

¿QUÉ TAN LEJOS ESTAMOS DE ESTAR CERCA?: ALCANCES DE LA ARBITRABILIDAD DE LA LIBRE COMPETENCIA Y APROXIMACIONES EN EL PERÚ

HOW FAR ARE WE FROM BEING CLOSE?: SCOPES OF THE ARBITRABILITY OF ANTITRUST LAW AND APPROXIMATIONS IN PERU

Antonio Robles Vargas*
Universidad del Pacífico

Cesar Gutiérrez Tercero**
Universidad del Pacífico

Jacqueline St. Laurent del Castillo***
Universidad del Pacífico

In recent years, arbitration has been an alternative route to judicial proceedings, especially in commercial disputes. This, as a result of its lottery, for its flexibility, speed, confidentiality, among other aspects. Nonetheless, part of the doctrine considers that this route is not suitable for private disputes relating to matters of antitrust law.

In this article, the authors assess the scope of arbitrability, in private matters, on antitrust law in Peru. Thus, they examine whether the courts may interpret compliance with antitrust laws and subsequently issue a ruling on civil liability resulting from this analysis. In this regard, they analyze the most important concepts on the arbitrability of antitrust law, identify the most relevant issues related to the arbitration of antitrust law and, finally, review some Peruvian cases to identify the barriers that make it impossible to arbitral practice on antitrust law in Peruvian law.

KEYWORDS: *Arbitrability; Free Competition; antitrust law; public order; arbitral award; trade conflict.*

En los últimos años, el arbitraje ha sido considerado como una vía alternativa a los procesos judiciales, sobre todo en conflictos comerciales; esto, por su flexibilidad, rapidez, confidencialidad, entre otros aspectos. Pese a ello, una parte de la doctrina considera que esta vía no es adecuada para someter controversias privadas relacionadas a materias de libre competencia.

En el presente artículo, los autores evalúan el alcance de la arbitrabilidad, en materia privada, sobre la Libre Competencia en el Perú. Así, examinan si los tribunales, efectivamente, pueden interpretar o no el cumplimiento de las leyes de libre competencia para, posteriormente, emitir un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil resultado de este análisis. En esa línea, analizan los conceptos más importantes sobre la arbitrabilidad de la Libre Competencia, identifican las cuestiones más relevantes relacionadas al arbitraje de la Libre Competencia y, por último, revisan algunos casos peruanos para identificar cuáles son las barreras que imposibilitan su práctica arbitral en el ordenamiento peruano.

PALABRAS CLAVE: *Arbitrabilidad; Libre Competencia; orden público; laudo arbitral; conflicto comercial.*

* Alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico (Lima, Perú). Asociado de la Revista Forseti (DEREUP Editores). Contacto: as.roblesv@alum.up.edu.pe.

** Alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico (Lima, Perú). Asociado de la Revista Forseti (DEREUP Editores). Colaborador de la Clínica Jurídica de Libertades Informativas de la Universidad del Pacífico. Contacto: ca.gutierrez@alum.up.edu.pe.

*** Alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico (Lima, Perú). Asociada de la Revista Forseti (DEREUP Editores). Colaboradora de la Clínica Jurídica de Libertades Informativas de la Universidad del Pacífico. Contacto: jr.stlaurentd@alum.up.edu.pe.

Los autores agradecen a Nicolás Ayala Badillo por su gentil ayuda con la sistematización de la bibliografía.

Nota del Editor: El presente texto fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THEMIS-Revista de Derecho el 2 de junio de 2020, y aceptado por el mismo el 7 de octubre de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

Obtener justicia trasciende a la obtención de un resultado favorable. Implica también llegar en un momento oportuno tras la realización de un análisis riguroso. En ese sentido, el arbitraje, en los últimos años, ha sido considerado como una vía alternativa a los procesos judiciales por su flexibilidad, rapidez, confidencialidad, entre otros aspectos. Sin embargo, a pesar de que el mismo sea considerado por muchos como la vía ideal para procesos que versan en su mayoría sobre conflictos comerciales, otros consideran que no es la vía indicada para someter controversias privadas relacionadas a materias de libre competencia.

