de decidir si ha de respetarse o no el monopolio que para la declaración de la ilicitud de las conductas anticoncurrenciales se atribuye a los órganos administrativos, cuestión que se examinará posteriormente; 2) otras dificultades derivan de la necesidad de valorar el *elemento intencional* que incorporan numerosas normativas de Derecho *antitrust* cuando prohíben los contratos que, simplemente, tengan por objeto afectar a la competencia; 3) por último, cuando la normativa *antitrust* no contemple una limitación expresa a los efectos directos sobre el mercado, habría que apreciar los efectos *indirectos* de las conductas anticoncurrenciales en varios mercados<sup>46</sup>; en tercer lugar, es preciso que exista un *vínculo estrecho* entre el Estado cuyas normas reclaman aplicación y la situación<sup>47</sup>. Una interpretación en clave funcional del vínculo estrecho exigido por el artículo 7.1 del C.R., desde la consideración de los intereses tutelados por las normas de defensa de la competencia, no podría dejar de conducir a la consideración de la ley del mercado o mercados afectados. Es con esta ley con la que la situación manifestaría el vínculo estrecho que exige el artículo 7.1 del C.R.<sup>48</sup>. El artículo

7.1 del C.R. no se opondría a la tipificación de *reglas de preferencia* que permitiesen a la norma operar en cada sector, en nuestro caso en Derecho *antitrust*, de modo análogo a una norma bilateral, ciertamente de un tipo especial, empleando como criterio de *conexión* (concreción del vínculo estrecho) el principio de los efectos<sup>49</sup>.

b) Condiciones de aplicabilidad: para decidir sobre la aplicación o consideración en el caso de la norma imperativa extranjera el Juez deberá valorar la naturaleza y objeto de tales normas, así como las consecuencias de su aplicación o inaplicación. En primer término, la naturaleza directamente civil y no administrativa de la sanción de nulidad que deriva del Derecho *antitrust* debe favorecer la consideración de esta consecuencia jurídica<sup>50</sup>. En segundo lugar, la consideración

---

CIMARTÍN ALFÉREZ, *Contratación internacional...*, op. cit., pág. 127. Queda cumplida así la exigencia de *conexión real* del supuesto con un país a que se refiere el informe interpretativo del convenio. Vid. informe GIULIANO/LAGARDE, D.O.C.E., 92, núm. C 327, pág. 24. Por el contrario, no podría considerarse, por ejemplo, el Derecho del país donde se ha producido el perjuicio económico efectivo (*ad. ex.*, ley de la sede de la sociedad perjudicada). Sobre la interpretación del concepto *efectos sobre el mercado*, vid. *infra*.

<sup>46</sup> Como señala M. SCHUBERT, «Internationale Verträge...», cit., pág. 734, pág. 745, según la clase de norma imperativa y del tipo de relación contractual la concreción del vínculo estrecho tendría lugar de modo diferente. A juicio del autor, la construcción del artículo 7.1 del C.R. no sería contraria a una construcción de signo bilateral en el D.I.Pr. económico, en la cual la voluntad de aplicación del Derecho extranjero sólo cobraría significado en sentido negativo. La posibilidad de elaborar *reglas de preferencia* que tipifiquen los intereses en presencia en cada caso y su mejor ponderación ha sido afirmada por F. VISCHER, «Zwingendes...», cit., pág. 455. Ello introduciría la posibilidad, sostiene el autor, de establecer conexiones especiales orientadas al ámbito de aplicación típico de las normas (*ad. ex.*, normas de protección del Derecho del trabajo).

<sup>47</sup> Vid. I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional...*, op. cit., pág. 555. En nuestro Ordenamiento, como afirma el autor, «es abundante la jurisprudencia que distingue claramente entre normas civiles y administrativas, rechazando con frecuencia que una norma administrativa pueda repercutir en la validez de una obligación civil. No tendría sentido que aunque en el Ordenamiento extranjero en cuestión una actuación administrativa pueda anular un contrato

<sup>46</sup> Vid. I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional...*, op. cit., págs. 276-268.

<sup>47</sup> Ha de recordarse que este concepto de *vínculo estrecho* no se concreta de la misma forma en el artículo 4 y en el artículo 7.1 del C.R. Para concretarlo esta vez será preciso atender no a intereses jurídicos privados (art. 4 del C.R.), sino a intereses estatales, en cuanto la norma atiende a la relación entre las consecuencias del contrato y el bien jurídico protegido. Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Contratación internacional...*, op. cit., pág. 131.

<sup>48</sup> Vid. J. BASEDOW, «Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts», cit., pág. 633; F. J. GAR-



del objeto de la norma imperativa extranjera conduce al *juicio de legitimidad* de la normativa en cuestión. Para este análisis, y aunque la situación contraria no resulte determinante para no dar efecto a las normas imperativas extranjeras<sup>31</sup>, la existencia de un *objetivo compartido* por una pluralidad de Estados (protección de la libre competencia en el mercado) deberá comportar una respuesta favorable. Si la valoración de las condiciones de aplicabilidad examinadas hasta ahora muestra cierta rigidez, en el enjuiciamiento de las consecuencias de la aplicación o inaplicación de esa normativa se ampliaría el margen de apreciación judicial. Señala GUARDANS que cuando una parte pretende hacer valer la nulidad que decreta el Derecho imperativo de la competencia para liberarse de una obligación habría que sopesar la solidaridad con el legislador extranjero con la necesidad de proteger la buena fe en las relaciones privadas. Debería comprobarse hasta qué punto resultarían frustrados los objetivos del legislador extranjero en el caso de que se ignore su disposición<sup>32</sup>. Si la procedencia de este tipo de valoración podría mantenerse en otros ámbitos, singularmente en Derecho monetario, el carácter profesional de los contratantes y su conocimiento del medio, que se presume, deberían excluir a nuestro juicio una consideración de ese carácter en el Derecho *antitrust*. Por otra parte, el respeto a las expectativas de las partes podría traducirse en la posibilidad de considerar de forma más restrictiva las normas

o una de sus cláusulas, el Juez español reconociera en el foro ese mismo grado de eficacia que no admite para las disposiciones imperativas de su propio sistema jurídico».

<sup>31</sup> Así parece deducirse del informe explicativo del convenio GIULIANO/LAGARDE, cit., pág. 25. Vid. I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional...*, op. cit., pág. 556. Según el autor, «no se trata de buscar una disposición equivalente en el foro sino de considerar cuál es el objeto de la norma extranjera, en el contexto de aquel país, y de ver si su reconocimiento es posible a la luz de las concepciones del foro».

<sup>32</sup> Vid. I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional...*, op. cit., págs. 557-558; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Contratación internacional...*, op. cit., pág. 133.

imperativas posteriores a la conclusión del contrato<sup>33</sup> siempre, claro está, que fueren aplicables<sup>34</sup>. En cambio, debe excluirse sin matices la posibilidad de considerar una expectativa conjunta de las partes de *escapar* a la aplicación de la normativa imperativa extranjera, lo que nos llevaría a construcciones de Derecho internacional privado facultativo difícilmente admisibles en este sector<sup>35</sup>.

c) Consecuencia jurídica: conviene recordar que el artículo 7.1 del C.R. deja en manos del Juez decidir sobre la oportunidad de *dar efecto* a la norma imperativa del tercer Estado. Dada la *polivalencia* que encierra la expresión *dar efecto*, que admite soluciones distintas a la aplicación estricta, el Juez podrá derivar de la norma imperativa extranjera los efectos que estime adecuados en combinación con la ley del contrato, que pueden ser distintos de aquellos que la norma prevé<sup>36</sup>. La distinción cobra sentido sobre todo frente a normas administrativas que contie-

<sup>33</sup> I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional...*, op. cit., pág. 558.

<sup>34</sup> No parece al contrario que la aplicación del Derecho de la competencia extranjero deba rechazarse, al menos con carácter general, por contravenir sus disposiciones retroactivas el orden público español. Vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, op. cit., pág. 504. Esta valoración operaría en el momento del juicio de legitimidad del Derecho imperativo extranjero.

<sup>35</sup> El límite a la aplicación de esta normativa extranjera se situaría en la posibilidad de que el Juez español conozca la preceptiva aplicación al caso de esta normativa. Superado este límite, se exigiría del Juez una actitud activa en la averiguación y aplicación del Derecho imperativo extranjero, aspectos que no podrían ya quedar sujetos a los principios de alegación y prueba por las partes. La aplicación de oficio de tales normas sería la única solución compatible con la intención y el objetivo del artículo 7.1 del C.R. Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Madrid, Tecnos, 1994, págs. 56-58; D. REICHERT-FACHLIDES, «Fakultatives und zwingendes Kollisionsrecht», Tübingen, 1995, pág. 23-25; cfr. P. Ch MÜLLER-GRAFF, «Fakultatives Kollisionsrecht im internationalen Wettbewerbsrecht», en *RabelsZ.* 48, 1984, págs. 289-318.

<sup>36</sup> Vid. I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional...*, op. cit., págs. 558-562. Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, op. cit., pág. 131.



nen una sanción de la misma naturaleza. Tales normas no pueden ser aplicadas en el foro, pues no es posible al Juez imponer penas —sanciones administrativas— con base en una norma extranjera, lo que no excluye la posibilidad de otros efectos. Cuando se trata, en cambio, de normas imperativas de carácter civil, como ocurre por regla en Derecho *antitrust*, en la mayoría de las ocasiones será equivalente aplicarlas o darles efecto, sin que quepa más alternativa que aceptar o rechazar su toma en consideración<sup>57</sup>. No obstante, la redacción del artículo 7.1 del C.R. introduciría la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad a los estrictamente necesarios para la consecución de la finalidad perseguida por la normativa *antitrust*. Ello autorizaría conectar a la nulidad unos efectos incluso distintos de los previstos por la *lex contractus*<sup>58</sup>.

### III. DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y OBLIGACIONES NO CONTRACTUALES INTERNACIONALES: REGIMEN JURIDICO

#### 1. LA LEY 16/1989 Y SU PERSPECTIVA UNILATERAL

18. En la batería de consecuencias que se aparejan a la realización de las conductas prohibidas, la L. Def.C. concede al perjudicado la acción de resarcimiento de los daños ocasionados<sup>59</sup>. No obstante, en su óp-

tica unilateral, la ley no se detiene en indicar si es posible aplicar un Derecho extranjero y, en el caso afirmativo, bajo qué circunstancias tendría lugar esta aplicación. Frente a ello, ha de partirse de que una acción de este tipo suele contemplarse por las legislaciones *antitrust* en el Derecho comparado. La siguiente situación no sería del todo hipotética<sup>60</sup>: dos empresas españolas, competidoras entre sí en el mercado español, penetran en el mercado italiano con un nuevo producto no conocido en este país. Para maximizar su posición, acuerdan entre ellas el reparto del mercado italiano para ese producto. El acuerdo afectaría a la competencia en el mercado de Italia y sería contrario al Derecho de la competencia de aquel país. Declarada la ilicitud del comportamiento anticoncurrencial la situación aconsejaría que los perjudicados pudiesen instar de los Tribunales españoles, y frente a sociedades con sede en España, el resarcimiento de los daños causados amparándose en la acción de daños y perjuicios que para estos casos concede su Derecho de la competencia. ¿Pueden, o deben, los Tribunales españoles considerar el Derecho *antitrust* extranjero para conceder tales indemnizaciones?

Como vimos, la posibilidad de aplicar normas *antitrust* extranjeras hoy parece no cuestionarse. Más aún que en el sector contractual, en el ámbito del resarcimiento el interés público estatal quedaría mucho más difuminado dada la plena disponibilidad de las partes respecto del ejercicio efectivo de la acción. El papel de las normas de intervención extranjeras sería en este caso más modesto al constituir sólo el fundamento de la acción privada<sup>61</sup>. Por otra parte, las normas españolas de competencia judicial internacional no limitan la competencia de nuestros Tribunales a los casos en que las conductas restrictivas de la competencia

<sup>57</sup> Vid. I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional...*, op. cit., pág. 561.

<sup>58</sup> Se hablaría así de un *ablandamiento de la nulidad*. El principio de la limitación de los efectos de la nulidad a los estrictamente necesarios para el restablecimiento de la legalidad ha recibido ya cierta confirmación positiva. Vid., ad. ex., artículo 3.53, apartado 2. del C.c. holandés que permite al Juez, a instancia de parte, denegar en todo o en parte el efecto retroactivo de la nulidad, sustituyéndolo por una obligación de desembolso. En la doctrina este principio ha sido defendido por C. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, restitution et responsabilité*, Paris, LGDJ, 1992, pág. 236.

