

# EL ARBITRAJE COMO VÍA DE APLICACIÓN PRIVADA DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA EN EL SISTEMA EUROPEO

---

INGRID ORTIZ BAQUERO\*

## INTRODUCCIÓN

El arbitraje es actualmente, en el contexto europeo, otra de las vías de aplicación privada de las normas de libre competencia. Es decir, que los particulares pueden hacer efectivos los derechos que les confieren los arts. 81 y 82 del TCE no solo ante los órganos administrativos y judiciales sino además ante los tribunales de arbitraje

Esta conclusión anticipada cuyos matices indicaremos en este artículo, es el resultado de las arduas discusiones sobre la arbitrabilidad de los asuntos de libre competencia. Al día de hoy, superado este debate, se afrontan nuevas controversias y retos, relativos por ejemplo, a la forma como proceden los mecanismos de cooperación y coordinación entre las autoridades de competencia [Comisión Europea (en adelante Comisión) y Autoridades Nacionales de Competencia (en adelante ANC)] y los tribunales arbitrales, o al alcance del control que ejercen los jueces sobre las actividades y decisiones de los árbitros.

En este artículo trataremos, en primer lugar, la evolución sobre la arbitrabilidad de los asuntos de libre competencia, describiendo el panorama anterior y posterior al Reglamento CE 1/2003 (en adelante Reg. 1/2003); en segundo lugar, analizaremos la naturaleza de la función que cumplen los árbitros respecto de la aplicación de las normas comunitarias de competencia; seguidamente, determinaremos la forma como interactúan éstos con las autoridades de competencia y, por último, haremos una breve referencia al control que ejercen los jueces sobre los laudos arbitrales.

\* Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Comercial y Maestría en Responsabilidad contractual y extracontractual civil y del Estado, de la Universidad Externado de Colombia. Doctora en Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid. Becaria de la Universidad Externado de Colombia. E-mail: ingrid.ortiz@uexternado.edu.co. Fecha de recepción: 21 de abril de 2010. Fecha de aceptación: 24 de septiembre de 2010.

## I. LA ARBITRABILIDAD DE LOS ASUNTOS DE LIBRE COMPETENCIA

valga recordar que en el ámbito europeo durante mucho tiempo se consideró que la aplicación de las normas de libre competencia era una tarea que correspondía fundamentalmente a entidades de carácter administrativo. Si bien la jurisprudencia sobre el efecto directo de las normas comunitarias abrió las puertas a la aplicación judicial de los arts. 81 y 82 del TCE, solo hasta la expedición del Reg. 1/2003 este sistema adquirió fundamento normativo y una reglamentación exhaustiva que ha venido a favorecer su desarrollo.

De forma paralela a la aplicación judicial y con anterioridad al proceso de modernización, en diversos Estados de la UE se aceptaba que los árbitros también tenían competencia para aplicar las normas antitrust. De esta forma, se desarrolló un sistema de aplicación privada de carácter no judicial<sup>1</sup>.

El primer y principal debate que suscitó este sistema paralelo fue el relativo a la competencia de los árbitros para aplicar los arts. 85 y 86 del TCE (hoy arts. 81 y 82 del TCE) y, desde luego, para definir las consecuencias de su infracción desde la perspectiva jurídico-privada.

Bajo la que podemos denominar como una “perspectiva tradicional” –hoy superada– se afirmaba que las materias reguladas por normas de orden público no eran susceptibles de arbitraje, en otros términos, que la aplicación de estas disposiciones estaba reservada a las entidades administrativas y a los jueces como órganos permanentes del aparato administrativo del Estado<sup>2</sup>. Dada la naturaleza de orden público que se reconocía a las normas de libre competencia, se concluía que su aplicación no podía ser confiada a tribunales arbitrales<sup>3</sup>.

1. Vid. al respecto la jurisprudencia citada por ZEKOS (2008: 20-21).

2. Vid. CREUS CARRERAS y JULIÀ INSENER (2008), comentando la posición tradicional y más antigua señalan “Dicha posición normalmente adoptaba la forma de negación de la arbitrabilidad de la disputa, por entender que no eran derechos disponibles por las partes o porque era una competencia exclusiva de las autoridades, o la forma de aplicación del orden público, por considerar la defensa de la competencia como una norma imperativa cuya aplicación debe garantizar en último término una autoridad”. También CARAVACA y RODRÍGUEZ RODRIGO (2005: 1.358) “Se consideró generalmente que los tribunales arbitrales no podían pronunciarse sobre la ilicitud de un comportamiento respecto del derecho de la competencia; porque -se señalaba- estas normas tienen el carácter de normas imperativas o de orden público tanto en la UE como en los Estados miembro”.

3. Esta fue, en efecto, la opinión que tuvimos la oportunidad de defender en el artículo sobre “La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia” (Vid. Revista E-mercatoria, vol. 7, n.º 1, 2008), en el que manifestamos nuestra objeción al reconocimiento de la arbitrabilidad de los asuntos de libre competencia en el ordenamiento colombiano y señalamos que ésta sólo sería admisible en aquellos casos en que las partes con carácter previo hubiesen definido ante la SIC -o la entidad de carácter sectorial correspondiente- la ilicitud de la conducta anticompetitiva. Así pues, a pesar de nuestra visión positiva en torno a la implementación de un sistema de aplicación judicial en Colombia -criterio que aún mantenemos- señalábamos en dicha oportunidad, que dada la naturaleza de las normas antitrust y de las funciones asignadas a la SIC, las controversias que involucraran la aplicación de estas disposiciones quedaban fuera del ámbito de competencia de los tribunales de arbitraje.

Sin embargo, un análisis en profundidad del desarrollo que este tema ha seguido en el Derecho comparado, ha hecho necesario replantear nuestras conclusiones. En efecto, no

Como matices de la tesis anterior se elaboraron otros argumentos para sustentar la no arbitrabilidad de los asuntos de libre competencia<sup>4</sup>. Así, por ejemplo, se afirmaba que al ser normas de orden público no eran susceptibles de disposición y/o transacción y, en consecuencia, que respecto de ellas no podía celebrarse un pacto arbitral. Estrechamente ligado a este argumento, se argüía además que el interés general (orden público económico) protegido a través de las normas de libre competencia, sólo podía quedar en manos de las entidades de carácter administrativo y, en forma excepcional de los órganos judiciales, pero no en manos de jueces privados como los árbitros<sup>5</sup>.

Existía entonces una marcada desconfianza respecto al uso del arbitraje en el contexto del Derecho de la competencia<sup>6</sup>. Pese a ello, hay que destacar que ni la Comisión ni los tribunales comunitarios se pronunciaron -en ese momento- en abierto rechazo a la arbitrabilidad de las normas de libre competencia contenidas en el TCE.

Sin embargo, lentamente, en el ámbito de los Estados miembros se empezó a producir una transición desde la “perspectiva tradicional” hacia una visión favorable de la arbitrabilidad de los asuntos de libre competencia.

A favor de esta tesis, se argumentaba que los árbitros debían disfrutar de las mismas competencias que los jueces porque realizaban las mismas funciones. También se indicaba que para definir la validez de un acuerdo o la responsabilidad de un sujeto, era indispensable que el árbitro pudiese establecer si éste había actuado dentro de la legalidad o en forma contraria a las disposiciones de libre competencia, por lo que cohibir un análisis en este sentido limitaba de forma considerable las ventajas de la celebración de un pacto arbitral.

Además se señalaba que los efectos de la infracción de las normas antitrust, en concreto, la responsabilidad civil, eran un asunto susceptible de arbitraje dado su contenido patrimonial y la capacidad de disposición de las partes respecto de las

se identifican razones de suficiente peso para admitir y defender que mientras un juez puede aplicar las normas de libre competencia, los árbitros –jueces particulares– no puedan hacerlo. Ninguna de las diferencias trazadas entre estas dos formas de administración de justicia, justifican la imposición de límites a los árbitros en torno a la aplicación de las normas de libre competencia. Así pues, debemos rectificar nuestra opinión al respecto y manifestarnos a favor de la arbitrabilidad de los asuntos de competencia. Ahora bien, un análisis detallado sobre este tema en el ordenamiento Colombiano amerita un estudio separado, en el que seguramente se aprovecharán los análisis, las consideraciones y las conclusiones del presente artículo.

4. Sobre los principales criterios utilizados para definir la arbitrabilidad pueden verse SÁNCHEZ-TARAZANA Y MARCELINO (1994: 3.219-3.221); en general sobre este punto vid. GÓMEZ JENE (2007: 57-61).

5. RINCÓN GARCÍA LOYGORRI (2004: 6): “Según este criterio, no sería arbitrable la interpretación o aplicación de normas de orden público. Se trata de una lógica que fue aplicada en principio por los tribunales franceses, pero que ha sido ya superada”. Vid. además CALVO CARAVACA y RODRÍGUEZ RODRIGO (Ob. cit.: 1.358).

6. Vid. KOMNINOS, Assimakis (2001: 214 y ss.). Prueba de esta desconfianza era por ejemplo que las exenciones singulares se condicionaban al cumplimiento –por parte del beneficiario– del deber de notificar cualquier decisión arbitral que involucrada el acuerdo exento.

pretensiones de esta naturaleza. Si bien resultó más complejo este análisis respecto de las nulidades de carácter absoluto, la doctrina arribó igualmente a la conclusión de que los árbitros tenían competencia para pronunciarse sobre esta sanción civil, teniendo en cuenta el efecto directo de las normas de competencia y la responsabilidad de los “jueces” de hacer efectivos los derechos que ellas confieren<sup>7</sup>.

Este panorama en el ámbito de los Estados miembros daría un giro completo debido a la influencia de la jurisprudencia y la doctrina norteamericana sobre la arbitrabilidad de las normas de libre competencia.

En Estados Unidos, la postura inicial de los tribunales y de la doctrina también había sido la de rechazar la competencia de los árbitros para aplicar las normas antitrust. La sentencia modelo en este sentido se pronunció en el año 1968 en el asunto *American Safety* contra *Maguire*. En este fallo, la Corte Federal estadounidense negó la arbitrabilidad de las normas de libre competencia al considerar que su aplicación involucraba la protección del interés general y, eventualmente, la afectación de los derechos de terceros, cuya protección no podía quedar confiada a los árbitros, más aún, teniendo en cuenta que éstos no disponían de los mismos mecanismos y recursos que los jueces nacionales<sup>8</sup>.

Por casi 20 años esta tesis se repitió constantemente y se vio fortalecida por la doctrina que igualmente se oponía a reconocer el procedimiento arbitral como una vía adecuada de aplicación de las normas antitrust<sup>9</sup>.

7. La nulidad absoluta como sanción de Derecho privado se produce, entre otras causas, cuando se transgreden de forma grosera los límites de la autonomía privada, en particular, los dispuestos por normas imperativas, como son las normas de libre competencia. Al estar involucrada la protección del orden público, la imposición de la sanción puede ser requerida por cualquier persona, en la mayoría de los casos no tiene carácter subsanable y puede incluso ser impuesta de oficio por parte del juez. Estas consideraciones en principio parecerían indicar la no arbitrabilidad de estos asuntos, pues en definitiva se trataba de cuestiones no susceptibles de libre disposición. Sin embargo, considerando la responsabilidad que compete a los jueces-árbitros de garantizar la protección de los derechos que confieren las normas de libre competencia a los particulares y considerando los efectos que la declaración de nulidad puede producir sobre ellos, se optó por admitir que también sobre este aspecto los árbitros tenían competencia.

8. MOURRE, ALEXIS (2009: 103); Ídem (2006: 69); sobre los argumentos expuestos para negar la arbitrabilidad de las materias relativas al Derecho antitrust puede verse GOODMAN (1984: 6665-6666). También GUIDO (2005: 1.230-1.231); SÁNCHEZ-TARAZANA Y MARCELINO (Ob. cit.: 3226 y nota al pie 22).

De otra parte, puede verse sobre la jurisprudencia americana las consideraciones de BROWN WILLIAM T. J. y HOUCK, STEPHEN D., “Arbitrating International Antitrust Disputes”, JIA, 1990, p. 78 y ss. quienes además comentan que el precedente del caso *American Safety* contra *Maguire* empezó a quebrantarse con ocasión del fallo proferido en el proceso *Coenen* contra *Pressprich and Co.* en el que se admitió la arbitrabilidad de los asuntos antitrust bajo la condición de que el acuerdo de arbitraje se hubiese celebrado con posterioridad al inicio de la disputa. Por su parte, LANDOLT, PHILLIP., *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*, Holanda: Kluwer, 2006, p. 96 haciendo referencia al proceso de apertura hacia la arbitrabilidad de los asuntos de competencia cita como ejemplo la sentencia proferida en el caso *Scherk* contra *Alberto-Culver Co.* en 1974. Más sobre el proceso de apertura y aceptación del arbitraje en el ordenamiento norteamericano puede verse en HALVERSON, JAMES T., “Arbitration and antitrust remedies”, *Arbitration Journal*, Vol. 30, 1975, pp. 25-33 que en particular refiere al caso de la *Phillips Petroleum Company*.

9. La doctrina planteaba distintos argumentos para sostener la incompatibilidad del procedimiento arbitral con la aplicación de las normas antitrust. Vid. al respecto PITOSFSKY

Finalmente, en el año 1985, la Corte Suprema en el asunto *Mitsubishi Motors Corp. contra Soler Chrysler-Plymouth Inc.*<sup>10</sup> dispuso que las normas de competencia formaban parte del orden público internacional y, por lo tanto, debían aplicarse en todos los conflictos, tanto si las partes lo habían solicitado, como si los árbitros actuaban por iniciativa propia<sup>11</sup>.

Tras este fallo, los tribunales estatales reconocieron que los árbitros desempeñan un papel esencial en la aplicación privada de las normas antitrust, y que contribuyen, con los jueces, a mantener el funcionamiento del mercado en condiciones competitivas<sup>12</sup>.

La sentencia *Mitsubishi* junto con los fallos que reiteraron su doctrina, se convirtieron en un importante respaldo e impulso al proceso que ya venía gestándose a nivel de los Estados miembros de la UE y que culminaría con el reconocimiento expreso de las competencias de los árbitros para aplicar normas de orden público (y dentro de esta categoría, las normas de libre competencia) así como para definir los efectos jurídico-privados derivados de su infracción<sup>13</sup>.

Así en efecto sucedió en Francia, donde la Corte de Apelación de París dispuso que los árbitros eran competentes para aplicar normas de orden público, ordenar la reparación de los daños producidos a consecuencia de la vulneración de esta normativa y/o declarar la nulidad de la relación negocial<sup>14</sup>.

(1970: 40-49), argumentos de los que el autor concluye “Giving the array of factors described above tending to undermine the public interest element in private treble damages litigation; it seems justified that there be presumption that antitrust disputes should not be referred to commercial arbitration under standard arbitration clause”.

10. *Mitsubishi Motors Corp. contra Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 473 US 614 (1985).

11. Una descripción de los hechos puede verse en MOURRE (Ob. cit.: 69-70) y NAZZINI (2004, apdos. 10.41-10.45), citando en este último la jurisprudencia que ha reiterado la aceptación de la arbitrabilidad del Derecho de la competencia y su aplicación a los arbitrajes domésticos. Además BROWN y HOUCK (Ob. cit.: 78-79), quienes además refieren la doctrina y la jurisprudencia posterior al asunto *Mitsubishi* vid. al respecto pp. 79-80. Un análisis detallado de la decisión puede verse en GOODMAN (Ob. cit.: 655-678). En relación con el fallo pero más estrictamente respecto a los argumentos empleados por el juez para destruir la doctrina sentada en *American Safety* puede verse LANDOLT (Ob. cit.: 97-98).

12. MOURRE, ALEXIS (Ob. cit., pp. 84 y ss.) que haciendo una reflexión sobre el sistema americano termina por llamar la atención sobre la evolución que el tema ha tenido en dicho país, concluyendo lo siguiente (vid. p. 113): “La facultad reconocida por las cortes de EE UU a los árbitros para aplicar daños punitivos ilustra hasta que punto está avanzada la doctrina de la arbitrabilidad en este país. No sólo se desecha la idea de que los árbitros no pueden salvaguardar el interés público con el mismo cuidado que los jueces estatales, sino que se reconoce que los árbitros de hecho, se encuentran mejor situados que dichos jueces estatales, para determinar si un comportamiento es inaceptable por el foro en un determinado contexto. Sin embargo, claro está tal poder debe haber sido delegado a los árbitros, en cierta forma, por las partes”. También pueden verse sobre el tema los comentarios de ZEKOS (Ob. cit.).

13. Sobre el reconocimiento de la competencia de los árbitros para aplicar las normas nacionales de competencia en diferentes ordenamientos a nivel europeo puede verse SLOT (1996: 102-104). Respecto a la superación del debate sobre la arbitrabilidad y la aplicación de las normas de libre competencia por parte de tribunales arbitrales puede verse también DERAIS y ATANASIU (edits.) (2003: 323) y nota al pie 5. Refiriéndose de forma crítica a los criterios utilizados en diversos países europeos para definir la arbitrabilidad, vid. MOURRE (Ob. cit.: 87).

14. Vid. sentencias de la Corte de Apelación de París *Almira Films* contra *Pierrel* (1989), *Ganz* contra *Société Nationale des Chemin de Fersiens* (1991) y la sentencia de *Labinal*

Igualmente ocurrió en el Reino Unido donde, a pesar de no existir una disposición normativa al respecto, se aceptó por un sector importante de la doctrina la arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia<sup>15</sup>.

También en Alemania e Italia, tras intensos debates se reconoció la arbitrabilidad de los asuntos que involucran la aplicación de las normas antitrust<sup>16</sup>. La Corte de Casación italiana se decantó por esta doctrina al considerar que la libertad de iniciativa económica que reconoce el art. 41 de la Constitución es desde la perspectiva individual un derecho disponible, por lo que resulta procedente remitir para el conocimiento y decisión de los árbitros todos aquellos asuntos relativos a la validez y eficacia del contrato o a las específicas cláusulas que limitan esta libertad económica<sup>17</sup>.

Esta ola de confianza en el ámbito nacional pronto trasladó sus consecuencias a nivel comunitario, no sólo a la jurisprudencia del TPI y del TJCE sino a las decisiones y regulaciones de la Comisión. Prueba de esta nueva perspectiva es que

contra *Mors et Westland Aerospace* (1993) [Las dos últimas citadas por SUESCÚN MELO (2003: 274). Más referencias a la regulación y jurisprudencia francesa pueden verse en MOURRE (Ob. cit.: 116-119) y GUIDO (Ob. cit.: 1.233-1.236). Por su parte, BLANKE, GORDON (*JIA*, Vol. 23, n.º 3: 253) destaca sobre el tema las sentencias de la Corte de Apelación de París de 30 de septiembre de 1993, asunto *European Gas Turbine* contra *Wetsman* y la sentencia de 14 de octubre de 1993, asunto *Société Aplix* contra *Société Lelevo*, en las que -según su opinión- se reconoce de forma expresa la arbitrabilidad de los asuntos relativos a la libre competencia. También destaca este autor la sentencia de la Corte de Apelación de París de 16 de marzo de 1995, asunto *Sarl Enodis* contra *Sté SNC Prodim*, por la expresa regulación que en ella se hace al deber de los árbitros de aplicar *ex-officio* las normas de libre competencia comunitarias a fin de lograr el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral en Francia. Por último, menciona la Sentencia de la Corte de Apelación de París de 18 de noviembre de 2004, que estableció que las normas de competencia de carácter comunitario hacen parte del concepto de orden público interno y por tanto deben ser acatadas y aplicadas por los árbitros.