En realidad, esta última perspectiva subestima el papel práctico que desempeña la libre competencia en los negocios. No es posible afirmar que las empresas realicen sus negocios sin competir entre ellas, por ello, el incurrir en una práctica anticompetitiva sin lugar a duda tendrá un enorme impacto sobre el negocio, su planificación futura e incluso sus ingresos. De esa manera, el derecho de la competencia cumple un rol trascendental en la toma de decisiones empresariales, por lo que resulta lógico el poder acudir a la vía arbitral como mecanismo para resolver aquellas controversias que tengan relevancia empresarial o contractual (Najar, 2011, p. 119).

Dicho lo anterior, el presente artículo busca determinar el alcance de la arbitrabilidad sobre la libre competencia en el Perú en materia privada, y con ese fin, evaluar si los tribunales arbitrales efectivamente pueden interpretar o no el cumplimiento de las leyes de libre competencia y, posteriormente, emitir un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil resultado de este análisis.

En primer lugar, analizaremos los conceptos más importantes sobre la arbitrabilidad de la libre competencia. Así, partiremos sobre el concepto de arbitrabilidad, orden público y atribución imperativa de jurisdicción, y con ello, respondemos a si el arbitraje sobre libre competencia es posible bajo la teoría de estos tres conceptos. Consecuentemente, identificaremos las cuestiones más relevantes relacionadas al arbitraje de la libre competencia, tales como el acuerdo arbitral, la aplicación privada de la libre competencia y las materias que suelen concurrir en estos arbitrajes. Por último, aterrizaremos todo lo mencionado al caso peruano para identificar cuáles son las barreras que imposibilitan la práctica arbitral sobre su práctica arbitral en el ordenamiento peruano.

II. LA ARBITRABILIDAD DE LA LIBRE COMPETENCIA

La noción de arbitrabilidad responde la pregunta: ¿qué es arbitrable? En ese sentido, dicho término será aplicable a las materias (arbitrabilidad objetiva) y a las personas (arbitrabilidad subjetiva). La primera de ellas responde a la pregunta sobre qué materias pueden someterse a arbitraje, mientras que la segunda abarca el campo de personas que están habilitadas a acudir al arbitraje. Si bien ambas presentan aspectos comunes, sus aproximaciones parten de perspectivas distintas. Así, para efectos del presente artículo, se debe abordar el primer concepto.

A. Arbitrabilidad objetiva

La denominada **arbitrabilidad objetiva** es un tema de continua y permanente discusión en la legislación internacional en tanto es un concepto clave para definir qué materias son susceptibles de ser arbitradas. La pregunta **qué debe someterse a arbitraje** no es de fácil respuesta en los diversos ordenamientos jurídicos, toda vez que cada país puede determinar qué materias entran en la categoría de lo arbitrable o lo inarbitrable, en función, entre otros factores, de sus procesos históricos, políticos y legislativos.

Esta falta de consenso se aprecia principalmente en los sistemas jurídicos europeo-continental de raíz latina o germánica y el sistema del *common law* (Vásquez Palma, 2006, p. 186). En el primero, el legislador es el que determina las categorías de litigios que escapan al arbitraje, recurriendo a ciertas fórmulas generales, esto es, materias que interesan al orden público, que no pueden ser objeto de transacción o en el que las partes no pueden disponer libremente de sus derechos. Por otra parte, en los países del *common law* no existen tales limitaciones, razón por la cual es la jurisprudencia la que, caso por caso, perfila las categorías jurídicas del arreglo arbitral (Calvo Caravaca & Fernández de la Gándara, 1989, p. 31). En ese sentido, será cada ordenamiento jurídico el que determinará si una materia es arbitrable.