<sup>59</sup> Vid. artículo 13.2 de la L. Def.C.

<sup>60</sup> Para la ilustración se ha prescindido de las implicaciones de Derecho comunitario de la competencia.

<sup>61</sup> F. VISCHER, «Art. 137», en *IPRG Kommentar*, Zurich, 1993, pág. 1192.



conciernen al mercado español<sup>62</sup>. ¿Cuál debe ser la vía para aplicar el Derecho *antitrust* extranjero en España? Una perspectiva estrictamente formal conduciría a la aplicación del artículo 10.9 del C.c. como norma general en materia de obligaciones extracontractuales. No obstante, como veremos, esta solución se compadecería mal con la orientación institucional del Derecho *antitrust*. Por ello, se juzga necesaria la *autointegración* del sistema de D.I.Pr. en base a los valores y principios inherentes al Derecho *antitrust*. A continuación, se analiza la regulación internacional que proporciona nues-

<sup>62</sup> La competencia de los Jueces y Tribunales españoles podrá fundarse, al margen de una prórroga expresa o tácita de competencia, en la domiciliación española del demandado (art. 2 del C.B.), o cuando se localice en España el lugar del acontecimiento causal de los efectos anticoncurrenciales sobre mercados extranjeros (art. 5.3 del C.B.), en el sentido de la interpretación dual de la expresión *lugar donde ha ocurrido el hecho del que deriva el daño* establecida por la S.T.J.C.E., de 30 de noviembre de 1976, Asunto 21/76 (*Bier c. Mines de Potasse d'Alsace*), Rec. 1976, págs. 1735 y ss. Por contra, el foro del *lugar donde el daño ha sobrevenido* sólo permitiría conocer por los efectos localizados en territorio español. No obstante, apreciando el carácter principal de la pretensión de resarcimiento respecto a los efectos anticoncurrenciales sobre el mercado español y el accesorio o secundario de las pretensiones en relación a otros mercados cabría el conocimiento por el Tribunal español del conjunto de la conducta anticoncurrencial, con la consiguiente aplicación de una pluralidad de leyes. Tal regla ha sido establecida ya en el ámbito contractual. Vid. S.T.J.C.E. de 15 de enero de 1987 (Asunto 266/85, *Shenavai c. Kreischer*). Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 5.1 del C.B.», en *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, pág. 89. El concepto de «en materia delictual o cuasidelictual» utilizado por el artículo 5.3 del C.B. engloba diferentes tipos delictivos entre los que caben las conductas contrarias al Derecho de la competencia. Vid. P. BLANCO MORALES-LIMONES, «Comentario al artículo 5.3 del C.B.», en *Comentario al Convenio de Bruselas...*, cit., Edic. A. L. Calvo Caravaca, Madrid, Carlos III, B.O.E., 1994, pág. 124. En cuanto al foro adicional que en materia extracontractual arbitra el artículo 22.3 de la L.O.P.J. (residencia habitual común en España del autor del daño y la víctima), debe estimarse casi sin virtualidad y limitado a los raros casos en que quepa apreciar divergencias entre domicilio y residencia habitual.

tro sistema de D.I.Pr. a la acción de resarcimiento de daños derivados de infracciones del Derecho *antitrust*, escindiendo los casos en que debe aplicarse la Ley 16/1989 de aquéllos en que procede la aplicación de un Derecho extranjero.

## 2. CONDUCTAS QUE AFECTAN AL MERCADO ESPAÑOL

19. La acción de resarcimiento se registrará por la ley española cuando los efectos restrictivos se producen sobre el mercado español. La L.Def.C. no contiene una norma *ad hoc* de D.I.Pr. para estas situaciones. Al contrario, las consecuencias resarcitorias que derivan de la ley se hacen depender de la firmeza, en vía administrativa o jurisdiccional, de la resolución dictada por el T.D.C. que declare la existencia de acuerdos o prácticas prohibidos o de un abuso de posición de dominio (art. 46 de la L.Def.C.). La exégesis de los artículos 13.2 y concordantes permite extraer las siguientes peculiaridades de la regulación material española:

a) La existencia de esta acción de daños y perjuicios constituye el primer dato relevante. El legislador ha entendido conveniente dotar a los sujetos directamente perjudicados por los actos restrictivos de la competencia de este derecho. El carácter resarcitorio de la acción, absolutamente distinto del sancionatorio propio de las multas de carácter administrativo que también pueden proceder, proscribire la virtualidad de apreciar entre una y otras el principio *ne bis in idem*.

b) La Ley 16/1989 no regula de modo completo la acción de resarcimiento sino que remite en numerosos aspectos al régimen sustantivo y procesal establecido por la legislación civil, eso sí, acomodándolo a las necesidades del *antitrust*. Así, la remisión general no alcanza, por ejemplo, a la exigencia de dolo o culpa. El fundamento de la acción (la *ilicitud de los actos prohibidos por esta ley*) haría obligatorio considerar en el sector el



carácter objetivo de esta responsabilidad<sup>43</sup>. Por otra parte, el artículo 8 de la L.Def.C. extiende la responsabilidad a la sociedad dominante respecto de los actos restrictivos de la competencia realizados por las sociedades dominadas. En cambio, la remisión operará respecto al plazo de prescripción o caducidad de la acción, la cuantía de la indemnización, régimen de transmisión de la acción, si cabe o no renuncia, etc.

<sup>43</sup> Con lo que vendría a coincidir nuestra normativa autónoma de defensa de la competencia con la solución comunitaria establecida por la S.T.J.C.E. de 13 de abril de 1994 (Asunto C 128/92. *H. J. Banks & Co. Ltd v. British Coal Corporation*, cuestión prejudicial planteada por la *High Court of Justice of England and Wales, Queen's Bench Division, Rec.* 1994, págs. 1209-1267). En efecto, el Tribunal comunitario ha establecido con claridad que «las prohibiciones previstas por el Derecho comunitario de la competencia no pueden quedar subordinadas a la prueba de una falta o a la ausencia de cualquier causa de exoneración de la responsabilidad» (punto 53). Tesis que, frente a otros autores (E. PICAÑOL, «Remedies in national law for breach of Articles 85 and 86 of the EEC treaty: a review», en *LIEI*, 1983/2, págs. 1-28; M. WÆLBROEK, «La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado C.E.E...», cit., pág. 880), va fue mantenida por B. GOLDMAN y A. LYON-CAEN, *Derecho comercial europeo*, op. cit., pág. 562. No obstante, aunque no es aquí objeto de estudio, el principal mérito de esta decisión del T.J.C.E. ha sido establecer con claridad el fundamento comunitario de la acción de daños y perjuicios por violación del Derecho comunitario de la competencia, y la obligación para las jurisdicciones nacionales de conceder el resarcimiento de los daños derivados de una infracción del Derecho comunitario de la competencia (punto 45). El fundamento comunitario de la acción de resarcimiento debe incidir seguro en la dimensión intracomunitaria de los sistemas de D.I.Pr. de los Estados miembros. En estos casos, la remisión al Ordenamiento aplicable a través de la correspondiente norma de conflicto no podrá suponer el sometimiento de la acción a condiciones más rigurosas que las establecidas por el propio T.J.C.E. Al contrario, y sería expresivo del diferente modo con el que el legislador ha concebido una y otra ley, el artículo 18 de la L.C.D. subordina el ejercicio de la acción de resarcimiento al *dolo o culpa del agente*. Ello sin perjuicio de que nuestra jurisprudencia, presumiendo la existencia de culpa y trasladando la carga de la prueba, haya modificado sustancialmente el alcance del requisito acercándose a construcciones de claro signo objetivo. Vid. S. CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1987.

### 3. CONDUCTAS QUE AFECTAN AL MERCADO EXTRANJERO

#### A) *Bilateralización de la norma de D.I.Pr. como opción de integración de la laguna axiológica*

20. Se trata de resolver la cuestión siguiente: ¿cuál será el Derecho aplicable a la acción de resarcimiento de daños cuando el mercado afectado por la conductas anticompetitivas no es el español sino uno extranjero? Desde una perspectiva formal cabría considerar la existencia de una relación *norma general-norma especial* entre la normativa de defensa de la competencia y el artículo 10.9 del C.c. Los casos no regulados por la norma especial encontrarían su régimen en ese precepto<sup>44</sup>, lo que impediría considerar la existencia de una laguna de regulación (art. 4.2 del C.c.). No obstante, no se ha tardado en subrayar que tal solución supondría desatender la orientación institucional de la ley donde es patente el abandono de finalidades puramente localizadoras a favor de la coherencia de las normas sobre ley aplicable con la función de ordenación económica del mercado que cumple el Derecho de la competencia<sup>45</sup>. No es necesario recordar que el derecho a la reparación se inscribe, en Derecho *antitrust*, en relación directa con la dinámica de protección institucional del mercado. Por ello, encuentra difícil acomodo en la filosofía fundamentalmente compensatoria que late bajo el artículo 10.9 del C.c. Por de más, si la ilicitud es el fundamento de la acción, no tendría sentido una solución que

<sup>44</sup> Entre nosotros, esta solución ha sido sostenida en el ámbito de la competencia desleal por L. GARAU JUANEDA, «Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito civil», en *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho internacional público y Derecho internacional privado*, Ed. C. Jiménez Piernas, Alicante, 1991, págs. 433-434.

<sup>45</sup> Vid. M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional...*, op. cit., pág. 132; M. AMORES CONRADÍ, «Obligaciones no contractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado*, parte especial, cit., págs. 216-218.



se aparte del principio de los efectos, a lo que podría conducir, sin embargo, el artículo 10.9 del C.c. en razón de la correspondencia no unívoca entre el lugar del efecto y el lugar del resultado<sup>66</sup>. Estas reflexiones permiten justificar la oportunidad de identificar en este caso una laguna axiológica u oculta en cuya integración deberá partirse del círculo hermenéutico de la propia de la L.Def.C. Por de más, el recurso analógico no resultaría inapropiado a la vista de la identidad de razón entre el supuesto contemplado por la norma y el no regulado (art. 4.1 del C.c.) y el carácter distinto, y no opuesto, de las directrices de regulación que revela la L.Def.C. respecto a las contenidas en el artículo 10.9 del C.c.

21. Para la integración de la laguna axiológica que genera la ley española de defensa de la competencia desde estas líneas se propone la bilateralización del principio de los efectos y la aplicación de la ley del mercado afectado por las conductas anticompetenciales, en el modo en que se definirán tales conceptos más adelante. No es ésta, sin embargo, la posición mayoritaria en relación al tema donde, al contrario, se suele partir de la imposibilidad de realizar aquella operación, así como del carácter bien fundado del método unilateral en Derecho *antitrust*, lo que se justificaría por las siguientes razones:

a) Carácter no intercambiable de las normas ordopolíticas: la problemática del ámbito de aplicación de las normas ordopolíticas o normas de dirección, entre las que se hallan las normas *antitrust*, supone cierta ruptura con los postulados de un D.I.Pr. basado en normas bilaterales. En efecto, ya no se trata de hallar la sede de la relación jurídica sino, sólo y exclusivamente, de saber si las propias normas de intervención son o no aplicables a un supuesto internacional. Cada

normativa lleva implícita la referencia a un concreto Estado en cuanto estas normas sirven a la configuración y conformación de una sociedad determinada y de una concreta economía, y pueden diferir de un Estado a otro. No tienen igual valor y no son, por tanto, intercambiables. Consecuentemente, el método de reglamentación indirecto o bilateral debe descartarse. Una bilateralización no sería posible dado que la aplicación de un Derecho extranjero no podría partir del ámbito de aplicación atribuido a nuestras propias normas, y ello justificaría la utilización del método unilateral o estatutario<sup>67</sup>.

b) La segunda pauta deriva de la anterior y supone su concreción en Derecho *antitrust*. Si bien es cierto que numerosas legislaciones han adoptado el criterio de los efectos para delimitar el ámbito de aplicación de sus normativas *antitrust*, la bilateralización de este principio no resultaría posible. Y ello dado el carácter incompleto y engañoso del criterio de conexión basado en el principio de los efectos que sólo queda definido en relación a las correspondientes normas materiales (en nuestro Ordenamiento, *ad. ex.*, efecto de la fijación de precios, efecto de reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento, etc.), que son precisamente las que se quieren hallar<sup>68</sup>. Carecería de sentido

<sup>66</sup> Vid. A. BUCHER, «Les actes illicites dans le nouveau droit international privé suisse», en *Le nouveau droit international privé suisse*, Lausana, 1989, pág. 134; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional...*, op. cit., pág. 132. Piénsese en los casos en que el perjuicio económico o comercial de los actos anticompetenciales se haya podido producir indirectamente, en particular, en el país de la sede de la empresa lesionada.