15. NAZZINI, RENATO (Concurrent proceedings in competition law..., apdo. 10.08) "There is no authority in England on the arbitrability of competition law issues. However. The leading authors are in agreement that competition law issues are arbitrable. In one of the most authoritative restatement of Community competition law [C. Bellamy y G. Child., *European Community law of Competition*], the legal position is say to be that 'where issues of competition law arise in the course of a dispute referred to arbitration pursuant to the parties' agreement, the arbitrators have the power to apply Article 81 or 82 EC in reaching their determination'. Generally, arbitrability of competition law matters is not in doubt. Practical difficulties arise as regards the implications of arbitrability for concurrent proceedings". Sobre el tema, recientemente destaca la sentencia de 7 de noviembre de 2005 en el proceso entre ET Plus SA y otros contra Jean Paul Welter y otros [citada por LANDOLT (Ob. cit.: 95)].

16. GUIDO, CANALE (Ob. cit.: 1236-1238) y LANDOLT (Ob. cit.: 95).

17. Vid. Sentencia de la Corte de Casación de 21 de agosto de 1996, *Guistizia Civile*, 1996, p. 1207. Además pueden verse, la sentencia de la Corte de Apelación de Bolonia de 11 de octubre de 1990 y la sentencia de la Corte de Apelación de Milán de 13 de septiembre de 2002 [citadas por RADICATI DI BRONZOLO (2004: 10), comentando en detalle el el fallo de la Corte de Milán]. Además, GUIDO (Ob. cit.: 1.227-1.230). Vid. Además las consideraciones de LIBERTINI (1998: 679): "Sicuramenti disponibili e compromettibili sono le pretese di carattere risarcitorio, come pure quelle che riguardano effetti consequenziali (restituzioni, ecc) alla nullità di un'intesa. Per le azioni di nullità in quanto tali (...) può sorgere qualche problema, in quanto si tratta certamente di materia indisponibile. Ma anche in tal caso no v'è ostacolo di principio ad ammettere, in materia do concorrenza, le stesse soluzioni che in linea generale, possono raggiungersi sul problema della deferibilità ad arbitri di questioni di nullità".

en las versiones más recientes de los Reglamento de Exención por Categoría (en adelante REC) se han eliminado las normas que imponían a las partes beneficiarias de la exención el deber de notificar cualquier laudo arbitral relativo a la conducta excluida. Así mismo, que en algunos de estos reglamentos, por ejemplo, en el REC n.º 1400/2002, se haya dispuesto como requisito para la concesión de la exención, que las partes hayan acordado que en caso de controversia cualquiera de ellas puede acudir a un experto o mediador independiente<sup>18</sup>. Y, de manera más reciente, esta perspectiva también ha quedado plasmada en la aceptación del arbitraje dentro del sistema de compromisos y de concentraciones empresariales<sup>19</sup>. En España, adicionalmente, esta visión positiva del arbitraje ha quedado de manifiesto en el art. 24 f) LDC que asigna funciones arbitrales a la CNC.

Este proceso de aceptación del arbitraje tendría su cúspide en la jurisprudencia comunitaria con ocasión de la sentencia del TJCE de 1º de junio de 1999, asunto C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. contra Benetton International NV* (en adelante fallo o sentencia *Eco Swiss*). En esta decisión, el TJCE tuvo la oportunidad de establecer algunas de las reglas que rigen la aplicación de las normas de competencia por parte de los árbitros, así como los deberes que competen a los jueces nacionales en el control de la actividad que despliegan aquéllos. Aunque la sentencia no se refirió de manera expresa al tema de las competencias, de su contenido la doctrina mayoritaria ha deducido la aceptación de la aplicación de las normas antitrust por parte de los tribunales arbitrales<sup>20</sup>.

En este orden de ideas, queda claro que en el contexto nacional e igualmente en el comunitario se avanzó desde el rechazo y la desconfianza respecto del arbitraje hacia la aceptación de este mecanismo y su defensa en el ámbito de la aplicación privada de las normas antitrust<sup>21</sup>. Prueba de este cambio de perspectiva es que in-

18. Cdo. 11 y art. 3 del Reg. 1400/2002.

19. Vid. KOMNINOS (Ob. cit.: 217); ZEKOS (Ob. cit.: 24), NISSER y BLANKE (*ECLR*, Vol., 27, n.º 4, p. 175 y las notas al pie 8, 12 y 14).

20. LANDOLT (Ob. cit.: 101): "(...) It is, however, beyond doubt that the provision of EC competition law at issue in *Eco Swiss*, Article 81 (1) EC, is arbitrable in the view of the UE legal order. Some have likened *Eco Swiss* to the US *Mitsubishi* case. They are different in the issues they deal with. But they are alike in that both courts show willingness to permit arbitration of competition issues, the US Supreme Court declaring so expressly, the ECJ affirming this implicitly". ZEKOS (Ob. cit.: 20) "(...) The ECJ did not explicitly announce the arbitrability of competitions claims, but the scholars regard *Eco Swiss* as inferring that the court considers them as arbitrable in principle, even if EC competition law implicates public policy. (...). Of course, the ECJ issuing a preliminary ruling on competition law indicates that the national courts can assess the arbitrators' ruling on competition law and it is an indirect acceptance of EU competition law as arbitrable but only if national courts have declared competition claims is arbitrable". MOURRE (Ob. cit.: 125) "El silencio guardado por el TJCE en *Eco Swiss* acerca de la arbitrabilidad del Derecho europeo de la competencia es suficiente evidencia de que los árbitros pueden aplicar dicho derecho. Sería completamente absurdo, de hecho, el imponer a las cortes nacionales la revisión sobre la conformidad de los laudos al Derecho comunitario de la competencia si este Derecho comunitario no fuere arbitrable en ningún caso".

21. Así lo señala KOMNINOS (Ob. cit.: 218): "Therefore despite some initial indications of distrust about arbitration, it is fair to say that the European Commission, as a matter of principle, does not oppose the submission to arbitration questions of competition law, and at the same time it encourages recourse to arbitration, in some cases, even as a means

cluso se ha llegado a señalar que tribunales arbitrales con sede en terceros Estados o sometidos al Derecho de países no comunitarios, están obligados a la aplicación de las normas comunitarias de competencia<sup>22</sup>.

No obstante los aspectos positivos del cambio de tendencia, es preciso señalar que bajo la vigencia del Reg. 17/1962, el arbitraje en materia de Derecho de la competencia estaba sometido a los mismos obstáculos que rodeaban la aplicación judicial de esta normativa<sup>23</sup>. La competencia que con carácter exclusivo se reconocía a la Comisión en la aplicación del art. 81.3 del TCE era una barrera infranqueable tanto para la acción judicial como para la acción de tribunales arbitrales; unos y otros estaban compelidos a suspender el procedimiento a su cargo hasta que la Comisión se pronunciara sobre la concesión o la negativa de la exención de carácter singular.

La reforma implementada por el Reg. 1/2003 solucionaría estos inconvenientes al eliminar las autorizaciones individuales e implementar un sistema de exención legal y de aplicación descentralizada, en el que los órganos jurisdiccionales cumplen

to remedy an anticompetitive or restrictive arrangement". Vid. también TWEEDDALE y TWEEDDALE (2005: 108, apdo. 4.25); LANDOLT (Ob. cit.: 90, apdo. 5-04); GUIDO (Ob. cit.: 1.223-1.246) que concluye en su p. 1.239: "Si può dunque concludere osservando che i singoli ordinamenti esaminati denotano una evoluzione analoga; ad una iniziale chiusura pregiudiziale verso la ammissibilità dell' arbitrato per risolvere liti antitrust ha fatto séguito una aprogressiva apertura a questo istituto. (...) ma, si può affermare che é ormai devuto meno il principio della non arbitrabilità delle liti antitrust come regola di fondo". Sobre la aceptación general de la arbitrabilidad de los asuntos relativos al Derecho de la competencia puede verse entre muchos otros STYLOPOULOS (2009: 119) "(...) the courts from both sides of the Atlantic, having recognised the public policy natural of competition provisions, no not object to the application of competition law by arbitrators. Thus, it is submitted that the competence or arbitrators to decide upon competition law matters should henceforth be recognised on an international level since review by national courts will always function as a safeguard for the correct application of competition law"; y DERAIS (Ob. cit.: 345) "it is well established by now that disputes involving EC competition law issues are arbitrable. One will also have to assume that arbitration tribunals sitting in EC Member State are obliged to apply Articles 81 (1) and (2) as well as Article 82 EC basically in the same way as the national courts of the Members States irrespective of whether they reach their decision in accordance with the law or based on equity considerations"; MOURRE (Ob. cit.: 85) que al respecto señala: "La jurisdicción de los árbitros entonces no se ve afectada por el hecho de que la disputa toque asuntos de Derecho público, como las reglas antimonopolio. Los árbitros pueden decidir sobre el fondo de una disputa que surja de un contrato contrario al orden público, y deben en base al principio de la autonomía de la cláusula arbitral, declarar nulo tal contrato, sin considerar no obstante por ello que la cláusula de arbitraje sea en sí inválida".

22. Vid. MARTÍNEZ LAGE (2001: 5-6) y SÁNCHEZ-TARAZANA Y MARCELINO (Ob. cit.: 3.217-3.231).

23. También destacan en este punto las consideraciones de DE GROOT (2008: 177) que refiriéndose a la situación anterior al Reg. 1/2003 concluye: "The application of article 81 EC by arbitrators did not differ from that by national courts. It was subject to the same typical dichotomy. The cartel prohibition, the sanction of article 81(2) EC and group exemptions were all applied by national courts and arbitrators. The power to grant individual exemptions on the basis of article 81(3) EC, however, belonged exclusively to the Commission. National Courts and arbitrators had to refrain from this particular application of Article 81(3) EC".



un rol fundamental al disponer de competencias para aplicar de manera íntegra y directa los arts. 81 y 82 del TCE.

Bajo la nueva normativa vigente, los árbitros, al igual que los jueces, pueden aplicar las normas de libre competencia cuando tienen que definir una situación o la titularidad de un derecho de carácter subjetivo y sus efectos (aplicación a título incidental)<sup>24</sup>. Así, por ejemplo, deberán aplicar estas normas cuando se excepciona como justificación del incumplimiento contractual la nulidad absoluta del contrato por la infracción de los arts. 81 y/o 82 del TCE<sup>25</sup>. Igualmente, podrán aplicar estas disposiciones a título principal y en forma directa, aunque seguramente esta posibilidad será mucho menos frecuente<sup>26</sup>.

En ningún caso, las competencias que hoy se reconocen a los árbitros, les habilitan para invadir la órbita de acción de las entidades administrativas. Por el contrario, les está vetado desarrollar las competencias que en exclusiva corresponden a estas autoridades, por ejemplo, la imposición de multas<sup>27</sup>. Igualmente, están sometidos a los mismos límites que se imponen a los jueces, de manera que no pueden revocar la protección conferida a través de un REC, aunque sí dar aplicación práctica al mismo y/o valorar el alcance que las partes de un determinado acuerdo le han dado a la exención por categoría<sup>28</sup>.

No obstante los avances que ha supuesto el proceso de modernización, el desarrollo normativo en torno al arbitraje en Derecho de la competencia es aún nulo. El silencio del Reg. 1/2003 y de la Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004, “relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y

24. GÓMEZ JENE (Ob. cit.: 63) “(...) la reciente entrada en vigor del comúnmente conocido como Primer Reglamento del Consejo para la aplicación de las normas de competencia no hace sino reforzar esta tendencia. Y es que, la aplicación descentralizada de los arts. 81 y 82 del TCE que el citado Reglamento proclama supone no sólo el reconocimiento de la competencia del árbitro para aplicar el artículo 81 sino también un reconocimiento de su deber de aplicarlo”.

25. NAZZINI, RENATO., *Concurrent proceedings in competition law...*, apdo. 10.01 “(...) *Private law remedies play an important role in the enforcement of competition law. Therefore, arbitral tribunals should be able to dispose fairly and expeditiously of claims involving competition law issues. From the point of view of the parties, it would be failure of the legal system if their preferred method of dispute resolution did not work when competition law issues were pleaded*”. Como lo destaca este autor existen algunas clases de relaciones contractuales en las que existe una mayor probabilidad de que los árbitros resulten abocados a aplicar las normas de libre competencia *vgr.* Contratos de licencia. Por el contrario, en situaciones en que no existe entre las partes una relación contractual previa (demandas de responsabilidad extracontractual) es menos probable que los árbitros asuman competencias, salvo en caso de que una vez definida la responsabilidad, las partes decidan celebrar un compromiso para someter a los árbitros la decisión sobre el *quantum* indemnizatorio. Vid para más argumentos apdo. 10.22.

26. Vid. MARTÍNEZ LAGE, SANTIAGO., “Competencia y arbitraje”, (Ob. cit.: 3).

27. RINCÓN GARCÍA LOYGORRI (Ob. cit.: 9), NAZZINI (*Concurrent proceedings in competition law...*, apdo. 10.23).

28. Los árbitros deben seguir en el desempeño de sus funciones, al igual que los jueces las orientaciones de la Comisión y la jurisprudencia comunitaria. Vid. VAN HOUTTE (2008: 68-69).

82 del Tratado CE” (en adelante Comunicación de COJ), plantea serias dudas sobre la igualdad de facultades y recursos entre jueces y árbitros.

En estricto sentido, dos puntos ocupan la atención de la doctrina: en primer lugar, la capacidad de los árbitros para aplicar el art. 81.3 del TCE y, en segundo lugar, la posibilidad de que ellos hagan uso de los mecanismos de colaboración y de cooperación dispuestos para interactuar con la Comisión y las ANC<sup>29</sup>.

Antes de abocar el estudio de estos dos interrogantes, se hace necesario definir si los árbitros tienen los mismos deberes que los jueces en la aplicación de las normas de libre competencia.

## II. PODER O DEBER DE LOS ÁRBITROS DE APLICAR LAS NORMAS COMUNITARIAS DE COMPETENCIA

Superado el debate sobre la arbitrabilidad, otros cuestionamientos en torno al arbitraje en materia de Derecho de la competencia se han abierto camino como consecuencia de la jurisprudencia del TJCE y del proceso de modernización y privatización de la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE.

Sería la sentencia *Eco Swiss* la que abriría formalmente el debate sobre la competencia de los árbitros para aplicar *ex-officio* los arts. 81 y 82 y el deber de los jueces nacionales de controlar el cumplimiento de la labor desarrollada por los árbitros; sin embargo, el origen de la controversia se sitúa en hechos anteriores a este fallo<sup>30</sup>.

En efecto, antes de la sentencia *Eco Swiss*, el TJCE había abordado el tema de la naturaleza y aplicación judicial de las normas de libre competencia en la sentencia de 14 diciembre de 1995, asuntos C-430 y C431 de 1993, *Jeroen van Schijndel y otros contra Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten* (en adelante sentencia o fallo *Van Schijndel*). En esta decisión, el TJCE dispuso que las normas de competencia comunitarias son normas imperativas, que dada su importancia y las funciones que cumplen, deben ser aplicadas por los jueces nacionales incluso si las partes no las han invocado (aplicación *ex-officio*), siempre y cuando el Derecho nacional aplicable a la controversia contemple igualmente la aplicación de oficio de las normas imperativas de carácter nacional (principio de equivalencia)<sup>31</sup>.

29. No existe a nivel comunitario disposiciones claras sobre el arbitraje y los mecanismos de los que pueden hacer uso del árbitros para aplicar adecuadamente las normas comunitarias de libre competencia comunitarias así en efecto lo destaca LANDOLT (Ob. cit. pp. 139-140): “On the other hand the absence of any systematic policing of whether and when arbitrators apply EC competition law, and how, does not entail the conclusion that there does not exist a proper, legally indicated approach to applying EC competition law in arbitration proceedings, nor that arbitrators do not feel a sense of duty to follow this approach”. Respecto a las implicaciones que pueden tener la concurrencia de procesos arbitrales y administrativos se pronuncia NAZZINI, RENATO (*Concurrent proceedings in competition law...*, apdos. 10.09-10.10).

30. BRULARD y QUINTIN (Ob. cit.: 535).

31. STJCE de 14 diciembre 1995, asuntos C-430 y C431 de 1993, *Van Schijndel* (TJCE\1995\229), (en adelante *Van Schijndel*). Vid. apdos. 13 a 15 y, en particular, lo

El TJCE precisó que en aquellos casos en que las normas procesales de carácter nacional imponen a los jueces un deber de pasividad, esto es, que sólo pueden pronunciarse sobre los hechos y respecto de las pretensiones llevadas al proceso por las partes, este deber de pasividad prima sobre la obligación de los jueces de aplicar *ex-officio* las normas de libre competencia<sup>32</sup>. Para el TJCE, el principio dispositivo y la pasividad exigida a los jueces nacionales protegen el derecho de defensa y el adecuado desarrollo del procedimiento, valores éstos frente a los cuales debe ceder la intervención de oficio de los jueces en la aplicación del art. 81 del TCE<sup>33</sup>.

Sobre estas consideraciones de la sentencia VAN SCHIJNDEL se planteó la duda de si el deber de aplicar las normas de libre competencia *ex-officio* también se predicaba de los árbitros y en caso tal, cuáles serían los límites aplicables a ellos en el ejercicio de este deber.

En la sentencia *Eco Swiss*, el TJCE tendría la oportunidad de abordar por primera vez y en concreto el tema de la aplicación de las normas de libre competencia por parte de los árbitros<sup>34</sup>.

dispuesto en éste último que literalmente dispone: “15. Por tanto, se debe responder a la primera cuestión que, en un proceso que versa sobre derechos y obligaciones civiles de los que las partes disponen libremente, corresponde al Juez nacional aplicar las disposiciones de la letra f) del artículo 3 y de los artículos 85, 86 y 90 del Tratado, incluso cuando la parte interesada en su aplicación no los ha invocado, en el supuesto de que su Derecho nacional le permita dicha aplicación”.

32. Van Schijn del, apdo. 22: “22. En estas circunstancias, procede responder a la segunda cuestión que el Derecho Comunitario no impone a los órganos jurisdiccionales nacionales aducir de oficio un motivo basado en la infracción de disposiciones comunitarias, cuando el examen de este motivo les obligaría a renunciar a la pasividad que les incumbe, saliéndose de los límites del litigio tal como ha sido circunscrito por las partes y basándose en hechos y circunstancias distintos de aquellos en los que fundó su demanda la parte interesada en la aplicación de dichas disposiciones”.

33. *Schijn del*, apdo. 21.

34. La controversia que dio lugar a este procedimiento se generó en el marco de un contrato de licencia por medio del cual las compañías *Benetton International NV* y *Bulova Corporation* concedieron a *Eco Swiss* el derecho a fabricar y vender relojes bajo la indicación de “Benetton by Bulova”. Los relojes igualmente podían ser vendidos por Bulova. En el contrato se estableció que cualquier disputa entre las partes debería ser resuelta a través de un arbitraje celebrado conforme a las reglas de *Netherlands Arbitration Institute*, estando el tribunal habilitado para aplicar las normas de este país. Tras varios años de vigencia *Benetton* dio por terminado el contrato de forma anticipada. Ante este hecho, *Bulova* y *Eco Swiss* sometieron a un tribunal de arbitraje el incumplimiento contractual de *Benetton* y su responsabilidad civil. En el año 1993 el tribunal arbitral dictó un laudo parcial final en el que declaró el incumplimiento de *Benetton* y señaló que el contrato de licencia seguía vigente y surtiendo plenos efectos y que además la empresa demandada era responsable de indemnizar los daños sufridos por las empresas demandantes. En una segunda fase del proceso arbitral se estableció que la cantidad a pagar por concepto de daños a favor de *Eco Swiss* ascendía a la suma de US\$ 23.750.000 y que los daños a pagar a *Bulova* eran de US\$ 2.800.000. Concluida la fase arbitral, *Benetton* inició con fundamento en el Derecho holandés una serie de medidas para evitar la ejecución del laudo. Así, en efecto, alegó que conforme a las normas del procedimiento civil, el laudo no podía ejecutarse por ser contrario a las normas de orden público y porque además dicha ejecución significaría conceder efectos a un contrato que de conformidad con el art. 85.2 del TCE era nulo de pleno derecho. El juez de primera instancia denegó las pretensiones de *Benetton*. Ante esta circunstancia de nuevo *Benetton* solicitó ante el mismo órgano la suspensión de la ejecución de los laudos, pretensión que nuevamente le fue denegada. Apelada ante el tribunal competente la decisión relativa a la suspensión de la ejecución, este órgano accedió a suspender

A través de esta sentencia, el TJCE respondió varias cuestiones prejudiciales planteadas por el *Hoge Raad der Nederlanden* (Países Bajos), en el marco de un litigio relativo a la procedencia de un recurso de anulación interpuesto contra dos laudos arbitrales (uno parcial pero definitivo y otro final y de condena). La anulación de los laudos se había solicitado bajo el argumento de que su reconocimiento y ejecución serían contrarios al orden público, toda vez que conferirían valor a un contrato de licencia que era nulo con carácter absoluto por ser contrario al art. 85 del TCE (hoy art. 81 del TCE).