Por ello, para Caivano, la arbitrabilidad objetiva implica, en otras palabras, “aquellas materias no sujetas a jurisdicción exclusiva de los tribunales judiciales” (2013, p. 65). De esta manera, el concepto “permite ubicar la frontera que divide la autonomía de la voluntad de las partes para pactar el sometimiento de sus controversias a arbitraje y la imperativa e irrenunciable jurisdicción del Estado” (2013, p. 65). Es así como, la arbitrabilidad no solo funcionará como un requisito de validez y eficacia para el convenio arbitral, sino también como un límite a la autonomía de las partes y un reconocimiento al poder de los árbitros.

En ese sentido, una primera consideración será que no existe legislación en la cual sea arbitrable toda controversia que se presente ante un tribunal arbitral. Asimismo, una segunda será que “la cuestión de arbitrabilidad es esencialmente una cuestión de derecho doméstico” (Igartua Arregui, 2011, p. 264). Por ello, las legislaciones suelen definir un criterio general para establecer qué materias serán arbitrables.

Como bien señala Vásquez Palma, el derecho español, por ejemplo, usa como criterio la **libre disposición conforme a derecho**, criterio compartido por muchos otros ordenamientos que se identifican con nociones afines tales como **derechos susceptibles de transacción**¹, materias patrimoniales y, materias ajenas al orden público. Por otro lado, el derecho suizo y alemán se refieren a las **causas de naturaleza patrimonial**², y a las **pretensiones que tienen un valor económico para las partes**³, respectivamente. Por último, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, Ley Modelo), asimismo, plantea la **mercantilidad** como criterio a seguir en torno a la arbitrabilidad⁴ (2006, p. 186).

B. La arbitrabilidad en Perú

La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York 1958 (en adelante, CNY) establece que se puede denegar el reconocimiento de un laudo por dos motivos: (i) cuando la autoridad judicial del país donde se pide el reconocimiento compruebe que el objeto de la diferencia no es susceptible de ser arbitrada de acuerdo a la ley de ese país o (ii) cuando el objeto de la diferencia contravenga el orden público de ese ordenamiento⁵. Al igual que la CNY, la Ley Modelo, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, dispone

los mismos motivos para denegar el reconocimiento de un laudo⁶.

De esa manera, en el Perú, siguiendo la línea de lo dispuesto en la CNY y la Ley Modelo, se estipula en el artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje Peruana (en adelante, LA) el marco normativo de materias que pueden ser susceptibles de ser arbitradas:

Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la Ley o los tratados o los acuerdos internacionales autoricen [...] (2008).

Como se observa, al igual que su predecesora (la Ley General de Arbitraje de 1996) la LA emplea como criterio principal la disponibilidad de derechos de libre disposición. En esa línea, Lorca Navarrete y Silguero Stagnan señalan que este criterio implica que

[l]os términos poder de disposición - libre disposición son [...] **aquellas sobre las que las partes están facultadas para ejercer su autonomía de voluntad con la válida creación, extinción, modificación o configuración de relaciones jurídicas**, esto es, la potestad normativa creadora que, a través del negocio jurídico, expresión de ese poder o libertad y fuente de disposiciones, reglamentaciones o normas privadas, el ordenamiento reconoce y ampara [...], **en tanto no recaiga en materia sustraída a la autorregulación de los particulares, ya de todos, indisponibilidad absoluta** [...] (1994, p. 38) [el énfasis es nuestro].

Asimismo, debe advertirse que la LA contiene una regulación *pro arbitratione* al ampliar el ámbito de materias arbitrables y evitar la enumeración de una lista taxativa de materias no susceptibles de ser arbitradas, esto en vista de que

¹ Artículo 1 de la Ley Sueca de 1999; artículo 1.676 del Código Judicial Belga y artículo 806 del CPC italiano.

