

El arbitraje en el ámbito del Derecho de la competencia europeo

Gordon BLANKE* y Luis ORTIZ BLANCO **

Sumario: I. Introducción. II. Marco general del arbitraje en el ámbito del Derecho de la competencia. 1. Arbitrajes ordinarios sobre Derecho de la competencia de la Unión Europea. 2. Arbitraje en materia de “remedios” impuestos por o compromisos otorgados ante la Comisión Europea. 3. Otros arbitrajes relacionados con el Derecho de la competencia europeo. III. La arbitrabilidad del Derecho de la competencia: 1. Arbitrabilidad del art. 101 TFUE: A) Art. 101 TFUE. B) Art. 101.3º TFUE 2. Arbitrabilidad del art. 102 TFUE. 3. Arbitrabilidad de los remedios o compromisos de conducta en la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE y en el control de concentraciones europeo. 4. Arbitrabilidad de cuestiones en materia de ayudas estatales y empresas públicas. IV. Algunas cuestiones prácticas en el arbitraje de normas de competencia de la UE. 1. Bases que justifican la aplicación del Derecho de la competencia de la UE. 2. Actuaciones de investigación por parte del árbitro. 3. El deber del árbitro de plantear de oficio cualquier cuestión procedente en materia de Derecho de la competencia. 4. Decisiones previas de la Comisión o de las ANC. 5. La colaboración del árbitro con la Comisión Europea y/o con las correspondientes ANC. V. Revisión judicial de laudos sobre cuestiones de Derecho de la competencia europeo. 1. La revisión judicial en Europa. 2. Escuelas “minimalista” y “maximalista”. VI. Conclusiones.

I. Introducción¹

El escenario de aplicación privada del Derecho de la competencia europeo² creado tras la adopción del Reglamento 1/2003 ha generado un efecto positivo sobre la utilización del arbitraje en esta materia, no obstante el hecho de que las normas no prevén expresamente su arbitrabilidad. La descentralización de la aplicación de este Derecho y su

* Abogado, Habib Al Mulla & Co., Dubai.

** Abogado, socio en el Departamento de Derecho de la UE y de la competencia de Garrigues. Profesor titular de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense Madrid.

¹ El presente artículo se basa en la contribución de G. Blanke, “EU Competition Arbitration” a la obra de L. Ortiz Blanco (ed.), *EU Competition Procedure*, 3ª edición, Oxford University Press, 2013 (en prensa), Capítulo 29. Gâelle Poncet contribuyó a la preparación y la revisión del texto en español.

² *Ibid.*, Capítulo 1.

traspaso desde las autoridades públicas a los actores privados conlleva, por definición, un papel más relevante para el arbitraje en la aplicación privada de dicha normativa. Este hecho ya había sido expresamente reconocido por la doctrina como consustancial a dicha modernización con carácter previo a la adopción del Reglamento 1/2003³ y se ha visto posteriormente confirmado en la práctica arbitral⁴. En lo que sigue haremos un breve recorrido por las principales cuestiones que afectan a los arbitrajes de defensa de la competencia en la actualidad.

II. Marco general del arbitraje en el ámbito del Derecho de la competencia

El arbitraje en el ámbito del Derecho de la competencia constituye una cuestión relevante dentro del Derecho europeo. Así, y en particular, juega un papel destacado en:

i) la aplicación privada de las disposiciones del Derecho *antitrust* europeo, esto es, los arts. 101⁵ y 102⁶ TFUE (también denominados “arbitrajes ordinarios sobre Derecho de la competencia”);

³ C.D. Ehlermann en C.D. Ehlermann e I. Atanasiu (eds), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford, Hart Publishing, 2003, p. 303 (“en el futuro, la Comisión Europea deberá adoptar una posición más favorable hacia el arbitraje, en lo que constituye un requisito previo para el éxito del ejercicio de modernización”. Traducción propia).

⁴ A.P. Komninou, “Arbitration and EU Competition Law in the Post-Modernization Era”, en G. Blanke y P. Landolt (eds), *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*, La Haya, Kluwer Law International, 2011, pp. 433-487; A. Mourre, “Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives”, *ibid.*, pp. 3-67, párr. 1-123 y 1-146.

⁵ Art. 101: 1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

ii) la aplicación privada de “remedios” o compromisos de conducta o comportamiento (i) en el ámbito del control de las concentraciones comunitarias⁷; (ii) en virtud de decisiones adoptadas de conformidad con los arts. 7 y 9 del Reglamento 1/2003⁸; y (iii) en virtud de deci-

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

⁶ Art. 102. Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;

c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

⁷ Reglamento (CE) n^o 139/2004 del Consejo, DO L24 de 29.1.2004, p.1.

⁸ Art. 7. *Constatación y cese de la infracción*. 1. Cuando la Comisión, de oficio o previa denuncia de parte, constate la existencia de una infracción de los arts. 81 u 82 del Tratado, podrá ordenar mediante decisión a las empresas y asociaciones de empresas involucradas que pongan fin a la infracción constatada. A tal efecto, podrá imponerles cualquier remedio estructural o de comportamiento que sea proporcionado y sea necesario para producir el cese efectivo de la misma. Los remedios estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otros remedios de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir remedios de comportamiento, éstos resulten más gravosos para la empresa en cuestión que el remedio estructural. Cuando la Comisión tenga un interés legítimo para hacerlo, podrá igualmente constatar la pasada comisión de una infracción.

2. Estarán facultadas para formular denuncias a efectos del apartado 1 las personas físicas o jurídicas que acrediten un interés legítimo y los Estados miembros.

Art. 9. *Compromisos*. 1. Cuando la Comisión se disponga a adoptar una decisión que ordene la cesación de la infracción y las empresas interesadas propongan compromisos que respondan a las inquietudes que les haya manifestado la Comisión en su análisis preliminar, ésta podrá, mediante decisión, convertir dichos compromisos en obligatorios para las empresas. La decisión podrá ser adoptada por un período de tiempo determinado y en ella constará que ya no hay motivos para la intervención de la Comisión.

2. La Comisión, previa solicitud o por iniciativa propia, podrá reabrir el procedimiento:

siones previas de exención adoptadas sobre la base del art. 81.3 del Tratado de la CE, en la actualidad art. 101.3º TFUE (igualmente referidas como “arbitrajes sobre remedios o compromisos”); y

iii) la resolución con carácter privado de diversas cuestiones en materia de ayudas estatales de conformidad con lo dispuesto en los arts. 107 y 108 TFUE⁹ así como en materia de empresas públicas y derechos especiales o exclusivos conforme a lo previsto en el art. 106 TFUE¹⁰.

a) si se produce la modificación la situación de hecho respecto de un elemento esencial de la decisión;

b) si resulta que las empresas afectadas no cumplen sus compromisos, o

c) si resulta que la decisión se basó en informaciones incompletas, inexactas o engañosas facilitadas por las partes.

⁹ Art. 107. 1. Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

2. Serán compatibles con el mercado interior:

a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;

b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;

c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división. Cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, una decisión por la que se derogue la presente letra.

3. Podrán considerarse compatibles con el mercado interior:

a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como el de las regiones contempladas en el art. 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social;

b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;

c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;

d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común;

e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada a propuesta de la Comisión.

Art. 108. 1. La Comisión examinará permanentemente, junto con los Estados miembros, los regímenes de ayudas existentes en dichos Estados. Propondrá a éstos las medidas apropiadas que exija el desarrollo progresivo o el funcionamiento del mercado interior.

1. Arbitrajes ordinarios sobre Derecho de la competencia de la UE

Se trata de aquellos procedimientos arbitrales que versan sobre el contenido de los arts. 101 y 102 TFUE. Tales procedimientos pueden ser planteados con carácter principal o incidental a modo de defensa. En el primer caso, la parte que desea resolver una relación contractual existente normalmente alegará que el contrato que ha suscrito con la otra parte es nulo *ab initio* por vulnerar lo dispuesto en el art. 101.1 TFUE y debe en consecuencia ser declarado como tal al amparo de lo

2. Si, después de haber emplazado a los interesados para que presenten sus observaciones, la Comisión comprobare que una ayuda otorgada por un Estado o mediante fondos estatales no es compatible con el mercado interior en virtud del art. 107, o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva, decidirá que el Estado interesado la suprima o modifique en el plazo que ella misma determine.

Si el Estado de que se trate no cumpliera esta decisión en el plazo establecido, la Comisión o cualquier otro Estado interesado podrá recurrir directamente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no obstante lo dispuesto en los arts. 258 y 259.

A petición de un Estado miembro, el Consejo podrá decidir, por unanimidad y no obstante lo dispuesto en el art. 107 o en los reglamentos previstos en el art. 109, que la ayuda que ha concedido o va a conceder dicho Estado sea considerada compatible con el mercado interior, cuando circunstancias excepcionales justifiquen dicha decisión. Si, con respecto a esta ayuda, la Comisión hubiere iniciado el procedimiento previsto en el párrafo primero del presente apartado, la petición del Estado interesado dirigida al Consejo tendrá por efecto la suspensión de dicho procedimiento hasta que este último se haya pronunciado sobre la cuestión.

Sin embargo, si el Consejo no se hubiere pronunciado dentro de los tres meses siguientes a la petición, la Comisión decidirá al respecto.

3. La Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones. Si considerare que un proyecto no es compatible con el mercado interior con arreglo al art. 107, la Comisión iniciará sin demora el procedimiento previsto en el apartado anterior. El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva.

4. La Comisión podrá adoptar reglamentos relativos a las categorías de ayudas públicas sobre las que el Consejo haya determinado, con arreglo al art. 109, que pueden quedar exentas del procedimiento establecido en el apartado 3 del presente artículo.

¹⁰ Art. 106. 1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los arts. 18 y 101 a 109, ambos inclusive.

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.

dispuesto en el art. 101.2º TFUE. Con carácter alternativo, dicha parte podría alegar que su contraparte es responsable de un supuesto de explotación abusiva de su posición dominante en el mercado, en infracción de lo dispuesto en el art. 102 TFUE, por razón de la forma y manera en la que dicha contraparte ha cumplido las obligaciones previstas en el contrato existente entre ambas. En este último escenario, cualquiera de las partes podría recurrir al mismo argumento, si bien con carácter de defensa: el demandado puede solicitar la nulidad prevista en el art. 101 TFUE o alegar el abuso en el cumplimiento del contrato al amparo de lo dispuesto en el art. 102 TFUE a efectos de defenderse frente a la demanda interpuesta por la otra parte por incumplimiento de contrato. A este último supuesto se le conoce generalmente con el término de “Euro-defensa”¹¹.

A la luz del carácter extracontractual de las acciones previstas en el art. 102 TFUE, la alegación de abuso de posición dominante rara vez se basa en el cumplimiento de un acuerdo anterior existente suscrito con la otra parte: de ahí que resulte menos probable que ya exista un convenio arbitral en aquellos casos en los que una de las partes pretende instar un procedimiento por abuso de posición dominante, siendo en consecuencia necesario acordar con la otra parte el sometimiento a arbitraje de la cuestión¹².