<sup>67</sup> Vid. J. BASEDOW, «Wirtschaftskollisionsrecht...», cit., págs. 8-9, pág. 19. Como señala P. PICONE, «L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza...», cit., pág. 197, las legislaciones sobre la competencia aparecen como legislaciones unilaterales en sentido estricto, las cuales llevan, por así decirlo, materialmente incardinada la referencia a un determinado mercado y al correspondiente Estado, y no son entre ellas en ningún caso intercambiables dado que tienen por objeto la tutela de mercados distintos. Entre nosotros, vid. P. RODRIGUEZ MATEOS, «Libre competencia (Derecho internacional privado)», cit., pág. 4092. En el ámbito de la competencia desleal, vid. M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional...*, op. cit., pág. 128.

<sup>68</sup> Vid., *inter alia*, P. PICONE, «L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza...», cit., págs. 195-200; J. BASEDOW, «Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts», cit., pág. 633; J. BASEDOW, «Wirtschaftskollisionsrecht...», cit., págs. 24-25; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional...*, op. cit., pág. 129; Ch. v. BAR, «Internationales Wettbewerbsbeschränkungsrecht zwischen Sach- und Kollisionsrecht», en *Festschrift für Murad Ferid*, Frank-



construir una regla bilateral que se desviara de los criterios de aplicación de las normas de competencia del mercado en cuestión. Bilateralizar supondría renunciar a que el criterio de los efectos se concrete a partir de la esfera de protección de las normas del Derecho de la competencia aplicables y, por tanto, abriría la posibilidad de aplicar un Derecho de la competencia sin títulos de aplicación<sup>69</sup>.

c) La bilateralización también debería descartarse en cuanto en el sector no se predicaría la vigencia del principio de igualdad entre el Derecho del foro y cualquier Derecho extranjero, presupuesto de la universalización del punto de conexión<sup>70</sup>.

22. Tales postulados no comportan, sin embargo, que quede descartada la posibilidad de aplicar un Derecho *antitrust* extranjero<sup>71</sup>. Pero no mediante el método bilateral. Se defiende al contrario la conveniencia del método de reglamentación unilateral universalista (tesis de la *extensión analógica del proyecto de regulación unilateral de la norma española*)<sup>72</sup>. La conexión unilateral sería la

única válida en relación a las normas ordopolíticas. La aplicación de la normativa extranjera partiría del método unilateral (respeto del ámbito de aplicación del Derecho imperativo extranjero) y de la admisión amistosa (*freundlichen Zulassung*) del Derecho extranjero a través de la cortesía internacional o *comitas*<sup>73</sup>. No obstante, el método bilateral no se rechazaría con carácter absoluto. En congruencia con el respeto a la voluntad de aplicación del Derecho extranjero, el método bilateral podría retenerse cuando las normas de intervención de los distintos Estados posean un ámbito de aplicación idéntico u homogéneo. Se admitiría así, por ejemplo, en el ámbito de las normas de protección, dirigidas a proteger a una parte débil en la relación contractual, cuando los Estados definen a estos grupos más o menos del mismo modo y *sin solapamientos*. En estos casos, en lugar de las normas ordopolíticas unilaterales y la aplicación de las, en razón de la *comitas*, leyes imperativas extranjeras, podrían desarrollarse normas bilaterales<sup>74</sup>.

furt, 1989, págs. 17-18; M. MARTINEK, *Das internationale Kartellprivatrecht*, op. cit., pág. 15 y ss.

<sup>69</sup> Vid. M. A. AMORES CONRADÍ, en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y OTROS, cit., pág. 217; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional...*, op. cit., págs. 36 y 129. En nuestro Ordenamiento, la adopción del método unilateral podría venir avalada por razones de simetría de regulación con otros sectores vecinos (*ad. ex. arts. 4 de la L.C.D. y 10.4 del C.c.*). Además, el método unilateral se justificaría en la asignación de competencia de control y aplicación del Derecho a órganos administrativos, cuya competencia se limita a aplicar Derecho español (arts. 25 y 31 de la L.Del.C.) donde, salvo Tratado internacional o expresa remisión de nuestra normativa, rige un unilateralismo absoluto. No obstante, ello no justificaría de por sí el rechazo del método bilateral respecto de las consecuencias civiles del *antitrust*.

<sup>70</sup> Vid. J. BASEDOW, «Entwicklungslinien...», cit., pág. 633; M. AMORES CONRADÍ, en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, op. cit., págs. 217-218.

<sup>71</sup> No obstante, cfr. P. PICONE, «L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il diritto internazionale», cit., págs. 199-200.

<sup>72</sup> Vid. J. BASEDOW, «Entwicklungslinien...», cit., pág. 633. Entre nosotros, vid. M. A. AMORES CONRADÍ, «Obligaciones no contractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y OTROS, *Derecho internacional privado,*

*parte especial*, op. cit., págs. 216-218; P. RODRÍGUEZ MATEOS, «Libre competencia (Derecho internacional privado)», cit., pág. 4092; M. VIRGÓS SORIANO, en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, cit., pág. 179. En el ámbito de la competencia desleal M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional...*, op. cit., págs. 34-37, 130.

<sup>73</sup> Vid. J. BASEDOW, «Wirtschaftskollisionsrecht...», cit., pág. 34.

<sup>74</sup> J. BASEDOW, «Wirtschaftskollisionsrecht...», cit., págs. 34-36. Por ejemplo, se podría observar el deseo de cada legislador de proteger al asegurado en su mercado según su propio Derecho (art. 5 del C.R.). Al contrario, en Derecho de la competencia donde los ámbitos de aplicación de las normas ordopolíticas de los distintos Estados se solapan, sólo sería posible la actuación de normas bilaterales de conflicto cuando los Estados desistieran de la pretensión de aplicación de su propio Ordenamiento, lo que tendría lugar mediante convenios internacionales. La bilateralidad de la norma sólo provendría en tales casos de un compromiso político y no alteraría la desigualdad formal de las normas. Por ello, en Derecho de la competencia una norma bilateral autónoma basada en el principio de los efectos no estaría justificada. Sería sólo una solución aparente dada la posibilidad de que las restricciones a la competencia se produzcan sobre varios mercados y de que no se limite debidamente la aplicación del Derecho del foro.



23. En claro contraste con este enfoque las más recientes y perfectas codificaciones de D.I.Pr. contienen normas bilaterales de Derecho *antitrust* en el sector de las consecuencias resarcitorias. Que se conozca, el artículo 137 de la Ley federal suiza de D.I.Pr.<sup>75</sup> y el artículo 117 de la codificación rumana<sup>76</sup> constituyen las primeras normas bilaterales de Derecho *antitrust*. ¿Cómo ha de valorarse la introducción del método bilateral a la vista de los postulados anteriores? ¿Deben tales normas su existencia a una simple obsesión del legislador por la acuñación de normas bilaterales?, o ¿es posible descubrir razones materiales, de política legislativa, en la formulación bilateral del principio de los efectos como criterio de conexión? Las razones que se han aducido para la creación de una norma bilateral son de vario tipo.

Se afirma con razón que la ausencia de una norma especial de D.I.Pr. en el sector del *antitrust* habría tenido por consecuencia la aplicación a estos supuestos de la norma general subsidiaria del artículo 133 de la L.D.I.P. que no tiene en cuenta las peculiaridades de este sector; que se configura como Derecho de mercado. Por otra parte, la trascendencia del artículo 137 resultaría desde la perspectiva de las normas de competencia judicial interna-

cional: la norma bilateral genera un régimen internacional sin lagunas (axiológicas) y plena congruencia, por tanto entre las normas de competencia judicial internacional y las de Derecho aplicable. La ley proporciona así una respuesta de ley aplicable para cada situación internacional cuyo conocimiento corresponda a los Jueces suizos<sup>77</sup>.

24. Tales razones de por sí podrían bastar para justificar una aproximación de D.I.Pr. de signo bilateral a la cuestión. No obstante, existirían aún argumentos más relevantes que postularían en contra de una construcción del D.I.Pr. del *antitrust* sobre bases unilateralistas, o al menos, desde una base unilateralista universalista como la expuesta. En efecto, se ha señalado que no sería razonable fundar la aplicación del Derecho extranjero sólo y exclusivamente en su voluntad de aplicación<sup>78</sup>. Por ello, no carecería de sentido limitar *a priori* el círculo de los Derechos que podrían aplicarse. Parece claro que la imposición de tales límites se traduciría en la exigencia de un vínculo estrecho entre la situación y la normativa extranjera que reclama aplicación al caso. Y a falta de criterios de carácter supranacional, *tal vínculo sólo podría ser valorado desde los parámetros autónomos del foro*. Si ello es así, esta exigencia introduciría en la aplicación del Derecho imperativo extranjero un claro componente de signo bilateral, que altera sustancialmente los postulados de un esquema unilateralista universalista.

Más allá de su carácter razonable, desde un análisis jurídico estricto y bien fundado como el llevado a cabo por M. SCHUBERT, el

<sup>75</sup> Ley federal suiza de Derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987. *Feuille fédérale*, 12 de enero de 1988. El texto puede verse en *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 77 (2), 1988, págs. 409-449. Su artículo 137 dispone: «1. Las pretensiones fundadas sobre una restricción al Derecho de la competencia se rigen por el Derecho del Estado sobre el mercado del cual la restricción produce directamente sus efectos sobre el lesionado.» Con razón se ha dicho que se trata de una norma no acostumbrada (*aussergewöhnliche Norm*), en cuanto que el ámbito de aplicación del Derecho *antitrust* se ha delimitado exclusivamente mediante normas unilaterales. F. VISCHER, «Artículo 137», cit., pág. 1193.

<sup>76</sup> Ley rumana número 105, de 22 de septiembre de 1992, sobre la reglamentación de las relaciones de Derecho internacional privado [su texto en *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 83 (1), 1994, págs. 172-195], dispone en su artículo 117: «Las pretensiones de reparación, fundadas sobre un acto de competencia desleal o sobre otro acto que entrañe restricciones ilegítimas a la libre concurrencia, se rigen por la ley del Estado sobre cuyo mercado se ha producido el resultado dañoso.»

<sup>77</sup> Vid. F. VISCHER, «Art. 137», cit., pág. 1193.

<sup>78</sup> M. SCHUBERT, «Internationale Verträge...», cit., 743. El autor cuestiona el fundamento del principio que postula la consideración primaria de la voluntad de aplicación de la Ley extranjera, en clara desintonía con el D.I.Pr. clásico. ¿Por qué habría de adecuarse el aplicador del Derecho al ámbito de la norma imperativa cuando según la opinión unánime se trata de regulaciones no intercambiables? ¿Por qué habría que preguntar a todos los Derechos del mundo sí y cómo quieren aplicarse? ¿No debería al contrario, cada Estado decidir, en primer lugar, por sí mismo si y en qué modo va a considerar el Derecho imperativo extranjero?



tundamento jurídico del método unilateral universalista ha sido severamente cuestionado<sup>79</sup>. Desde la consideración del principio de igualdad en sus componentes positivo y negativo, que tras ciertos intentos el autor traduce en el principio de la *consideración uniforme de los puntos de conexión* (*gleichheitssatzkonforme Berücksichtigung des Faktors Auslandsberührung*), se mantiene la necesidad de hallar en todo caso el centro de gravedad (*Schwerpunkt*) de la situación sometida a una norma imperativa (*Eingriffsrechtverhältnis*)<sup>80</sup>. En defecto de una norma de carácter supranacional<sup>81</sup>, el criterio sólo podría hallarse en el Derecho interno y no en la simple voluntad de aplicación del Derecho extranjero, por lo que debería ser, por tanto, irrelevante si la voluntad de aplicación del Derecho extranjero va más allá del que nuestro D.I.Pr. le atribuye. Para SCHUBERT sólo un sistema de D.I.Pr. económico construido sobre bases

bilaterales sería congruente con un tratamiento uniforme de los factores de conexión. En un solo caso interesaría conocer la voluntad de aplicación del Derecho extranjero: cuando éste no quiere ser aplicado.