² Artículo 177 de la Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado de 1987.

³ Artículo 1.030 de la Ley Alemana de arbitraje de 1997.

⁴ Artículo 1 de la Ley Modelo de Uncitral.

⁵ Artículo V.-

[...]

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: a) Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución vía arbitraje; o b) Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia sea contrario al orden público de ese país (1958).

⁶ Artículo 36.- Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

1.- Solo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado: [...]

b. cuando el tribunal compruebe: (i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; (ii) que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado (1958).

[...] si bien la norma fija como marco general la libre disposición, también establece la apertura al arbitraje de aquellas materias que la ley o los tratados autoricen. Lo que lleva a deducir que pueden arbitrarse materias que no son de libre disponibilidad, pero que, por ley o tratado, se faculte su conocimiento y resolución en sede arbitral (Cantuarias Salaverry, Soto Coaguilla & Bullard González, 2011, p.9).

C. Cuestiones sobre la arbitrabilidad de la libre competencia: orden público y atribución imperativa de jurisdicción

Bajo la denominada

perspectiva tradicional (hoy superada) se afirmaba que las materias reguladas por normas de orden público no eran susceptibles de arbitraje, en otros términos, que la aplicación de estas disposiciones estaba reservada a las entidades administrativas y a los jueces como órganos permanentes del aparato administrativo del Estado (Ortiz Baquero, 2010, p. 4).

Por tanto, dada la naturaleza de orden público que se reconocía a las normas de libre competencia, se concluía que su aplicación no podía ser susceptible de ser arbitrada. Es decir, existía una marcada desconfianza respecto al uso del arbitraje en el contexto del derecho de la competencia.

Actualmente, nadie niega que las normas de competencia son normas de orden público. Su naturaleza efectivamente afecta a una serie indefinida de consumidores y competidores, y no solo a un competidor o consumidor particular. Sin embargo, a pesar de que la arbitrabilidad de la libre competencia parezca ser una práctica adoptada por la comunidad internacional y se encuentre materializada en distintas legislaciones, en muchas otras aún no se ha definido el destino de los conflictos respecto de la validez o titularidad de estos derechos.

¿Por qué no existe claridad respecto a la arbitrabilidad de esta materia? La respuesta a esta interrogante la ha resuelto el arbitraje internacional al identificar los elementos básicos bajo los cuales algunas de las legislaciones reconocen la posibilidad de que los árbitros apliquen normas de libre competencia. Estos criterios se dividen en los siguientes: (i) patrimonialidad; (ii) materia disponible; (iii) la no atribución imperativa (también denominada atribución imperativa de jurisdicción); y, (iv) la no contrariedad con el orden público.

Respecto del primer elemento, consideramos que no existe mayor debate, puesto que los intereses patrimoniales de los partícipes del mercado son arbitrables. En ese sentido, a continuación, discutiremos los tres últimos elementos.

Como se mencionó, el segundo criterio identifica la arbitrabilidad con la disponibilidad de los derechos toda vez que “esta acepción de arbitrabilidad responde al principio general de que solo las controversias que pueden ser objeto de compromiso por las partes pueden ser sometidas a arbitraje” (Gonzalo Quiroga, 2001, p. 196). En efecto, numerosas legislaciones han seguido este criterio para concretar la materia objeto de arbitraje en sus respectivos sistemas internos⁷. No obstante, consideramos que la disponibilidad debe encontrar como límite, también, al criterio de patrimonialidad y al criterio de orden público, además de la necesidad de identificar si existe o no una atribución imperativa de jurisdicción. Por ello, corresponde analizar estos dos últimos criterios, los cuales han sido más debatidos doctrinaria y jurisprudencialmente.