La importancia de la interpretación de los convenios arbitrales en el contexto del Derecho de la competencia ha sido confirmada por el Tribunal Superior de Justicia (*High Court*) del Reino Unido en el asunto *ET Plus*¹³ en los siguientes términos: “[N]o existe duda razonable alguna sobre la arbitrabilidad de dichas disputas en materia de *antitrust* o de Derecho de la competencia: la cuestión es saber si tales disputas se encuentran amparadas por el alcance de la cláusula arbitral, una vez debidamente interpretada esta última”¹⁴.

Ratione personae, únicamente las partes del convenio arbitral pueden, con carácter general, quedar sometidas al arbitraje. Asimismo con carácter general, dicha regla se aplica a aquellos arbitrajes ordinarios en materia de Derecho de la competencia europeo. Sin embargo, los

¹¹ *Vid.* en especial la práctica de la ICC, en G. Blanke, “Antitrust Arbitration under the ICC Rules”, *op. cit.*, pp. 1763–1898, párr. 49–058 y 49–070.

¹² *Vid.* L. Idot, “Arbitration and the Reform of Regulation 17/62”, en C. D. Ehlermann e I. Atanasiu (eds.), *op. cit.*, pp. 307 ss, y pp. 310–311.

¹³ *ET Plus SA v. Welters* [2005] EWHC 2115 (Comm). A modo de comentario, *vid.* G. Blanke, “Arbitrating competition disputes: The English High Court has Confirmed that EC Competition Law Claims are Arbitrable in Principle”, *Competition Law Insight*, 2005, pp. 5–6; y R Merkin, “Jurisdiction. Scope of the Arbitration Clause”, *Arbitration Law Monthly*, vol. 6, nº 4, 2006, pp. 1–3.

¹⁴ *ET Plus*, citado *supra*, párrafo 51. Traducción propia.

arbitrajes en materia de remedios exigidos por la Comisión Europea, o compromisos otorgados ante ella generalmente incluyen una oferta *erga omnes* de arbitraje, vinculante con carácter unilateral para la entidad resultante de la concentración o únicamente para la parte destinataria de una decisión de las previstas en los arts. 7 o 9 del Reglamento 1/2003, cuya aceptación por parte del tercero beneficiario queda a su opción. En la medida en que el tercero beneficiario no está sujeto a una *obligación* de arbitrar sino que dispone de una *opción* al respecto, los arbitrajes sobre remedios o compromisos constituyen supuestos de “arbitraje sin relación contractual” (*arbitration without privity*). No obstante, el tercero beneficiario puede llegar a estar debidamente obligado por el convenio arbitral en una variedad de formas que se analizarán un poco más adelante.

Debe hacerse notar que, por analogía con la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros, la función del árbitro es establecer las consecuencias de Derecho civil que resultan de la infracción por una de las partes de las correspondientes disposiciones que conforman el Derecho de la competencia europeo. En claro contraste, corresponde a la Unión Europea (a la Comisión y a las autoridades de defensa de la competencia de los Estados Miembros) castigar a la parte responsable de la infracción con las diversas sanciones que pone a su disposición el Derecho público. En este sentido, los mandatos del árbitro, por un lado, y de la Comisión y las autoridades nacionales respecto del Derecho de la competencia europeo tienen carácter complementario.

2. Arbitrajes en materia de “remedios” impuestos por, o compromisos otorgados ante, la Comisión Europea

Se trata de procedimientos arbitrales que traen causa de un desarrollo deficiente de los “remedios” o compromisos de comportamiento^{15 16} previstos en la normativa comunitaria sobre competencia y con-

¹⁵ *Vid.*, como principales textos especializados al respecto, M. Blessing, *Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues*, Basilea, Swiss Commercial Law Series, volumen 14, 2003; *id.*, “Arbitration and EU Merger Control” en G. Kaufmann-Kohler y A. Johnson (eds), *Arbitration of Merger and Acquisition Disputes*, Basel, ASA Special Series No. 24, 2005, pp. 99–235; F. Heukamp, *Schiedszusagen in der Europäischen Fusionskontrolle*, Colonia, Carl Heymann 2006; G. Blanke, *The Use and Utility of International Arbitration in EU Commission Merger Remedies: A Supranational Paradigm in the Making?* Groningen, Europa Law Publishing, 2006; *id.*, “International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearance Decisions”, *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*, *ibid.*, pp. 1605–1724.

trol de las concentraciones. Con carácter esencial, tales procedimientos arbitrales derivan de conflictos surgidos a partir de contratos mercantiles que pretenden la ejecución de tales remedios o compromisos o, de forma alternativa, de la ausencia de tales acuerdos (esto es, en aquellos casos en los que las partes en cuestión no han acordado los términos y condiciones que habrían de conformar los mismos). Dichos acuerdos reciben generalmente el nombre de “acuerdos de ejecución” e invariablemente pretenden facilitar a terceros competidores (beneficiarios) acceso razonable y en términos no discriminatorios a infraestructuras o tecnologías clave controladas por la entidad resultante de la fusión o por la parte destinataria de una decisión de las previstas en los arts. 7 y 9 del Reglamento 1/2003.

Igualmente, los arbitrajes sobre compromisos otorgados en el ámbito del control de concentraciones europeo se centran principalmente en la cuestión de si un determinado compromiso de conducta, generalmente un compromiso de acceso, ofrecido a cambio de la autorización por parte de la Comisión Europea de la concentración propuesta, ha sido debidamente cumplimentado o desarrollado por la entidad resultante de la concentración tras dicha concentración. La cuestión del correcto desarrollo o aplicación de un compromiso gira, a su vez, en torno a si la entidad ha facilitado acceso en términos razonables y no discriminatorios al tercero beneficiario.

En términos históricos, podemos encontrar precedentes de este tipo de arbitraje al amparo de distintas exenciones individuales otorgadas de conformidad con el antiguo art. 81.3^o CE (en la actualidad art. 101.3^o TFUE)¹⁷ o al amparo de diversos reglamentos de exención por categorías¹⁸.

¹⁶ Debe advertirse que existen ejemplos aislados de arbitrajes que versan sobre remedios estructurales, en particular en el contexto del control de concentraciones en la UE. *Vid.* Comp/M.2268 – *Pernod Ricard/Diageo/Seagram Spirits*, decisión de la Comisión de 8 de mayo de 2000 (DO C16, 19.1.2002, p 13), Comp/M.1671 – *Dow Chemical/Union Carbide*, decisión de la Comisión de 3 de mayo de 2000 (DO C 245, 14.9.2001, p 1) y Comp/M.4835 – *Hexion/Huntsman*, decisión de la Comisión de 30 de junio de 2008 (no publicada en el DO); y G. Blanke, *The Use and Utility of International Arbitration in EU Commission Merger Remedies: A Supranational Paradigm in the Making?*, 2006, pp. 59–60.

¹⁷ Para un resumen completo en forma de cuadro, *vid.* G. Blanke, “Annex I: Table on Commission’s Experience of Arbitration in Exemption Decisions Under Article 81(3) EC (Article 101(3) TFEU)” en G. Blanke y P. Landolt (eds), *op. cit.*, pp. 1901–1923.

¹⁸ Puede encontrarse un análisis exhaustivo en G. Blanke, “The Use of International Arbitration under Article 81(3) of the EC Treaty and Article 9 of Regulation 1/2003”, *SchiedsVZ*, 2008, pp. 243 ss; y en G. Blanke, “International Arbitration and ADR in Remedy Scenarios Arising under Articles 101 and 102 TFEU”, en G. Blanke y P. Landolt (eds), *op. cit.*, pp. 1053–1250.

3. Otros arbitrajes relacionados con el Derecho de la competencia europeo

El régimen de ayudas de Estado en la Unión Europea puede también dar lugar a arbitrajes sobre cuestiones de Derecho de la competencia europeo en la medida en que el árbitro hubiera de pronunciarse sobre si ciertas medidas constituyen o no ayudas estatales en el sentido del art. 107.1º TFUE y si están o no amparadas por el Reglamento General de Exención por Categorías¹⁹. Así, esto puede generalmente tener lugar en el marco de arbitrajes sobre inversiones entre un Estado Miembro de la Unión Europea y un inversor extranjero, o en el caso de disputas entre prestamistas y prestatarios en el caso de productos o tasas sobre productos potencialmente afectados por una ayuda otorgada por un Estado Miembro²⁰.

Es de destacar el hecho de que la Comisión Europea ha venido repetidamente actuando como “experto en Derecho comunitario” en el marco de distintos procedimientos arbitrales sobre inversiones en los que se han planteado cuestiones relativas a ayudas otorgadas por Estados Miembros, debiendo señalarse en particular el riesgo de conflicto existente entre la indemnización que pudiera reconocer el tribunal arbitral y una previa decisión negativa de la Comisión declarando la incompatibilidad de la ayuda estatal con el mercado interior.²¹ En términos de supervisión judicial, debe destacarse la profunda revisión llevada a cabo por el Tribunal de Distrito de La Haya a efectos de garantizar el cumplimiento por parte de un laudo arbitral de una decisión anterior adoptada por la Comisión declarando una determinada ayuda estatal compatible con el mercado interior²². En este contexto, es probable que los tribunales de los Estados Miembros pudieran llegar a considerar las ayudas estatales en el marco de la Unión Europea como una cuestión de orden público, conforme al significado de dicha expresión en el Convenio de Nueva York²³.

¹⁹ Reglamento (CE) No 800/2008 de la Comisión, de 6 de agosto de 2008, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado [en la actualidad arts. 107 y 108 TFUE], DO L241 de 9.8. 2008, p.3.

²⁰ L. Hancher, “Arbitrating EU State Aid Issues”, en G. Blanke y P. Landolt (eds), *op. cit.*, pp. 965–1016.

²¹ *Ibid.*, párr. 28–107.

²² *Dutch State v. BV Nederlands Elektriciteit Administratie Kantoor*, decisión del tribunal de distrito de La Haya de 1 de agosto de 2007; L. Hancher, *loc. cit.*, pp. 965–1016, párr. 28–103.

²³ *Ibid.*, párr. 28–102 y 28–104.

De forma alternativa, el árbitro podría ser llamado a considerar caso por caso el carácter especial o exclusivo de los derechos que disfrutaban aquellas empresas que prestan servicios de interés general a efectos de determinar si se encuentran válidamente exentas de cumplir las disposiciones del Derecho de la competencia europeo de conformidad con el art. 106.2º TFUE²⁴.