Los cuestionamientos planteados en el recurso de interpretación prejudicial resultaban interesantes, toda vez que durante el trámite del procedimiento arbitral ninguna de las partes había invocado la aplicación de las normas comunitarias de competencia. Sólo, una vez proferido el laudo, la parte vencida había optado por alegar la infracción del art. 85 del TCE para impedir la ejecución del fallo. Por lo demás, eran interrogantes complejos, en la medida en que las normas procesales aplicables al caso no facultaban a los árbitros para aplicar de oficio las normas comunitarias de competencia<sup>35</sup>.

Aunque todas las preguntas realizadas por el *Hoge Raad der Nederlanden* revisten gran importancia, a efectos del tema que ahora abordamos resulta esencial destacar la primera y tercera de las cuestiones prejudiciales planteadas, cuyo tenor literal es el siguiente:

(...) «1) ¿En qué medida los principios establecidos por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 14 de diciembre de 1995, Van Schijndel y Van Veen (asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93, Rec. pg. I-4705) son aplicables por analogía si, en el caso de un litigio relativo a un convenio de Derecho privado que no es dirimido por los órganos

la ejecución del laudo final al considerar que la vulneración del art. 81 del TCE se podía considerar como una vulneración al orden público; sin embargo, rechazó las pretensiones de *Benetton* relativas al laudo final parcial por considerar que éste se encontraba firme y no era susceptible de ningún recurso. La decisión de segunda instancia fue objeto de recurso de casación tanto de parte de *Eco Swiss* como de *Benetton*. En este estado de cosas, el *Hoge Raad* planteó ante el TJCE cinco cuestiones prejudiciales.

Describen los hechos del caso o hacen mención al mismo entre muchos otros, LUGARD (1998: 298); también LANDOLT (Ob. cit.: 145-148); KOMNINOS (Ob. cit.: 234-238) y ÁLVAREZ GONZÁLEZ (1999: 1893-1898). Un comentario íntegro de la decisión lo realizan FURSE, MARK y D'ARCY, Leo., "Eco Swiss China Tima v. Benetton: E.C. Competition Law and Arbitration", *ECLR*, n.º 7, 1999, pp. 392-394.

35. A grandes rasgos, las cinco cuestiones prejudiciales planteadas por el *Hoge se referían* a los siguientes hechos: (i) El alcance de las conclusiones de la sentencia *Van Schijndel* respecto de los tribunales arbitrales, en particular, cuando las partes no han planteado la aplicación de las normas de competencia y no existen normas procesales que establezcan el deber de los árbitros de actuar *ex-officio*; (ii) La procedencia de la anulación del laudo por vulneración del art. 85 del TCE; (iii) La procedencia de la anulación del laudo cuando las normas procesales no imponen a los árbitros el deber de actuar *ex officio* en la aplicación de las normas de competencia ni tampoco las partes han puesto bajo conocimiento del tribunal arbitral la infracción de estas disposiciones; (iv) Los efectos del recurso de anulación del laudo final -bajo el argumento de la vulneración del orden público-, respecto del laudo final parcial que ya ha adquirido efectos de cosa juzgada y, por último, (v) La inaplicación de la norma que prohíbe que junto al laudo final se pueda solicitar la anulación de un laudo final parcial.

jurisdiccionales nacionales sino por árbitros, las partes no han invocado el artículo 85 del Tratado CE y los árbitros no están facultados, con arreglo a las normas procesales nacionales vigentes, para aplicar de oficio dicha disposición?

(...)

3) ¿Está también obligado a ello el Juez neerlandés, a pesar de las normas procesales neerlandesas definidas en el apartado 4.5 de esta Resolución (según las cuales los árbitros tienen la obligación de no excederse de los límites del litigio y de atenerse a su misión), cuando la aplicabilidad del artículo 85 del Tratado CE ha quedado al margen del procedimiento arbitral y, por tanto, los árbitros no se han pronunciado sobre ella.

En su fallo, el TJCE consideró que su análisis respecto del segundo interrogante<sup>36</sup> no hacía preciso ningún pronunciamiento expreso y adicional respecto de los cuestionamientos 1 y 3 citados anteriormente. No obstante, en su análisis, sí que abordó el tema de la función que cumplen los órganos judiciales respecto al control de los laudos arbitrales.

El TJCE resaltó que los jueces nacionales son los encargados de verificar la adecuada interpretación y aplicación de las normas comunitarias por parte de los árbitros<sup>37</sup>. También destacó que este sistema de control de los laudos debe fundarse en razones de carácter excepcional, con el fin de garantizar la efectividad y utilidad de la institución arbitral<sup>38</sup>.

En este orden de ideas, teniendo como base el carácter de orden público de las normas comunitarias – respecto al que ya se había pronunciado en la sentencia *Van Schijndel*<sup>39</sup>–, el TJCE concluyó que los jueces que conforme a su normativa

36. STJCE de 1 de junio de 1999, asunto C-126 de 1997, *Eco Swiss* (TJCE\1999\110), (en adelante *Eco Swiss*) Vid. apdo 30: “(...) 2) Si el Juez considera que un laudo arbitral es efectivamente contrario al artículo 85 del Tratado CE, ¿debe por ello y a pesar de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil neerlandesa descrita en los apartados 4.2 y 4.4 de esta Resolución (conforme a las cuales una parte sólo puede solicitar la anulación de un laudo arbitral por un número limitado de motivos, entre los que se encuentra la infracción del orden público, que no comprende, en general, el mero hecho de que el contenido o la ejecución del laudo arbitral impida la aplicación de una prohibición impuesta por el Derecho de la competencia), estimar un recurso de anulación del laudo cuando dicho recurso cumple, por lo demás, los requisitos legales?”.

37. Sobre este punto ya se había referido el TJCE en la sentencia de 23 de marzo de 1982, asunto C-102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GMBH contra Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG und Co.* (Rec. 1982, p. 241), (en adelante *Nordsee*), apdo. 14 “(...) in tale prospettiva, e opportuno richiamare l’attenzione sul fatto che, se un arbitrato convenzionale solleva questioni di diritto comunitario il giudice ordinario puo esaminarle, vuoi nell’ambito del contributo che offrono gli organi arbitrali, in particolare assistendoli in taluni atti processuali o nell’interpretare il diritto da applicare, vuoi nell’ambito del controllo del lodo arbitrale, piu o meno ampio a seconda dei casi, che spetta ad esso in caso di appello, di opposizione, di exequatur, o di qualsiasi altra impugnazione contemplata dalla normativa nazionale di cui trattasi”.

38. *Eco Swiss* apdo. 35.

39. *Van Schijndel* apdo. 13 y *Eco Swiss*, apdo. 36. Vid. además GUZMÁN ZAPATER (2001) [ref. de 16 de agosto de 2009], refiriéndose a las normas de libre competencia señala: “(...) tienen por objeto la protección del orden económico nacional o supra-

nacional deben declarar la nulidad de un laudo arbitral por la violación de las normas de orden público interno, también pueden hacerlo por la inobservancia de la prohibición contenida en el art. 81.1 del TCE (principio de equivalencia)<sup>40</sup>.

Para el TJCE, cuando los jueces nacionales revisan la validez de los laudos arbitrales, tienen el deber de aplicar las normas de libre competencia. Deben verificar que los arts. 81 y 82 del TCE como disposiciones de orden público (tanto en los términos expuesto en el apdo. 36 de la sentencia como en el sentido de la Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958) han sido acatadas y respetadas por parte de los árbitros. En el curso de este procedimiento los jueces pueden también plantear ante el TJCE cuestiones prejudiciales de conformidad con el art. 234 del TCE, a fin de garantizar una aplicación adecuada y coherente de las normas comunitarias<sup>41</sup>.

La interpretación que se ha dado a la sentencia *Eco Swiss* por parte de la doctrina no ha sido en todos los sentidos positiva. Como lo precisaremos más adelante, para algún sector, este fallo, interpretado de la forma como lo venimos comentando, permite que los jueces nacionales entren a revisar el fondo de los laudos arbitrales y, por tanto, se conviertan en una nueva instancia ante la cual que se debate de nuevo una controversia ya definida.

De otra parte, tal como advertimos, el TJCE no se pronunció de forma expresa sobre las competencias de los árbitros en la aplicación de las normas antitrust. Sin embargo, de las consideraciones y del análisis sobre las facultades de los jueces nacionales respecto del control de los laudos arbitrales, un sector amplio de la doctrina ha considerado que los árbitros también tienen el deber legal de aplicar los arts. 81 y 82 del TCE, tanto si las partes así lo han requerido como con carácter *ex-officio*<sup>42</sup>.

El deber asignado a los árbitros se sustenta en primer lugar sobre el principio de la ejecutabilidad de los laudos: si los árbitros deben adoptar laudos que puedan ser aplicados y ejecutados, deberán cumplir con las normas comunitarias como normas de orden público que son, tanto en los casos en que las partes han invocado

nacional frente a los efectos perversos de las restricciones de la competencia; aseguran así una correlación oferta/demanda. Protege pues, los intereses del mercado frente a los desajustes que el sistema genera. En definitiva fijan un marco general de actuación para los operadores”.

40. *Eco Swiss*, apdo. 37.

41. *Eco Swiss*, apdo. 40.

42. BRULARD y QUINTIN (Ob. cit.: 536) señala: “The *Eco Swiss* judgment establishes the arbitrator’s duty to apply Community public policy, which includes Article 81, *ex officio*. As long as the public policy of the Community is at stake, the arbitrator, like the judge, is thus non longer duty-bound to abstain. As guardian of Community public policy, he is charged by the ECJ with the enforcement of the relevant laws and must prevent arbitration from being used circumvent the application of public policy rules”. Por su parte SLOT (Ob. cit.: 104) “(...) Here it suffices to note that a duty to apply the competition rules will necessarily have to be linked with the sanction of non - recognition of, and a refusal to enforce the arbitral award”. Vid. además LANDOLT (Ob. cit.: 100 y 229) en las que reconoce la existencia del deber a cargo de los árbitros aunque precisa que éste se encuentra atenuado por las normas procesales de los Estados miembros y, por último LOMAS.

su aplicación como en el evento en que no lo hayan hecho<sup>43</sup>. En otros términos, los pactos arbitrales no pueden permitir a los particulares sustraerse de los mandatos establecidos en los arts. 81 y 82 del TCE<sup>44</sup>. Por lo demás, en caso no aplicar estas normas, tal y como en efecto sucedió en *Eco Swiss*, el laudo proferido podría ser objeto de anulación.

Otro argumento favorable a la aplicación *ex-officio* de las normas comunitarias de competencia por parte de los árbitros, es a nuestro juicio el alcance vinculante y general del principio del efecto directo<sup>45</sup>. Si como lo ha reconocido el TJCE, los arts. 81 y 82 del TCE crean obligaciones y confieren derechos a los particulares que los jueces se encuentran obligados a proteger y garantizar<sup>46</sup>, es claro que los árbitros -como jueces de carácter privado- también se hallan vinculados por este mandato del TJCE y, por consiguiente, están obligados a proteger los derechos que las normas comunitarias conceden.

Un argumento de más peso y en mayor consonancia con el análisis hecho por el TJCE en la sentencia *Eco Swiss*, es el de afirmar que las normas de libre competencia comunitarias se imponen a los árbitros en la medida en que hacen parte del orden público comunitario y por esta vía del orden público de los Estados miembros.

No obstante los argumentos anteriores, se discute si la aplicación *ex-officio* de los arts. 81 y 82 del TCE por parte de los árbitros, no constituye en realidad una trasgresión de los límites establecidos por las partes en el pacto arbitral y por esta vía una violación de la naturaleza privada del arbitraje<sup>47</sup>.

43. STYLOPOULOS (Ob. cit.: 119-120) y DERAIS (Ob. cit.: 325 y ss.).

44. LUGARD (Ob. cit.: 297) señala: "(...) the Commission does not in principle oppose the arbitrability of claims involving the competition rules. However it is particularly wary to ensure that arbitral proceedings do not serve as a means to evade the application of the competition rules, for example, where the parties to an agreement would agree to exclude from their dispute issues of E.C. competition law so that arbitrators would not rule on these issues"

45. En contra se pronuncia IDOT según lo afirma SÁNCHEZ-TARAZANA Y MARCELINO (Ob. cit.: 3.224, nota al pie 17) al precisar que para aquél el principio del efecto directo solo tiene por finalidad facilitar la integración del Derecho comunitario y del Derecho interno de los Estados miembros.

46. STJCE de 30 de enero de 1974, asunto 127/1973, *BRT - SABAM* (apdos 15, 16 y 17). Posterior a esta decisión destacan las consideraciones hechas por el TJCE en las sentencias de 2 de abril de 1974, *Sacchi*; 3 de febrero de 1976, asunto 73/1975, *Fonderies Roubaix*; 9 de marzo de 1978, asunto 10/77, *Simmenthal*; 10 de julio de 1980, asunto 37/1979, *Estée Lauder*; 28 de febrero de 1991, asunto C-234 de 1989, *Stergios Delimitis vs. Henninger Bräu AG*; de 18 de marzo de 1997, asunto C-282/95P, *Guérin Automobiles*, así como, las observaciones contenidas en las sentencias del TPI de 10 de julio de 1990, asunto T-51/1989, *Tetra Pak* y de 18 de septiembre de 1992, *Automec*. Más recientes sobre el tema, insistiendo sobre los mismos argumentos destacan en las sentencias del TJCE de 14 de diciembre de 2000, asunto C-344/98, *Masterfoods*, apdo. 47; de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, *Courage*, apdo. 19, 23, 24 y de 13 julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, apdo. 39

47. A este cuestionamiento se replica señalando que la no aplicación de las normas de competencia en respeto a lo acordado en el pacto arbitral, significaría que las partes se pueden sustraer de los mandatos establecidos en las disposiciones comunitarias o, lo que es igual, que sobre estas disposiciones caben pactos en contrario, lo que a todas luces resulta errado dada su naturaleza de orden público. Vid. más en NAZZINI (Ob. cit.: apdo. 10.36).

Mayores argumentos en contra de la interpretación dada a la sentencia *Eco Swiss* respecto al deber de los árbitros de actuar *ex-officio* en la aplicación de las normas comunitarias de competencia, se pueden identificar y extraer de las conclusiones que sobre el caso [asunto C-126 de 1997] presentó el AG ANTONIO SAGGIO el 25 de febrero de 1999 [vid. Rec. 1999 p. I-03055].

Para el AG SAGGIO, al igual que los jueces, los árbitros suelen estar sometidos al principio pasividad. Por tanto, sus funciones deben cumplirse dentro del marco de los hechos y las controversias fijadas por las partes. Por esta razón, un laudo que aborda asuntos que no están dentro del marco establecido por las partes puede ser objeto de anulación. Refuerza este argumento, destacando que el arbitraje es una forma de justicia privada en la que tienen especial importancia los principios de autonomía de la voluntad y de pasividad por parte del juzgador<sup>48</sup>.

Para el AG, a la controversia suscitada entre *Eco Swiss - Bulova* y la compañía *Benetton*, han debido aplicarse las conclusiones de la sentencia *Van Schijndel*<sup>49</sup>. Esto es, considerar que los árbitros sólo pueden aplicar las normas de competencia cuando éstas han sido invocadas por las partes en conflicto, de manera tal que se garantice el respeto de las normas procesales que establecen la pasividad del juzgador y la efectividad del principio dispositivo<sup>50</sup>.

Consideró además el AG que no puede imponerse a los árbitros el deber de aplicar las normas comunitarias de competencia *ex-officio* bajo el argumento de que los jueces pueden hacerlo respecto de las normas nacionales de orden público y con fundamento en lo dispuesto en el art. 10 del TCE (principio de cooperación) [argumentos éstos desarrollados en la sentencia *Van Schijndel* respecto a la aplicación a cargo de los jueces]. En opinión del AG, la argumentación resulta incorrecta toda vez que el principio de cooperación no se aplica a los tribunales arbitrales dado que éstos no se consideran órganos de los Estados miembro<sup>51</sup>. Así mismo, para el AG el hecho de que los árbitros

48. Sobre estas características del arbitraje, puede verse HERNÁNDEZ RODRIGUEZ (2008: 737): “El arbitraje puede ser definido como un sistema de resolución de conflictos jurídicos no jurisdiccional basado en la autonomía de la voluntad. Se trata en consecuencia, de una alternativa a los procedimientos judiciales que obedece a la autonomía de la voluntad de las partes puestas que son ellas las que voluntariamente deciden someterse a arbitraje para resolver los conflictos jurídicos dimanantes de una determinada relación jurídica que las vincula, excluyendo con ello la vía jurisdiccional”.

49. Conclusiones del AG SAGGIO en el asunto C-126 de 1997, presentadas el 25 de febrero de 1999 [vid. Rec. 1999 p. I-03055] “22 Así pues, no estimo que existan motivos, relacionados con las peculiaridades del procedimiento arbitral, que puedan sugerir una solución distinta de la ya alcanzada por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Van Schijndel*”.

50. Sigue las consideraciones del AG SAGGIO, VAN HOUTTE, HANS., (Ob. cit.: 66) “(...) Consequently, arbitrators sitting in the EU, not being an organ of a Member State, are not more obliged to apply European competition law *ex officio* than the EU national courts of their seats. Besides, an *ex officio* duty to apply EC competition law would not be workable. How can arbitrators dispose of all the economic data an anti-trust analysis requires when not fed by the parties? That arbitrators do not have to apply EC competition law *ex officio*, does not mean, however, that they are not entitled to draw the attention of the parties to questions of competition law, when they deem this necessary”.

51. Ídem: *apdo.* 25: “(...) Sin embargo, no oculto mi perplejidad ante la posibilidad de hacer extensiva a los árbitros la obligación de plantear de oficio cuestiones sobre el respeto de la



no puedan formular cuestiones prejudiciales, antes que justificar su intervención *ex-officio* aconseja mantener una posición prudente respecto de este punto<sup>52</sup>.

Para PHILLIP LANDOLT, el deber de aplicar las normas de competencia que se deduce de las consideraciones hechas por el TJCE en la sentencia *Eco Swiss* debe ser matizado, toda vez que depende de las estrictas circunstancias del caso puestas en conocimiento de los árbitros así como de las normas aplicables al desarrollo del procedimiento arbitral y al fondo de la controversia<sup>53</sup>.