Evidentemente, el marco regulador que rodea a muchas legislaciones ha optado por calificar a las normas de competencia como normas de orden público (entendido como normas imperativas inarbitrables), pero, además, han atribuido su protección especial y, por tanto, su exclusividad, al manejo de agencias de regulación y control (llámese Indecopi en Perú, SIC en Colombia o CNMC en España). De esta forma, y bajo esta calificación, parecería que un tribunal arbitral no podría observar conflictos vinculados a la libre competencia, cuando ello no necesariamente es cierto.

A fin de entender lo expuesto, es necesario desarrollar algunos puntos históricos referentes al derecho continental y al *common law*. Así, en el *common law* el derecho *antitrust* se originó en primera instancia como un *private enforcement*, a diferencia de los países de derecho continental que se caracterizaron por siempre atribuir el manejo del derecho de competencia a las agencias de regulación y control, siendo esta parte del derecho administrativo sancionador del Estado.

¿Qué genera este último aspecto? Genera una diferencia entre ambas corrientes en relación con el concepto de competencia en el sentido de potestad estatal. Es decir, a diferencia del *common law*, en el derecho continental y las legislaciones que de él provienen, los Estados optaron por atribuir

⁷ Entre las cuales se encuentran, a parte de las citadas con anterioridad, el artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje Peruana, los artículos 2059 y 2060 del Código Civil Francés, el artículo 1 de la Ley de Arbitraje Brasileña, el artículo 1 de la Ley de Arbitraje Colombiana, entre otras.

la competencia de ciertas materias (entre ellas las normas de competencia) a autoridades de competencia a través de potestades exclusivas, y como consecuencia de ello excluyó de su ejercicio a mecanismos como el arbitraje.

Una vez aclarados los puntos anteriores, consideramos que los principales motivos que evitan que ciertas legislaciones adopten la libre competencia como materia arbitrable son los siguientes: (i) la confusión que existe alrededor del concepto de orden público; y, (ii) la atribución imperativa de jurisdicción en el sentido de potestad exclusiva. A continuación, analizaremos el primer punto, para luego en el capítulo 4, resolver el segundo punto en cuestión.

Ahora bien, no negamos que el concepto de orden público sea de naturaleza amplia y subjetiva; sin embargo, eso no significa que se le deba dar un carácter de **intocable** como lo hacen muchas legislaciones que aún siguen la **perspectiva tradicional**. Por ello, a efectos de este artículo, es necesario entender qué es el orden público y su injerencia en la determinación de la arbitrabilidad de las disputas.

D. Arbitrabilidad sobre normas de orden público

Como ya se mencionó, el orden público es un concepto amplio y ambiguo que puede prestarse a múltiples interpretaciones. Por ello, en el presente acápite, se intentará responder a las siguientes disyuntivas: (i) qué es el orden público; y, (ii) cuál es su injerencia en la determinación de la arbitrabilidad de las disputas.

Bockstiegel, en un intento por responder lo antes planteado, acertadamente sostiene que este “es un sistema legal no codificado que refleja convicciones y valores intrínsecos de una comunidad” (1987, p. 178). *Grosso modo*, es lo que la comunidad siente como la correcta aplicación de la ley. Además, agrega “que el orden público es relativo, ya que los valores o estándares de una sociedad suelen cambiar y desarrollarse y, por lo tanto, la noción de orden público suele modificarse” (1987, p. 178). En ese sentido, lo que se considera parte del orden público de un Estado, puede no ser igual a otro con una diferente economía, política, religión y sistema legal.

Ello es confirmado por Bullard González, quien afirma que “el orden público está compuesto por un conjunto de reglas [intrínsecas] que las partes, al momento de contratar, no pueden contravenir” (2013, p. 196). Por lo tanto, el concepto de orden público variará dependiendo de cada Estado y será utilizado para designar normas imperativas inderogables por las partes al someterse a un arbitraje. De esta forma, dichas convicciones y valo-

res se preservarán “limitando la autonomía de la voluntad” (Caivano, 2013, p. 67).