III. La arbitrabilidad del Derecho de la competencia

Durante un largo período se ha venido negando la arbitrabilidad de las cuestiones de competencia. Y ello ha sido así fundamentalmente debido a la consideración del Derecho de la competencia como un conjunto de normas que persiguen un objetivo de orden público que, como tal, debe naturalmente ser ajeno a cualquier pronunciamiento por parte de un órgano privado y, en consecuencia, mantenerse al margen del arbitraje entendido este último como un mecanismo privado de resolución de controversias. Esta postura sufrió un giro radical tras la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en el asunto *Mitsubishi*²⁵, que estableció la doctrina a seguir en dicho país en cuanto a la arbitrabilidad del Derecho “anti-trust”. El TJUE hizo posteriormente un razonamiento similar en su sentencia en el asunto *Eco Swiss*²⁶, que desde entonces constituye la referencia en materia de arbitrabilidad del Derecho de la competencia en la UE. Así, en la actualidad y con alguna excepción menor²⁷ la arbitrabilidad del Derecho de la competencia se considera un *fait accompli* en la mayoría de los sistemas jurídicos europeos²⁸.

Como regla general, únicamente no son susceptibles de arbitraje aquellos aspectos del Derecho de la competencia europeo que caen dentro del ámbito competencial exclusivo de la Comisión Europea o de cualquier organismo de defensa de la competencia u órgano juris-

²⁴ P.J. Slot, “Arbitrating Competition–Law–Related Issues under Articles 3(1)(b) TFEU, 4(3) TEU and 106 TFEU”, en G. Blanke y P. Landolt (eds), *op. cit.*, pp. 1017–1051.

²⁵ *Mitsubishi Motors Corp v Soler Chrysler–Plymouth, Inc*, 473 US 614, 1985, en el que el Tribunal Supremo estadounidense concluyó la arbitrabilidad de la legislación estadounidense en materia de competencia.

²⁶ STJCE 1 de junio de 1999, as. C–126/97: *Eco Swiss China Ltd y Benetton International NV*, Rec. 1999, p. I–3055.

²⁷ *V.gr.*, Lituania, cuya ley de arbitraje excluye la arbitrabilidad de las controversias que versen sobre la normativa de competencia; *vid.* art. 11.1º de la Ley de Arbitraje de Lituania de 2 de abril de 1996.

²⁸ *Vid.* A. Mourre, “Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives”, en G. Blanke y P. Landolt (eds), *op. cit.*, pp. 3–67, párr. 1–037 ss.

diccional de un Estado Miembro. Por ejemplo, no es susceptible de ser sometida a arbitraje la responsabilidad penal que pudiera derivar de una infracción del Derecho de la competencia europeo. Dicho lo cual, la jurisdicción del árbitro tiene, con carácter general, la misma extensión que la jurisdicción de los órganos jurisdiccionales del Estado Miembro, esto es, si una determinada cuestión es susceptible de ser sometida a la jurisdicción de un juez o tribunal de un Estado Miembro, es igualmente susceptible de ser sometida a la jurisdicción de un árbitro.

La práctica al respecto de la Cámara de Comercio Internacional avala la arbitrabilidad de los arts. 101 y 102 TFUE²⁹.

1. Arbitrabilidad del art. 101 TFUE

Dado que las acciones de nulidad al amparo del art. 101 TFUE asumen la previa existencia de un contrato, y dado que el arbitraje requiere de una base contractual que con frecuencia puede encontrarse en dichos contratos preexistentes, la arbitrabilidad del art. 101 TFUE constituye una cuestión fundamental del Derecho de la competencia. La cuestión de si y, en su caso, en qué medida el contenido del art. 101 TFUE puede ser objeto de arbitraje ha sido controvertida en el pasado, si bien se encuentra ahora resuelta a favor de la *plena* arbitrabilidad del art. 101 TFUE.

A) Art. 101 TFUE

A mediados del siglo XX, la mayoría de los árbitros –con alguna excepción menor³⁰– se mostraban reticentes a aplicar el Derecho de la competencia de la UE y, en particular, el art. 101 TFUE en su anterior versión como art. 81 CE y 85 CEE, acudiendo a él únicamente para declarar dicha legislación no aplicable a la disputa sometida a su actuación³¹. Esta reticencia estaba fundamentalmente basada en el carácter de orden público reservado a la aplicación del Derecho de la

²⁹ G. Blanke, *loc. cit.* pp. 1763–1898 párr. 49–067. *Vid.* asimismo un resumen completo en forma de cuadro en G. Blanke, “Annex III: Table on ICC Arbitration Awards Involving Antitrust Issues over the Period 1964–2010”, en G. Blanke y P. Landolt (eds), *op. cit.*, pp. 2063–2092.

³⁰ Adviértase en este contexto la aplicación más familiar de la legislación de competencia de la UE por parte de los árbitros alemanes aún antes de la aceptación más generalizada de su arbitrabilidad en otras jurisdicciones europeas, *v.gr.*, Asunto KZR 43/71, *Eiskonfekt*.

³¹ *V.gr.*, Laudo de la Cámara de Comercio Internacional de 16 de marzo de 1964, *Rev arb.*, 1964, pp. 171 ss; y Laudo de la Cámara de Comercio Internacional n° 6106.

competencia europeo y a la asunción, ampliamente difundida, de que los árbitros carecían de competencia para declarar la ilegalidad de un contrato sobre la base de las correspondientes disposiciones equivalentes a los arts. 81.2º CE u 85.2º CEE, así como a la opinión de que tal declaración estaba reservada en última instancia a la Comisión Europea.

En retrospectiva, puede afirmarse que dicha reticencia sólo podía justificarse en parte en el hecho de que la aplicación de la exención individual prevista en los arts. 81.3º CE u 85.3º CEE era en ese momento, de hecho, prerrogativa reservada a la Comisión Europea. Sin embargo, las restantes disposiciones de los arts. 81 CE y 85 CEE no estaban reservadas en su aplicación a la Comisión Europea, pudiendo ser aplicadas tanto por los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros como por árbitros³². Esto significa que cualquier análisis desde el punto de vista del Derecho de la competencia debía optar entre, por un lado, una declaración de nulidad, la cual podía obtenerse a través de un procedimiento privado de aplicación de la norma, esto es, ante un tribunal arbitral o un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro; y, por otro lado, la aplicación de la exención, esta última reservada con carácter exclusivo a la Comisión Europea.

La sentencia del TJUE de 1996 en el asunto *Eco Swiss*³³ despejó finalmente cualquier duda al respecto y, de forma indirecta, confirmó la arbitrabilidad del entonces art. 81 CE, excepto a lo que se refiere a la exención individual prevista en su apartado 3. La sentencia del TJUE en este caso se basó en la *presunción* de que el art. 81 CE era arbitrable, sin discutir siquiera la cuestión de la arbitrabilidad como tal del Derecho de la competencia³⁴, centrándose en su lugar en el carácter del art. 81 CE como parte del concepto de orden público en el sentido del Convenio de Nueva York³⁵. Después de *Eco Swiss*, los órganos judiciales de los Estados Miembros han seguido la misma línea, confirmando la arbitrabilidad del art. 101 TFUE en su versión actual.³⁶ El ejemplo más emblemático del total reconocimiento por parte de los órganos judiciales de los distintos Estados Miembros de la arbitrabilidad del Derecho de la competencia lo constituye la ya citada sentencia

³² *V.gr.*, Laudo de la Cámara Internacional de Comercio nº 6503.

³³ STJCE 1 de junio de 1999, as. C-126/97: *Eco Swiss China Ltd y Benetton International NV*, Rec. 1999, p. I-3055.

³⁴ *Vid.* M.J. Mustill y S.C. Boyd, *Mustill and Boyd: Commercial Arbitration*, Londres, Butterworths Law, 1989.

³⁵ *Vid. infra*, sección 5.1.

³⁶ *Vid.* C. Liebscher, "EU Member State Court Application of *Eco Swiss*: Review of the Case Law and Future Prospects" en G. Blanke y P. Landolt (eds), *op. cit.*, pp. 785-827.

de la *High Court* del Reino Unido en el asunto *ET Plus*³⁷, en la que –en relación con la supuesta infracción del Derecho de la competencia de la CE (hoy, de la UE) – el tribunal concluye que “no existe duda razonable alguna sobre la arbitrabilidad de dichas disputas en materia de “antitrust” o de Derecho de la competencia”³⁸.

B) Art. 101.3º TFUE

Mientras que en un primer momento, y de conformidad con el Reglamento 17 de 1962, la competencia en materia de la exención individual prevista en los predecesores del actual art. 101 TFUE recaía exclusivamente sobre la Comisión Europea³⁹, desde la “modernización” de las normas “antitrust” europeas y la adopción del régimen de auto-evaluación previsto en el Reglamento 1/2003 el art. 101 TFUE es plenamente arbitrable, incluyendo la excepción legal prevista en el art. 101.3º TFUE⁴⁰. Este es el caso aun cuando el Reglamento 1/2003 no contiene mención alguna al arbitraje, y se refiere únicamente a la competencia de los órganos judiciales de los Estados Miembros para aplicar el art. 101.3º⁴¹. De no ser así, el arbitraje se vería desdibujado por una importante e injustificable desventaja de carácter procesal frente a la jurisdicción de los tribunales, ya que el árbitro que hubiera de pronunciarse sobre cualquier cuestión relativa al Derecho de la competencia europeo se vería obligado a referir dicha cuestión, en relación con la aplicación del art. 101.3º, al poder judicial del Estado Miembro competente⁴². Dicha referencia, sin duda, carecería de sentido desde un punto de vista procesal y demoraría significativamente el procedimiento arbitral. De forma adicional, el argumento (frecuente) conforme al cual los árbitros carecen de la suficiente formación y

³⁷ *ET Plus SA v. Welters* [2005] EWHC 2115 (Comm).

³⁸ G. Blanke, “The Application of EU Law to Arbitration in the UK”, en J. Lew, H. Bor, G. Fullelove y J. Greenaway, *Arbitration in the UK* (próxima publicación en 2012); y G. Blanke, R. Nazzini, A. Nikpay y V. Smith, “England and Wales”, *International Competition Litigation: A Multi-jurisdictional Handbook* (próxima publicación en 2012).

³⁹ Art. 9 del Reglamento del Consejo nº 17: primer Reglamento de desarrollo de los arts. 85 y 86 del Tratado (DO 13, 21.2.1962, p. 205).

⁴⁰ Vid. A. Mourre, “Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives”, en G. Blanke y P. Landolt (eds.), *op. cit.*, pp. 3–67, párr. 1–123 y 1–145.

⁴¹ Vid. A.P. Komninos, *loc. cit.*, pp. 433–487 párr. 12–113 ss, quien señala que el silencio no pretendía excluir al arbitraje de la aplicación de la excepción individual, sino que estaba motivado por el deseo de la Comisión de evitar mayores (e innecesarias) controversias en el conjunto del ejercicio de modernización. Vid. asimismo A.P. Komninos, “Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement”, *World Competition*, vol.24, nº 2, La Haya, Wolters Kluwer, 2001, pp. 211–238.