NAZZINI, por su parte, acoge algunas de las conclusiones del AG SAGGIO y señala adicionalmente que la solución al problema de la competencia de los árbitros para aplicar *ex-officio* los arts. 81 y 82 del TCE, debe buscarse en las normas que regulan el arbitraje internacional más que en las normas de Derecho comunitario<sup>54</sup>. En este orden, considera que en principio los árbitros tienen limitado su campo de acción por las materias que las partes han sometido a su decisión a través del pacto arbitral. No obstante, reconoce que pueden existir algunas infracciones a las normas de competencia que dada su gravedad generan la ilegalidad de las conductas y la ruptura del orden público internacional, y que, como tales, podrían dar lugar a que los árbitros apliquen las normas de libre competencia de oficio<sup>55</sup>.

Según NAZZINI, para que la intervención *ex-officio* tenga lugar, los árbitros han debido considerar que en caso de ignorar la infracción de los arts. 81 y 82 del TCE el laudo que podrían adoptar no sería reconocido, ni aplicado e incluso podría ser anulado. Es decir, deberán hacer un juicio atendiendo su deber de adoptar fallos que sean ejecutables. Desde luego, en estos casos, la infracción de los arts. 81 y 82 del TCE ha de ser un hecho evidente, so pena de que la inaplicación de las disposiciones comunitarias no se considere como un incumplimiento de los deberes a cargo de los árbitros.

normativa comunitaria de carácter imperativo, cuando el ordenamiento jurídico nacional les conceda una mera facultad respecto a análogas cuestiones referentes al Derecho interno. Esta conclusión no podría motivarse sic et simpliciter a la luz del artículo 5 del Tratado, disposición que, como es sabido, tiene por destinatarios únicamente a los Estados miembros y que, por consiguiente, no podría crear, por sí sola, obligaciones a cargo de los árbitros".

52. Ídem: apdo. 23.

53. LANDOLT (Ob. cit.: 221-221) matiza el deber de los árbitros de aplicar las normas comunitarias de competencia como normas imperativas: "It may be that the International arbitrator must a rule accept the prima facie application of EC competition law in accordance with its spatial and material scope, but the arbitrator may properly curtail or attenuate the full application of EC competition law in view of some their applicable legal rule of the *lex causae* or the *arbitrii*, or in view of some other consideration, for example one related to the specific features if International arbitration or the particular case at hand".

54. NAZZINI (Ob. cit.: apdo. 10.37).

55. NAZZINI (Ob. cit.: apdo 10.3). Destaca este autor los límites dentro de los cuales se podría desenvolver la actuación *ex-officio* de los árbitros: El primero es -a su juicio- que el asunto esté completamente identificado sobre los hechos y la evidencia puesta de presente por las partes y, el segundo, que los árbitros no vayan más allá de los poderes que ellas les han conferido. Sobre este segundo límite considera NAZZINI que si las partes han establecido que los árbitros no pueden aplicar normas de competencia, ellos deberán abstenerse de hacerlo, sin perjuicio de que el laudo pueda posteriormente ser anulado y no resulte aplicable.

A nuestro juicio, las conclusiones del TJCE en las sentencias *Van Schijndel* y *Eco Swiss*, no dejan duda de que los arts. 81 y 82 del TCE pueden ser aplicados por parte de los árbitros incluso aunque las partes no hayan hecho mención de ellos, dada su naturaleza de orden público y, por ende, su carácter imperativo. Si debiendo aplicarse no lo han sido o se han aplicado de manera incorrecta, los jueces nacionales en el procedimiento de valoración del laudo arbitral pueden anular la decisión, siempre que las normas nacionales les faculten para adoptar decisiones semejantes en los casos de infracción de las normas de orden público internas.

Ahora bien, el problema radica en establecer en qué medida puede el juez nacional entrar a definir que en el procedimiento arbitral era procedente en mayor o menor medida la aplicación de las normas de libre competencia, más aún si las partes no han pretendido la aplicación de estas disposiciones; o en qué medida pueden establecer los jueces que la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE por parte de los árbitros ha sido incorrecta. A nuestro juicio, éste es el punto más conflictivo y el que ha centrado con razón las críticas formuladas por la doctrina al fallo *Eco Swiss*. Volveremos más adelante sobre este punto.

A manera de conclusión de este apartado, podemos destacar que aquello que en su momento fue la base de la prohibición del arbitraje, con el paso del tiempo se ha convertido en un factor para defender la arbitrabilidad de las normas de libre competencia y su aplicación *ex-officio*. Nos referimos a la noción de “normas de orden público”, a partir de la cual, inicialmente se estableció la indisponibilidad del contenido de los arts. 81 y 82 del TCE y, por tanto, la reserva de su aplicación a favor de los órganos jurisdiccionales, y que tras las decisiones *Van Schijndel* y *Eco Swiss*, se ha convertido en el fundamento del mandato dirigido a los jueces y a los árbitros de aplicar las normas comunitarias aun en los casos en que no existe una petición de parte.

### III. LOS TRIBUNALES ARBITRALES FRENTE A LOS JUECES NACIONALES: IGUALES O DISTINTOS EN LA APLICACIÓN DE LOS ARTS. 81 Y 82 DEL TCE

Una vez establecido que tanto los jueces como los árbitros pueden aplicar las normas de libre competencia e incluso, que deben hacerlo *ex-officio*, corresponde dilucidar si unos y otros se encuentran en la misma posición y disponen de las mismas facultades y poderes en el desarrollo de sus funciones.

La falta de regulación en el Reg. 1/2003 y en la Comunicación de COJ respecto a la aplicación privada de las normas de competencia por parte de los tribunales arbitrales, hacen que la comparación entre las competencias de éstos y las que corresponden a los jueces sea hoy día más necesaria e importante.

Un sector de la doctrina considera que los árbitros, en su calidad de jueces privados, forman parte del modelo de descentralización y aplicación privada de las

normas de libre competencia comunitarias<sup>56</sup>. En este sentido, afirman y defienden que los árbitros disfrutan de las mismas competencias y facultades que los jueces estatales; igualdad que se justifica si tenemos en cuenta que las dificultades que tiene un árbitro ante un asunto que requiere la aplicación de las normas antitrust son las mismas que debe afrontar un juez.

Pese a la igualdad *ab initio* en cuanto a las funciones que desempeñan, existen en el contexto comunitario y en menor medida en el ámbito nacional, una serie de condiciones que permiten a otro sector de la doctrina defender que entre los jueces y los árbitros existen importantes diferencias que impiden su equiparación en el ámbito de la aplicación privada de los arts. 81 y 82 del TCE<sup>57</sup>. Adicional a estas condiciones, algunas características propias de la figura del arbitraje también marcan distancia entre las funciones y facultades de los árbitros y aquella asignadas a los órganos judiciales. Estas condiciones y características, a grandes rasgos, son las siguientes:

#### A. LOS ÁRBITROS NO PUEDEN FORMULAR CUESTIONES PREJUDICIALES AL TJCE (ART. 234 DEL TCE)

Conforme lo dispuso el TJCE en la sentencia de 23 de marzo de 1982, asunto 102/1981, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GMBH* contra *Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co.* (en adelante sentencia o fallo *Nordsee*), los árbitros no se consideran “órganos jurisdiccionales” a efectos de elevar cuestiones prejudiciales ante el TJCE (art. 234 del TCE)<sup>58</sup>.

No obstante lo anterior, a efectos de garantizar el respeto de las normas comunitarias de competencia y la necesaria coherencia en su aplicación, se admite que los

56. KOMNINOS (Ob. cit.: 219): “Therefore, arbitration may be seen as an alternative forum of private antitrust enforcement”.

57. Vid. en este sentido NAZZINI (2004: 154) y LANDOLT (Ob. cit.: 190, apdo. 7-55). Además, MOURRE (Ob. cit.: 76-79) para quien los árbitros además de no poder formular cuestiones prejudiciales, tampoco se hayan sometidos al Reg. 1/2003 ni mucho menos pueden hacer uso de los mecanismos de cooperación y coordinación establecidos para facilitar la interacción entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales. Por su parte, DE GROOT (Ob. cit.: 183-185) estima que los árbitros no disponen de las mismas herramientas ni facultades que los jueces en la aplicación de las normas de libre competencia (vid. para mayores *ad infra*). Sigue esta línea de opinión la Comisión en su Comunicación de 4 de octubre de 2006.

58. Vid. *Nordsee* apdos. 10 a 20, en los que se establece que un tribunal arbitral instituido por un convenio de Derecho Privado sin intervención de las autoridades públicas no puede considerarse un órgano jurisdiccional nacional en el sentido del artículo 234 del TCE, esto es, no puede formular cuestiones prejudiciales ante el TJCE. Se reiteran estas consideraciones en *Eco Swiss* apdo 34. Más sobre los argumentos de la sentencia *Nordsee* puede verse en KOMNINOS (2003: 367-370) y NAZZINI (*Concurrent proceedings in competition law...*, apdos. 10.14-10.15); ZECOS (Ob. cit.: 19).

Sobre las características que deben cumplir los órganos para que se consideren o puedan calificarse como judiciales a los efectos de la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE, puede verse la STJCE de 30 de mayo de 2002, asunto C-516 de 1999, (TJCE 2002\173) y la STJCE de 27 de abril de 1994, *Gemeente Almelo y otros* contra *Energiebedrijf Ijsselmij NV*, apdos 21 a 24, (TJCE\1994\61).

jueces nacionales pueden colaborar con el tribunal arbitral en la práctica de algunos actos procesales, así como en la interpretación de algunas disposiciones legales<sup>59</sup>.

Según se estableció en *Nordsee* y se ratificaría posteriormente en *Eco Swiss*, también existe la posibilidad de que se formulen cuestiones prejudiciales de manera indirecta, esto es, a través de las cortes nacionales. Esta posibilidad puede tener lugar porque las partes o los árbitros han pedido la intervención de los jueces<sup>60</sup>, o bien cuando éstos conocen del recurso de anulación o tramitan el reconocimiento y aplicación del laudo arbitral (*exequátur*), ya que en el curso de estos procedimientos pueden plantear, con fundamento en el art. 234 del TCE, cuestiones de carácter prejudicial ante el TJCE<sup>61</sup>.

Parte de la doctrina aboga porque se modifiquen las conclusiones de la sentencia *Nordsee* y, en consecuencia, se permita a los tribunales de arbitraje hacer uso del art. 234 del TCE<sup>62</sup>. En contra, los detractores de esta idea estiman que razones de buen funcionamiento del sistema judicial comunitario y del recurso de interpretación prejudicial aconsejan que éste se reserve como hasta ahora a los “órganos judiciales”. Consideraciones sobre la independencia y confidencialidad de los procedimientos arbitrales refuerzan y justifican esta última línea de opinión<sup>63</sup>.

59. *Nordsee* apdos 14 y 15 y *Eco Swiss* apdos 32-33 y 40. Además BRULARD y QUINTIN (Ob. cit.: 541).

60. KOMNINOS (Ob. cit.: 374-377) y NAZZINI (*Concurrent proceedings in competition law...*, apdo. 10.17-10.21).

61. Como lo indica KOMNINOS (Ob. cit.: 370), este parece ser el mejor mecanismo de coordinación, dada la imposibilidad de que por ahora el TJCE modifique la doctrina establecida en la sentencia *Nordsee*.

62. Comentando las diferentes posturas suscitadas por la sentencia *Nordsee* KOMNINOS (Ob. cit.: 370) señala: “Ever since *Nordsee* it has been submitted that the European Court of Justice should reconsider its ruling by attributing more weight to the fact that arbitrators do apply and, indeed, under certain circumstances are under a duty to apply EC competition law as directly affective provisions of Community law, which form part of national law. (...) Therefore, the argument goes, since arbitral tribunals must apply Community (competition) law it is because of this and to that extent that they should also have access to the preliminary reference procedure. In other words a criterion for the admissibility of such references would not just be the nature of the referring body, but also its obligation to apply EC law”. Por su parte, MARTÍNEZ LAGE (Ob. cit.: 6) indica: “(...) A la vista de la sentencia *Eco Swiss*, que implícitamente obliga a los árbitros a aplicar el art. 81 si quieren evitar la posible anulación de su laudo por la jurisdicción ordinaria, no parece que la jurisprudencia *Nordsee*, que impide a los árbitros interrogar al TJ sobre la correcta interpretación del Derecho comunitario, sea sostenible. (Aunque en nuestra opinión y dado el origen contractual del arbitraje, el planteamiento de una cuestión prejudicial en estos casos sólo sería admisible con el consentimiento de todas las partes)”. También en esta línea de pensamiento puede verse ZEKOS (Ob. cit.: 29).

63. Aunque un sector aboga por la concesión de facultades a los árbitros para plantear cuestiones prejudiciales así, por ejemplo, BAUDENBACHER (2003: 358) que indica “(...) In other words, the approach of the ECJ not to accept references from arbitrators constitutes a threat to the very objective that Article 234 EC is meant to pursue, namely the uniform interpretation and application of Community law. (...) A posteriori control at the enforcement stage is no substitute for the right to refer a question of law interpretation to the ECJ because in the vast majority of cases arbitration awards are not contested in court”. Este autor estima como una posible solución para evitar los problemas de acumulación y sobrecarga de trabajo en el TJCE, la de conferir competencias al TPI para escuchar y dar respuesta a las cuestiones prejudiciales formuladas por tribunales de arbitraje. En contra se pronuncia MOURRE (Ob. cit.: 131) al considerar que en cualquier caso tal medida le restaría independencia a los tribunales y desnaturalizaría la figura del arbitraje.

## B. LOS ÁRBITROS NO ESTÁN COBIJADOS POR EL DEBER DE COOPERACIÓN ESTABLECIDO EN EL ART. 10 DEL TCE

El art. 10 del TCE establece el deber de los Estados miembros de cooperar con las instituciones comunitarias en la aplicación del Derecho comunitario primario y derivado y a su vez el deber de estas instituciones de brindar a los Estados la ayuda necesaria para el cumplimiento de estos fines.

El deber de cooperar se impone al Estado como ente, así como a los órganos que forman parte de su estructura permanente. Toda vez que los árbitros no forman parte de dicha estructura y sólo ejercen sus funciones de administración de justicia de manera temporal y como resultado de un acuerdo privado, sobre ellos no se impone el deber de cooperación. Por lo tanto, ni ellos están obligados a cooperar ni frente a ellos la Comisión tiene un deber de ayuda o auxilio especial.

## C. LOS ÁRBITROS NO TIENEN LEX FORI

Para el juez nacional, las normas de libre competencia forman parte de la *lex fori* a partir de la cual se pueden establecer otras normas aplicables, dado que las normas del foro contienen a su vez normas de conflicto de leyes. Toda vez que los árbitros no tienen *lex fori*, quedan sometidos a las normas que las partes hayan acordado<sup>64</sup>.

Así pues, en principio, las normas comunitarias de libre competencia del TCE (arts. 81 y 82), serán aplicables cuando el tribunal se haya constituido dentro de la UE y los árbitros estén sometidos a las normas de un Estado miembro, en la medida en que estas disposiciones hacen parte del orden público tanto comunitario como nacional<sup>65</sup>.

También estarán obligados a dicha aplicación aunque el tribunal se haya constituido fuera de la UE cuando la ley aplicable al contrato sea la Ley de un Estado miembro. Y, aun si la ley aplicable al fondo del asunto es la un tercer Estado (no miembro), los árbitros estarán obligados a aplicar las normas de libre competencia, si estiman que se trata de normas de orden público estrechamente conectadas con el caso sometido a debate o cuando el laudo arbitral que se proyecta adoptar deba ser reconocido y/o ejecutado dentro del territorio de la UE<sup>66</sup>.

64. En este ámbito generalmente se hace referencia a los criterios de la *lex arbitrii* y a la *lex causae*.

65. VAN HOUTTE (Ob. cit.: 65). "Consequently, arbitrators have to apply EC competition law when the seat of the arbitration is located within the European Union. It is part of the public policy of the country where they perform their duties; a breach of public policy of the *lex arbitri* may lead to the annulment of the award.6 Even arbitrators deciding according to equity ("amiable composition") have to respect public policy, ie including Art 81 and 82. Arbitrators sitting within the E.U. may have additional grounds to apply European competition law, for instance, because the law of an E.U. state governs the contract or because the case is closely linked with an E.U. country. These additional grounds, which are also relevant for arbitrators sitting outside the E.U., will be discussed when arbitration outside the E.U. is covered".

66. Sobre la última hipótesis considera VAN HOUTTE (Ob. cit.: 68 "c) Arbitrators sometimes have applied European competition rules because that would ensure enforce-

Por último, habrá que tener en cuenta que las reglas de carácter procesal que rigen la aplicación del art. 81 del TCE dependerán igualmente de la ley aplicable al procedimiento arbitral (IDOT y ATANASIU (edits.) (2003: 312-314)).

D. EL ARBITRAJE ES UNA FORMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA  
SOMETIDA A LOS PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA PRIVADA Y PASIVIDAD

En el arbitraje, las normas que rigen la resolución del conflicto, esto es, las normas aplicables al fondo de la controversia, son aquellas que han definido las partes o el tribunal arbitral si éstas han guardado silencio al respecto. Igual regla se aplica tratándose de las normas procesales.

Por esta razón, cualquier intervención de las autoridades de competencia y/o cualquier relación de coordinación o cooperación que se establezca con ellas, debe estar expresamente autorizada por las partes o por el tribunal arbitral. Lo contrario atentaría de manera flagrante contra la independencia del tribunal y contra el principio de confidencialidad que preside sus actuaciones (DE GROOT, Ob. cit.: 183-185).

En la línea que venimos desarrollando, destaca la elaborada opinión de DIEDERIK DE GROOT, para quien el análisis comparativo entre las competencias y funciones de los árbitros y las que corresponden a los jueces respecto a la aplicación de las normas de libre competencia, debe realizarse a partir de 3 criterios: a) la interpretación literal del Reg. 1/2003, b) el análisis de las herramientas dispuestas en este reglamento respecto a la interacción entre jueces y autoridades de competencia y, c) la relevancia del control *ex-post* que ejercen los jueces sobre las decisiones arbitrales.

El autor concluye luego de un completo análisis, que los árbitros son competentes para aplicar el art. 81.3 del TCE, que no disponen de los mismos mecanismos de cooperación que los jueces, y que respecto al desarrollo de sus funciones es especialmente relevante el control *ex-post* realizado por los jueces nacionales. En consecuencia, a pesar de la proximidad de las funciones a su cargo, reconoce que no existe una situación de perfecta identidad entre las facultades de los jueces y las de los árbitros.

Adicional a los anteriores fundamentos y como un argumento de autoridad que separa la aplicación judicial de los arts. 81 y 82 del TCE de aquella que desarrollan los tribunales arbitrales, se destaca la Comunicación de la Comisión de 4 de

ment of their award.<sup>19</sup> In my view, however, legal rules should be applied because they are part of the proper law of the contract, because they are relevant mandatory rules or because of the public policy of the seat of arbitration; not merely because their application would increase the chances of enforcement abroad. Indeed the places of prospective enforcement may be manifold and unpredictable. The arbitration process would lose its foreseeability if the law to be applied by the arbitrators depended on their assessment of the possibilities to enforce the award in different places<sup>20</sup>.

octubre de 2006<sup>67</sup>. En ella, la Comisión indicó que atendiendo la jurisprudencia del TJCE relativa a la inaplicabilidad a los tribunales arbitrales de los arts. 10 y 234 del TCE, no es posible entender que las funciones que desempeñan los árbitros sean idénticas a las que desarrollan los jueces de conformidad con lo previsto en el Reg. 1/2003 y otras comunicaciones de la Comisión<sup>68</sup>.

En este orden de argumentos y atendiendo fundamentalmente las conclusiones expuestas por parte del TJCE en el asunto *Nordsee*, un sector mayoritario de la doctrina considera que no pueden aplicarse a los árbitros los mismos deberes ni concederles los mismos derechos que el Reg. 1/2003 y la Comunicación de COJ consagran a favor los órganos jurisdiccionales nacionales<sup>69</sup>.