Desde este planteamiento, la no intercambiabilidad de los Derechos no podría ya erigirse en postulado para rechazar el método bilateral. Este principio, que determinaría la imposibilidad de construir un sistema de D.I.Pr. sobre bases bilaterales en relación a las normas dictadas con un interés estatal, sólo sería congruente con un método unilateral universalista. Pero esta metodología, como se acaba de mostrar, ni resulta razonable ni sería consecuente con las exigencias del principio de igualdad en un Ordenamiento jurídico<sup>82</sup>.

25. Verificada la necesidad de operar con parámetros autónomos, se trataría sólo de elaborar criterios de conexión que consigan dos finalidades: establecer un límite razonable, desde la perspectiva del foro, para la aplicación del Derecho imperativo extranjero y que sean operativos o efectivos en el comercio internacional por su pretensión de validez universal. La bilateralización del criterio que sustenta la L.Def.C. para la aplicación del Derecho *antitrust* español (criterio de los efectos) cumpliría a nuestro juicio con ambas exigencias.

En primer término, el punto de conexión deberá significar que el legislador estima ra-

<sup>79</sup> M. SCHUBERT, «Internationale Verträge und Eingriffsrecht...», cit., pág. 743.

<sup>80</sup> Vid. M. SCHUBERT, «Internationale Verträge...», cit., págs. 741-742. En la construcción del autor, el modelo unilateral y la relevancia directa del interés de aplicación del Derecho extranjero se situarían en contradicción con una consideración uniforme de los factores de conexión. La necesidad de una construcción bilateral desde los postulados del principio de igualdad se observaría claramente en los casos de *true conflicts*. ¿Qué ley debería aplicarse cuando dos regulaciones extranjeras contradictorias reclaman aplicación al caso? En estos casos, la peculiaridad del supuesto reclamaría quizá la aplicación de uno de los Ordenamientos. Habría entonces que construir principios de preferencia (*principles of preference*). Y si tales criterios no derivan del Derecho internacional público, y el Juez no quiere decidir arbitrariamente, deberá tomar en consideración criterios autónomos. En este caso se conseguiría una plena seguridad jurídica, pero la fórmula unilateral se habría convertido en multilateral al emplear un criterio autónomo bilateralizado.

<sup>81</sup> M. SCHUBERT, «Internationale Verträge...», cit., pág. 735. La aplicación del Derecho imperativo extranjero no podría reposar en un fundamento supranacional o de Derecho internacional público. Este sólo serviría para señalar bajo qué condiciones un acto de un Estado, por ejemplo, la emisión o la ejecución de regulaciones extraterritoriales, es o no legítima. Pero no indicaría si la regulación de otro Estado debe o no ser considerada.

<sup>82</sup> M. SCHUBERT, «Internationale Verträge...», cit., 743. Desde la óptica del principio de igualdad —tratamiento igual de los factores de conexión— sería indiferente si los Derechos extranjeros son o no intercambiables. Para el autor, la idea de la valoración igual del Derecho privado nunca habría operado, ni siquiera en tiempos de Savigny. ¿Qué se quiere decir con igualdad de valor cuando se trata de decidir sobre la cuestión del Derecho aplicable a la existencia o inexistencia de una acción? ¿En qué medida es un Ordenamiento donde la herencia se destina imperativamente a los descendientes intercambiable con otro que concede plena libertad al testador para disponer de sus bienes? Desde otro enfoque M. MARTINEK, *Das internationale Kartellprivatrecht*, op. cit., pág. 84, mantiene que bajo la consideración de la *comitas*, como segundo soporte del D.I.Pr. moderno, ya no se opondría ningún déficit de fungibilidad (*Fungibilitätsdefizit*) a la construcción de una norma bilateral.



zonal dar efecto a la norma de intervención del Derecho llamado por la norma de conflicto especial. En la concepción de F. VISCHER, el carácter de *normas de protección* (de la institución del mercado) del Derecho *antitrust* justificaría la bilateralización. Esta se habría realizado en la idea de que el Derecho de la competencia es un Derecho general para la protección del mercado donde se estima razonable que domine el Derecho de aquel Estado sobre cuyo mercado se producen los efectos anticoncurrenciales<sup>40</sup>. Conforme a esta idea, la aplicación del Derecho *antitrust* extranjero sólo resultaría bien recibida, y en consecuencia sólo podría aplicarse este Derecho, cuando desde la perspectiva del foro la intervención de la norma extranjera se estima legítima<sup>41</sup>.

En segundo lugar, la formulación de una norma bilateral basada en el principio de los efectos quedaría autorizada en Derecho *antitrust* en cuanto este criterio de conexión (principio de los efectos) se mostraría adecuado y sería operativo desde una perspectiva universal<sup>42</sup>, dada su amplia admisión por las legislaciones estatales (vid. Código de conducta U.N.C.T.A.D.).

26. Otros argumentos que se han barajado para negar la virtualidad de un modelo bilateral han sido la falta de reciprocidad y la primacía del Derecho *antitrust* del foro. Ta-

les argumentos no serían, sin embargo, concluyentes. En primer término, se afirma que la construcción de una norma de conflicto bilateral se apoya en la idea de que la mayoría de los Estados han adoptado normas bilaterales. Sólo de este modo se serviría el principio de la armonía internacional. No obstante, como señala M. MARTINEK<sup>43</sup>, cada vez pesa más en los Estados occidentales un internacionalismo orientado al mercado mundial. Y si en el pasado el rechazo a una aplicación del Derecho del cartel extranjero muchas veces se ha apoyado en las diferencias entre los Estados sobre la esfera de aplicación espacial del Derecho de defensa de la competencia, este obstáculo decaería tras la generalización del criterio, limitado y razonable, de los efectos. Como dijimos al comienzo del trabajo, la superación de las viejas querellas de carácter iuspublicista habría allanado el paso a las normas bilaterales. Por otra parte, la primacía del Derecho del foro tampoco se opone a la posibilidad de una norma bilateral<sup>44</sup>, en cuanto siempre podría quedar a salvo la aplicación de esta ley, tal y como sucede en el sector contractual.

27. Al contrario, una norma de conflicto bilateral en el sector del *antitrust* introduce en el sistema otras ventajas. En primer término, la bilateralización del criterio de los efectos orienta la remisión delimitando en vía preliminar el círculo de Derechos en los que el demandante podrá fundar su pretensión. Respecto a una regla unilateral universalista la regla bilateral excluiría con carácter previo, sin necesidad de acudir, en su caso, al expediente del orden público, la posibilidad de aplicar un Derecho de la competencia que, desde la perspectiva del foro, se irroge un ámbito de aplicación desmesurado. Supone introducir *juicios de legitimidad previos* para la aplicación de un Derecho *antitrust* extranjero. Además, la misma existencia de la norma introduciría seguridad jurídica en el sistema al evitar al intérprete complejas labores

<sup>40</sup> F. VISCHER, «Zwingendes...», cit., pág. 457.

<sup>41</sup> No parecen ajenas a estas reflexiones las consideraciones del profesor M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional...*, op. cit., pág. 131, cuando afirma «el criterio de los efectos expresaría el límite máximo dentro del cual se acepta la pretensión de aplicación de un Derecho extranjero». Vid. también P. RODRÍGUEZ MATEOS, «Libre competencia (Derecho internacional privado)», cit., pág. 4092, quien afirma «en tales supuestos sería preceptivo analizar las normas internas del mercado extranjero supuestamente afectado, que en último término son las que deben decidir y valorar si esta afectación se ha producido». La cursiva es nuestra. De este modo, el criterio de conexión sería idéntico en el ámbito contractual y en el extracontractual al concretarse el vínculo estrecho que exige el artículo 7.1 del C.R. en el país en cuyo mercado se producen los efectos anticoncurrenciales.

<sup>42</sup> Vid. F. VISCHER, «Zwingendes...», cit., pág. 457; M. MARTINEK, *Das internationale Kartellprivatrecht*, op. cit., pág. 93.

<sup>43</sup> M. MARTINEK, *Das internationale Kartellprivatrecht*, op. cit., págs. 88-89.

<sup>44</sup> M. MARTINEK, *Das internationale Kartellprivatrecht*, op. cit., pág. 95.



de interpretación (*ad. ex.*, zanja la cuestión sobre la posibilidad de aplicar el Derecho *antitrust* extranjero, facilita la respuesta al ofrecerse una norma explícita sobre la cuestión). En efecto, la inexistencia de esta norma, como se ha dicho, podría provocar disfunciones en cuanto no sería descabellado considerar como aplicable la norma general en materia de responsabilidad extracontractual del artículo 10.9 del C.c., que no considera las especialidades de las restricciones a la competencia. En definitiva, la norma bilateral excluiría una carga añadida de D.I.Pr. en la administración de las normas del sistema y contribuiría a la realización del principio de seguridad jurídica<sup>48</sup>.

28. Si asumimos estas consideraciones, la respuesta a los casos no contemplados por la Ley 16/1989 debe venir dada, mediante el recurso analógico, por la *bilateralización del criterio sustentador de la norma española*, el principio de los efectos, procediendo por tanto la aplicación de la *ley del mercado afectado* por los comportamientos anticoncurrenciales. De tal suerte que la norma española deberá contemplarse, en el sentido descrito, como verdadera norma de conflicto bilateral, sólo aparentemente unilateral. La bilateralización debe proceder pese al modo indirecto con el que, como vimos, opera el criterio de los efectos respecto a la acción de resarcimiento de daños en la Ley 16/1989 (tras la declaración administrativa de la ilicitud de la conducta anticoncurrencial). Esta circunstancia, como se dijo, oscurecía la perspectiva de D.I.Pr. del principio de los efectos complicando su tratamiento de D.I.Pr. No obstante, si se parte de la posibilidad de aplicar en el foro el Derecho *antitrust* extranjero, la falta de regulación expresa autoriza a extender al máximo las posibilidades interpretativas del sistema y a trasladar el principio de los efectos, como principio rector en Derecho de la com-

petencia, al sector del resarcimiento ya con pleno valor de criterio de conexión de D.I.Pr. cuando se trate de acciones de resarcimiento derivadas de infracciones a la competencia cuyos efectos hayan repercutido sobre mercados extranjeros.

El correcto entendimiento de la bilateralización del principio de los efectos que se propone debe precisarse en dos sentidos: de un lado, la norma no impone la aplicación de todos los Derechos que posean voluntad de aplicación. Parecería al contrario razonable, sobre todo en este sector de consecuencias del *antitrust*, que sean las partes quienes concreten el Derecho o Derechos en los que quieren basar el debate jurídico<sup>49</sup>; de otro, la bilateralización no supone que no deba atenderse la voluntad de aplicación del Derecho hallado<sup>50</sup>.

#### B) Redefinición de la norma de D.I.Pr.

29. Convenientemente bilateralizada, la norma *antitrust* española en el sector del resarcimiento de daños debe entenderse por el intérprete con una formulación aproximada a la siguiente: «Sin perjuicio de la aplicación de la ley española, la acción de resarcimiento de daños y perjuicios que deriva de restricciones a la competencia en el mercado se rige por la ley del Estado, sobre cuyo mercado se producen los efectos anticoncurrenciales.» Los elementos de esta norma de conflicto deben entenderse con el siguiente sentido.

##### a) Supuesto de hecho

30. Como restricciones a la competencia en el mercado aparecen en primer término

<sup>48</sup> El Juez debería quedar satisfecho con la investigación del Derecho del mercado afectado por la conducta sobre la que versa el litigio. Ello conducirá a la aplicación de la ley del centro de negocios o establecimiento de las partes en el litigio con la ventaja de aplicar la ley del lugar donde surge la concreta necesidad de protección. Vid. H. J. MERTENS, «Ausländisches Kartellrecht im deutschen internationalen Privatrecht», cit., pág. 403; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional...*, op. cit., pág. 130.

<sup>49</sup> Sobre el respeto a la voluntad de aplicación del Derecho extranjero, vid. *infra*.