⁴² Vid. L. Idot, *loc. cit.*, pp. 307 ss y p. 317.

experiencia o, al menos, tienen una formación y experiencia inferior a la de los jueces a efectos de la aplicación de la excepción prevista en el art. 101.3º TFUE resulta –a la luz del alto grado de especialización de un gran número de árbitros en el sector– como mínimo discutible y bastante poco convincente.

En cualquier caso, y en reconocimiento de la competencia arbitral en la materia, la propia Comisión Europea no ha planteado hasta la fecha objeción alguna a la arbitrabilidad del art. 101.3º TFUE. Por el contrario, distintos funcionarios de la Comisión se han pronunciado expresamente a favor de dicha arbitrabilidad⁴³. Cualquier otra postura resultaría contraproducente y, en particular, se opondría al espíritu de aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE promovido por el Reglamento 1/2003.

2. Arbitrabilidad del art. 102 TFUE

Por analogía con el análisis señalado respecto del art. 101 TFUE, se ha entendido igualmente que tanto el art. 102 TFUE como sus antecesores, los arts. 82 CE y 85 CEE, son arbitrables. Y ello es así a pesar del, en general, carácter extracontractual presente en supuestos de abuso de posición dominante⁴⁴. Resulta de nuevo emblemático del reconocimiento generalizado de dicha arbitrabilidad por parte de los órganos judiciales de los Estados Miembros, incluyendo los supuestos de reclamaciones por abuso de posición dominante, el lenguaje utilizado por la *High Court* del Reino Unido en su sentencia *ET Plus*⁴⁵.

Igualmente, ni la Comisión Europea ni ninguna otra institución de la UE se ha opuesto nunca a la arbitrabilidad del art. 102 TFUE o de la de sus predecesores, los arts. 82 CE y 85 CEE.

⁴³ *Vid. v.gr.*, J. Lübbing, “The European Commission’s View of Arbitrating Competition Law Issues”, en G. Blanke (ed.), “Arbitrating Competition Law Issues: A European and a US Perspective”, *European Business L. Rev.*, vol. 19, nº 1, pp. 77–87. En sentido contrario, *vid.* no obstante de Keyser en D. de Groot, “Arbitration and the Modernisation of EC Competition Law”, *European Business L. Rev.* (edición especial), vol. 19, nº, 2008, pp. 175–192, y p. 187. Para una visión crítica de la opinión de de Keyser, *vid.* G. Blanke, “EC Competition Law Claims in International Arbitration” en C. Klausegger et al (eds) *Austrian Arb. Yearb.*, 2009, pp. 30–32 párr. 3–92; y D de Groot, *loc. cit.*, p. 187.

⁴⁴ *Vid.* A. Komninos y M. Burianski, “Arbitration and Damages Actions Post–White Paper: Four Common Misconceptions”, *Global Comp. Litig. Rev.*, vol. 2, nº, 2009, pp. 16–28.

⁴⁵ *ET Plus SA v Welters* [2005] EWHC 2115 (Comm).

3. Arbitrabilidad de los remedios o compromisos de conducta en la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE y en el control de concentraciones europeo

La arbitrabilidad de los remedios o compromisos de conducta o comportamiento otorgados en virtud de las normas europeas de defensa de la competencia y control de concentraciones no suscita, en gran medida, controversia alguna. A pesar de las dudas iniciales sobre la facultad de la Comisión Europea de delegar la supervisión del cumplimiento de los remedios o compromisos a un tercero (parte privada), esto es, a un árbitro⁴⁶, la propia práctica de la Comisión en esta área tiende a confirmar que no estamos ante un supuesto inapropiado de delegación de competencias entre la Comisión y el árbitro. Por el contrario, tanto en virtud del Reglamento 139/2004 sobre control de concentraciones como al amparo del Reglamento 1/2003 corresponde a la Comisión la responsabilidad y control en última instancia del cumplimiento acorde con los requisitos impuestos por el Derecho de la competencia del remedio o compromiso en cuestión⁴⁷.

Dicho lo anterior, en la medida en que el arbitraje sobre remedios o compromisos de conducta verse sobre los acuerdos de ejecución, que en lo fundamental constituyen contratos mercantiles ordinarios, no puede dudarse de su arbitrabilidad. La única diferencia con los arbitrajes de contratos mercantiles ordinarios es que los arbitrajes sobre remedios y compromisos de conducta deben tener en cuenta el propósito original de los remedios o compromisos en cuestión y observar, por tanto, las normas del Derecho de la competencia. Justamente por este motivo tales arbitrajes lo son en Derecho de la competencia de la UE.

La arbitrabilidad de los compromisos de conducta no se ve afectada por la naturaleza no contractual (*without privity*) del compromiso arbitral subyacente⁴⁸. Ello es así, en particular, dado que el compromiso ar-

⁴⁶ En el contexto del control de concentraciones en la UE, *vid.* L. Idot, “Une Innovation Surprenante: L’Introduction de l’Arbitrage dans le Contrôle Communautaire des Concentrations”, *Rev. arb.*, 2000, pp. 591–613, cuyas reflexiones podrían aplicarse, *mutatis mutandis*, a la arbitrabilidad de los remedios y compromisos previstos en el Reglamento 1/2003.

⁴⁷ STPICE, as. T-201/04: *Microsoft v. Commission*, Rec. 2007, p. II-3601.

⁴⁸ Por regla general, el mecanismo previsto en aquellos arbitrajes en los que se revisa el cumplimiento de remedios o se basa en una obligación o un compromiso arbitral que incluye una oferta unilateral de arbitraje *erga omnes*, cuyos efectos vinculan exclusivamente a la entidad resultante de la concentración o a la parte destinataria de la decisión prevista en el art. 7 o en el art. 9 del Reglamento 1/2003. A la inversa, el tercero beneficiario del cumplimiento o ejecución de los remedios o compromisos (*v.gr.*, por recibir acceso a la tecnología o infraestructura clave de la entidad resultante de la concentración en términos razonables y no discriminatorios) no tiene obligación alguna de acudir al arbitraje, sien-

bitral, vinculante exclusivamente para la entidad que participa en la concentración o la parte beneficiada por las decisiones que impongan cualquier comportamiento al amparo del art. 7 o 9 del Reglamento 1/2003, según proceda en cada caso, constituye la base y la antesala para la suscripción de un convenio arbitral⁴⁹ separado entre dicha parte y el tercero beneficiario, en los términos de la decisión subyacente que incorpora dicho remedio o compromiso. Este convenio arbitral, a su vez, tendrá carácter vinculante para ambas partes, creándose así el vínculo contractual hasta entonces inexistente entre ambas. Dicho lo anterior, sin embargo, y aun cuando las partes no adoptaran convenio arbitral alguno, resulta posible para el tercero beneficiario alegar la existencia del compromiso arbitral inicial a efectos de poner en marcha un “arbitraje sin contrato”⁵⁰.

Es un hecho que la Comisión Europea ha aceptado distintos compromisos de arbitraje en el contexto de las decisiones previstas en el art. 9 a efectos de despejar las inquietudes iniciales surgidas respecto de los arts. 101 y 102 TFUE o los anteriores arts. 81 y 82 CE⁵¹, y que con las cautelas

do libre de acudir a los órganos jurisdiccionales o de presentar una queja ante la Comisión Europea por la falta de cumplimiento de los términos de la autorización condicional subyacente o de la decisión en la que se impusieron los remedios o se aceptaron los compromisos. En otras palabras, el tercero beneficiario, tiene la opción, y no la obligación, de arbitrar. En este sentido, estos arbitrajes constituyen una forma de “arbitraje sin contrato” (*arbitration without privity*). Vid. al respecto J. Paulsson, “Arbitration without Privity”, *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Review Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, 1995, pp. 232–257) (G. Blanke y B. Sabahi, “The New World of Unilateral Offers to Arbitrate: Investment Arbitration and EC Merger Control”, *Arbitration. The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 74, 2008, pp. 211–224). El tercero beneficiario puede ejercer su opción de arbitrar de distintas formas, bien sobre la base del remedio o compromiso original de sometimiento a arbitraje, el cual tiene efectos directos, o bien por referencia a la cláusula de arbitraje modelada en función de dicho remedio o compromiso original e incluida en el acuerdo de ejecución.

⁴⁹ O cláusula de arbitraje, que a su vez forma parte del acuerdo de ejecución.

⁵⁰ Debe advertirse que puede solicitarse al árbitro que se pronuncie sobre distintos aspectos preliminares, tales como (i) si el tercero beneficiario demandante tiene legitimación activa o *locus standi*, esto es, si se trata de una “parte con interés legítimo”; o (ii) si con carácter previo al inicio del procedimiento arbitral se ha agotado cualquier otro mecanismo de resolución alternativa del conflicto (ADR – *Alternative Dispute Resolution*) que pudiera haber sido previsto. Igualmente puede solicitarse al árbitro un pronunciamiento preliminar sobre el fondo del asunto, ordenando por ejemplo el cumplimiento específico del (o de las disposiciones concretas del) acuerdo de ejecución (*v.gr.*, otorgando así el acceso pedido), o bien ordenando a la entidad resultante de la fusión que se abstenga de una supuesta infracción de los compromisos durante la pendencia del procedimiento arbitral y hasta que se dicte el laudo final (y se acceda a otorgar la asistencia solicitada). Dicho pronunciamiento preliminar operaría a modo de medida cautelar y al objeto de impedir una expulsión prematura del mercado del tercero beneficiario.

⁵¹ *V.gr.*, COMP/C–2/37.214 – *Joint selling of the media rights to the German Bundesliga*, decisión de la Comisión de 19 de enero de 2005; COMP/E–2/39.140 – *DaimlerCh-*

y limitaciones establecidas en la sentencia *Microsoft*⁵² la Comisión también puede imponer remedios que incluyan el recurso al arbitraje en virtud de los poderes que le otorga el art. 7 del Reglamento 1/2003.

Por otro lado, y de forma muy importante, la Comisión Europea –ya desde principios de los años 90– ha aceptado distintos compromisos de arbitraje en el contexto de sus decisiones de autorización condicional de una concentración⁵³. Dicha práctica, de por sí, es indicativa de la admisibilidad de la sumisión al arbitraje de las cuestiones relativas al cumplimiento de los compromisos de comportamiento. De forma adicional, en lo que constituye un claro reconocimiento de la arbitrabilidad de tales compromisos en este contexto, la Comisión ha previsto expresamente la posibilidad del arbitraje en este ámbito a efectos de la verificación del cumplimiento de tales compromisos en su Comunicación sobre Soluciones Aceptables⁵⁴. Conforme se señala en dicha Comunicación:

“[...] Para que sean efectivos, dichos compromisos [esto es, compromisos no estructurales] deben incluir los requisitos procedimentales necesarios para su supervisión, tales como el requisito de cuentas separadas para la infraestructura con objeto de hacer posible un estudio de los costes implicados, y dispositivos adecuados de supervisión. En principio, dicha supervisión deberá ser hecha por los propios participantes en el mercado; por ejemplo, por las empresas que desean beneficiarse de los compromisos. Entre las medidas que permiten a terceros hacer cumplir por sí mismos los compromisos están *el acceso a un mecanismo rápido de solución de diferencias mediante procedimientos de arbitraje (conjuntamente con los administradores) o mediante procedimientos de arbitraje que impliquen a las autoridades reglamentarias nacionales*, en caso de que existan para los mercados afectados. Si la Comisión puede concluir que los mecanismos previstos en los compromisos permitirán a los participantes en el mercado hacerlos cumplir efectiva y oportunamente por sí mismos, no se requerirá ninguna supervisión permanente de los compromisos por la Comisión. En esos casos, una intervención de la Comisión sólo sería necesaria cuando las partes no se atuvieran a las soluciones halladas por dichos mecanismos de solución de diferencias”^{55 56}.

rysler, COMP/E-2/39.142 – *Toyota* y COMP/E-2/39.143 – *Opel*, decisión de la Comisión de 13 de septiembre de 2007; y COMP/39.596 – *BA/AA/IB*, decisión de la Comisión de 14 de julio de 2010. *Vid.* G. Blanke, *loc. cit.*, pp. 1053–1250.