Sobre estas observaciones generales analizamos a continuación la competencia de los árbitros para aplicar el apdo. 3 del art. 81 del TCE, la forma como operan los instrumentos de coordinación y el uso de los mecanismos de cooperación entre la autoridades de competencia (Comisión y ANC) y los tribunales arbitrales.

### *1. La aplicación del art. 81.3 del TCE por parte de los árbitros*

La aplicación del art. 81.3 del TCE es, por sí misma, un hecho controvertido<sup>70</sup>. También lo es su aplicación por parte de los jueces nacionales dada la complejidad de la norma y la atención que exige verificar en cada caso concreto los supuestos de aplicación de la exención<sup>71</sup>. Con estos antecedentes, se entiende que la competencia de los tribunales arbitrales para aplicar el art. 81.3 del TCE esté igualmente sometida a un intenso debate.

Aunque el Reg. 1/2003 ha dejado claro que los jueces nacionales pueden aplicar de manera íntegra y directa los arts. 81 y 82 del TCE (arts. 6, 15 y 16 del Reg. 1/2003), nada dice sobre la aplicación de estas normas por parte de tribunales arbitrales. Asimismo guardan silencio al respecto las distintas comunicaciones y directrices que componen el paquete de modernización.

En razón de este vacío regulatorio, se discute si el reconocimiento a favor de los jueces nacionales de competencias para aplicar el apdo. 3 del art. 81 del TCE, es motivo suficiente para aceptar que los árbitros disponen de la misma facultad. Este punto a su vez nos conduce a cuestionar otros tantos, así: ¿cómo debe inter-

67. En esta comunicación, la Comisión da respuesta a las diversas inquietudes planteadas por el profesor DIEDERIK DE GROOT respecto a la identidad de funciones y competencias entre árbitros y jueces.

68. En la comunicación señalada la Comisión indicó adicionalmente que en su opinión no era necesario adoptar ninguna iniciativa regulatoria respecto a la aplicación privada de las normas de competencia por parte de los tribunales arbitrales.

69. Cfr. nota el pie 53.

70. Respecto de las dificultades derivadas de la aplicación judicial del artículo 81.3 del TCE puede verse ATILANO y GUTIÉRREZ (2005).

71. Vid. GARRIDO RUIZ (GJUEC, n.º 231: 75) “(...) En consecuencia, a la luz de la jurisprudencia de los (sic) TJCE sobre el efecto directo, el apartado 3 del art. 81 CE no parece cumplir con los requisitos para ser considerado como directamente aplicable”. Sobre la ilegalidad del art. 6 del Reg. 1/2003 y la incompetencia de los jueces para aplicar el art. 81.3 del TCE pueden verse las consideraciones de PACE (2007: 360 y ss.).

pretarse el silencio normativo?, ¿se pueden limitar las competencia de los árbitros a la aplicación de los art. 81.1 y 82 del TCE?, ¿se justifica establecer un trato distinto entre árbitros y jueces respecto a la aplicación del art. 81.3 del TCE?

El principal argumento para negar la competencia de los árbitros para aplicar el art. 81.3 del TCE es el tenor literal de las normas que regulan la aplicación judicial de los arts. 81 y 82 del TCE. Los arts. 6, 15 y 18 del Reg. 1/2003 aluden expresamente a los “*órganos jurisdiccionales nacionales*”, que conforme lo dispone el punto 1 de la Comunicación de COJ son “(...) **aquellos juzgados y tribunales de un Estado miembro de la UE que pueden aplicar los artículos 81 y 82 CE y están autorizados a presentar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de conformidad con el artículo 234 CE**”. (La negrita es nuestra).

Si tenemos en cuenta que los árbitros no pueden presentar cuestiones prejudiciales (sentencia *Nordsee*) habremos de concluir que no son “*órganos jurisdiccionales*” en el sentido dispuesto por la Comunicación de COJ. Por lo tanto, no serían destinatarios de las disposiciones del Reg. 1/2003 ni tampoco de lo dispuesto en la Comunicación de COJ o en la Comunicación de la Comisión de 24 de abril de 2004, relativa a las *Directrices para la aplicación del apdo 3 del artículo 81 del TCE* (2004/C 101/08).

Bajo esta línea de interpretación, que parte del tenor literal de las normas y del silencio regulatorio respecto al arbitraje, se podría concluir que los árbitros no tienen competencia para aplicar el art. 81.3 del TCE; en otros términos, que sólo las ANC y los órganos judiciales están facultados para hacerlo.

Sin embargo, la conclusión que arroja una interpretación sistemática y no literal de las normas es completamente distinta. Un análisis en conjunto de la reforma (Reg. 1/2003 y paquete de modernización), así como de la situación existente bajo la vigencia del Reg. 17/1962 respecto a la competencia de los árbitros para aplicar las normas de libre competencia, nos permite concluir y defender que los tribunales arbitrales pueden aplicar –al igual que los jueces– los arts. 81 y 82 del TCE de manera directa e íntegra:

Sea lo primero señalar que el art. 6 del Reg. 1/2003 y otras normas referentes a la coordinación y cooperación entre los jueces y las ANC, deben interpretarse de conformidad con los objetivos del proceso de modernización y, más específicamente, con los fines de la descentralización y privatización de la aplicación de las normas antitrust<sup>72</sup>. Una interpretación coherente de este conjunto normativo arroja como resultado que la aplicación privada es el eje del nuevo orden del Derecho antitrust europeo, del que forman parte esencial los tribunales arbitrales cuando aplican las normas comunitarias de competencia.

72. Aun con anterioridad a la reforma ya se señalaba que las normas relativas a la competencia para aplicar el art. 81.3 deberían ser puestas en contexto, esto es, atendiendo la lógica y el alcance total de la reforma. Vid. IDOT (Ob. cit.: 316-317).



Así pues, una interpretación literal del art. 6 del Reg. 1/2003 se debe descartar pues además de restar efectividad a los objetivos de la reforma, podría conducir a negar –como en una primera fase– la arbitrabilidad de las normas de libre competencia<sup>73</sup>.

Adicionalmente, si tenemos en cuenta que bajo el Reg. 17/1962 no se establecían diferencias entre la aplicación a cargo de los jueces y de los árbitros, de manera tal, que unos y otros podían aplicar los arts. 81.1, 81.2 y 82 del TCE; no se encuentran razones por las cuales debería ahora –bajo la vigencia del Reg. 1/2003– trazarse una línea de separación entre estas dos formas de aplicación privada, más aún, cuando tanto los jueces como los árbitros cumplen las mismas funciones de administración de justicia<sup>74</sup>.

Por lo demás, razones de especialidad indican que la interpretación literal es equivocada. Si tras intensos debates se ha admitido que los jueces tienen capacidad de aplicar el art. 81.3 del TCE y de realizar todo el proceso de valoración y de balance concurrencial de una conducta restrictiva; con mayor razón deberían reconocerse tales facultades a los árbitros, que como jueces privados disponen de mayor especialización y dedicación para verificar el cumplimiento de los requisitos de exención<sup>75</sup>.

El efecto directo del art. 81.3 del TCE es un argumento más para defender que su aplicación directa corresponde por igual a los jueces y a los árbitros. Es cierto que un sector de la doctrina considera –a nuestro juicio erradamente– que esta norma no cumple los requisitos para ser aplicada de manera directa<sup>76</sup>; sin embargo, el tenor literal de las normas y la jurisprudencia comunitaria ha reconocido lo contrario<sup>77</sup>.

Tampoco tendría sentido exigir a los árbitros la suspensión del procedimiento a su cargo cuando tuvieran que aplicar el art. 81.3 del TCE, o imponer a las partes el deber de requerir la anulación del laudo en los casos en que el tribunal ha basado su decisión en la aplicación o inaplicación de esta norma (LOMAS, Ob. cit.). Estas diferencias entre el proceso judicial y arbitral crearían una desigualdad que

73. Vid. DE GROOT (Ob. cit.: 182) en la que indica: “(...) So the wording of Article 6 of the Modernisation Regulation cannot be said to lend any support to the position that the power to grant individual exemptions is not shared by arbitrators. That position is in my view an altogether inconsistent interpretation of Article 6 of the Modernisation Regulation” y LANDOLT (Ob. cit.: 104, apdo. 5-31) que precisa que una interpretación estrictamente literal podría sustraer por completo del conocimiento de los árbitros el art. 81 del TCE lo que resulta a todas luces equivocado.

74. DE GROOT (Ob. cit., p. 182) considera que antes de la reforma los árbitros se encontraban en la misma situación que los jueces; de este hecho deduce que tras la reforma los árbitros deberían conservar su igualdad en relación a los órganos judiciales, por lo que se debería concluir que también ellos están completamente habilitados para aplicar el art. 81.3 del TCE.

75. Ídem: 184.

76. Cfr. nota al pie 67.

77. Vid. 6 Reg. 1/2003, la Comunicación de COJ y la Comunicación de la Comisión sobre las Directrices para la aplicación del art. 81.3 del TCE, de 27 de abril de 2004 (C 101/8).

desincentivaría el uso de la segunda. El trato desigual sería, además, contrario a las características propias del arbitraje tales como el carácter privado, la especialidad y la celeridad.

De otra parte, es preciso considerar que la falta de regulación es siempre un factor de interpretación ambiguo, por lo que no es argumento suficiente para rechazar la competencia de los árbitros para aplicar el art. 81.3 del TCE<sup>78</sup>. De hecho, el silencio normativo del Reg. 17/1962 no impidió que bajo su vigencia se reconocieran a los árbitros las mismas competencias que a los jueces nacionales<sup>79</sup>.

En nuestra opinión, ninguna de las condiciones regulatorias y de las características propias del arbitraje justifica que se excluyan del ámbito de competencias de los árbitros, la aplicación del apdo. 3 del art. 81 del TCE. Esta norma, tal como era el objetivo del proceso de modernización, exige ser interpretada y aplicada de manera conjunta con el apdo. 1 del mismo artículo, pues en ello consiste precisamente el sistema de exención legal, el cual se impone a todas las autoridades, tanto administrativas como judiciales.

Así las cosas, consideramos que los árbitros al igual que los jueces son competentes para aplicar el apdo 3 del art. 81 el TCE<sup>80</sup>. Además, estimamos que las

78. El vacío normativo se puede interpretar como una negativa de las competencias arbitrales pero también se podría interpretar como una aceptación de ellas, pues si bien nada se dice expresamente, lo cierto es que tampoco se prohíbe el arbitraje o se establecen límites a su desarrollo. En este sentido se pronuncia GROOT (Ob. cit.: 183). Respecto a este argumento NAZZINI, por ejemplo, ha considerado que el silencio que guarda el Reg. 1/2003 sobre el arbitraje es completamente razonable dado que los árbitros no son autoridades nacionales ni jueces; por lo que lo extraño habría sido que el Reglamento incluyera la referencia a un tema que en realidad pertenece al Derecho interno de cada Estado. Y es que tal como lo precisa NAZZINI, Renato., *Concurrent proceedings in competition law*, (Ob. cit.: apdo 10.26): "(...) *Arbitral tribunal derive their jurisdiction from agreements sanctioned by the national laws of the Members States. It is for the Members States to set the boundaries to arbitrability and to make provisions for governing the arbitral procedure*". También justifica el silencio normativo respecto al arbitraje KOMNINOS (Ob. cit.: 218), quien considera que la falta de referencia en el Reg. 1/2003 a la aplicación privada por parte de tribunales arbitrales se puede calificar como una prudente escogencia de parte de la Comisión en el sentido de concentrar sus esfuerzos en la vía judicial.

79. Cfr. 1 *ad supra*.

80. Siguen esta opinión DERAIS (Ob. cit.: 324) "If such exclusivity disappears, [se refiere a la exclusividad de la Comisión para aplicar el art. 81.3 del TCE] arbitrators will have the same jurisdiction as national judges in this respect. The fact that their intervention is not taken into account by the Commission is as irrelevant as it was concerning the application of article 81(1 and 2) and article 82 EC by arbitrators. Irrespective of silence of EC antitrust law, national courts have upheld the arbitrability of these issues. At least implicitly, The European Court of Justice has done so too". DE GROOT (Ob. cit.: 187) "Having considered the matter from three angles interpretation of the Modernisation Regulation, Modernisations tools and court control of awards I think that as a matter of positive law arbitrators and the national courts both have the power to apply article 81(3) and grant individual exemptions from the prohibition of Article 81(1) EC". De la misma opinión MOURRE (Ob. cit.: 71); IDOT (Ob. cit.: 315); RADICATI DI BRONZOLO (Ob. cit.: 20); KOMNINOS (Ob. cit.: 219); NAZZINI (*Concurrent proceedings in competition law...*, apdo. 10.25), para quien la competencia derivaría directamente del Tratado y de los arts. 1 y 6 del Reg. 1/2003 "(...) Therefore arbitrators applying Community law will have to apply Article 81 EC in its entirety. They derive their jurisdiction in the same way as in relation to any other subject matter in the sphere of private law. No specific provision in the Regulation is required".

orientaciones que se han dado a los jueces a través de las Directrices para la aplicación del apdo 3 del art. 81 del TCE, aunque no sean vinculantes para los tribunales arbitrales, sí que pueden orientar el desarrollo de sus funciones en este punto.

## *2. La operatividad de los mecanismos de cooperación y coordinación entre las autoridades administrativas y los tribunales de arbitraje*

Los jueces, junto con los tribunales arbitrales, adelantan la aplicación privada de las normas de libre competencia. En este sentido, les corresponde adoptar las medidas necesarias para proteger los intereses y derechos de los particulares; así, por ejemplo, pueden pronunciarse sobre la nulidad absoluta de los acuerdos restrictivos, la responsabilidad civil de los infractores y, en algunos casos, según sean las circunstancias, pueden adoptar las medidas cautelares pertinentes.

En el desarrollo de sus competencias, la acción de los jueces y/o de los árbitros puede tener carácter exclusivo, o puede coincidir con la acción a cargo de las autoridades de competencia a las que corresponde la salvaguarda del interés público (Comisión y ANC).

Ante la posibilidad de que sobre unos mismos hechos concurren las acciones de diversas autoridades, el Reg. 1/2003 y la Comunicación de COJ han dispuesto una serie de mecanismos que permiten coordinar la gestión de las autoridades administrativas con las que desempeñan los jueces. Igualmente han dispuesto a cargo de cada una de las autoridades el cumplimiento de unos deberes recíprocos de cooperación<sup>81</sup>.

Ahora bien, el interrogante que se plantea a continuación es si los mecanismos de coordinación y cooperación con los jueces también resultan aplicables a los tribunales arbitrales.

Sobre la base de las diferencias establecidas entre los jueces y los tribunales arbitrales (vid. apdo. 3 *supra*), un sector importante de la doctrina considera que los árbitros no disponen de los mismos instrumentos de coordinación y cooperación que rigen las relaciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y las autoridades de competencia (vid. arts. 15, 16 del Reg.1/2003 y Comunicación de COJ)<sup>82</sup>.

81. Vid sobre los mecanismos de coordinación y cooperación los arts. 15 y 16 del Reg. 1/2003 y la Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004, “*relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE*”. Comunicación C 101/4 publicada en el DOUE de 27.04.2004

82. Vid. IDOT (Ob. cit.: 318) que considera que más que instrumentos de cooperación y coordinación, en estos casos se deberían aplicar mecanismos correctivos por parte de los tribunales nacionales cuando conocen del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales. Además, MOURRE (Ob. cit.: 76-79) que además de señalar que los árbitros no pueden formular cuestiones prejudiciales, estima que tampoco se encuentran sometidos al Reg. 1/2003 ni pueden hacer uso de los mecanismos de cooperación y coordinación establecidos para facilitar la interacción entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales. De la misma opinión es DE GROOT (Ob. cit.: 183-185). Por su parte, RINCÓN GARCÍA LOYGORRI (Ob. cit.: 10) opina: “Es dudoso que las disposiciones señaladas sean aplicables a los árbitros, toda vez

No obstante lo anterior, la mayoría de los autores coinciden en la necesidad de establecer algunos mecanismos que permitan coordinar las acciones de los tribunales arbitrales con las funciones que cumplen las autoridades de competencia. En este sentido, se propone que operen mecanismos análogos a los previstos en el Reg. 1/2003, pero adaptados a las características y las finalidades propias de los procedimientos arbitrales<sup>83</sup>.

Si el fin de los instrumentos de coordinación y de cooperación es evitar que se produzcan decisiones contradictorias entre las distintas autoridades y, por consiguiente, lograr una aplicación coherente de las normas de competencia<sup>84</sup>, parece lógico que la operatividad de estos mecanismos no se limite a las relaciones que se establezcan con los jueces nacionales, sino que además se extiendan a las relaciones entre la Comisión, las ANC y los tribunales arbitrales, no bajo la misma forma, dadas las diferencias ya admitidas, pero sí de una manera semejante.

En opinión de NAZZINI, la efectiva aplicación de los instrumentos de coordinación y cooperación entre los tribunales arbitrales y las autoridades de competencia,

que no son mencionados en la comunicación. Sin embargo la Comisión ha respondido en determinados casos a preguntas realizadas por los árbitros<sup>85</sup>. También, MARTÍNEZ LAGE (Ob. cit.: 6-7) "En cuanto a la Comisión, resulta difícil concebir que pueda desarrollar en relación con los tribunales arbitrales funciones similares a las que el Libro Blanco prevé para los órganos judiciales. Así, por ejemplo, debe descartarse de plano su intervención como *amicus curiae*. No aparece tampoco que los órganos arbitrales deban comunicar a la Comisión los asuntos en los que apliquen los artículos 81 y 82, aunque no sea más que por el carácter confidencial inherente al arbitraje que siempre debe ser salvaguardado. No cabe descartar, en cambio, que, si las partes lo aceptan, el órgano arbitral solicite y pueda obtener asistencia de la Comisión en un determinado procedimiento".

83. NAZZINI (Ob. cit.: 154); Ídem (*Concurrent proceedings in competition law...*, apdos. 10.02): "The procedural flexibility and the private nature of arbitration must provide the framework for solving the problems of dynamic and statics interactions between proceedings and administrative and criminal proceedings", desarrolla luego en detalle este tema en los apdos. 10.11, 10.28 y 11.14; RADICATI DI BRONZOLO (Ob. cit.: 21); LANDOLT (Ob. cit.: 190, apdo. 7-55); MOURRE (Ob. cit.: 76-79) señala que a los árbitros no les son aplicables los mecanismos de cooperación y coordinación que rigen las relaciones entre la Comisión y los jueces nacionales. No obstante, reconoce que pueden existir y aplicar algunas formas de coordinación y colaboración entre los tribunales arbitrales y la Comisión, tales como: (i) Solicitar que la Comisión actúe como *amicus curiae*, (ii) Acatar las decisiones adoptadas por la Comisión y, (iii) Suspender el proceso en caso de que exista un procedimiento ante el órgano comunitario. También DE GROOT (Ob. cit.: 183- 185) reconoce que nada impediría que la Comisión respondiera las solicitudes hechas por un tribunal arbitral si así lo han previsto las partes en el pacto arbitral o lo han acordado con posterioridad, al respecto indica (v. p. 185): "(...) In my view this would only be possible if the arbitration agreement or the applicable arbitration law of rules would clearly allow such stops to be taken".