<sup>48</sup> Y ello en relación a la exigencia de corrección estructural del sistema o formulación adecuada de las normas del Ordenamiento. Vid. A. E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, pág. 106.



las conductas tipificadas por la ley española (art. 12.1 del C.c.) que se concretan, respectivamente, en los artículos 1 y 6 de la L.Def.C., en un enunciado general y una enumeración, ejemplificativa no exhaustiva, de conductas que se presumen anticoncurrenciales anticipadamente. No obstante, la exclusiva consideración de tales supuestos de restricciones a la competencia podría revelar insuficiencias para estructurar el supuesto de hecho de una norma bilateral de D.I.Pr., dispuesta por definición para aprehender supuestos vinculados con Ordenamientos extranjeros. Aunque la regulación de D.I.Pr. comparte el supuesto de hecho con la interna, cuando éste se proyecte sobre situaciones internacionales deberá interpretarse en un sentido autónomo, propio del D.I.Pr., y acorde con su función en una norma bilateral de D.I.Pr. (calificación autónoma)<sup>91</sup>. La calificación autónoma que se propone no podrá, sin embargo, desvirtuar el núcleo irreductible de lo que el Derecho español entiende por restricciones a la competencia<sup>92</sup>. La transacción entre las exigencias

de flexibilización de la norma (para hacerla operativa en D.I.Pr.), y de seguridad jurídica (para que no se desvirtúe su núcleo fundamental) podría resolverse del siguiente modo: la aplicación de la norma especial exigirá siempre que el daño resarcible derive de *actos dirigidos, en sentido amplio, a impedir u obstaculizar la competencia en el mercado*. Al contrario, debe descartarse, por su inoperatividad, una calificación *lege causae* del punto de conexión (lo que se entienda por acto anticoncurrencial se determinará conforme al Ordenamiento aplicable)<sup>93</sup>. Al contrario, corresponderá al Derecho extranjero decidir en última instancia sobre la existencia de tales efectos.

#### b) Punto de conexión

31. El punto de conexión en nuestra norma bilateral es el espacio económico (mercado) donde se verifican los efectos de las conductas anticoncurrenciales. El Derecho antitrust, como ahora también el Derecho de la competencia desleal, se erige claramente como un *Derecho de mercado*. Para la determinación de este mercado será determinante el ámbito territorial estatal en el que se impide al perjudicado la venta de mercancías o la oferta de prestaciones de servicio, que coincidirá normalmente con el ámbito donde tales prestaciones o mercancías se demandan, al ser el lugar donde se encuentran los potenciales clientes<sup>94</sup>. La conexión a la ley de un

<sup>91</sup> Vid. M. VIRGÓS SORIANO, *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, págs. 16-17. H. BATIFFOL y P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, op. cit., pág. 486, núm. 297. Este sentido autónomo y amplio es el que se atribuye al supuesto de hecho del artículo 137 de la Ley suiza de D.I.Pr. por A. BUCHER, «Les actes illicites dans le nouveau droit international privé suisse», en *Le nouveau droit international privé suisse*, Zurich, 1989, pág. 134; F. VISCHER, «Artículo 137», *IPRG Kommentar*, Zurich, 1993, pág. 1192; M. A. RENNOLD, *Les conflits de lois en droit antitrust*, op. cit., pág. 200. Si bien el enunciado general de los artículos 1 y 6 de la L.Def.C. aparece construido en una perspectiva de Derecho interno, y no de D.I.Pr. (vid. M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional...*, op. cit., págs. 44 y 50), su carácter abierto facilita de por sí la inserción en el supuesto de hecho, ya desde una perspectiva conflictual, de actos anticoncurrenciales no contemplados específicamente por la ley española. Cfr. E. MEZGER, «Pratiques restrictives de la concurrence», en *Rep.dr.int.Dalloz*, II, pág. 611, para quien el criterio de los efectos se prestaría directamente a ser utilizado como noción de hecho.

<sup>92</sup> Como afirmó el profesor M. VIRGÓS SORIANO, *Lugar de celebración...*, op. cit., págs. 162-163. el equilibrio entre la seguridad jurídica y la adecuación a su función pasa por el respeto de los límites de estiramiento de los conceptos de modo que no se pierda el núcleo esencial de identidad.

<sup>93</sup> Los inconvenientes de tal solución han sido indicados por M. VIRGÓS SORIANO, *Lugar de celebración...*, op. cit., pág. 28, quien afirma de ella que «no es sencilla de aplicar ni de entender por los Jueces, hace perder inmediatez y simplicidad a las normas de D.I.Pr. al agregar una considerable complejidad a su aplicación, puede suponer un grado estimable de imprevisibilidad jurídica para los particulares, y, por último, dificulta la interpretación uniforme de casos iguales. Sólo en determinados supuestos será necesaria, y por ende inevitable, para asegurar la realidad de la conexión». No obstante, cabría cuestionar si tal calificación prosperaría en la línea de la teoría de los dos momentos de la calificación sostenida por R. AGO, «Règles générales des conflits de lois», en *Rec. des Cours.*, 1936-IV, t. 58, págs. 359 y ss.

<sup>94</sup> Vid. F. VISCHER, «Art. 137», cit., pág. 1194. No obstante, según los casos, el mercado podría tam-



país determinado supone que el perjudicado haya sufrido una restricción a su libertad de competir en este mercado. Por contra, debe carecer de consideración el Derecho del país en el que se ha podido producir el perjuicio económico o comercial indirectamente, en particular en el país de la sede de la empresa lesionada. Cobra aquí sentido la distinción entre la ley del lugar del resultado y la ley del lugar de los efectos<sup>95</sup>.

c) *Consecuencia jurídica: ámbito de la lex causae*

32. La L.Def.C. establece los actos o conductas prohibidos (arts. 1, 6 y 7), los supuestos de autorización (art. 3), así como las consecuencias civiles de los comportamientos ilícitos. En base a ello es posible atribuir al Derecho extranjero reclamado un ámbito de aplicación que se extienda, de modo paralelo a nuestra ley, a la ilicitud del comportamiento, a los supuestos de autorización<sup>96</sup> y a las consecuencias de los actos ilícitos<sup>97</sup>. La ley aplicable determinará los presupuestos de la responsabilidad en su conjunto y las condiciones determinantes de la existencia

bien quedar determinado desde la perspectiva de la oferta. Vid. R. BAR, *Kartellrecht und internationale Privatrecht...*, op. cit., págs. 377 y ss.; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional...*, op. cit., págs. 55-58. No debería excluirse anticipadamente la eficacia de la ley respecto del comercio de exportación. Como señala VIRGÓS SORIANO, «una interpretación estricta del término mercado español excluiría del control de las normas sobre competencia aquellos casos en que participen empresas radicadas en España que no operen hacia el mercado interno». Para estos casos, el autor apunta la necesidad de estar a la concreta función que el legislador haya asignado al Derecho de la competencia y en la hipótesis de que las normas españolas de competencia pretendan proteger la libertad de iniciativa económica a la exportación, parecería lógico desde un punto de vista económico que dicha protección se extienda a todas las empresas que operen desde España, aunque no lo hagan hacia el mercado español.

<sup>95</sup> A. BUCHER, «Les actes illicites...», cit., pág. 134.

<sup>96</sup> Sobre la preceptiva intervención de una autoridad administrativa para valorar la procedencia de la autorización, vid. *infra*.

<sup>97</sup> Vid. M. VIRGÓS, *El comercio internacional...*, op. cit., págs. 146-150; F. VISCHER, «Artículo 137», cit., pág. 1197.

del ilícito concurrencial: requisitos, condiciones de antijuricidad, causalidad, imputabilidad y culpabilidad, personas responsables, extensión de la responsabilidad, personas que pueden reclamar, legitimación activa, daños indemnizables, así como la cuantía y las modalidades de la indemnización. Cuando tengan carácter punitivo podría operar la excepción de orden público<sup>98</sup>. En el ámbito de la ley aplicable se incluye la posibilidad de transmitir (*inter vivos* o *mortis causa*) el derecho a reparación aunque no el modo de su transmisión. También se extiende a la prescripción<sup>99</sup>. Cuando sea precisa la culpa, su estimación en el caso es algo que escapa a fórmulas de carácter general. Es un problema de apreciación subjetiva del Juez, de acuerdo con un cánón o modelo que puede ser bien la diligencia propia del agente, es decir, la exigible a esa persona en particular, bien como parece más correcto, la que en abstracto puede esperarse de un ciudadano medio.

d) *Conclusión*

33. A modo de recapitulación de lo apuntado, podrían apuntarse las siguientes conclusiones.

Una vez admitida la posibilidad de aplicar en España un Derecho *antitrust* extranjero en el sector del resarcimiento de daños, el cauce para la recepción de este Derecho debe venir dado, mediante el recurso analógico, por la bilateralización del criterio de conexión basado en el principio de los efectos en el modo que se ha descrito. Debe entenderse, pues, que la Ley 16/1989 contiene una norma de conflicto bilateral oculta en este ámbito que opera, directamente, bajo el principio de los efectos. Frente a un sistema de integración basado en la universalización de la norma unilateral, la bilateralización introduce un criterio razonable, desde la perspectiva del foro, para la aplicación de una ley *antitrust* extranjera de gran operatividad en el comercio internacional.

<sup>98</sup> Vid. *infra*.

<sup>99</sup> Vid. L. GARAU JUANEDA, en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, op. cit., pág. 304.



Mediante la bilateralización del criterio de los efectos queda limitado el círculo de Derechos a los que el foro otorga título de intervención. Quedan así fuera de la llamada aquellos Derechos que pretendan un ámbito de aplicación exorbitante en relación al criterio del foro. La norma bilateral consigue, además, otros objetivos. De un lado, produce una exacta correspondencia explícita entre las normas de competencia judicial internacional y las de ley aplicable. De otro, se excluyen numerosos problemas en la administración de las normas de D.I.Pr. Por todo ello, el método bilateral empleado en Derecho *antitrust* en las codificaciones suiza y rumana debe estimarse especialmente afortunado.

#### C) Otras posibles conexiones

34. La consideración del Derecho *antitrust* como un Derecho de mercado obligaría a descartar otro tipo de conexiones como, por ejemplo, la autonomía de la voluntad o una conexión accesoria o la ley reguladora de una relación previa entre las mismas partes. En efecto, si la licitud del comportamiento de un partícipe en el mercado debe ser valorado según las disposiciones del Derecho de ese mercado, el acuerdo de las partes de aplicar otro Derecho no debe atenderse<sup>100</sup>. Por otra parte, la admisión de una conexión accesoria, desvirtuaría el sentido de la acción de reparación, amén de que podría perjudicar la *par conditio concurrentium*<sup>101</sup>, como principio básico del Derecho de la competencia<sup>102</sup>.

<sup>100</sup> Entre nosotros, con fuertes apoyos doctrinales, la posibilidad es rechazada en el ámbito de la competencia desleal por M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional...*, op. cit., pág. 137. Tales conclusiones resultan fácilmente trasladables al sector del Derecho *antitrust*.

<sup>101</sup> En este sentido, vid. M. A. RENOLD, *Les conflits de lois en droit antitrust*, op. cit., pág. 206; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional...*, op. cit., pág. 141.

<sup>102</sup> La posibilidad de someter la acción de resarcimiento que deriva del Derecho *antitrust* a la ley reguladora de la relación especial entre las partes parece quedar descartada en la Ley federal suiza. Al

## IV. CUESTIONES PARTICULARES RELATIVAS A LA APLICACION DEL DERECHO ANTITRUST EXTRANJERO

### 1. PLURALIDAD DE MERCADOS AFECTADOS

35. La planificación internacional de la actividad de las empresas provoca en numerosas ocasiones que una misma conducta anticoncurrencial produzca efectos sobre una pluralidad de mercados, lo que genera la concurrencia de distintas leyes con vocación aplicativa. La regla de base para estos casos es el *principio de valoración separada* por mercados según la cual cada ley decidirá respecto de su mercado, y sólo para él, sobre la licitud de la conducta y sus efectos (conexión especial territorialmente limitada o *territorial begrenzte Sonderanknüpfung*)<sup>103</sup>. En síntesis, la solución supone la toma en consideración

contrario, se reconocería en Derecho de la competencia desleal (cfr. art. 136.3, en relación al art. 133.3). Vid. F. VISCHER, «Art. 137», cit., pág. 1196. Según A. BUCHER, «Les actes illicites...», cit., pág. 135, a falta de una reserva en relación al artículo 132, no cabrá la posibilidad de acordar por las partes la aplicación de la Ley del foro, lo que debe estimarse consistente con el carácter no justificado de una facultatividad de la norma de D.I.Pr. en este sector. En la Ley rumana la respuesta no es tan clara dada la redacción de los artículos 117 y 118. Según el artículo 118, «en lugar de la ley indicada en el artículo 117 y a petición de la persona lesionada se podrá aplicar: a) la Ley del Estado en que dicha persona tiene su sede, si el acto de competencia desleal ha entrañado daños que la conciernen exclusivamente; b) la Ley del contrato entre las partes, si el acto de competencia desleal ha sido cometido y ha producido perjuicios en sus relaciones.