⁵² STPICE, as. T-201/04 – *Microsoft v. Commission*, Rec. 2007, p. II-3601, párr. 1253 ss.

⁵³ Para un resumen completo en forma de cuadro, *vid.* G. Blanke, “Annex II: Table on Conditional EU Merger Clearance Decisions Incorporating Arbitration Commitments over the Period 1992–2009”, en G. Blanke y P. Landolt (eds), *op. cit.*, pp. 1925–2062.

⁵⁴ Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) n.º 802/2004 de la Comisión (DO C267, 22.10.2008, p.1).

⁵⁵ Párr. 66 de la Comunicación sobre Soluciones Aceptables, en su versión actualizada (cursivas añadidas; se han omitido las notas a pie de página originales).

⁵⁶ Al margen de la Comisión Europea, los Tribunales europeos de Luxemburgo –tanto en su faceta oficial (*vid.* Asunto T-158/00 – *ARD v. Commission*, y Asunto T-177/04 – *easyJet Airline Co Ltd v European Commission*, Rec. 2006, p. II-1931) como no oficial

En aras de la exhaustividad, debe advertirse que existen también ejemplos aislados de utilización por parte de la Comisión del mecanismo del arbitraje a efectos de supervisar el cumplimiento de compromisos estructurales en materia de control de concentraciones.

4. Arbitrabilidad de cuestiones en materia de ayudas estatales y empresas públicas⁵⁷

Aquellas cuestiones en materia de ayudas de estado y empresas públicas y derechos especiales o exclusivos no comprendidas dentro de la competencia exclusiva de la Comisión Europea han sido reconocidas como arbitrables.

Ciertamente, tan solo una pequeña parte del contenido de los arts. 107 y 108 TFUE es arbitrable, pero un tribunal arbitral es en todo caso competente para aplicar tanto las decisiones de la Comisión en materia de ayudas de Estado como las disposiciones del Reglamento general de exención por categorías que declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado interior^{58,59}. Dicho lo anterior, la arbitrabilidad de los arts. 107 y 108 TFUE se encuentra, no obstante, sujeta a la facultad exclusiva que corresponde a la Comisión Europea de declarar la compatibilidad con el Derecho de la competencia europeo de las ayudas de Estado⁶⁰.

Dado su efecto directo, el art. 106 TFUE podría ser también aplicado por un tribunal arbitral⁶¹. Cualquier cuestión relativa al art. 106 TFUE habrá de suscitarse, en particular, a modo de defensa planteada por la entidad estatal frente a una alegación de infracción de las normas previstas en la legislación europea sobre competencia. Más en concreto, puede argumentarse que el concepto de “empresa

(véanse los comentarios del Juez Forwood del Tribunal General, realizados con carácter privado en N. Forwood, “Foreword” en G. Blanke y P. Landolt (eds), *op.cit.*, pp. cvii–cviii) parecen aprobar este recurso al arbitraje a efectos de verificar el cumplimiento de los compromisos en el contexto del Derecho de la UE sobre control de concentraciones.

⁵⁷ L. Hancher, *loc. cit.*, pp. 965–1016; P.J. Slot, *loc. cit.*, pp. 1017–1051, párrafos 29–003 y 29–103.

⁵⁸ Reglamento (CE) n° 800/2008 de la Comisión, de 6 de agosto de 2008, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado [en la actualidad arts. 107 y 108 TFUE], DO L241, 9.8.2008, p.3.

⁵⁹ L. Hancher, *loc. cit.*, pp. 965–1016, párrafos 28–027 y 28–067.

⁶⁰ *Ib.* párr. 28–028, 28–067 y 28–072.

⁶¹ P J Slot, *loc.cit.*, pp. 1017–1051, párr. 29–083 – 29–085, incluyendo un análisis sobre posibles objeciones al respecto si bien confirmando en última instancia la arbitrabilidad del art. 106(2) TFUE.

pública”, en el sentido en el que se utiliza dicha expresión en el art. 106 TFUE, ha sido hasta la fecha suficientemente desarrollado a efectos de permitir su aplicación por parte de los árbitros⁶². Igualmente, principios tales como los elaborados por el TJUE en el asunto *Altmark*⁶³ y la decisión en la que se plasmaron los criterios establecidos en este⁶⁴ son susceptibles de aplicación por los árbitros⁶⁵. También la defensa basada en la existencia de una obligación impuesta a la empresa por el Estado quien, en virtud de medidas del poder público, obliga a la empresa a realizar una conducta contraria a la competencia (*State compulsion defence*) puede ser alegada ante un tribunal arbitral⁶⁶.

Por último, podría incluso sostenerse que argumentos adicionales derivados de los arts. 3.1º.b) TFUE y 4.3º TUE han de poder ser atendidos por árbitros, de nuevo ante una situación en la que tales disposiciones del Tratado han sido dotadas de contenido suficiente a lo largo de estos años para permitir su aplicación precisa en el marco de un procedimiento arbitral⁶⁷.

IV. Algunas cuestiones prácticas en el arbitraje de normas de competencia de la UE

1. Bases que justifican la aplicación del Derecho de la competencia de la UE

Existen diversos motivos que justifican la aplicación en el marco de un arbitraje de las normas europeas en materia de defensa de la competencia. El más común es que el árbitro debe ser capaz de recurrir a los principios de efecto directo y supremacía del Derecho europeo, cuyo efecto conjunto convierte a los arts. 101 y 102 TFUE, así como a algunos reglamentos de exención por categorías⁶⁸, en disposiciones

⁶² *Ibid.*, párr. 29–019.

⁶³ As. C–280/00: *Altmark Trans v. Regierungspräsidium Magdeburg*, Rec. 2003, p. I–7747.

⁶⁴ Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2011 relativa a la aplicación del art. 106.2 TFUE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas en cargadas de la gestión de servicios de interés económico general, DO L7, 11.1.2011, p.3.

⁶⁵ P J Slot, *loc.cit.*, pp. 1017–1051, párr. 29–068.

⁶⁶ *Ibid.*, párr. 29–098.

⁶⁷ *Ibid.*, párr. 29–037. Para estas disposiciones, ver más adelante, sección 5.1.

⁶⁸ *V.gr.*, laudo de la Cámara de Comercio Internacional nº 7182; laudo de la Cámara de Comercio Internacional nº 8626; y laudo de la Cámara de Comercio Internacional nº 10246.

directamente aplicables como parte de la legislación del foro en cualquier Estado Miembro de la UE. En otras palabras, en aquellos casos en los que la *lex contractus*, esto es, la ley aplicable al fondo del asunto o la ley del contrato principal, es la ley de uno de los Estados Miembros de la UE, tanto el árbitro como cualquiera de las partes podrá invocar la legislación europea de competencia, simplemente a través de la referencia a dicha ley aplicable. Lo anterior ha de entenderse asimismo a la luz de la aplicación en cierta forma “extraterritorial” de la normativa europea en materia de competencia como consecuencia de la llamada “doctrina de los efectos”, en cuya virtud la aplicación del Derecho de la competencia europeo deriva y depende de los efectos producidos en el mercado interior por cualquier acuerdo o comportamiento infractor, incluso si procede del exterior de dicho mercado.

2. Actuaciones de investigación por parte del árbitro

Con carácter general, los árbitros basan sus laudos en las alegaciones –tanto orales como escritas– que efectúan las partes a lo largo del procedimiento arbitral. Ello implica igualmente que la carga de “educar” al árbitro corresponde a las partes del arbitraje. Así, el árbitro no puede sustituir a las partes proponiendo argumentos que no le han sido presentados por ellas a efectos de apoyar sus pretensiones.

Dicho lo anterior, en algunas leyes de arbitraje se reconoce expresamente al árbitro la facultad de investigar los hechos⁶⁹. Dicha facultad puede, en particular, asistir al deber *ex officio* del árbitro de suscitar y decidir sobre aquellos aspectos de Derecho de la competencia europeo que pudieran plantearse ante el mismo. En otras palabras, el árbitro puede recurrir a las facultades de investigación que le reconozca la legislación sobre arbitraje aplicable a efectos de aclarar los hechos alegados por las partes con vistas a determinar la necesidad de plantear cualquier cuestión de ilegalidad, nulidad o abuso de posición dominante de conformidad con los arts. 101 y 102 TFUE.

En última instancia, el alcance de cualquier investigación que pueda llevar a cabo de oficio el árbitro dependerá de la ley aplicable al arbitraje y de la intensidad de cualquier posible revisión judicial existente en la sede del arbitraje (en el que el laudo resultante pudiera ser impugnado por la parte deudora) o en el lugar previsto para su ejecución⁷⁰.

⁶⁹ En el caso inglés en particular, *vid.* el art. 34 de la Ley de Arbitraje de 1996.

⁷⁰ *Vid.* G. Blanke, *loc.cit.*, pp. 3–92, p. 74.

3. *El deber del árbitro de plantear de oficio cualquier cuestión procedente en materia de Derecho de la competencia*⁷¹

Ha quedado acreditado que en el contexto del arbitraje en materia de Derecho de la competencia europeo recae sobre el árbitro el deber implícito de analizar *ex officio* tales cuestiones a efectos de asegurar el carácter ejecutable del laudo resultante⁷². Dicho deber se basa en la obligación del árbitro, ampliamente reconocida, de realizar sus mejores esfuerzos para garantizar la emisión de un laudo susceptible de ejecución⁷³, así como en el reconocimiento de las normas sobre competencia de la UE como parte del concepto de orden público al que se refiere el Convenio de Nueva York⁷⁴. Así, y antes de decidir sobre cualquier cuestión en materia de Derecho de la competencia que el árbitro entendiera no ha sido alegada por ninguna de las partes del procedimiento arbitral, corresponde al árbitro someter la cuestión a las partes para permitir que se pronuncien sobre ella de conformidad con los principios generales de justicia del procedimiento y, en última instancia, evitar cualquier impugnación del laudo resultante por las razones previstas (*extra petita*) en el art. V.1^o.c) del Convenio de Nueva York⁷⁵. De forma significativa, conviene recordar que el hecho de que la controversia sometida al árbitro haya de ser resuelta *ex aequo et bono*, esto es, sobre la base de los principios de equidad o sin sujeción a la aplicación de ninguna legislación en particular, no libera al árbitro⁷⁶ de su obligación de considerar la aplicación de la normativa europea sobre competencia⁷⁷.