84. *Eco Swiss* apdo 40. En todo caso MOURRE (Ob. cit.: 133-134) considera que son exageradas las preocupaciones por lograr una interpretación uniforme del Derecho comunitario. En su concepto imponer a los tribunales de arbitraje los mismos condicionamientos y obligaciones que a los jueces termina por negar las especificidades de la justicia arbitral e ignora el hecho de que la decisión de la Comisión no es siempre la correcta. Por su parte, CREUS CARRERAS y JULIÀ INSENER., (Ob. cit.: 23) consideran que es conveniente limitar el uso de estos mecanismos a los jueces a fin de no restarle agilidad al procedimiento arbitral. LOMAS, PAUL., (Ob. cit. precisa también "(...) However, the regulation makes no provision for the extension of some similar level of support to arbitrators [se refiere a los mecanismos de coordinación y cooperación]. Further, these techniques are fundamentally inconsistent with the philosophy of arbitration and it is difficult to see how they might be adopted to fit with it".

depende por una parte, de la flexibilidad del procedimiento arbitral y, de otra, del deber que tienen los árbitros de adoptar decisiones que sean aplicables. Estos dos factores interactúan al momento en que el árbitro aplica un test de probabilidad de la anulación o inaplicación del laudo<sup>85</sup>. Si el test es positivo, es decir, si existe un riesgo efectivo de que su decisión sea anulada o no reconocida, deberá adoptar todas las medidas necesarias para evitarlo, entre otras, podrá solicitar y aceptar la cooperación de las autoridades administrativas en el suministro de información, podrá optar por suspender el procedimiento a su cargo o conferirles a las decisiones administrativas efectos vinculantes, etc. *Contrario sensu*, si la respuesta al test es negativa, los árbitros deberán aplicar las normas de competencia sin necesidad de que opere ningún mecanismo de cooperación.

Abordaremos en forma sucinta los mecanismos de coordinación y seguidamente los mecanismos de cooperación que podrían ser aplicables en el contexto de las relaciones entre los árbitros y las autoridades de competencia, tomando como punto de referencia aquellos que aplican a los jueces nacionales:

#### *a. Mecanismos de coordinación*

Conforme lo dispone el art. 16 del Reg. 1/2003, cuando los jueces se pronuncian sobre la aplicación de las normas comunitarias de competencia, no pueden pronunciarse en contra de lo ya decidido por la Comisión e, igualmente, deben evitar adoptar decisiones que pueden ir en contra de aquellas ya previstas por el órgano comunitario. En cambio, la Comisión dispone de plena autonomía para decidir sobre un caso, aun si existe un fallo judicial previo sobre los mismos hechos. Así pues, en el ámbito de la coordinación entre la Comisión y los jueces aplican dos principios: la regla de supremacía de las decisiones de la Comisión y el principio de independencia de la Comisión frente a las decisiones adoptadas por los jueces<sup>86</sup>.

Tratándose de las relaciones con los tribunales arbitrales, lo primero que hay que señalar es que las decisiones de la Comisión no son vinculantes para los árbitros. No obstante, si ya existe una decisión comunitaria, en principio ésta debería considerarse como evidencia e, incluso, en algunos casos como obligatoria, a efectos de que el laudo arbitral se pudiese reconocer y aplicar sin ningún problema<sup>87</sup>.

85. NAZZINI (Ob. cit.: apdo. 11.15) "(...) The main element of the analysis is whether concurrent administrative proceedings or administrative decisions relevant to the subject matter of the dispute generate a real risk of the award being set aside of refused enforcement. If such risks exist appropriate steps should be taken by the arbitrators. The decisions by the arbitrators on stays, evidence, and binding effect of administrative decisions will depend on a prognostic test having as its object the validity and enforceability of the prospective award. This analysis is meant only to provide a useful framework for the arbitrators and the parties to arrive at the appropriate solution to problems of concurrent proceedings".

86. En general sobre estas reglas pueden verse entre muchos otros NAZZINI (2004, especialmente el capítulo 7); KOMNINOS (2008 y 2007: 1.387-1.428); PAULIS (2001: 399-427) y NEGRI (2006).

87. En opinión de NAZZINI, las normas sobre el carácter vinculante de las decisiones de la Comisión no aplican a los tribunales arbitrales. No obstante, los árbitros pueden

Desde luego, esta reflexión es aplicable en la medida en la que el tribunal arbitral esté sometido a las normas comunitarias y en esta medida deba acatar lo dispuesto en los arts. 81 y 82 del TCE como normas de orden público comunitario y nacional.

Para el profesor KOMNINOS (Ob. cit.: 230 y ss.), en este ámbito deberían operar plenamente las reglas de coordinación. Aunque reconoce que el tribunal arbitral no está jurídicamente vinculado por la regla de supremacía, considera que en caso de existir una decisión de la Comisión sobre los mismos hechos, los árbitros deberían ser muy cautelosos al adoptar su fallo. En otros términos, aunque teóricamente el laudo pudiese contradecir el fallo de la Comisión, en opinión de este autor, los árbitros deberían tener en cuenta los problemas de inseguridad jurídica que puede ocasionar su decisión y los inconvenientes que se suscitarían al momento de tramitar el reconocimiento y la aplicación del laudo arbitral.

A nuestro juicio, es claro que el art. 10 del TCE no se aplica a las relaciones establecidas con los árbitros; sin embargo, los restantes argumentos que fundamentan el carácter prevalente de las decisiones de la Comisión, sí. Por ejemplo, la necesidad de garantizar una aplicación coherente del Derecho comunitario, la de establecer vías adecuadas para una aplicación privada de las normas de libre competencia, los principios de seguridad y certeza jurídica y las funciones que como órgano supremo en materia de competencia se confían a la Comisión.

En consecuencia, a nuestro juicio, una vez adoptada o prevista una decisión por parte de la Comisión, los árbitros deben atender, considerar y valorar su alcance aunque no estén vinculados por ella. Desde luego, esto dependerá de que las partes hayan aludido a las normas comunitarias en el procedimiento, o bien a la decisión

llegar a considerar que dichas decisiones son vinculantes, atendiendo en primer lugar, el deber de adoptar laudos que sean aplicables y cuyo reconocimiento y ejecución se pondría en riesgo en caso de que se suscitara una contradicción entre el fallo arbitral y una decisión comunitaria. Y, en segundo lugar, considerando el principio de abuso del derecho, el cual impediría a los árbitros volver sobre un asunto que ya ha sido resuelto por la Comisión. Vid. NAZZINI (Ob. cit.: 161). En su libro *Concurrent proceedings in competition law*, (Ob. cit., apdos 11.49 -11.50 NAZZINI parece ser más categórico al señalar que los árbitros deben tener en cuenta las decisiones de las autoridades administrativas. Así, en efecto, señala: "Infringement decisions by competition authorities apply the same competition law rules to the same factual matrix as is before the arbitrators. It would be wholly artificial to argue that, while the competition law rules must be applied by arbitrators as part of the applicable law, the effect of administrative decisions falls within the realm of the procedural law of the legal order whose competition law the arbitrators apply. Therefore, when the arbitral tribunal applies EC or UK competition law it must take into account administrative decisions adopted in concurrent proceedings". Igualmente considera que las decisiones de la Comisión pueden tornarse vinculantes para los árbitros STYLOPOULOS (Ob. cit.: 123), quien concluye: "Ultimately, the result of this interaction is that the Commission's decisions is conclusive on the issues of fact and law, precisely because of the arbitral tribunal's duty to render a valid an enforceable award". Por su parte, MOURRE, (Ob. cit.: 72), con un criterio más radical, considera que los tribunales arbitrales están sometidos a las decisiones de la Comisión y por lo tanto no pueden contradecirlas. En este orden precisa que si la decisión del órgano comunitario está pendiente, el tribunal arbitral debería suspender el procedimiento a la espera de una decisión definitiva al respecto. Sigue la misma línea argumental de MOURRE, VAN HOUTTE (Ob. cit. p. 69).

(prevista o ya adoptada) de la Comisión, o al hecho de que los árbitros, a pesar del silencio de las partes, hayan reparado en la existencia de un procedimiento administrativo comunitario.

Aparte de las decisiones relativas a la infracción de las normas de competencia y al igual que respecto de los órganos jurisdiccionales nacionales, otro tipo de decisiones de la Comisión podrían surtir efectos probatorios considerables sobre los árbitros. Nos referimos en concreto a las decisiones sobre compromisos<sup>88</sup>, a las declaraciones de inaplicabilidad y las decisiones de clemencia. Aunque todas ellas, en principio, están llamadas a surtir efectos en el ámbito público-administrativo, sus observaciones y valoraciones pueden servir al análisis de los hechos a cargo de los árbitros.

Respecto a los efectos que pueden surtir sobre los tribunales arbitrales las decisiones adoptadas por las ANC, es a nuestro juicio indispensable analizar las normas de cada Estado miembro e igualmente las normas procesales y sustanciales que rigen el procedimiento arbitral, a efectos de establecer si las decisiones administrativas tienen o no reconocidos efectos vinculantes, y si en tal caso, la regla se aplica sólo respecto a los jueces o resulta posible su extensión a los tribunales arbitrales<sup>89</sup>.

En todo caso, atendiendo el fundamento y el origen del arbitraje, así como las ventajas que tiene su tramitación respecto de los procedimientos judiciales, en principio, no resulta razonable considerar -y de hecho no existe ninguna disposición que lo establezca- que las decisiones de las ANC son vinculantes para los árbitros. Cuestión diferente es que tal decisión pueda considerarse como una evidencia importante o que los árbitros *motu proprio* decidan conferirle carácter vinculante a fin de que su decisión sea reconocida y consonante con la aplicación administrativa de las normas de competencia.

Por último, consideramos que la Comisión goza de autonomía para asumir competencias y fallar, independientemente de que los hechos hayan sido debatidos y decididos -total o parcialmente- por parte de un tribunal de arbitraje (principio de independencia)<sup>90</sup>.

Respecto a la suspensión del procedimiento arbitral como mecanismo para garantizar la efectividad del principio de supremacía y la adopción de decisiones no contradictorias con aquellas previstas por parte de la Comisión, la situación es también objeto de controversia.

88. Sobre las decisiones de aceptación de compromisos se pronuncia LANDOLT (Ob. cit.: 274, apdo. 8-72): "(...) arbitral tribunals would be justified in attributing influence to Commission Article 9 decisions, especially one on the same material facts, but should be careful to examine in the concrete situation the degree to which the procedural deficiencies in the procedure may have impaired the accuracy of the Commission's findings".

89. Vid. al respecto las consideraciones de LANDOLT, PHILLIP., (Ob. cit.: 250, apdos. 8-32. 8-35).

90. Como tuvimos oportunidad de indicarlo en el apartado correspondiente a los mecanismos de coordinación con los jueces, si el fallo arbitral tiene efectos de cosa juzgada, una de las posibles interpretaciones sobre la aplicación del principio de independencia consiste en reconocer que la decisión de la Comisión tiene efectos *erga omnes* excepto frente a las partes en conflicto a las que desde luego se aplicaría lo decidido en el laudo arbitral.

*Ab initio*, la suspensión del trámite arbitral parecer chocar con los principios que orientan este tipo de procedimientos, entre otros, la autonomía de las partes, la independencia de los árbitros, la celeridad y, sobre todo, el carácter temporal de sus competencias.

Para NAZZINI, la suspensión será procedente en tanto las partes acuerden su aplicación o los árbitros la estimen necesaria<sup>91</sup>. En su opinión, la capacidad de los árbitros para implementar esta medida dependerá de que las reglas establecidas por las partes o aquellas que ellos hubieren previsto -por tener dicha capacidad- lo permitan. Dependerá asimismo del resultado que arroje el test relativo a la mayor o menor probabilidad de que el laudo sea anulado en caso de que no se suspenda el procedimiento y no se considere la decisión administrativa<sup>92</sup>.

Por su parte, PHILLIP LANDOLT aprecia que los valores que se protegen a través de la suspensión de los procedimientos judiciales cuando se encuentra pendiente una decisión de la Comisión o de una ANC, son los mismos que habría lugar a considerar y amparar cuando la aplicación privada corresponde a los tribunales de arbitraje<sup>93</sup>. Desde luego, y en consonancia con la opinión de NAZZINI, este autor estima que es necesario revisar la obligación de suspensión a la luz de las características propias del procedimiento arbitral, en especial su naturaleza privada e independiente e igualmente la autonomía de las partes en su orientación y conducción (LANDOLT, Ob. cit.: 276, apdo. 8-79).

Nos unimos a estas opiniones, dado que los objetivos perseguidos con la suspensión del procedimiento arbitral son los mismos que aplican a los trámites judiciales. En este orden, consideramos procedente la suspensión, pero sólo en la medida en que exista un riesgo efectivo de que el laudo puede llegar a contradecir la decisión que se proyecta adoptar, y siempre que las partes hayan dado su

91. Vid. NAZZINI (Ob. cit.: 158-159), quien afirma que la suspensión del procedimiento arbitral es un asunto que se resuelve atendiendo la autonomía de las partes y el deber de los árbitros de adoptar laudos que sean aplicables. Ídem (Ob. cit., apdos. 11.21 y ss.) en los que el autor destaca los fundamentos políticos que deben atender los árbitros cuando deciden suspender el proceso a su cargo y los apdos. 11.25 y ss. en los que precisa los principios del arbitraje que deben atenderse en los casos en que haya lugar a la suspensión. Respecto al deber de hacer los laudos aplicables y el rol de la autonomía de las partes pueden verse además los apdos 11.28-11.32.

92. Al final concluye NAZZINI (Ob. cit.: 159): "The proposed test for stay applicable to International arbitration of competition law disputes when concurrent administrative proceedings are pending is as follows. The arbitrators should consider staying arbitral proceedings when the nature of the dispute, the evidence before them of legal issues involved are such that it is likely that a future decision by the competition authority would conflict with arbitral award and such a conflict would cause a real risk of the award being set aside or refused enforcement. The arbitrators should submit their concerns to the parties. The parties may agree that proceedings should or should not be stayed. In this case the arbitrators have no choice but to give effect to the agreement of the parties. If the parties disagree, the arbitrator may exercise their discretion in procedural matters to stay proceedings". En idéntico sentido STYLOPOULOS (Ob. cit.: 123).

93. LANDOLT (Ob. cit.: 275-276, apdo. 8-78). "If uncertainty persist as to that body's decision, and there is a substantial possibility of inconsistency between the arbitration award and that body's decision, it may appropriate for the arbitration tribunal to order a stay of proceedings pending further clarity as to the outcome of the other proceedings, indeed, perhaps until that outcome is known".



autorización manifiesta a la suspensión o los árbitros dispongan de la autonomía suficiente para decidir su práctica.

*b. Mecanismos de cooperación*

Respecto a los instrumentos de cooperación, resulta necesario examinar si las reglas dispuestas en el art. 15 del Reg. 1/2003 y en los apdos. 15 a 41 de la Comunicación de COJ se pueden extender sin más a los tribunales arbitrales, si en cambio, podría ser necesaria su adaptación o, por el contrario, deberían diseñarse algunos mecanismos especiales de cooperación entre los árbitros y las autoridades de competencia.

Según lo establecen las normas comunitarias, los mecanismos de cooperación operan en doble vía: (i) De la Comisión para con los jueces y (ii) De los jueces para con la Comisión. Dentro del apdo (i) encontramos: el suministro de información y documentos por parte de la Comisión, la elaboración de dictámenes y la intervención del órgano comunitario –o de las ANC- en calidad de *amicus curiae* dentro de los procedimientos judiciales. En el apdo. (ii) se encuentran: la obligación de los jueces de enviar copia de las sentencias que involucran la aplicación de las normas de competencia, la de suministrar la información necesaria para que la Comisión o las ANC puedan intervenir como *amicus curiae* y, por último, la de colaborar con el órgano comunitario en la práctica de algunas diligencias de inspección y recaudo de pruebas.

El Reg. 1/2003 y la Comunicación de COJ no regulan el deber de cooperación recíproco entre la Comisión y los tribunales arbitrales. En todo caso, parece razonable admitir que en la medida en que los árbitros administran justicia -aun cuando solo sea con carácter temporal- y aplican las normas comunitarias de competencia, también deberían estar facultados para solicitar la cooperación de la Comisión y para brindarla si ello resulta necesario. Este análisis es válido ya que las razones y los fines que mueven a los jueces a requerir la cooperación de la Comisión y/o de las ANC son los mismos que afectan y pueden beneficiar la actividad realizada por los árbitros.

En general, respecto a la operatividad de los mecanismos de cooperación entre la Comisión y los tribunales arbitrales, la doctrina conserva la misma línea de opinión que respecto de los mecanismos de coordinación. Así pues, en principio niega su uso en razón de las características propias del procedimiento arbitral y de sus diferencias con la aplicación de las normas de competencia a cargo de los jueces; pero, seguidamente, reconoce que en algunos supuestos excepcionales es necesaria su aplicación y, para ello, su adaptación<sup>94</sup>.

94. Vid. al respecto NAZZINI (Ob. cit.: 159-162), para quien el desarrollo de las vías de cooperación puede tener lugar gracias a la naturaleza privada del arbitraje y la flexibilidad de las normas que rigen este procedimiento. En idéntico sentido STYLOPOULOS (Ob. cit.: 122) y LANDOLT (Ob. cit.: 267, apdo. 8-61), que acepta bajo específicas circunstancias que los tribunales arbitrales puedan solicitar la colaboración de la Comisión.

Una de las formas de cooperación a las que la doctrina le reconoce especial utilidad se refiere a la posibilidad de requerir la colaboración de la Comisión en el suministro de información sobre los asuntos que han sido sometidos a conocimiento del tribunal de arbitraje<sup>95</sup>.

Junto a este suministro de información general, la Comisión puede proveer al tribunal de los documentos y evidencia que ha sido obtenida en el desarrollo de los procedimientos administrativos<sup>96</sup>.

En estos casos, la colaboración debe producirse a iniciativa de los árbitros, siempre que la ley que rige el procedimiento y el desempeño de sus funciones lo permita, y siempre además que las partes no hayan celebrado un pacto en contrario. También podría producirse cuando las partes en conflicto actúan de mutuo acuerdo, bien sea dejando abierta esta posibilidad desde la suscripción del pacto arbitral o bien sea que lo acuerden en el curso del procedimiento<sup>97</sup>.

En todo caso, es preciso señalar que el tribunal no estará vinculado por la información que le provee la Comisión ni por el concepto que ésta emite en relación con los hechos objeto de debate, pero, desde luego, podrá servirse de ellas para orientar su labor (KOMNINOS, Ob. cit.: 381).

Dos obstáculos importantes se oponen al funcionamiento de esta forma de cooperación. Por un lado, los límites que se imponen al uso de la información obtenida por la entidad administrativa, esto es, el respeto de la finalidad con que fue recaudada la información, la cual impide en principio que sea utilizada con

Por su parte, MOURRE (Ob. cit.: 76-79), con una opinión muy cercana a la de NAZZINI, reconoce que pueden existir algunas formas de coordinación y colaboración entre los tribunales de arbitramento y la Comisión, tales como: (i) Solicitar que la Comisión actúe como *amicus curiae*, (ii) Acatar las decisiones adoptadas por la Comisión y, (iii) Suspender el procedimiento arbitral a la espera de que se adopte una decisión por parte de la Comisión.

En sentido contrario, IDOT se pronuncia sobre la imposibilidad de aplicar los mecanismos de cooperación a las relaciones entre los árbitros y la Comisión, excepción hecha del mecanismo relativo a la asistencia de ésta como consecuencia del requerimiento expreso del tribunal arbitral. En este caso -según el criterio del autor- la colaboración prestada por la Comisión se debería limitar al suministro de la información fáctica disponible, así como de la relativa al derecho aplicable. Vid. IDOT (Ob. cit.: 318).