Por lo anteriormente expuesto, no podemos considerar que un tribunal arbitral que se pronuncie sobre normas de libre competencia atente contra el orden público en sí. Esto, toda vez que arbitrar sobre ello no afectaría, necesariamente, “las nociones más básicas de moralidad y justicia de una nación” (Bullard González, 2013, p. 197). Al contrario, esto no sucederá, por ejemplo, en el caso de un arbitraje en el que se discute la propiedad de un esclavo o la paternidad de un niño, ya que en este sí se tocan las fibras de moralidad y justicia más básicas de una sociedad. En esos casos, la nulidad o la no ejecución parecen atendibles (2013, p. 199).

En esa misma línea, podemos afirmar que la imperatividad de la norma no implica que la aplicación de esta sea un atentado contra el orden público necesariamente. Sino que, para que se configure ello, debería atentarse contra un sentido moral más arraigado a la sociedad. Así, que algo sea de orden público, si bien puede implicar que algo sea irrenunciable e indisponible por las partes, y que deberá ser observada por quien la aplique, ello de ninguna manera debe significar su no arbitrabilidad automática. En ese sentido, podemos concluir que “los árbitros sí pueden decidir, dependiendo del caso, sobre un asunto de orden público, pero al hacerlo no pueden ir contra el orden público” (Bullard González, 2013, p. 190). Por ello, el análisis de materia de orden público por parte de un árbitro no atenta contra este, sino que solo lo violará el laudo que disponga algo contrario a la ley que aplica.

Ahora bien, incluso si al lector le resulta preocupante los posibles efectos de la arbitrabilidad de normas de orden público, un aspecto a tomar en cuenta sobre la libre competencia es lo dispuesto por la sentencia de *Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Plymouth* (1985).

En efecto, la Corte indicó que los árbitros podían aplicar una norma de orden público, quedando a salvo la fase de control jurisdiccional del laudo arbitral, que garantizaba la revisión de la aplicación efectiva y correcta de la norma *antitrust*. Y es que las cortes nacionales de Estados Unidos pueden tener una segunda mirada (*second look*) a estos laudos para asegurar que el legítimo interés público ha sido adoptado y protegido por el Tribunal Arbitral (Mereminskaya, 2007, p. 125).

E. Evolución de la arbitrabilidad de la libre competencia

Como se ha mencionado líneas arriba, la arbitrabilidad de la libre competencia es una doctrina

adoptada por la comunidad internacional. Es decir, existe una tendencia mundial *pro arbitratione* a favor de esta materia. Por esta razón, consideramos pertinente referirnos en este acápite a la evolución de la arbitrabilidad de la libre competencia a partir de la jurisprudencia y legislación del derecho continental (analizando la evolución de la arbitrabilidad de normas de competencia en países como Francia y Suiza) y del *common law*.

1. Derecho Continental

i. Francia

La legislación arbitral está progresivamente caracterizada por un movimiento generalizado *favorem arbitrii* (Racine, 1999, p. 36). Dicho de otro modo, cada vez se utiliza más a la institución arbitral como medio para resolver disputas que versan sobre diferentes tópicos, entre ellos, aquellos que versan sobre libre competencia.

Pese a lo anterior, durante cierto tiempo, la jurisprudencia francesa adoptó una posición limitada. Así, si bien los tribunales arbitrales podían abordar disputas que involucraban *antitrust rules*, estos no tenían el poder de aplicar tales reglas para anular un contrato, toda vez que la disposición contenida en el artículo 2060 del Código Civil francés⁸ las consideraba cuestiones de *public policy*.