<sup>103</sup> Vid. R. BÄR, *Kartellrecht und internationale Privatrecht*, op. cit., págs. 231 y ss.; B. GOLDMAN, «Les Champs d'application territoriale des lois sur la concurrence», cit., pág. 726; H. J. MERTENS, «Ausländisches Kartellrecht im Deutschen internationalen Privatrecht», cit., págs. 401 y ss.; P. PICONE, «L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza...», cit., págs. 194-195; M. MARTINEK, *Das internationale kartellprivatrecht*, op. cit., págs. 84 y ss.; M. A. RENOLD, *Les conflits de lois en droit antitrust*, op. cit., pág. 205; F. VISCHER, «Artículo 137», cit., pág. 1195. En el ámbito de la competencia desleal, vid. M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional...*, op. cit., pág. 143.



de todos los Ordenamientos en presencia. Sin embargo, cada Estado decidirá sólo parcialmente sobre la ilegalidad de una restricción a la competencia, es decir, sólo y en la medida en que afecta a su mercado<sup>104</sup>. En la concepción de MARTINEK, el principio resultaría plenamente operativo en cuanto «ninguna ley prohibitiva tropezaría con otra ley de tal carácter ni con otra ley de permisión. Cada norma decide para su ámbito y ninguna decide sobre el contrato como unidad».

36. El principio parece resultar plenamente operativo cuando se trata de pretensiones de carácter extracontractual<sup>105</sup>. La divergencia de soluciones no debería impedir

<sup>104</sup> Esta sería la única solución congruente con el sentido y finalidad del Derecho de la competencia, dirigido a defender la competencia en un concreto mercado. Por ello, deben rechazarse otras propuestas de solución en casos de pluralidad de mercados afectados: como la aplicación del Ordenamiento menos riguroso o más estricto (*des mildestens oder des strengsten Rechts*), la aplicación del Derecho del mercado mayormente afectado (*Recht des meistbetroffenen Marktes*), o la aplicación del Derecho del Estado afectado coincidente con la *lex causae*. Vid. M. MARTINEK, *Das internationale Kartellprivatrecht*, op. cit., págs. 85-86; H. J. MERTENS, «Ausländisches Kartellrecht im Deutschen internationalen Privatrecht», cit., págs. 399 y ss. La aplicación del Derecho de la competencia menos riguroso o más estricto supondría orientar la solución, en los casos de pluralidad de mercados afectados, a la política de competencia del foro. La neutralidad del punto de conexión de los efectos se pondría en cuestión y la armonía internacional de solución quedaría mermada. Iguales afirmaciones cabe indicar respecto a la ley del mercado más afectado. A la dificultad de identificar este mercado se unirían las derivadas de otorgar primacía al Derecho de un Estado sobre el Derecho de otro cuyo mercado también ha sido afectado de forma grave.

<sup>105</sup> Es ahora cuando adquieren significativa vigencia las afirmaciones anteriores en torno a la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles. En efecto, mientras los foros generales (domicilio del demandado o sumisión) y el foro del artículo 5.3 del C.B., interpretado como *lugar del acto generador* fundan la competencia de los Tribunales españoles para conocer de los efectos anticoncurrenciales sobre mercados extranjeros, cuando la competencia se funde en el artículo 5.3 del C.B. interpretado como *lugar del resultado dañoso* sólo podrían conocer de los efectos en mercados extranjeros cuando el efecto preponderante, en el sentido que se dijo, tenga lugar en territorio español. Vid. *supra*.

la aplicación distributiva de las leyes en presencia. La acción de resarcimiento prosperará conforme a aquel o aquellos de los Ordenamientos aplicables que, de acuerdo con las condiciones a que se subordina el ejercicio de la acción, estimen su procedencia. Eso sí, cuando el cálculo de la indemnización no se deje separar de un modo claro por mercados, habría de operarse sobre la base del principio general *ne bis in idem*, para evitar duplicaciones<sup>106</sup>.

En el ámbito contractual esta solución resultará operativa cuando en el contrato sea posible apreciar cláusulas que afecten de modo separado a distintos mercados y resulte factible aislar unas cláusulas de otras (*ad. ex.*, contrato por el que se concede a una sociedad la distribución en exclusiva de ciertos productos en varios países). Una interpretación de la sanción de nulidad en clave funcional<sup>107</sup> debe conducir a la anulación del contrato en la parte lesiva para la competencia en el correspondiente mercado y a la conservación del resto del negocio (*ad. ex.*, anulación de las cláusulas de exclusiva que afecten al mercado que las prohíbe). A la *lex causae* corresponderá, en todo caso, decidir si la nulidad parcial impide o no la conservación del resto del negocio. No obstante, cuando no quepa una separación de cláusulas del contrato por sus efectos sobre varios mercados<sup>108</sup>, que permita operar una modificación del contrato, no cabrá sino dar primacía a alguna de las leyes en presencia para acordar bien la nulidad del entero negocio, bien su validez. La primacía corres-

<sup>106</sup> Vid. M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional...*, op. cit., pág. 147.

<sup>107</sup> Como señala M. MARTINEK, *Das internationale kartellprivatrecht*, op. cit., pág. 87, «aunque los Ordenamientos nacionales de la competencia ponen la mira sobre el conjunto del acto restrictivo, su objetivo se proyecta sólo sobre los efectos que se producen en el mercado nacional». Hay que estar, pues, a la finalidad concreta de la nulidad. Vid. sobre el extremo C. GUELFUCCI-THIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, op. cit., pág. 236, núm. 399.

<sup>108</sup> Este caso se daría, por ejemplo, en cuanto un cartel de exportación podría quedar autorizado en el país exportador mientras que con toda seguridad sería ilícito en el país importador.



ponderará siempre a la *lex fori*<sup>109</sup>. En su defecto, habría que establecer criterios subsidiarios o reglas de preferencia entre Derechos como los anteriormente señalados: ley del mercado mayormente afectado o legislación más rigurosa (o menos estricta). Al contrario, del C.R. no cabría deducir un principio de preferencia en favor del Derecho de la competencia de la *lex contractus*<sup>110</sup>.

## 2. INTERVENCIÓN PRECEPTIVA PREVIA DE UNA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA PARA LA EXTRACCIÓN DE CONSECUENCIAS CIVILES DEL DERECHO ANTITRUST

37. La extracción de las consecuencias civiles que derivan de la violación del Derecho antitrust se articula, según los sistemas, en relación o no de dependencia respecto de una resolución administrativa previa que declare la ilicitud del comportamiento concurrencial. Cuando esta intervención no sea preceptiva, el Juez español deberá extraer ta-

les consecuencias civiles en iguales términos que lo haría el Juez extranjero. Aunque el conocimiento del Derecho antitrust extranjero y la valoración de los hechos pueden hacer complicada esta operación, tales dificultades, en última instancia, no serían específicas del Derecho antitrust. Una cuestión que puede complicar aún más el esquema es la valoración de los supuestos de autorización. El Juez deberá examinar si el supuesto queda incluido en el supuesto de la autorización lo que ocurrirá en caso de exenciones generales que autorizan anticipadamente determinados comportamientos. Cuando la autorización exija un pronunciamiento especial no parece que pueda dársele efecto.

La cuestión se plantea de otro modo cuando la derivación de las consecuencias civiles del Derecho antitrust, como en nuestro sistema, se subordina a un procedimiento administrativo previo. La existencia de una resolución administrativa o judicial del Estado extranjero que declare la ilicitud de una conducta anticoncurrencial será decisiva para proceder a la extracción de las consecuencias civiles del Derecho antitrust establecidas por aquel Ordenamiento. ¿Es posible extraer tales consecuencias en defecto de este procedimiento?<sup>111</sup> La presunción que deja traslucir esta necesaria intervención administrativa —todo acto sería válido hasta que no se declare su invalidez— postularía por la imposibilidad de extraer tales consecuencias. No podría proceder tampoco una decisión prejudicial sobre la ilegitimidad de la conducta<sup>112</sup>. Aunque la solución más razonable fuera suspender el procedimiento hasta que se produzca una resolución<sup>113</sup>, la falta de previsión legal de esta po-

<sup>109</sup> Vid. M. A. RENOLD, *Les conflits de lois en droit antitrust*, op. cit., pág. 205; J. BASENOW, «Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts», cit., pág. 633; no obstante, cuestionando si no debería dejar de darse la primacía al Derecho del foro, vid. L. IDOT, «Les conflits de lois en droit de la concurrence», en *Journ. dr. int.*, 1995, 122, pág. 339, autor que defiende bien la aplicación de la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación (*ad. ex.* en un contrato de distribución se aplicaría la ley antitrust del distribuidor, en una concentración, la ley de la sociedad absorbida), bien la de aquella cuyos resultados coinciden en mayor medida con los que determinaría la ley del foro.

<sup>110</sup> Piénsese en el caso de un cartel de exportación en el que la *lex contractus* es la del país exportador que autoriza el cartel, a pesar de producir ciertos efectos en este mercado, y el país importador considera a este cartel prohibido. Conforme al artículo 7.1 del C.R. debería darse efecto al Derecho de este país una vez que ha cumplido todos los requisitos de aplicabilidad impuestos por el convenio. Dos legislaciones antitrust contradictorias (de la *lex contractus* y de un tercer Ordenamiento) reclamarían su aplicación al caso sin que el convenio resuelva expresamente que deba primar el Derecho del Estado de la *lex contractus* sobre el Derecho de un tercer Estado. Para no otorgar una solución arbitraria sería preciso estar a reglas de preferencia autónomas creadas por el propio D.I.Pr. del antitrust. Vid. *supra*.

<sup>111</sup> Por su analogía, vid. las reflexiones de J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, op. cit., págs. 556-557, en relación a la posibilidad de contemplar en el foro la inconstitucionalidad de la Ley extranjera.

<sup>112</sup> Cfr. F. VISCHER, «Art. 137», cit., pág. 1199; R. BAR, «Internationales Kartellrecht und unlauterer Wettbewerb», en *Festschrift Moser*, Zurich, 1987, pág. 175; R. BAR, *Kartellrecht und internationale Privatrecht*, op. cit., pág. 270.

<sup>113</sup> En este sentido, vid. A. BUCHER, «Les actes illicites...», cit., pág. 135.



sibilidad en nuestro Derecho procesal civil internacional se cierne en su contra, por lo que, *de lege lata*, no cabría, sino rechazar la demanda.

### 3. LA VOLUNTAD APLICATIVA DEL DERECHO EXTRANJERO Y LA EXCLUSIÓN DEL REENVÍO

38. La necesidad de respetar el ámbito de aplicación del Derecho *antitrust* (Derecho de intervención) llamado por la norma bilateral para no desvirtuar el sentido y finalidad de aquél ha generado, quizá, cierta distorsión en un planteamiento clásico del D.I.Pr., en cuyas categorías resulta difícil encajar esta autolimitación. En efecto, el carácter restrictivo con que en general se concibe la consulta de las normas de D.I.Pr. del Derecho extranjero postularía contra la posibilidad de verificar la voluntad aplicativa (de D.I.Pr., no material) de las normas de intervención (vid. art. 12.2 del C.c.). No es difícil intuir que esta problemática puede haber inclinado la balanza del lado del método unilateral, que no plantearía este tipo de problemas.

Como decimos, el problema se plantea de forma distinta según se trate del método de reglamentación unilateral o bilateral<sup>114</sup>. En nuestro sistema de D.I.Pr. del *antitrust* es preciso distinguir el ámbito contractual y el extracontractual. En el primero, el problema viene en gran parte resuelto dado que el artículo 7.1 del C.R. expresamente obliga a respetar el ámbito de aplicación de la ley imperativa extranjera. La *autocompetencia* de la norma se erige así en condición de su aplicación en el artículo 7.1 del C.R., lo que excluye una aplicación no querida de tal ley. Pero todavía se plantearía cierto problema cuando se trata de aplicar el Derecho de la competencia de la *lex contractus*, donde ya no existe esta especificación<sup>115</sup>. Dado que el proble-

ma es fundamentalmente el mismo, se estudiará conjuntamente este caso con el que se plantea en el ámbito del resarcimiento.