El deber del árbitro de plantear de oficio cualquier cuestión procedente en materia de Derecho de la competencia se encuentra también sólidamente establecido en la práctica de la Cámara de Comercio Internacional^{78 79}.

⁷¹ D. de Groot, "The Ex Officio Application of European Competition Law by Arbitrators", en G. Blanke y P. Landolt (eds), *op. cit.*, pp. 567–625; G. Blanke y R. Nazzini, "Arbitration and ADR of Global Antitrust Disputes: Taking Stock (Part II)", *Global Comp. Lit. Rev.*, n^o 2, 2008, pp. 78–89.

⁷² G. Blanke, "The Role of EC Competition Law in International Arbitration: A Plaidoyer", *European Business L. Rev.*, vol. 16, n^o 1, 2005, pp. 169–180.

⁷³ *Vid. v.gr.*, el art. 35 Regl. CCI.

⁷⁴ *Vid. infra*, sección 5.1.

⁷⁵ G. Blanke, *loc.cit.* pp. 3–92, y pp. 42–43.

⁷⁶ Ni a las partes.

⁷⁷ STJCE 27 de abril de 1994, as. C–393/92: *Municipality of Almelo v. Energiebedrijf-Jellemij*, Rec. 1994, p. I–1477.

⁷⁸ *V.gr.*, laudo de la Cámara Internacional de Comercio n^o 7539.

4. Decisiones previas de la Comisión o de las ANC⁸⁰

El estatuto jurídico de las decisiones adoptadas en el pasado tanto por la propia Comisión Europea como por las distintas autoridades nacionales de competencia o ANC es de particular importancia en el caso de los llamados *follow-on arbitrations*, esto es, procedimientos arbitrales en los que se reclaman daños y perjuicios tras un pronunciamiento adverso por parte de las autoridades de competencia⁸¹ ⁸². Aun cuando no existe legislación positiva alguna que obligue al tribunal a aceptar una previa decisión sobre responsabilidad, referida al mismo objeto, dictada respecto de las mismas partes en el supuesto de una reclamación por daños y perjuicios presentada ante dicho tribunal, este último está obligado a tener en cuenta dicha decisión con el carácter de prueba. A la luz del hecho de que los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros –en su función de supervisión en el marco de procedimientos de ejecución y anulación– están sometidos al principio establecido en el asunto *Masterfoods*⁸³ y deben en consecuencia dar prioridad a cualquier decisión anterior de la Comisión dictada sobre el mismo asunto y entre las mismas partes sobre cualquier laudo en contrario (que no cumpla con los términos exigidos por dicha decisión de la Comisión), el tribunal arbitral está igualmente obligado a dotar de plenos efectos a dicha decisión anterior, como parte del proceso de prueba, a efectos de garantizar el carácter ejecutable de su laudo. Al igual que cualquier órgano jurisdiccional de un Estado Miembro, y salvo en aquellos casos en los que surgieran nuevos hechos que no hubieran (ni pudieran haber) sido alegados anteriormente que pudieran cambiar el resultado, en estos arbitrajes el tribunal arbitral deberá fundamentar su decisión incorporando la apreciación de responsabilidad ya establecida por la Comisión en su decisión, y limitar las alegaciones de las partes a aquellas necesarias

⁷⁹ G. Blanke, *loc. cit.*, pp. 1763–1898, párr. 49–089 – 49–091; K. Hilbig, *Das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot im internationalen Handelsschiedsverfahren: Anwendung und gerichtliche Kontrolle*, Munich, C.H. Beck, 2006, p. 137 y siguientes.

⁸⁰ R. Nazzini, *Concurrent Proceedings in Competition Law: Procedure, Evidence and Remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2004; y R. Nazzini, “Authority and Influence in Arbitrations of Previous Decisions on EU Competition Law”, en G. Blanke y P. Landolt (eds), *op. cit.*, pp. 699–726.

⁸¹ A propósito de acciones de reclamación de daños como consecuencia de procedimientos administrativos previos (*follow-on damages*) en el contexto más específico de la Unión Europea, *vid.* L. Ortiz Blanco (ed.), *EU Competition Procedure*, 3ª ed., Oxford University Press, 2012 (en prensa), Capítulo 2.

⁸² G. Blanke, pp. 3–92, y pp. 57–59.

⁸³ As. C–344/98: *Masterfoods Ltd v H.B. Ice Cream Ltd*, Rec. 2000, p. I–11369, párr. 52.

para establecer el exigido vínculo causal entre la infracción de las normas de competencia apreciada por la Comisión y los daños y perjuicios reclamados, así como su importe.

De conformidad con los principios de efecto directo, supremacía y colaboración leal (o sincera), el órgano jurisdiccional del Estado Miembro no ha de ejecutar un laudo contrario a una decisión anterior de la Comisión⁸⁴.

5. La colaboración del árbitro con la Comisión Europea y/o con las correspondientes ANC

Constituye un principio aceptado que los tribunales arbitrales no están facultados para plantear ante el TJUE cuestión prejudicial alguna al amparo de lo previsto en el art. 267 TFUE⁸⁵. Esto significa que en aquellas cuestiones jurídicas complejas y aún no resueltas de Derecho de la competencia europeo que exigirían de un pronunciamiento por parte del TJUE los tribunales arbitrales no pueden utilizar el mecanismo de la cuestión prejudicial previsto en dicho artículo. Asimismo, y dado el silencio al respecto en el texto, los mecanismos formales de colaboración entre la Comisión Europea y los órganos jurisdiccionales nacionales de un Estado Miembro previstos en el Reglamento 1/2003 y en la Comunicación sobre cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales⁸⁶ no son oficialmente aplicables a la colaboración entre los tribunales arbitrales y la Comisión Europea⁸⁷.

⁸⁴ G. Blanke, *loc. cit.* pp. 3–92, p. 59.

⁸⁵ STJCE 23 de marzo de 1981, as. 102/81: *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG y Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*, Rec. 1982, p. 1095, en la que el Tribunal no consideró a los árbitros incluidos dentro de la noción de “un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro” a la que se refiere el art. 234 CE (en la actualidad art. 267 TFUE), negándoles así la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial ante las instancias judiciales de la CE (en la actualidad UE). En el mismo sentido, *vid.* la más reciente STJCE 27 de enero de 2005, as. C–125/04: *Denuit v Transorient*, Rec. 2005, p. I–923. *Cf.*, sin embargo, la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales indirectas reconocida en distintos Estados Miembros, por ejemplo en Inglaterra, *Bulk Oil Ltd. v. Sun International Ltd.* [1984] 1 All ER 386, en G. Blanke, “Antitrust Arbitration under the Arbitration Act 1996: A Commentary”, *European Business L. Rev.*, vol. 22, n° 2, 2011, pp. 119–169, p. 156.

⁸⁶ Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros de la UE en la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE (DO C 101 de 27.4.2004, p. 54).

⁸⁷ A. P. Komninos, *loc. cit.*, pp. 433–487.

Así las cosas y, en particular, en el marco de los arbitrajes en los que se suscita cualquier cuestión relativa al Derecho de la competencia europeo, los tribunales arbitrales han identificado distintas alternativas viables para suplir la falta de acceso al TJUE y la inexistencia de mecanismos formales de cooperación. Al margen de las vías indirectas de plantear cuestiones prejudiciales existentes en algunas jurisdicciones de la Unión Europea⁸⁸, puede recurrirse a otros mecanismos tales como solicitudes de interpretación dirigidas a la Comisión Europea y posiblemente a otras autoridades competentes, tales como las ANC, a efectos de la aclaración de cuestiones específicas de la normativa de competencia. Otras formas de colaboración tales como solicitudes de información dirigidas a la Comisión Europea o a la correspondiente ANC con el propósito de obtener cualquier información de mercado que pudiera ser relevante a efectos de, por ejemplo, la definición del mercado, pueden también servir al tribunal arbitral para asegurar la emisión de un laudo susceptible de ejecución. De forma significativa, la Comisión no ha planteado objeción alguna, en principio y hasta la fecha, a tales formas de colaboración, habiéndose evidenciado en el pasado supuestos de dicha colaboración⁸⁹. Asimismo, en el marco de la antigua *task force* de la Cámara de Comercio Internacional para el arbitraje en asuntos de Derecho de la competencia (*ICC Task Force for Arbitrating Competition Law Issues*) se han sugerido y debatido⁹⁰ distintas prácticas a propósito del papel de la Comisión Europea como *amicus arbitri* en el marco de arbitrajes en los que se susciten cuestiones de Derecho de la competencia europeo⁹¹ ⁹².

En cualquier caso, cualquier forma de colaboración entre el tribunal arbitral y la Comisión Europea o la correspondiente ANC únicamente debería tener lugar con la aprobación y la participación de las partes del arbitraje, dada la estricta sujeción del procedimiento arbitral a los principios de autonomía de las partes y respeto a las garantías procesales.

⁸⁸ *V.gr.*, en el caso inglés. Ver párrafo anterior.

⁸⁹ *V.gr.*, laudo de la Cámara de Comercio Internacional n° 7146.

⁹⁰ *Vid.* un comentario crítico al respecto en A. Mourre, "Dissenting Opinion on a Dangerous Project", *European Business L. Rev.* (Special Edition), vol. 19, n° 1, 2008, p. 219–233.

⁹¹ C. Nisser y G. Blanke, "ICC Draft Best Practice Note on the European Commission Acting as *Amicus Curiae* in International Arbitration Proceedings – The Text", *European Business L. Rev.* (Special Edition), vol. 19, n° 1, 2008, pp. 198–218.

⁹² G. Blanke, *loc. cit.*, pp. 1763–1898, párr. 49–015.

V. Revisión judicial de laudos sobre cuestiones de Derecho de la competencia europeo⁹³

En qué medida es posible la ejecución de un laudo o su anulación depende del grado de supervisión judicial al que pueda estar sometido. Teniendo en cuenta la prohibición, ya ampliamente establecida en la práctica del arbitraje internacional, de apelar sobre el fondo del asunto, la revisión judicial se revela particularmente sensible en aquellas áreas del Derecho en las que prevalece el concepto de orden público. El Derecho de la competencia y, en especial, el Derecho de la competencia europeo es sin duda una de tales áreas y de ahí la necesidad de un análisis particular en los supuestos de procedimientos de ejecución o nulidad del laudo.