95. Ya lo preveía KOMNINOS (2001: 380): "(...) on informal basis, arbitrators should be able to seek the Commission's assistance, whenever a legal or factual problem arises in regard to a question of enforcement of EC competition law. Any disrespectful attitude of the Commission towards arbitration in this regard would run counter to the long-established recognition of arbitration in all Members States as an alternative judicial forum". Así también lo consideró BAUDENBACHER (Ob. cit.: 357) con anterioridad al Reg. 1/2003 y con referencia a la Comunicación de Cooperación de 1993. En su estudio concluyó: "(...) Arbitrators should at least have recourse to the Commission procedure (most probably in a different form than in the case of national judges). In the light of de-localisation, third-country arbitrators who frequently deal with cases that affect trade between Members States should be included".

96. NAZZINI, RENATO (Ob. cit.: apdo. 11.35). Además NISSER y BLANKE (Ob. cit.: 181), pero en referencia a los arbitrajes que resultan de una decisión de compromisos.

97. De manera indirecta el tribunal de arbitraje podría lograr los mismos efectos de la cooperación, solicitando a las partes la entrega de las pruebas que ellas han sometido a la valoración del órgano comunitario. Vid. al respecto NAZZINI (Ob. cit.: 159-161).

objetivos distintos. Y, de otra parte, el deber de secreto sobre la información que recaudan las autoridades de competencia en el desarrollo de sus funciones.

Respecto de este último problema, en nuestra opinión, resulta plenamente aplicable lo dispuesto en el apdo. 23 de la Comunicación de COJ. Por lo tanto, cuando la Comisión suministre información sometida a secreto debe constatar que se cumplen las garantías establecidas en el art. 287 del TCE<sup>98</sup>. Asimismo, al igual que en las relaciones establecidas con los jueces, se podrá negar a suministrar la información si los árbitros no pueden garantizarle la adecuada protección de la información que está bajo secreto empresarial, o cuando ello sea necesario para salvaguardar los intereses de la Comisión o para evitar interferencias en su funcionamiento e independencia<sup>99</sup>. En ningún caso podrá desvelar la información que se hubiese suministrado al órgano comunitario en desarrollo del programa de clemencia.

Otros de los mecanismos de cooperación son los dictámenes que la Comisión elabora sobre aspectos de hecho o de derecho relativos a la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE. El funcionamiento de este mecanismo es mucho más complejo en el ámbito del arbitraje que en el judicial. Como en el supuesto anterior, su solicitud puede ser formulada tanto por el tribunal arbitral -estando autorizado para ello- como por las partes<sup>100</sup>.

El problema fundamental de la operatividad de este mecanismo reside en que la información que los árbitros deben suministrar para efectos de que la Comisión elabore su dictamen, puede llegar a emplearse en procedimientos administrativos de carácter sancionador. En otros términos, el inconveniente es que el experto -en este caso, la Comisión- no es un tercero completamente independiente, sino que es la autoridad que tiene dentro de sus funciones vigilar el respeto y el cumplimiento de las normas de libre competencia, lo que puede suponer para las partes el riesgo de afrontar procedimientos y sanciones de carácter administrativo. Adicionalmente, el suministro de la información por parte de los árbitros a la Comisión podría resultar problemático en la medida en que atenta contra la confidencialidad de estos procedimientos

Respecto a la posibilidad de que la Comisión intervenga dentro de los procedimientos arbitrales en calidad de *amicus curiae*, la opinión de la doctrina se halla

98. LANDOLT (Ob. cit. pp. 286-287, apdos. 8-100 y 8-101): "Community law would therefore permit and indeed latently require the Commission to provide arbitration tribunals with information on cases providing it receives sufficient assurances that if it does so, the recipient will not violate professional secrecy". Sobre los límites impuestos a la Comisión en el desarrollo de este mecanismo de cooperación, puede verse LANDOLT (Ob. cit.: 282-283, apdo 8.92) que menciona como límites al mecanismos de cooperación relativo a la suministro de información y de documentos, el uso específico que éstos deben recibir por parte de los jueces y la reserva de la información sometida a secreto, los que, en su opinión, son perfectamente trasladables y aplicables a los tribunales de arbitraje.

99. Comunicación de COJ apdos. 25-26.

100. Sobre la operatividad de este mecanismo en los casos en que el arbitraje se ha dispuesto en cumplimiento de decisiones de compromisos, puede verse NISSER y BLANKE (Ob. cit.: 181).

dividida<sup>101</sup>. Quienes se muestran favorables a la aplicación de este mecanismo en el ámbito de los procedimientos arbitrales, consideran que es procedente cuando las partes así lo han acordado (antes o durante el procedimiento) o cuando no existiendo acuerdo entre ellas, los árbitros, de conformidad con las normas procesales que rigen sus funciones, así lo autorizan<sup>102</sup>.

En este punto al igual que en el relativo a los dictámenes es especialmente conflictivo el suministro de información por parte de los árbitros a la Comisión o a las ANC, dado el riesgo que esto supone desde la perspectiva administrativo-

101. A favor se encuentran LANDOLT (Ob. cit.: 282, apdo. 8-90); VAN HOUTTE (Ob. cit.: 73). También CARL NISSER y GORDON BLANKE, para quienes la Comisión debería supervisar el procedimiento arbitral y adicionalmente tener la facultad de intervenir como observador o *amicus curiae* [citados por MOURRE, ALEXIS (Ob. cit.: 132-133). CARL NISSER y GORDON BLANKE en su artículo "Reflections on the role...", (Ob. cit.: 176) se pronuncian a favor de la intervención de la Comisión como *amicus curiae*, en los siguientes términos: "(...)Thus, in both remedy related and ordinary EC antitrust arbitrations, the Commission may have a vested interest in ensuring that the arbitral tribunal give appropriate consideration to the correct application of the EC antitrust and merger control provisions and that the dispute at hand be adjudicated in light of the *raison d'être*, i.e. the intended competitive impact of the remedies such as envisaged by the Commission in the commitment decision. Moreover, in the making of the final award, the tribunal, for its part, may well benefit from drawing on the Commission's expertise in EC antitrust related matters more generally and the Commission's familiarity with relevant merger-related files in particular". Estos autores distinguen entre aquellos arbitrajes que han sido establecidos como mecanismos de resolución de conflictos en el marco de una operación de concentración o de la suscripción de unos compromisos y los arbitrajes "ordinarios", es decir, los que se desarrollan sin una previa decisión de parte de la Comisión. Aunque reconocen que respecto de los segundos, puede resultar mucho más complejo justificar la intervención de la Comisión e igualmente defender la idea de que su intervención no lesiona la independencia de los árbitros, estiman que en ambas situaciones la intervención de la Comisión no sólo facilita el desarrollo de la función del tribunal arbitral y la aplicación uniforme de las normas de competencia, sino que además contribuye a evitar que el laudo adoptado sea declarado nulo o no se reconozca dentro del procedimiento de exequátur. Por último, estos autores señalan que la intervención de la Comisión no lesiona la independencia del tribunal arbitral toda vez que éste no se encuentra vinculado por el deber de cooperación leal establecido en el art. 10 del TCE, de manera que, puede ignorar las contribuciones de la Comisión; además, en el caso de los arbitrajes "ordinarios" aunque reconoce que en principio se podría argüir la afectación del principio de independencia, si la intervención de la Comisión no está prevista en los términos de referencia del proceso, lo cierto es que en ellos, la intervención de la Comisión sólo cumple el propósito de conseguir que el laudo adoptado sea aplicable y reconocido [vid. pp. 177-178]. Sobre las prácticas que deben seguir la Comisión y los tribunales arbitrales cuando aquella intervenga en los procedimientos en calidad de *amicus curiae*, puede verse las pp. 179 y ss. del artículo que ahora comentamos.

En sentido contrario, esto es con una opinión desfavorable a la figura del *amicus curiae* dentro de los procedimientos arbitrales por considerar que su aplicación alteraría la naturaleza privada, la confidencialidad y la independencia de los tribunales arbitrales, vid. las consideraciones de KOMNINOS (Ob. cit.: 226).

102. Precisamente la exigencia de iniciativa de las partes indica que la intervención de la Comisión dentro del proceso arbitral es más la intervención de un experto que la de un *amicus*. En estricto sentido, la intervención como *amicus curiae* solo tendría lugar en el trámite del proceso de apelación, del recurso de anulación o del procedimiento de exequátur. Vid. al respecto LANDOLT (Ob. cit.: 293-294, apdo. 8-119). Por su parte, VAN HOUTTE (Ob. cit.: 73) señala: However, an opinion of the Commission or its intervention as *amicus curiae* is not a formal decision. In fact, the Commission itself stresses that its advice is non-binding. At most, as an award has stated, arbitrators should consider such advice to be an expert report, although highly authoritative".

sancionadora. Nada impide que la Comisión o la ANC una vez recibida la información pertinente, además de presentar las observaciones que consideren relevantes, inicie en contra de las partes una investigación por la presunta infracción de los arts. 81 y 82 del TCE y/o de las normas nacionales<sup>103</sup>

Respecto al mecanismo de cooperación que consiste en la remisión de las decisiones adoptadas, es preciso destacar que su operatividad respecto de los tribunales arbitrales es nula. No existe a nivel nacional ni comunitario un control sobre los laudos que aplican los arts. 81 y 82 del TCE y/o las normas nacionales de competencia.

La recopilación de los laudos arbitrales suele ser un hecho que depende de las instituciones y centros de arbitraje, por lo que no puede imponerse a los Estados miembros una obligación de control en este punto. Hay que tener en cuenta que en atención a las características propias de los procedimientos arbitrales, en muchos casos los laudos no se publican, quedando limitado su conocimiento a las partes y a los árbitros.

Por último, es preciso considerar que además de las tradicionales vías de cooperación referidas en la Comunicación de COJ y en el Reg. 1/2003, los árbitros al igual que los jueces se pueden beneficiar de las declaraciones no vinculantes de la Comisión sobre la política de competencia, hechas por ejemplo en las Comunicaciones, las Directrices, o en el Informe Anual de la Comisión. De esta manera pueden propender porque su fallo se ajuste a derecho y no sea anulado (LANDOLT, Ob. cit.: 239-240, apdos. 8-05 y 8-06).

En nuestra opinión, el estudio y análisis que realiza la doctrina sobre la procedencia y aplicación de los mecanismos de coordinación y cooperación entre las autoridades de competencia (Comisión y ANC) y los tribunales arbitrales, tiene como fundamento principal la identidad de funciones y de necesidades que jueces y árbitros tienen que enfrentar cuando intervienen en la aplicación privada de las normas de libre competencia.

Ahora bien, a nuestro juicio, constituye un error pretender trasladar y aplicar cada uno de los mecanismos establecidos en el Reg. 1/2003 y en la Comunicación

103. En este sentido, no se debe perder de vista que las ANC (por ejemplo, la CNC) tiene dentro de sus funciones en general el deber de denunciar y la obligación específica de iniciar un procedimiento administrativo-sancionador cuando tiene conocimiento de hechos que pueden constituir una infracción. Se propone, como medida para reducir este riesgo, conceder a las partes inmunidad desde la perspectiva administrativa. Así, NISSER, CARL y BLANKE (Ob. cit.: 179), haciendo referencia a la información que deben facilitar los árbitros a la Comisión para que esta intervenga en calidad de *amicus curiae*, señalan en primer lugar que es necesario obtener el expreso consentimiento de las partes y, en todo caso "For the avoidance of doubt, if the arbitrating parties do not so consent, the Commission and the arbitral tribunal should respect the arbitrating parties' right against self-incrimination for the purposes of the arbitral proceedings and the tribunal should refrain from relating any of the information specified (...)". De forma más categórica y a fin de anular por completo este riesgo, VAN HOUTTE (Ob. cit.: 73) considera que en los casos de intervención de la Comisión o de las ANC como *amicus curiae*, el tribunal arbitral debe abstenerse de compartir cualquier tipo de información que dichas autoridades no tengan en su poder.

de COJ al ámbito de las relaciones establecidas por la Comisión y/o las ANC con los tribunales arbitrales. Las particularidades de este mecanismo alternativo de solución de conflictos exige que en las relaciones de coordinación entre árbitros y autoridades de competencia se dispongan mecanismos especiales o se adapten los ya previstos, con el fin de que no se desnaturalice la figura ni se desincentive su uso.

La autonomía de las partes para definir las normas que deben regir el funcionamiento del tribunal o para dejar este aspecto en manos de los árbitros, puede dar lugar a que ninguno de los mecanismos de cooperación -que se regulan respecto de la aplicación judicial- sean operativos en el contexto del arbitraje o que su aplicación sea contraria a los fines de este mecanismo. Esto exige que la Comisión emprenda la tarea de establecer, a través de una Comunicación, los principios que deberían orientar una fluida comunicación y cooperación entre árbitros y autoridades administrativas.

Finalmente, dada la importancia del arbitraje, sería conveniente que las ANC adoptaran algunas iniciativas respecto a la recopilación de los laudos relativos a los arts. 81 y 82 del TCE.

#### IV. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD REALIZADA POR LOS ÁRBITROS

Según la interpretación mayoritaria dada por la doctrina a la sentencia *Eco Swiss*, los árbitros tienen el deber de aplicar las normas de competencia tanto si las partes las han invocado como fundamento de sus pretensiones y excepciones, como si ellas han guardado silencio al respecto<sup>104</sup>.

Con independencia de las críticas que esta interpretación puede suscitar, de los argumentos dados por el TJCE se desprende que el cumplimiento de este deber a cargo de los árbitros se encuentra estrechamente ligado al control que los jueces nacionales realizan sobre el desempeño de sus labores y decisiones. Este control, denominado como *second look*, es en realidad un mecanismo excepcional que permite revisar si las normas de orden público han sido aplicadas por los árbitros de manera efectiva, adecuada y coherente<sup>105</sup>.

Según el TJCE, es precisamente en este procedimiento de control, que los jueces nacionales deben verificar -incluso de oficio- si los árbitros han aplicado las normas comunitarias de libre competencia y, en caso tal, si lo han hecho de forma correcta<sup>106</sup>. Si las normas no han sido aplicadas o lo han sido pero de forma

104. Vid. supra 2.

105. DE GROOT (Ob. cit.: 186) "(...) Although it does not remedy the inequality, the second look is nonetheless an appropriate guarantee the EC competition law is (correctly) applied by arbitrators"; también NAZZINI (Op. cit.: apdo 10.10).

106. Vid. NAZZINI (Op. cit.: apdo 10.21) "(...) Therefore, the construction, application, or non application of EC competition law by the arbitral tribunal will be subject to a degree of scrutiny by the courts of the Members States exercising jurisdiction in enforcement or annulment proceedings that is of sufficient depth and breadth to make it possible for the court to verify that the core public policy values of Articles 81 and 82

incorrecta, se podrá anular el laudo arbitral siempre y cuando las normas internas también prevean la anulación por la infracción de las normas de orden público de carácter nacional (principio de equivalencia)<sup>107</sup>. Igualmente, en estos casos, el juez nacional podrá negar el reconocimiento y ejecución del laudo, al ser éste contrario al orden público comunitario e interno.

La efectividad del *second look* depende de las normas procesales de carácter nacional (principio de autonomía procesal), de manera que, por ejemplo, la intervención del juez solo es posible si el laudo arbitral ha sido objeto de impugnación, lo que a su vez dependerá de que se cumplan una o varias de las causales extraordinarias previstas en la ley<sup>108</sup>. Asimismo, las facultades de los jueces y su alcance también se encuentran sujetas al Derecho procesal de carácter nacional.

Un sector de la doctrina considera que los argumentos de la sentencia *Eco Swiss* permiten que la impugnación del laudo se convierta en una nueva instancia de revisión de la controversia y de la solución dada por los árbitros<sup>109</sup>, vulnerándose de esta forma la esencia misma de la doctrina del *second look*<sup>110</sup>. Se afirma que las competencias que se reconocen a favor de los jueces son tan amplias, que la sentencia comunitaria erróneamente abre las puertas a la revisión de fondo de los laudos arbitrales, perjudicando la efectividad del arbitraje y el principio de seguridad jurídica.

Por estas razones, se propone establecer límites al escrutinio que deben realizar los jueces nacionales en el proceso de revisión de los laudos. El primero y más obvio es que los jueces nacionales solo están obligados a constatar el cumplimiento de las normas comunitarias de competencia, en la medida en que estas disposiciones sean

have not been violated. The substantive test and the procedural rules are those provided for by national law". A favor de este tipo de revisión CREMADES (Ob. cit.: 53) dispone: "El examen por parte de los órganos jurisdiccionales, tanto en la fase de ejecución como en la de anulación del laudo arbitral, respecto de determinadas cuestiones de fondo que traigan a colación la vulneración del orden público se configura como un mecanismo de control tendiente a evitar el recurso al arbitraje como fraude procesal. En caso contrario bastaría un recurso a un procedimiento arbitral para evitar la aplicación de las disposiciones básicas del ordenamiento jurídico". Vid. además RADICATI DI BRNZOLO (Ob. cit.: 15).

107. Vid. *Eco Swiss* apdos. 40 y 41.

108. *Eco Swiss* apdo. 35. Vid. además CREMADES (Ob. cit.: 41).

109. Vid. sobre este principio MOURRE y RADICATI DI BRNZOLO (2006: 172-175). Asimismo, Vid. además RADICATI DI BRNZOLO (Ob. cit.: 15) "Secondo una tale visione l'ordine pubblico comprenderebbe anche tutte le norme di applicazione necessaria. D'altro canto si postula che in sede di verifica dell'ordine pubblico, e quindi del rispetto da parte dell'arbitro delle norme di applicazione necessaria, il giudice debba potere procedere ad un controllo del lodo che va oltre quando normalmente previsto a questo riguardo, per avvicinarsi ad un vero e proprio controllo di merito. Una visione di questo tipo sembra essere ricavata da taluni anche della sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Eco-Swiss c. Benetton*"

110. En el ordenamiento español, además BARONA VILAR (2004), quien precisa que la finalidad de anulación es la de efectuar un control formal de todo el proceso arbitral desde el pacto arbitral hasta "(...) controlar si el laudo arbitral puede llegar a ser contrario al orden público —y sin que esta última posibilidad pueda llegar a abrir las puertas a un control de fondo del laudo como reiteradamente ha sido manifestado por los tribunales al resolver la anulación" (la negrita es nuestra).

aplicables al caso<sup>111</sup>. En segundo lugar, podrán hacerlo cuando la inaplicación de las disposiciones comunitarias por parte de los árbitros sea un fallo evidente; en caso contrario, no podrán volver sobre la controversia para analizar la conducta, pues ello simplemente excedería sus facultades. En otros términos, los jueces no podrán imputar a los árbitros un incumplimiento de su deber, cuando de los hechos del caso no resultaba manifiesta la necesidad de aplicar los arts. 81 y/o 82 del TCE, lo que será muy difícil de establecer en caso de que las partes hayan guardado silencio sobre la aplicación de estas disposiciones<sup>112</sup>.

Si las normas han sido aplicadas, el juez deberá limitarse a verificar que los argumentos del tribunal arbitral son suficientes, sin juzgar la corrección de los efectos o consecuencias que los árbitros derivan de la infracción o del cumplimiento de las normas de competencia<sup>113</sup>.

Conforme lo ha destacado el TJCE en varias de sus decisiones, en el curso de este procedimiento de control, los jueces disponen de una valiosa herramienta de interpretación del Derecho comunitario, que es su capacidad de formular cuestiones prejudiciales<sup>114</sup>. Además, en su calidad de órganos estatales disponen asimismo de los mecanismos de coordinación y cooperación regulados en el Reg. 1/2003 y en la Comunicación de COJ (NAZZINI, Ob. cit.: apdo. 11.09).

111. Para establecer si las normas de competencia comunitarias son aplicables al asunto en cuestión se deberán tener en cuenta puntos de conexión establecidos por el Derecho Internacional Privado. Vid. en este sentido, RINCÓN GARCÍA LOYGORRI (Ob. cit.: 8) y RADICATI DI BRONZOLO (Ob. cit.: 18-19).