39. El Derecho extranjero podría contener una norma de extensión basada en el principio de los efectos que delimite el ámbito de aplicación del Derecho *antitrust*<sup>116</sup>. Como indica NEUHAUS<sup>117</sup>, las disposiciones sobre el ámbito de aplicación se sitúan en el límite entre el Derecho material y el D.I.Pr. y a menudo pueden actuar desempeñando ambas funciones. El problema sólo surgiría cuando el indicador espacial se interpreta como indicador de D.I.Pr.<sup>118</sup>, no material. La lógica aconsejaría tomar en consideración este indicador y no aplicar el Derecho llamado cuando el supuesto no queda incluido en su ámbito de aplicación. En la doctrina comparada parece existir coincidencia respecto a esta solución. Se señala, por ejemplo, que «en la intersección entre el Derecho privado y el Derecho público económico debe considerarse la voluntad de aplicación espacial y la autolimitación de las normas de la *lex causae*» y que tal limitación está estrechamente ligada a la finalidad perseguida por la ley<sup>119</sup>.

cluidas del ámbito de la remisión de los artículos 3 y 4 del C.R. y encuentran todas su sede aplicativa en el artículo 7.1 del C.R.

<sup>114</sup> Sería el caso del artículo 98.II de la G.W.B. alemana.

<sup>115</sup> P. H. HEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2. Auf. Tubinga, 1976, pág. 98. Sobre la dificultad de distinguir ambos planos, vid. también P. LALIVE, «Tendances et methodes...», cit., págs. 311 y ss., en especial 316; O. KAHN FREUND, «General Problems of Private international law», en *Rec. des Cours*, 124 (1968-II), págs. 241 y ss.

<sup>116</sup> El principio de los efectos en una norma de extensión cobra sentido como criterio de conexión de D.I.Pr. para las situaciones internacionales. Vid. M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional...*, op. cit., pág. 46.

<sup>117</sup> Vid. F. VISCHER, «Art. 137», cit., págs. 1195-1196; Id., «Zwingendes Recht...», cit., pág. 459; A. BUCHER, «Les actes illicites dans le nouveau droit international privé suisse», cit., pág. 135; A. E. VON OVERBECK, «Les questions Générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents», en *Rec. des Cours*, t. 176, 1982-III, pág. 180. Por otra parte, «sería vano decretar la aplicación de una Ley extranjera cuya actuación requiriese la intervención de autoridades administrativas si éstas rechazarían dar efecto a aquellas disposiciones porque el supuesto queda a) margen del ámbito

<sup>114</sup> Vid. P. LALIVE, «Tendances et methodes en droit international privé», en *Rec. des Cours*, 1977-II, t. 155, pág. 315.

<sup>115</sup> El problema ya quedaría resuelto si se interpretase, como sostiene F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Contratación internacional...*, op. cit., pág. 127, que las normas de intervención extranjeras quedan ex-



Ello lleva igualmente a descartar el recurso a la *lex fori* cuando el contenido del Derecho extranjero no ha podido ser establecido<sup>120</sup>.

No obstante, cabría preguntarse por qué razón es preciso en este caso, más que en otros casos, la consulta de la autolimitación del Derecho extranjero. La razón que suele aducirse para negar el respeto de la autolimitación del Derecho extranjero es que conllevaría el riesgo de generar una laguna de ley aplicable, al no ser de aplicación ni la *lex fori* ni la *lex causae*<sup>121</sup>. Ello encuentra pleno sentido en una perspectiva donde la misión del D.I.Pr. es buscar una regulación sustantiva para una situación internacional. Cabría cuestionar, sin embargo, si el Derecho *antitrust* y, en general, el Derecho internacional privado económico no introduciría cierta peculiaridad a este razonamiento que lo hagan menormente atendible. Y, a nuestro juicio, no cabe sino una respuesta afirmativa. En la materia ahora en examen es preciso advertir un rasgo característico: el Derecho *antitrust* es un Derecho de intervención que limita espacios de libertad. Toda ley de defensa de la competencia supone, al menos en los sistemas de economía de mercado, una injerencia en la esfera de libertad económica de los particulares<sup>122</sup>. Por ello, en estos sistemas, los comportamientos anticoncurrenciales sólo pueden ser lícitos o ilícitos, pero obtienen siempre una respuesta jurídica. En puridad, en aquellos países que no poseen una regulación de la competencia en el mercado

no puede mantenerse la existencia de una laguna de regulación en este ámbito.

Por eso, dice MARTINEK<sup>123</sup>, la norma bilateral sólo supone una oferta de aplicación (*Anwendungs-offerte*) a la Ley extranjera, cuya voluntad aplicativa, cuando tiene menor alcance que el que le ofrecemos debe, para no falsear su orden concurrencial, atenderse en todo caso. Tal oferta de aplicación supone traducir a términos de razonabilidad, como se dijo, la atención a un Derecho extranjero. Si esta oferta se produce respecto a un Derecho que carece de normativa *antitrust* ello supondrá una respuesta en términos de libertad de la conducta pero no el surgimiento de una laguna de regulación<sup>124</sup>. La consecuencia civil procederá cuando así lo decida el Derecho *antitrust* extranjero (conforme a todos los requisitos que éste impone). Y, en relación al resultado, sería irrelevante distinguir que la acción no prospere porque el supuesto quede directamente fuera del ámbito de la ley (*ad. ex.*, el comportamiento colusorio no produce efectos sobre ese mercado), o porque la concreta conducta ha sido autorizada o se ha cumplido el plazo de caducidad, que para tales acciones establece ese Ordenamiento. El indicador espacial aparecería, en estos casos, como uno más de los presupuestos materiales de aplicación de la ley extranjera. En nuestro sistema, la doctrina española coincide en señalar que el artículo 12.2 del C.c. no impediría la aplicación de las normas de extensión del Derecho extranjero<sup>125</sup>.

40. Cuando el Derecho extranjero no delimite su ámbito de aplicación mediante una norma de extensión sino a través de una nor-

de aplicación de la propia ley». Vid. F. RIGAU, «La methode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie», en *Rev. crit. cr. int. pr.*, 1985, pág. 13.

<sup>120</sup> Vid. A. BUCHER, «Les actes illicites...», cit., pág. 135, quien afirma «el derecho suizo sobre los carteles no tiene interés en intervenir sobre un mercado extranjero, por lo que parece preferible desestimar la acción».

<sup>121</sup> Vid. R. DE NOVA, «Norme autolimitate e autonomia delle parti», en *Diritto internazionale*, 1971, págs. 239-252; P. LALIVE, «Tendances et méthodes...», cit., pág. 316.

<sup>122</sup> Como señala el profesor VIRGÓS, «competir es afectar y por eso una de las consecuencias de un sistema de economía de mercado es la licitud del daño anticoncurrencial». M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional...*, op. cit., pág. 49.

<sup>123</sup> M. MARTINEK, *Das internationale kartellprivatrecht*, op. cit., pág. 92.

<sup>124</sup> En este sentido, vid. F. VISCHER, «Art. 137», cit., pág. 1196. Cfr. M. A. RENOLD, *Les conflits de lois...*, op. cit., pág. 201, para quien la consideración de la autolimitación del Derecho extranjero conduciría a una laguna de regulación, opinión que no podemos compartir.

<sup>125</sup> Esta postura ha sido sostenida por M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional...*, op. cit., págs. 130-131. En el mismo sentido, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La propiedad intelectual en el Derecho internacional privado español*, op. cit., pág. 115. Desde otra perspectiva, vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, op. cit., págs. 534-535.



ma bilateral cabrían varias posibilidades. No existiría problema si la conexión de su norma de conflicto se concreta en su propio Derecho. Por otra parte, debe rechazarse en este sector la admisión del reenvío, sea de primero o de segundo grado<sup>126</sup>. Este tropieza con el propio tenor del artículo 12.2 del C.c. Sin embargo, pese a la literalidad del precepto, aquél debe ser igualmente rechazado, dado que su admisión podría perjudicar los principios de calculabilidad y de previsibilidad de ley aplicable, de D.I.Pr., vigentes en el sector<sup>127</sup>. El conflicto normativo que genera la vocación aplicativa simultánea de la norma de conflicto y del correctivo funcional deberá resolverse en favor de la aplicación de la norma de conflicto cuando su *ratio* se imponga sobre la del correctivo. La consideración de los principios mencionados como principios eje de la reglamentación privilegiarían la *ratio* de la norma de conflicto sobre aquella de la norma excepcional<sup>128</sup>. El principio de aplicación integral del Derecho extranjero cedería en favor del principio de certeza de ley aplicable.

#### 4 ORDEN PÚBLICO

41. La apertura al Derecho extranjero cuenta con el límite de la excepción del orden público del foro. No obstante, la operatividad del correctivo viene ya limitada desde la configuración del propio sistema: en primer lugar, el carácter de normativa de intervención del Derecho *antitrust* no podrá

hacer actuar al orden público para rechazar la aplicación de un Derecho extranjero. Por otra parte, la operatividad de la excepción para impedir la aplicación de un Derecho *antitrust* que se irroge una voluntad de aplicación desmesurada habría quedado ya cauterizada, en su mayor parte, en la propia delineación del supuesto de hecho de la norma bilateral. En efecto, esta norma sólo llamaría a aquellos derechos cuya intervención para regular el supuesto se entiende legítima desde la óptica del foro. Idénticas afirmaciones cabe argüir en relación al funcionamiento del artículo 7.1 del C.R. en Derecho *antitrust* si entendemos que el principio de los efectos supone el vínculo estrecho que como condición de aplicación de las disposiciones imperativas de un Estado tercero contempla este precepto<sup>129</sup>.

42. Dentro de tales límites, el orden público podría operar sobre todo cuando el Derecho extranjero establezca cuantías indemnizatorias desproporcionadas en relación con las previstas en el foro, y que traspasen la consideración compensatoria de la acción de resarcimiento hacia un carácter más bien punitivo o sancionador. Ello sucedería especialmente cuando procediese la aplicación del Derecho *antitrust* norteamericano, en particular la indemnización al triplo que se establece a través de los *treble damages*<sup>130</sup>, dado el carácter penal y sancionatorio que incorporan estas medidas. Este sería el sentido del artículo 137.2 de la L.D.I.P. suiza y del artículo 119 de la Ley rumana. Las limitaciones a la cuantía de la indemnización que establecen tales preceptos podrían así entenderse como cláusulas especiales de orden público<sup>131</sup>. En nuestro Ordenamiento, no

<sup>126</sup> Vid. F. VISCHER, «Art. 137», cit., pág. 1196. En general, es improbable que en esta materia se den las condiciones que hagan posible el reenvío dada la general adopción del criterio de los efectos.

<sup>127</sup> Como señala M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional...*, op. cit., pág. 131, en el sector de la competencia desleal, y válido para el Derecho *antitrust*.

<sup>128</sup> Vid. M. MOYA ESCUDERO, «Reflections on a new interpretation of article 12 of the Código Civil», en *Spanish Yearbook of international law*, vol. 11, 1992, págs. 3-31, pág. 23. También J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La propiedad intelectual...*, op. cit., págs. 116-117. La exclusión del reenvío de retorno se fundamenta también en una consideración facultativa del reenvío, no del todo compatible. Vid. M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional...*, op. cit., pág. 131.

<sup>129</sup> Al contrario, cuando esté en juego la aplicación del Derecho de la competencia de la *lex causae*, la excepción de orden público sí que podría impedir la aplicación de un Derecho que se erija con un ámbito de aplicación desmesurado.

<sup>130</sup> Vid. artículo 7 de la *Sherman Act* y artículo 4 de la *Clayton Act*.

<sup>131</sup> Según F. VISCHER, «Art. 137», cit., pág. 1196, la limitación en la cuantía respondería a la idea de que sólo se podrían hacer valer reclamaciones que no fueran extrañas en esencia (*wesensfremd*) al Derecho sui-



resultaría difícil mantener la existencia de un límite de este tipo si se considera el principio de pura compensación que informa las condenas de responsabilidad civil<sup>132</sup>. Idéntico principio deberá limitar la posibilidad de reconocer sentencias extranjeras que acuerden *punitive damages*<sup>133</sup>. Con todo, se aconseja una actuación limitada del orden público dado que, como señala VIRGÓS SORIANO<sup>134</sup>, debe evitarse que la excepción se convierta en vehículo de introducción en mercados extranjeros del Derecho español de la competencia.

zo. No obstante, el rechazo no vendría determinado tanto por el carácter penal como por la cuantía desmesurada. También F. VISCHER, «Das Deliktsrecht des IPR-Gesetzes, unter besonderer Berücksichtigung der Regelung der Produkthaftung», en *Festschrift Moser*, Zurich, 1987, pág. 142. Por su parte, M. A. RENOLD, *Les conflits de lois...*, op. cit., pág. 202, mantiene una actuación limitada de la actuación del precepto que sólo podría aplicarse para rechazar la concesión de los *treble damages* del Derecho norteamericano cuando existan lazos suficientemente estrechos entre la situación y el foro (*Binnenbeziehung*).