1. La revisión judicial en Europa

En el contexto más específico del Derecho de la competencia europeo, la revisión judicial que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados Miembros supone una revisión de orden público del laudo cuya ejecución o nulidad se solicita. Este es particularmente el caso tras la sentencia del TJUE en el tantas veces citado asunto *Eco Swiss*⁹⁴, en el que el Tribunal elevó el estatus del antiguo art. 85 CE (en la actualidad art. 101 TFUE) al considerarlo de orden público en el sentido atribuido a dicha expresión por el Convenio de Nueva York. En los términos de la propia sentencia:

36. ... con arreglo al art. 3, letra g) del Tratado CE (tras su modificación, art. 3 CE, apartado 1, letra g)⁹⁵ [y en la actualidad art. 3(1)(b) TFUE⁹⁶], el art. 85 del Tratado [en

⁹³ Para un tratamiento más reciente de la materia, *vid.* L. G. Radicati di Brozolo, “Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcement Proceedings”, en G. Blanke y P. Landolt (eds), *op. cit.*, pp. 755–784.

⁹⁴ STJCE 1 de junio de 1999, as. C-126/97: *Eco Swiss China Ltd y Benetton International NV*, Rec. 1999, p. I-3055.

⁹⁵ El art. 3(1)(g) del Tratado de la CE señalaba que: “Para alcanzar los fines enunciados en el art. 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previsto en el presente Tratado: ... (g) un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior” (Nota al pie de los autores).

⁹⁶ Tras la adopción del Tratado de Lisboa, el art. 3.1º.g) del Tratado de la CE ha sido sustituido sustancialmente por el art. 3.1º.b) TFUE, el cual atribuye a la Unión competencia exclusiva a efectos de “el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior[.]” Debe mencionarse igualmente en este contexto el art. 119 TFUE, conforme al cual las políticas económicas de la Unión y de los Estados Miembros deberán llevarse a cabo “de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia”, así como el Protocolo sobre

la actualidad art. 101 TFUE] constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para el funcionamiento del mercado interior. La importancia de dicha disposición hizo que los autores del Tratado establecieran expresamente en el apartado segundo del art. 85 del Tratado [en la actualidad, art. 101.2º TFUE] que los acuerdos y decisiones prohibidas por este artículo son nulas de pleno derecho. [E]l art. 85 [en la actualidad art. 101 TFUE] del Tratado puede considerarse una disposición de orden público en el sentido del Convenio de Nueva York.

37 ... en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en el apartado 1 del art. 85 del Tratado [en la actualidad art. 101.1 TFUE] ... [Por consiguiente], un órgano jurisdiccional nacional al que se ha presentado un recurso de anulación de un laudo arbitral debe estimarlo cuando considere que el laudo es efectivamente contrario al art. 85 del Tratado [en la actualidad art. 101.1 TFUE], si conforme a las normas procesales internas debe estimar un recurso de anulación basado en el incumplimiento de normas nacionales de orden público.

(...)

39. Por los motivos mencionados en el apartado 36 de la presente sentencia, el art. 85 del Tratado [en la actualidad art. 101 TFUE] puede considerarse una disposición de orden público en el sentido del Convenio de Nueva York.”

Asimismo, y a la luz del pronunciamiento posterior del TJUE en el asunto *Manfredi*⁹⁷, se ha establecido que el art. 82 CE (en la actualidad art. 102 TFUE) constituye igualmente una disposición de orden público en el sentido del Convenio de Nueva York⁹⁸.

Como resultado, un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro llamado a pronunciarse sobre la ejecución o anulación de un laudo arbitral está obligado a verificar la conformidad de dicho laudo con las disposiciones del Derecho de la competencia de la UE contenidas

Mercado Interior y Competencia anexo al TUE, conforme al cual “el mercado interior tal y como se define en el art. 3 del Tratado de la Unión Europea incluye un sistema que garantiza que no se falsea la competencia”.

⁹⁷ STJCE 13 de julio de 2006, Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04: *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito v Fondiaria Sai SpA, y Nicolò Tricarico, Pasqualina Murgolo v Assitalia SpA*, Rec. 2006, p. I-6619.

⁹⁸ P. Landolt, “Limits on Court Review of International Arbitration Awards Assessed in light of States’ Interests and in particular in light of EU Law Requirements”, *Arb. Int’l*, vol. 23, n° 1, 2007, pp. 63-92, nota al pie n° 48: “Esta referencia al deber automático de los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros de aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado [101 y 102 TFUE] parece una aclaración, en la medida en que la misma pudiera ser necesaria, del hecho de que *Eco Swiss* exige la aplicación, incluso de oficio, de tales disposiciones. El hecho de que los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros deban aplicar de oficio al menos algunos aspectos del Derecho comunitario subraya cuán significativa es la exigencia que pesa sobre los mismos de asegurarse de que los laudos arbitrales respetan la legislación comunitaria”. Traducción propia.

en los arts. 101 y 102 TFUE, al objeto de evitar cualquier infracción del concepto de orden público previsto en el Convenio de Nueva York. Esto podría no ser necesariamente el caso en aquellos supuestos en los que se pretende la ejecución del laudo fuera de la UE⁹⁹.

Dicho lo anterior, el estándar y el procedimiento previsto para la ejecución o anulación de un laudo por parte de los órganos judiciales de un Estado Miembro están sujetos al principio de autonomía procesal en condiciones de equivalencia y eficacia¹⁰⁰. Esto significa que en algunos Estados Miembros determinados, requisitos procedimentales particulares de índole interno, por ejemplo los relacionados con el principio de seguridad jurídica, podrían prevalecer sobre la obligación de no ejecución o anulación de los laudos que no cumplieran las exigencias del Derecho de la competencia europeo. Esto debe estar sujeto, obviamente, al principio de que aquellos requisitos procedimentales particulares de índole interno sean igualmente aplicables en el ámbito nacional, sin que su aplicación pueda impedir o dificultar especialmente la aplicación del Derecho de la competencia europeo¹⁰¹.

2. Escuelas “minimalista” y “maximalista”¹⁰²

No existe un estándar común de revisión judicial a lo largo de la UE: a modo de ejemplo, algunos laudos que suscitaban dudas desde el punto de vista del Derecho de la competencia europeo han sido ejecutados en unos países y a la vez anulados en otros en procedimientos paralelos ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados Miem-

⁹⁹ A modo de ejemplo en el caso suizo, *vid.* P. Landolt, “The Application of EU Competition Law in International Arbitration in Switzerland”, en G. Blanke y P. Landolt (eds), *op. cit.*, pp. 545–565, párr. 15–015 ss.

¹⁰⁰ G. Blanke, *loc.cit.*, pp. 3–92, pp. 87–88.

¹⁰¹ *V.gr.*, STJCE 14 de diciembre de 1995, as. C–312/93: *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS v. Belgian State*, Rec. 1995, p. I–4599 (existencia de un plazo de 60 días para considerar el laudo definitivo y de carácter final, por lo que se acepta su naturaleza de cosa juzgada); STJCE 14 de diciembre de 1995, asuntos acumulados C–430–431/93: *Van Schijndel y van Veen v. Stichting Pensioensfonds voor Fysiotherapeuten*, Rec. 1995, p. I–4705 (la regla de pasividad del órgano jurisdiccional nacional no infringe la legislación comunitaria); STJCE 1 de junio de 1999, as. C–126/97: *Eco Swiss China Ltd y Benetton International NV*, Rec. 1999, p. I–3055 (considerando no excesivo el plazo de tres meses para impugnar el laudo antes de que adquiera la condición de *res iudicata*); y STJCE 6 de octubre de 2009, as. C–40/08: *Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira*, Rec. 2009, p. I–9579 (considerando aceptable un plazo de dos meses desde la fecha del laudo para su consideración como cosa juzgada).

¹⁰² G. Blanke, *loc.cit.*, pp. 3–92, pp. 78–85; *id.*, “The “Minimalist” and “Maximalist” Approach to Reviewing Competition Law Awards – A Never–Ending Saga”, *Stockholm Int'l Arb. Rev.*, 2, 2007, pp. 51–78.

bros, sobre la base de estándares de supervisión claramente divergentes¹⁰³; en ocasiones, incluso distintos tribunales de apelación en un mismo y único Estado Miembro han seguido criterios discordantes a efectos de dicha supervisión¹⁰⁴. Así, algunos órganos jurisdiccionales, en particular los franceses, únicamente anularán un laudo sobre la base de una infracción del Derecho de la competencia europeo si dicha infracción resulta evidente, esto es, claramente apreciable a primera vista con solo observar la parte dispositiva del laudo¹⁰⁵.

Los polos opuestos en materia de supervisión judicial están representados por los denominados “maximalistas”¹⁰⁶, por un lado, y los “minimalistas”¹⁰⁷, por otro. Mientras que el minimalismo insiste en el

¹⁰³ *V.gr.*, *La SNF SAS c/ La Cytec Industries*, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas de 8 de marzo de 2007, R.G. 2005/7721/A No 53 71^{ème} Chambre; y *SNF SAS c/ Cytec Industries BV*, Sentencia del Tribunal de Apelación de París de 23 de marzo de 2006.

¹⁰⁴ *V.gr.*, el fallo del *OLG Düsseldorf* de 21 de julio de 2004, Vi-Sch (Kart) 1/02 y el pronunciamiento anterior del *Kartellsenat* (el tribunal alemán competente en materia de cárteles) sobre el mismo asunto. *Vid.* asimismo *La SNF SAS c/ La Cytec Industries*, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas de 8 de marzo de 2007, R.G. 2005/7721/A No 53 71^{ème} Chambre; y *Cytec Industries v. SNF*, Sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas de 22 de junio de 2009 (si bien debe advertirse que en este caso dicho órgano no cuestionó la intensidad de la revisión llevada a cabo por el Tribunal de Primera Instancia).

¹⁰⁵ *V.gr.*, *Thalès v Euromissile*, decisión del Tribunal de Apelación de París de 18 de noviembre de 2004.

¹⁰⁶ Para una revisión de las tendencias maximalistas, *vid.* en particular A. Mourre y L. Radicati di Brozolo “SNF c/ Cytec”, *Rev. arb.*, 2007, pp. 303 ss; y, más recientemente sobre la decisión del tribunal de Bruselas en *Cytec*, citada *supra*, en *Rev. arb.*, 2007, pp. 318–339; L. Radicati di Brozolo, “Antitrust: A Paradigm of the Relations between Mandatory Rules and Arbitration – A Fresh Look at the ‘Second Look’”, *Int’l Arb. L. Rev.*, 2004, pp. 23–37; C. Liebscher, “Arbitration and EC Competition Law – The New Competition Regulation: Back to Square One?”, *Int’l Arb.L. Rev.*, 2003, pp. 84–89. Para una visión crítica de la decisión del tribunal de Bruselas en *Cytec*, citada *supra*, *vid.* asimismo P. Heitzmann y J. Grierson, “SNF v. Cytec Industrie: National Courts within the EC Apply Different Standards to Review International Awards Allegedly Contrary to Art. 81 EC”, *Stockholm Int’l Arb. Rev.*, 2, 2007, pp. 39–49. De forma más categórica a favor de la visión “minimalista” *vid.* también A. Mourre y L. Radicati di Brozolo, “Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back”, *J. Int’l Arb.*, vol. 23, n° 2, 2006, pp. 171–188; A. Mourre, “Le libre arbitre, ou l’aveuglement de Zaleucus: Variations sur l’arbitrage, l’ordre public et le droit communautaire”, en F. Bohnet y P. Wessner (eds), *Mélanges en l’Honneur de François Knoepfler*, 2005, pp. 283–323; y, recientemente, A. Mourre, “case note on SAS SNF c/ Cytec Industries BV”, *Journ. dr. int.*, 2008, pp. 1107–1134; y L.R. di Brozolo, “Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators”, *Arb. Int.*, 2011, pp. 1–26.