112. Vid. BLANKE (Ob. cit.: 249-250) opina que no puede considerarse que existe una ruptura del deber de aplicar las normas de libre competencia, cuando esta materia no ha sido puesta de presente por las partes y su aplicación no era evidente. En sentido crítico se ha considerado que la no aplicación o la aplicación incorrecta de una norma “imperativa” no lesiona per se el orden público y, en consecuencia, no es razón suficiente para anular un laudo arbitral. Así en efecto lo considera ÁLVAREZ GONZÁLEZ (Ob. cit.: 1.895) que indica al respecto: “(...) si la noción de orden público ha de interpretarse de forma estricta (más aún si nos encontramos, como en el caso actual ante un arbitraje internacional) y si la incorrecta aplicación o inaplicación de las normas pertinentes por los árbitros no es per se generatriz de una contrariedad con el orden público, podría pensarse en situaciones, como la presente, en la que se resuelven relaciones contractuales interpartes, la mera inaplicación del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea no fuese necesariamente una causa de anulación del laudo a través del orden público”. También RADICATI DI BRONZOLO (Ob. cit.: 16, 19)

113. También RADICATI DI BRONZOLO (Ob. cit.: 16) “Nell’ipotesi che gli arbitri abbiano considerato il punto, il controllo del giudice dovrebbe contenersi alla verifica che essi abbiano sufficientemente ed esaurientemente motivato la propria decisione in ordine all’applicazione delle norme stesse nel caso concreto, ivi compresa eventualmente quella di non applicarle. L’esame dovrebbe estrinsecarsi non in un controllo approfondito della motivazione o dell’operato dell’arbitro (...) ma in la mera verifica dell’assenza di manifesto contrasto del risultato con l’ordine pubblico”. Y luego insiste sobre el punto (vid. p. 19) al señalar “Per quanto attiene specificamente alla questione dell’applicabilità di tali regole, il giudice dovrebbe limitarsi a verificare l’esistenza di un nesso evidente tra le regole stesse e la controversia che gli arbitri non avrebbero potuto legittimamente trascurare. In presenza di un nesso siffatto il giudice dovrebbe verificare o che gli arbitro hanno applicato le norme in questione o che hanno fornito una giustificazione sufficientemente esaustiva della loro mancata applicazione”.

114. Vid. STJCE de 27 de abril de 1994, asunto C-393/1992, *Municipality of Almelo* contra *Energiebedrijf*, (TJCE\1994\61); STJCE 7 de junio de 2007, asuntos C-222/05 a C-225/05, *Van der Weerd* (TJCE\2007\121) y *Eco Swiss* apdos. 30-32.



La controversia relativa a las facultades de los jueces en los procedimientos de ejecución y/o anulación de laudos arbitrales se ha avivado como resultado de algunas sentencias de tribunales nacionales en las que se han establecido límites importantes a dichas competencias. Destacan especialmente las consideraciones realizadas por la Corte de Apelación de París en la sentencia de 18 de noviembre de 2004, pronunciada en el asunto *Thalès Air Defence SA contra Euromissile GIE et al* (en adelante sentencia *Thalès*)<sup>115</sup>.

En este asunto, al igual que en *Eco Swiss*, las partes no habían hecho mención a las normas de competencia en el procedimiento arbitral. Concluido éste, la empresa *Thalès* (parte vencida en el procedimiento) alegó dentro del recurso de apelación, que la ejecución del laudo era contraria a las normas de orden público, en concreto al art. 81 del TCE.

La Corte de Apelación, bajo la aplicación de los arts. 1502-1505 del Código de Procedimiento Civil francés, estimó que solo es contrario al orden público el laudo que se produce en manifiesta violación de una norma legal o de un principio fundamental; siendo en todo caso necesario acreditar que tal violación ha sido además flagrante, efectiva y concreta. Toda vez que en el proceso la parte apelante no había demostrado estas características, la Corte desestimó su recurso y, en consecuencia, el laudo conservó plena validez. Recordó la Corte de Apelación que las normas de competencia no pueden convertirse en un instrumento para afectar el desarrollo del proceso arbitral ni para entorpecer sus beneficios<sup>116</sup>.

Para quienes tienen una opinión favorable sobre el alcance de las conclusiones de la sentencia *Eco Swiss*, el fallo de la Corte de Apelación francesa es totalmente desafortunado, pues se separa de la línea de interpretación seguida por el TJCE y, además, porque los argumentos que emplea para mantener la vigencia del laudo impugnado son insuficientes<sup>117</sup>.

Otros, en cambio, señalan que la sentencia *Thalès* no solo es correcta sino que además implica un importante avance ya que garantiza el respeto del contenido

115. Vid al respecto las consideraciones de LANDOLT (Ob. cit.: 200-207) y MOURRE y RADICATI DI BRONZOLO (Ob. cit.: 176-178).

116. Sobre esta sentencia pueden verse los comentarios de ZECOS (Ob. cit.: 23), quien además comenta que en línea con la decisión *Thalès* el Tribunal Federal Suizo también ha rechazado la revisión de los asuntos de libre competencia decididos por el tribunal arbitral [vid. al respecto el asunto *Tesacciai S.p.A contra Terra Armata SrL*] concluyendo: "(...) the view of both courts (Swiss Federal Tribunal Cour d'appel de Paris) comply with the principle of limited review of arbitral awards only for the reasons specified in national arbitration laws and, secondly, competition law seems not to be a matter of public policy leading to the annulment of an award and arbitrators seem to have the last word in an arbitration process concerning the applicability and interpretation of competition law, which is the right direction towards an arbitration totally independent and co-equal to courts as a dispute mechanism".

117. LANDOLT (Ob. cit.: 203, apdo. 7-81): "The fact that a party may derive an advantage by not invoking EC competition law, and thereby complicate arbitration proceedings, does not appear to be anywhere sufficiently pressing a value to justify this curtailment in the application of EC competition law. Moreover, if such deference to arbitration awards were permitted, the effectiveness of Article 234 EC references would be severely curtailed."

de los laudos arbitrales y en esta medida protege la institución arbitral<sup>118</sup>. Estamos frente a lo que MIGUEL GÓMEZ JENE (Ob. cit.: 144) considera un “(...) interesante conflicto entre dos principios procesales: el control de conformidad con el orden público y la prohibición de revisión del fondo del laudo arbitral”.

En la misma línea de la sentencia *Thalès*, destaca también el fallo de la *House of Lords* en el conflicto entre *Lesotho Highlands Development Authority* contra *Impregilo S.p.A.* en el que de nuevo se negó la revisión de fondo de la decisión arbitral (MOURRE y RADICATI DI BRNZOLO, Ob. cit.: 176, 178-179). En este fallo, la Casa de los Lores reconoció la independencia del sistema arbitral y su autonomía respecto de los sistemas nacionales de administración de justicia. Recordó además que los posibles errores de derecho en que hayan podido incurrir los árbitros no son una razón suficiente para revisar el laudo arbitral y mucho menos para alterar el fondo del mismo.

Los avances logrados con estos dos fallos, en opinión de MALEXIS MOURRE y LUCA G. RADICATI DI BRNZOLO, se han venido abajo con la sentencia dictada por la Corte de Apelación de la Haya de 24 de marzo de 2005. En este caso, el juez nacional retomó la argumentación original de *Eco Swiss* y negó el reconocimiento del laudo arbitral al considerar que el contrato de licencia cuyo cumplimiento envolvía la controversia entre las partes era contrario al art. 81 del TCE no estaba amparado por el REC 240/1996 -vigente para el momento de aplicación del contrato- ni tampoco era susceptible de una exención singular<sup>119</sup>.

A nuestro juicio, los límites impuestos por las normas procesales nacionales a las competencias del juez cuando éste revisa el laudo arbitral son una expresión del principio de autonomía procesal que en el contexto comunitario se reconoce a los Estados miembros. En este orden no solo resultan válidas sino además necesarias.

La prohibición de la revisión de fondo de los laudos arbitrales garantiza el respeto de los fallos y la estabilidad de este mecanismo de solución de controversias. La revisión deber ser siempre excepcional y en ningún caso debe afectar la valoración de los hechos que ha realizado el árbitro. En este contexto, el examen sobre la inaplicación de las normas de libre competencia o sobre su aplicación errada no puede suponer un nuevo juicio sobre los hechos. Los jueces parten de un fallo que en principio se presume válido y a partir del cual deben constatar el

118. MOURRE y RADICATI DI BRNZOLO (Ob. cit.: 178): “The decision is therefore completely in line with the “minimalist” trend on the control of arbitral awards, which posits that control must be limited to the most evident and manifest violations of principles and values of fundamental importance, and cannot lead to rediscussion of the merits of the case, save in exceptional circumstances”

119. Los hechos del caso en MOURRE y RADICATI DI BRNZOLO (Ob. cit.: 180-181). En desarrollo de las críticas a este fallo concluyen (vid. p. 183) “By entering into the merits of the dispute, the Hague Court turned itself into an appellate judge, thereby completely distorting the philosophy of the review of arbitral awards. At the same time, as will be shown below, despite this intrusive inquiry, even on the merits it reached a decision which is at best controversial. In so doing it not only jeopardized the fundamental principle of finality of awards, but it also failed to bring meaningful contribution to the protection of competition law”.

cumplimiento de las normas de orden público (categoría de las que hacen parte las normas de libre competencia). Tal valoración se hará siempre que la aplicación de las normas haya resultado imperativa por su obviedad o porque las partes hayan hecho uso de ellas.

Por último, un punto que a nuestro juicio debería ser definido y que serviría como límite a las competencias de los jueces cuando controlan la validez de los laudos arbitrales, sería el de exigir que la violación de las normas de competencia haya sido alegada en el curso del trámite arbitral a efectos de que posteriormente pueda invocarse su inaplicación o su aplicación errada como fundamento del recurso de anulación. De lo contrario, el sistema de revisión de los laudos puede terminar por admitir actuaciones procesales sorpresivas e, incluso, la mala fe por parte de quien reserva el debate sobre el cumplimiento de las normas comunitarias de competencia, para una instancia que en realidad no tiene esta finalidad y en la que la contraparte no dispone de las mismas oportunidades y herramientas procesales de defensa.

## CONCLUSIONES

No admite discusión la competencia de los árbitros para aplicar las normas de libre competencia. En el contexto europeo, esto significa que los árbitros pueden aplicar de manera directa e íntegra lo dispuesto en los arts. 81 y 82 del TCE, siempre que estas disposiciones sean aplicables a la controversia, atendiendo para ello los distintos criterios establecidos por el Derecho Internacional Privado.

Así pues, en la actualidad, los tribunales arbitrales constituyen un canal -alternativo al judicial- a través del cual se pueden proteger y hacer efectivos los derechos que confieren las normas comunitarias de libre competencia a favor de los particulares.

Como regla general, los árbitros deben atender las pautas que siguen los jueces en la aplicación privada de las normas de competencia, así como los límites generales que se han trazado al desarrollo de sus funciones. Así, en efecto, deberán atender las orientaciones de la Comisión y lo establecido por la jurisprudencia comunitaria y no podrán invadir el ámbito de las competencias administrativas, de manera que no podrán imponer multas y tendrán vetado revocar la protección que conceden los Reglamentos de Exención por Categoría.

No obstante esta igualdad *ab initio*, evidente en cuanto a las funciones que cumplen, no resulta posible dispensar a los árbitros un tratamiento idéntico al que se da a los jueces nacionales, debido a la naturaleza y las características del procedimiento arbitral.

Las diferencias entre la aplicación judicial y la que corresponde a los árbitros se hacen especialmente evidentes e intensas en cuanto se refiere a los mecanismos de coordinación y cooperación establecidos con las autoridades de competencia. A nuestro juicio, a fin de respetar la confidencialidad y la naturaleza privada del

proceso arbitral, no pueden aplicarse -o cuando menos no en la misma forma y con el mismo alcance- los mismos mecanismos de coordinación y cooperación previstos para regular las relaciones con los jueces. Ello impone la necesidad de establecer algunas vías de cooperación y coordinación especiales o que, atendiendo a las ya existentes, se adapten al funcionamiento y a las características de los arbitrajes.

Por último, es preciso tener en cuenta que la aplicación de las normas de competencia por parte de los árbitros está sujeta al control que realizan los jueces nacionales en el curso de los procedimientos de anulación, *exequátur* o ejecución. Este control, que deberá ser siempre excepcional, tiene como fin garantizar la adecuada aplicación de las normas de competencia como normas orden público comunitario. En ningún caso, puede conllevar una revisión de fondo del laudo, so pena de poner en riesgo el funcionamiento y las ventajas de la institución arbitral.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SANTIAGO (1999). “Arbitraje comercial internacional, orden público y derecho comunitario de la competencia”, en *La Ley*, n.º 5.
- ATILANO, JORGE PADILLA y GUTIÉRREZ, INMACULADA (2005). “Las dificultades de la aplicación judicial del art. 81.3: apuntes para el debate”, en Santiago Martínez Lage y Amedeo Petitbò Juan (Dirs). *La modernización del derecho de la competencia*, Madrid-Barcelona: Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons.
- BAUDENBACHER, CARL (2001). “Enforcement of EC and EEA competition rules by arbitration tribunals inside and outside the EU”, en CLAUS-DIETER y ATANASIU, ISABELA (edits.). *European Competition Law Annual, 2001, Effective private enforcement of EC Antitrust Law*. Oxford: Hart.
- BLANKE, GORDON (1993). “Defining the limits of scrutiny of awards based on alleged violations of European competition law. A réplique to Denis Bensaude’s “Thalès Air Defence BV v. GIE Euromissile”, *JIA*, Vol. 23, n.º 3.
- BROWN WILLIAM T.J. y HOUCK, STEPHEN D. (1990). “Arbitrating International Antitrust Disputes”, *JIA*.
- CARAVACA, ALFONSO LUIS y RODRÍGUEZ RODRIGO, JULIANA (2005). “Arbitraje y Derecho Europeo de la Competencia: viejos problemas y nuevos dilemas”, en *La Ley*, n.º 4.
- CREUS CARRERAS, ANTONIO y JULIÀ INSENSER, JOSEP MARÍA (2008). “Arbitraje y Defensa de la Competencia”, en *Serie Política de la Competencia, Documentos de Trabajo*, Universidad San Pablo CEU, Documento n.º. 27, 2008
- DE GROOT, DIEDERIK (2008). “Arbitration and the Modernisation of EC Competition Law”, *EBLR*, 19.
- DERAINS, YVES (2003). “Specific issues arising in the enforcement of EC antitrust rules by arbitration courts”, en Claus-Dieter y ATANASIU, Isabela (edits.), *European Competition Law Annual, 2001, Effective private enforcement of EC Antitrust Law*. Oxford: Hart.

- FURSE, MARK y D'ARCY, LEO (1999). "Eco Swiss China Tima v. Benetton: E.C. Competition Law and Arbitration", *ECLR*, n.º 7.
- GARRIDO RUIZ, FULGENCIO (2003). "Novedades aportadas por el nuevo Reglamento nº 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas de los artículos 81 y 82 CE", *GJUEC*, n.º 231, mayo/junio.
- GOODMAN, RONALD E.M. (1984). "Arbitrability and Antitrust: Mitsubishi Motor Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth", en *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 23, n.º 1.
- HALVERSON, JAMES T. (1975). "Arbitration and antitrust remedies", *Arbitration Journal*, Vol. 30.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, MARÍA DEL MAR (2008). "El arbitraje", en: ENRIQUE SANJUÁN MUÑOZ (coord.), *Competencias de los juzgados de los Mercantil*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- IDOT, LAURENCE (2003). Arbitration and the reform of regulation 17/62", CLAUDI DIETER y ATANASIU, ISABELA (edits.). *European Competition Law Annual, 2001, Effective private enforcement of EC Antitrust Law*. Oxford: Hart.
- KOMNINOS, ASSIMAKIS (2001). "Arbitration and the Modernisation of European Competition Law enforcement", *World Competition*, Vol. 24, n.º 2.
- KOMNINOS, ASSIMAKIS (2007). "Effect of commission decisions on private antitrust litigation: Setting the story straight", *CMLR*, n.º 44.
- KOMNINOS, ASSIMAKIS (2008). *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford: Hart.
- LANDOLT, PHILLIP (2006). *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*, Holanda: Kluwer.
- LIBERTINI, MARIO (1998). "Il ruolo del giudice nell'applicazione della norme antitrust", *Giur. Comm.*, n.º 25, 5.
- LUGARD, PAUL (1998). "E.C. Competition Law and arbitration: Opposing principles?", *ECLR*, n.º 5, 1998.
- MARTÍNEZ LAGE, SANTIAGO (2001). "Competencia y arbitraje", *GJUEC*, n.º 214, julio-agosto.
- MOURRE, ALEXIS (2009). "Arbitrabilidad del Derecho antimonopolio desde la perspectiva europea y estadounidense", *Arbitraje*, Vol. II.
- NAZZINI, RENATO (2004). *Concurrent proceedings in competition law. Procedure, evidence, and remedies*, Oxford: Oxford University Press.
- NEGRI, MARCELLA (2006). *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino: Giappichelli.
- NISSER, CARL y BLANKE, GORDON (s.f.). "Reflections on the role of the European Commission as amicus curiae in International arbitration proceedings", *ECLR*, Vol., 27, n.º 4.
- PACE, LORENZO FEDERICO (2007). *Derecho Europeo de la Competencia. Prohibiciones antitrust, control de concentraciones y procedimientos de aplicación*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

- PAULIS, EMIL (2001). "Coherent application of EC competition rules in a System of parallel competencies", en EHLERMANN, CLAUS-DIETER e ATANASIU, ISABELA (edits.), *European Competition Law Annual, 2000, the modernisation of EC Antitrust Policy*, Oxford: Hart.
- PITOSFSKY, ROBERT (1970). "Arbitration and antitrust enforcement", en *Arbitration Journal*, n.º 40.
- RADICATI DI BRONZOLO, LUCA G. (2004). "Arbitrato e diritto della concorrenza: Il problema risolto e le questioni aperte", en *Rivista dell' Arbitrato*.
- RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, ALFONSO (2004). "La arbitrabilidad del derecho de la competencia: Especial referencia a la normativa de la UE", *Unión Europea Aranzadi*, n.º 7, julio.
- SÁNCHEZ-TARAZANA y MARCELINO, JORGE (1994). "Apuntes en torno a la arbitrabilidad del Derecho de la competencia. (Sobre la sentencia del tribunal federal suizo: Societe (de Derecho belga) c/ Societe V. (de Derecho español, de 28 de abril de 1992)", *RGD*, n.º 595, abril.
- SLOT, P.J. (1996). "The enforcement of EC Competition Law in arbitral proceedings", *Legal Issues of European integration*, n.º 1.
- STYLOPOULOS, EPAMEINONDAS (2009). "Powers and duties of arbitrators in the application of competition law", *ECLR*, n.º 3.
- SUESCÚN MELO, JORGE (2003). "De las facultades de los árbitro para interpretar y aplicar normas de orden público", en: *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Tomo I*, Ed. 2.ª, Bogotá: Universidad de los Andes y Legis.
- TWEEDDALE, ANDRES y TWEEDDALE, KEREN (2005). *Arbitration of commercial disputes. International and English law practice*, Oxford: Oxford University Press.
- VAN HOUTTE, HANS (2008). "The application by arbitrator of articles 81 & 82 and their relationship with the European Commission", *ECLR*, Vol. 19, n.º 1.
- ZEKOS, GEORGIOS I. (2008). "Antitrust/Competition Arbitration in EU versus U.S. Law", en *Journal of International Arbitration*, n.º 25.