<sup>132</sup> Vid. M. REQUEJO ISIDRO, «Reconocimiento en España de sentencias extranjeras condenando al pago de *punitive damages*», en *Iniuria, Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, 1995, págs. 83-112. La concesión de *punitive damages*, por sus objetivos de castigo y prevención sería opuesto a nuestro sistema de responsabilidad, limitada a la compensación de daños.

<sup>133</sup> No obstante, cfr. M. A. RENOLD, *Les conflits de lois...*, op. cit., pág. 203, quien, para el Derecho suizo, sostiene que la limitación del artículo 137.2 no operaría para el reconocimiento de las sentencias extranjeras que acuerden *punitive damages*. En nuestro Ordenamiento, no sería sin embargo aquél el único obstáculo para el reconocimiento de sentencias que concedan *punitive damages*. Como ha puesto recientemente de relieve M. REQUEJO ISIDRO, «Reconocimiento en España de sentencias extranjeras condenando al pago de *punitive damages*», cit., pág. 112, las objeciones al reconocimiento de *punitive damages* serían manifiestas también desde el punto de vista de los requerimientos procesales que prevé nuestro Ordenamiento a la hora de la imposición de sanciones. Por otra parte, la postura tradicional del Tribunal Supremo apuntaría hacia la imposibilidad de corregir la desproporción de aquellas medidas por lo que tal corrección tiene de revisión del fondo de la sentencia. No obstante, si la sentencia extranjera hubiera establecido diferentes partidas dentro del apartado relativo a *punitive damages* cabría, en virtud del principio favorable al reconocimiento, reconocer aquellas partes orientadas a un fin de mera compensación, consiguiendo así una actuación atenuada del orden público.

<sup>134</sup> Vid. M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional...*, op. cit., pág. 151.

## V. DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y CONSECUENCIAS ADMINISTRATIVAS

43. Nuestro Ordenamiento conecta también a las conductas que restringen la competencia consecuencias de carácter administrativo y de carácter penal<sup>135</sup>. Estas relaciones (Estado/particular) se sitúan fuera del marco del D.I.Pr. En la aplicación de las normas administrativas (que establecen multas sancionadoras, coercitivas, etc.), interviene necesariamente una autoridad administrativa especial o bien la jurisdicción contencioso administrativa. Desde la competencia de autoridades existe en este caso una correspondencia unívoca entre aquella y la aplicación de la ley española<sup>136</sup>. Por otra parte, las pretensiones de un Estado extranjero fundadas en este tipo de normas (*ad. ex.*, para imponer multas, etc.), serán rechazadas en el foro<sup>137</sup>. En ningún caso se reconocerán las decisiones que supongan actos de imperio<sup>138</sup>. Por ejem-

<sup>135</sup> En el nuevo Código penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), se han tipificado nuevos delitos en relación a la libre concurrencia, vid. el capítulo XI cuya sección tercera lleva por denominación «de los delitos relativos al mercado y a los consumidores» (arts. 278-286).

<sup>136</sup> Como señalan H. BATIFFOL y P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, op. cit., pág. 413, núm. 246, las autoridades a que se confía la aplicación de estas normas no tendrán poder para intervenir respecto a hechos que escapan a su ámbito de aplicación. Vid. L. INOT, *Les conflits de lois...*, cit., pág. 322.

<sup>137</sup> Vid. artículo I.a) de la Resolución del I.D.I. de 1 de septiembre de 1977, en su reunión de Oslo, *Annuaire, I.D.I.*, vol. 57-II, págs. 328-331. Vid. G. A. VAN HECKE, «Le droit antitrust: aspects comparatifs et internationaux», cit., págs. 329-330; J. BASEDOW, «Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts», cit., pág. 631.

<sup>138</sup> En el ámbito comunitario, y debe apreciarse más desde el principio de cooperación y aplicación uniforme del Derecho comunitario que como excepción al principio, téngase en cuenta que la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado C.E.E. (*D.O.C.E.*, serie C, núm. 39, de 13 de febrero de 1993), apunta la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil de 27 de septiembre de 1968 a los asuntos de defensa de la competencia atribuidos a los Tribunales administrativos (punto 44).



plo, las medidas de las autoridades del cartel extranjeras como las órdenes de descartelización no podrían ser ejecutadas en defecto de un Tratado internacional. Se vuelve, pues, innecesaria en estos casos cualquier consideración sobre el Derecho extranjero aplicable.

## VI. CONCLUSIONES

44. El Derecho de defensa de la competencia, como sector del Ordenamiento protector de la institución de mercado, no sólo comporta consecuencias jurídicas públicas (administrativas o penales). Su incidencia directa sobre las relaciones entre particulares justifica una aproximación del D.I.Pr. al sector. El presente trabajo ha pretendido mostrar sumariamente el modo en que afronta el D.I.Pr. español la regulación de las situaciones privadas internacionales en el sector del *antitrust*.

El punto de partida de esta regulación es la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia. Los aspectos de D.I.Pr. no se abordan por la Ley española de forma específica sino, al contrario, a través de un indicador espacial de su aplicación entrelazado con la regulación sustantiva. Esta regulación española de D.I.Pr. se caracterizaría por dos datos: de un lado, por la adopción del criterio de conexión basado en el principio de los efectos sobre el mercado como eje rector del Derecho *antitrust* español, lo que deriva de la orientación institucional de la ley; de otro, por el formato unilateral empleado, en el que sólo interesa la protección del mercado español, objetivo de la Ley 16/1989. Ello no comporta la exclusión de la posibilidad de aplicar en España un Derecho *antitrust* extranjero en el sector de las consecuencias civiles. No obstante, esta aplicación encuentra en nuestro Ordenamiento cauce distinto según se trate de consecuencias de carácter contractual o extracontractual.

45. El Derecho de defensa de la competencia actúa sobre el contrato como normativa internacionalmente imperativa, sancionando la nulidad de los contratos prohibidos con independencia de la ley que rija el con-

trato. La sanción de nulidad del contrato que decreta el Derecho español sólo procederá cuando el T.D.C. haya declarado la ilicitud del contrato. Cuando esta ley aplicable no sea la española, el Derecho de la competencia español encuentra aplicación a título de normativa internacionalmente imperativa del foro (art. 7.2 del C.R.). Para la aplicación al contrato internacional de un Derecho *antitrust* distinto al Derecho del foro el Convenio de Roma parte de un modelo mixto (*Komulationslösung*) que supone la aplicación de las normas de intervención de la *lex contractus* y las de terceros Ordenamientos que presenten una conexión especial con el supuesto. La aplicación del Derecho *antitrust* extranjero a través del artículo 7.1 del C.R. ha de estimarse adecuada. En el sector del *antitrust*, la concreción desde el foro del vínculo estrecho que exige el precepto para la aplicación del Derecho imperativo extranjero comportará la llamada a la *ley del mercado afectado* por las restricciones a la competencia que derivan del contrato, lo que permite a la norma operar de modo multilateral. El resto de las condiciones de aplicabilidad del Derecho extranjero no debe erigirse en obstáculo para la aplicación del Derecho extranjero, dado el juicio de legitimidad favorable que merece la normativa extranjera y la naturaleza directamente civil de esta consecuencia jurídica. Tampoco parece que una expectativa de las partes, conjunta o no, en la no aplicación de este Derecho pueda excluir su aplicación. La disyuntiva entre aplicar y dar efecto queda notablemente restringida en relación a la sanción de nulidad que deriva del Derecho de la competencia extranjero en cuanto normalmente será equivalente uno y otro efecto. No obstante, el Juez podría conectar a esa nulidad unos efectos distintos a los previstos por la *lex contractus*.

46. En el ámbito extracontractual la Ley española tampoco indica qué ley debe aplicarse a las situaciones anticoncurrenciales que no producen efectos sobre el mercado español. Los Tribunales españoles pueden ser competentes en casos distintos de aquéllos en que se aplica la Ley española y la prohibición de *non liquet* (arts. 9.1 de la C.E. y 1.7 del C.c.) determina la exigencia de una res-



puesta para estos casos. Si se descarta la solución formal del artículo 10.9 del C.c., la integración de esta laguna *axiológica* deberá partir del círculo hermenéutico de la propia L.Def.C. A nuestro juicio, la norma de D.I.Pr. en este plano de consecuencias debe ser entendida como unilateral pero bilateralizable y los términos de esta bilateralización deben ser autónomos (propios del D.I.Pr.). De *lege ferenda*, se impondría seguir el ejemplo de las codificaciones suiza y rumana y elaborar una norma bilateral en el sentido que se ha propuesto. Una norma bilateral supondría numerosas ventajas. En primer lugar, introduce seguridad en el sistema en cuanto clarifica la posibilidad de aplicar el Derecho *antitrust* extranjero y descarta expresamente el recurso a la norma general en materia de responsabilidad extracontractual para la regulación de los supuestos no contemplados. Contribuye, pues, a soslayar una carga añadida sobre el intérprete en la administración de las normas del sistema que de otro modo deberá justificar la marginación de la norma general en materia de responsabilidad extracontractual del artículo 10.9 del C.c., que no considera las especialidades del sector. En segundo término, también determina un acoplamiento perfecto entre las normas de competencia judicial internacional y las de ley aplicable. Además, orienta la remisión al círculo de Derechos cuya aplicación resulta legítima y razonable desde la perspectiva del foro, excluyendo la intervención posterior del orden público que debería tener lugar en un método unilateral universalista puro. A las ventajas de la coordinación de sectores que genera el método bilateral se unirían así las de intermediación de respuesta y consecuente claridad y sencillez de la norma. En esta norma bilateral el principio de los efectos (interpretado en clave autónoma de D.I.Pr.) se revela apropiado para integrar su punto de conexión por dos razones: de un lado, consigue la exclusión, *a priori*, de los Ordenamientos cuya aplicación no se considera razonable; de otro, dada su aceptación generalizada por numerosos Estados, resulta operativo en el comercio internacional. La consideración en el foro del Derecho *antitrust* extranjero gene-

ra numerosos problemas de aplicación cuyas soluciones han sido analizadas desde la perspectiva del Ordenamiento español (pluralidad de mercados afectados, intervención preceptiva previa de una autoridad, respeto a la voluntad aplicativa del Derecho extranjero y orden público).

47. Se observa, pues, que si el método de reglamentación unilateral es el apropiado en relación con los aspectos administrativos del Derecho *antitrust*, la reglamentación unilateral en el ámbito de las consecuencias civiles no se justificaría. El carácter no intercambiable de las normativas *antitrust* no excluye que, mediante el empleo del método bilateral, el foro delimite los Derechos a los que se permitirá dar una respuesta de intervención en el supuesto. A nuestro juicio, por tales razones, un D.I.Pr. económico no puede sino reposar sobre una base bilateral autónoma que permita la delimitación de los vínculos estrechos, en términos de razonabilidad, de cada tipo de normativa de intervención. Corresponde al D.I.Pr. económico la creación de normas bilaterales según los distintos tipos de normas de intervención, así como solucionar las contradicciones que puedan producirse cuando las normas de intervención de varios Estados reclaman aplicación sobre un mismo supuesto. En la medida en que se vaya admitiendo la aplicación del Derecho imperativo extranjero, a la postre deberá ser siempre el Derecho del foro, y no la voluntad de aplicación de aquel Derecho, el que presta fundamento a su aplicación. Quedaría así abierta la posibilidad de crear normas bilaterales, que procedan del orden público, en otros sectores como ha propuesto MARTINEK (Derecho de protección de los inversores, Derecho de la regulación de la bolsa<sup>139</sup>, Derecho del control de las exportaciones, Derecho del medio ambiente).

<sup>139</sup> En nuestro Ordenamiento, la bilateralización del artículo 3 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (B.O.E., núm. 181, de 29 de julio de 1988), ha sido propuesta por M. MOYA ESCUDERO, «Comentario al artículo 10.3 del C.c.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2.º, págs. 573-574, como modo de integración de la laguna legal.