¹⁰⁷ A propósito de las tendencias minimalistas, *vid. v.gr.*, G. Blanke, “The ‘Minimalist’ and ‘Maximalist’ Approach to Reviewing Competition Law Awards – A Never-Ending Saga”, *Stockholm Int’l Arb. Rev.*, 2, 2007, pp. 51–79; C. Seraglini, *Lois de police et justice*

carácter final y vinculante del laudo para justificar una revisión *pro forma* de la parte dispositiva del mismo, los maximalistas sostienen la necesidad de introducir algún tipo de mecanismo *efectivo* de supervisión que permita una auténtica *revisión* de fondo de la consideración o falta de consideración por parte del árbitro de la correspondiente cuestión de Derecho de la competencia¹⁰⁸. En principio, y según los maximalistas, una revisión más estricta no es más que una consecuencia lógica de la expansión del concepto de arbitrabilidad que ha permitido incorporar en el mismo las controversias surgidas de la aplicación del Derecho de la competencia; por esta razón, dicha revisión efectiva pretende asegurar la confianza depositada por los Estados Miembros al ceder algunas de sus facultades soberanas en el ámbito del Derecho de la competencia y garantizar así la continua aprobación y el fomento de la arbitrabilidad del Derecho de la competencia¹⁰⁹. Asimismo, recientemente se ha señalado que *Eco Swiss*, en sus propios términos, exige una revisión del fondo del laudo en cuestión y ordena la anulación o desestimación de aquel laudo cuyo contenido resulte incompatible con las correspondientes disposiciones del Derecho de la competencia europeo, al margen de la naturaleza o del grado de gravedad de la infracción¹¹⁰.

En la práctica, la diferencia entre los maximalistas y los minimalistas podría ser más imaginaria que real. Se ha argumentado que bien podría existir una “vía intermedia” que permita una combinación práctica de ambas escuelas, creando así un equilibrio viable entre el principio de finalidad de los laudos arbitrales, por un lado, y las exigencias de una revisión efectiva de los laudos en los que se analizan

arbitrale internationale, París, Dalloz, 2001; C. Seraglini, “L'intensité du contrôle du respect par l'arbitre de l'ordre public: Note – Cour d'appel de Paris (1^{ère} Ch. C.) 14 juin 2001”, *Rev. arb.*, 2001, pp. 781–804; P. Landolt, “Limits on Court Review of International Arbitration Awards Assessed in light of States' Interests and in particular in light of EU Law Requirements”, *loc. cit.*, pp. 63–92; W. Abdelgawad, *Arbitrage et Droit de la Concurrence: Contribution à l'Etude des Rapports entre Ordre Spontané et Ordre Organisé*, París, LGDJ, 2001. Más recientemente, *vid.* también B. Hanotiau y O. Capresse, “Introductory Report” en E Gaillard, *The Review of International Arbitral Awards*, 2010, pp. 1–95, en especial pp. 74 ss. Conviene advertir, no obstante, que la mayoría de estos autores ven factible un equilibrio entre las posiciones “minimalista” y “maximalista”.

¹⁰⁸ *V.gr.*, D. de Groot, “Observations”, *Stockholm Int'l Arb. Rev.*, 2, 2005, pp. 209–216, alegando a favor de una “revisión efectiva”.

¹⁰⁹ P. Landolt, “Limits on Court Review of International Arbitration Awards Assessed in light of States. Interests and in Particular in Light of EU Law Requirements”, *loc. cit.*, pp. 63–92.

¹¹⁰ G. Blanke, “The ‘Minimalist’ and ‘Maximalist’ Approach to Reviewing Competition Law Awards – A Never-Ending Saga”, *loc. cit.*, pp. 51–78, en pp. 61 ss.

cuestiones de Derecho de la competencia europeo, por otro¹¹¹. Adoptando dicha vía intermedia, el órgano jurisdiccional encargado de la supervisión limitaría su revisión fundamentalmente a un examen del razonamiento y de la parte dispositiva del laudo a la luz de los hechos presentados e interpretados por el tribunal en el texto del laudo, sin reabrir el procedimiento ni, de hecho, proceder a una nueva valoración de las pruebas¹¹².

Dicho lo anterior, en tanto en cuanto no exista un consenso entre los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados Miembros sobre la intensidad o grado de exigencia que ha de predicarse de cualquier ejercicio de revisión de un laudo arbitral a efectos de garantizar su conformidad con el Derecho de la competencia europeo, tanto las partes del arbitraje como los propios árbitros habrán de mostrarse cautelosos y considerar muy seriamente cualquier cuestión de esta índole que pudiera surgir en el marco de su controversia, al objeto de evitar la anulación del laudo resultante en la fase de ejecución.

Con independencia de los distintos enfoques adoptados por los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros a la hora de considerar la revisión de un laudo que incorpore la consideración de las normas europeas en materia de competencia, el hecho de que el órgano jurisdiccional de un determinado Estado Miembro pudiera incumplir las obligaciones que derivan de dichas normas al ejecutar un laudo contrario a ellas podría dar lugar a la responsabilidad del Estado de ejecución en virtud de la jurisprudencia sobre responsabilidad estatal desarrollada, entre otros, en los asuntos *Francovich*¹¹³ y *Köbler*^{114 115}.

VI. Conclusiones

El arbitraje se ha convertido en las últimas décadas en un importante instrumento de aplicación de las normas de competencia de la

¹¹¹ G. Blanke, *loc. cit.*, pp. 3–92, pp. 78–85; también T. Eilmansberger, “Die Bedeutung der Art. 81 und 82 EG für Schiedsverfahren”, *SchiedsVZ*, 4, 2006.

¹¹² A modo de ejemplo de esta posición, *vid. La SNF SAS c/ La Cytec Industries*, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas de 8 de marzo de 2007, R.G. 2005/7721/A No 53 71^{ème} Chambre.

¹¹³ STJCE 19 de noviembre de 1991, asuntos C–6 y C–9/90: *Francovich v Italy*, Rec. 1991, p. I–5357.

¹¹⁴ STJCE 30 de septiembre de 2003, as. C–224/01: *Gerhard Köbler v Republik Österreich*, Rec. 2003, p. I–10239.

¹¹⁵ G. Blanke, *loc. cit.*, pp. 3–92, p. 91; y M. Barbier de La Serre y C. Nourissat, “Contrôle des sentences arbitrales à l’aune du droit de la concurrence: à la recherche du bon équilibre ...”, *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 2, 2005, pp. 68–73.

UE, especialmente desde la entrada en vigor del Reglamento 1/2003. Es de esperar que a nivel internacional los árbitros y tribunales arbitrales se familiaricen cada vez más con las normas europeas de competencia y que el Derecho de la competencia europeo se aproveche de las ventajas que ofrece el arbitraje como método de resolución de controversias (confidencialidad para las partes, flexibilidad y rapidez, fundamentalmente).

Aun cuando las especiales exigencias procedimentales de los arbitrajes en los que se suscita una cuestión relativa al Derecho de la competencia europeo no han sido todavía enteramente definidas y parecerían cambiar continuamente a esta fecha, no puede dudarse de que, consideradas en su conjunto, tales exigencias llevarán al desarrollo de un modelo de arbitraje marcadamente supranacional que cumplirá las exigencias del orden constitucional de la UE y favorecerá el establecimiento del mercado interior. Es de esperar que, en el futuro, el mayor conocimiento por parte de los grupos empresariales internacionales tanto de las ventajas del arbitraje ordinario en materia de Derecho de la competencia europeo como de la utilidad del arbitraje como instrumento de supervisión de las decisiones de la Comisión Europea y de los ANC de los Estados Miembros (por ejemplo, de las decisiones de infracción del art. 7 del Reglamento 1/2003, de las decisiones sobre compromisos del art. 9 del mismo Reglamento, y de las decisiones de autorización condicional de operaciones de concentración en virtud del Reglamento 139/2004) fomentará aún más el uso del arbitraje en este ámbito.

Igualmente, desde el punto de vista institucional es notorio que los árbitros conocen cada vez mejor el Derecho de la competencia europeo y que el arbitraje se ha convertido en un mecanismo fundamental para garantizar la eficacia de sus normas.

RESUMEN: *El arbitraje en el ámbito del Derecho de la competencia europeo*

Este artículo recoge una visión general del papel que juega el arbitraje y de su creciente utilización como alternativa de resolución de conflictos en la aplicación privada del Derecho de la competencia europeo, especialmente tras la adopción del Reglamento 1/2003. Si bien los arbitrajes ordinarios sobre Derecho de la competencia se centran en los arts. 101 y 102 TFUE, el deficiente desarrollo de los “remedios” o compromisos de comportamiento previstos en la normativa comunitaria sobre competencia y control de las concentraciones también fomenta de forma importante el empleo del mecanismo arbitral, sin dejar de lado otras materias como las ayudas estatales y las empresas públicas en las que el arbitraje también puede ser relevante. Así, se hará primero un recorrido por las diferentes áreas en

las que el arbitraje puede ser útil y luego se hará mención a algunas cuestiones prácticas a tener en cuenta en el arbitraje del Derecho europeo de la competencia.

PALABRAS CLAVE: DERECHO DE LA COMPETENCIA – ARBITRAJE – REGLAMENTO 1/2003 – ARTS. 101 Y 102 TFEU.

ABSTRACT: Arbitration in the field of law European competition

This article endeavours to provide an overview of the increasing role of arbitration as an alternative means of dispute resolution in the private enforcement of EU competition law, particularly as a result of Regulation 1/2003. Apart from “ordinary competition arbitrations” related to Articles 101 and 102 TFEU, the deficient implementation of behavioural commitments in EU competition law and EU merger control has greatly promoted the role of arbitration, which is also relevant for the implementation of the rules on State aid and public undertakings. This said, the article will focus primarily on the different areas where arbitration has come to play a role as well as discussing the main practical procedural aspects of EU competition arbitration.

KEY WORDS: COMPETITION LAW – ARBITRATION – REGULATION 1/2003 – ARTICLES 101 AND 102 TFEU.