Esta supuesta limitación condujo al resultado absurdo de evitar la aplicación de las *antitrust rules*. No obstante, no fue sino hasta la década de los 90 cuando el Tribunal de Apelación de París en el caso *Almira Films c. Pierrel y Ganz* (1991) dispuso lo siguiente:

[...] an arbitrator [...] is entitled to apply principles and rules of [international] public policy and to grant redress in the event that those principles and rules have been disregarded,

subject to review by the courts hearing an application to set aside the award [...] as a result, except in cases where the non-arbitrability is a consequence of the subject-matter of the dispute in that it is subject to a rule of international public policy which absolutely excludes the jurisdiction of the arbitrators – an international arbitrator, whose functions include ensuring that international public policy is complied with, is entitled to sanction conduct which is contrary to the good faith required in relationships between partners in international trade⁹.

Esta línea jurisprudencial, posteriormente, fue confirmada en el caso *Société Labinal c. Sociétés Mors et Westland* (1993). Dicho caso, tuvo como hecho la constitución de una empresa conjunta entre las empresas Mors y Westland a fin de competir de manera más eficiente con la empresa Labinal. Así, la relación contractual estuvo sometida a la Ley suiza e incluyó un acuerdo de arbitraje ante la CCI. El conflicto se originó cuando la empresa Mors acusó a Westland de tratar de llegar a acuerdos separados con Labinal pese a su acuerdo original.

De esta manera, la empresa Mors decidió demandar a ambas compañías ante el Tribunal de Comercio de París. Al respecto, el Tribunal de Comercio si bien consideró, en primera instancia, que el contrato era nulo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85¹⁰ del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), es decir, la materia no era arbitrable en tanto el artículo que resolvía el conflicto era una norma de competencia; la Cour d'appel de París revocó esta decisión y concluyó:

[I]f the character of law of economic policy of the EC competition law prohibits arbitrators from pronouncing injunctions or levying fines, **they may nonetheless draw the civil conse-**

⁸ Dicho artículo menciona lo siguiente:

On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.

Cuya traducción sería la siguiente:

No se puede transigir en cuestiones relativas a la condición y la capacidad de las personas, en las relacionadas con el divorcio y la separación judicial o en las controversias que afectan a las autoridades y las instituciones públicas y, más en general, en todos los asuntos relacionados con el orden público.

⁹ Traducción libre:

[...] un árbitro [...] tiene derecho a aplicar los principios y normas del orden público [internacional] y a conceder una reparación en caso de que esos principios y normas hayan sido ignorados, esto, con sujeción a la revisión por los tribunales que conocen de una solicitud de anulación del laudo [...] como resultado, salvo en los casos en que la no arbitrabilidad sea consecuencia del objeto de la controversia en el sentido de que está sujeta a una norma de política pública internacional que excluye absolutamente la jurisdicción de los árbitros – un árbitro internacional, cuyas funciones incluyen garantizar que se cumple la política pública internacional, tiene derecho a una sanción que es de buena fe requerida en las relaciones socios entre el comercio internacional.

¹⁰ Actualmente, artículo 101 del TFUE.

quences of behaviours judged to be illicit with respect to public policy rules (1993)¹¹ [el énfasis es nuestro].

Es importante señalar en este punto que, según doctrina autorizada, la evolución manifestada en el caso Labinal se habría inspirado en la sentencia de *Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* No cabe duda alguna que su rol como precursor en el establecimiento de la regla de arbitrabilidad fue vital, no solo en Estados Unidos, sino también a nivel europeo. Y es que como señaló el Tribunal de Apelación:

Everything is arbitrable. The arbitrator can assess the dispute and apply rules of international public policy under the control of its natural judge, the judge having jurisdiction to vacate the award. It is very likely that the Court of Paris inspired itself of the case law of the US Supreme Court in Mitsubishi by deciding to make a principle out of the rule of arbitrability, and to limit non-arbitrability to those rules which interest too strongly the fundamental interests of the collectivity¹² (Mourre, 2011, p. 38) [el énfasis es nuestro].

Desde entonces, el principio de arbitrabilidad sobre normas de competencia nunca más ha sido cuestionado entre los tribunales franceses.

ii. Suiza

Suiza fue una de las primeras legislaciones que permitió arbitrar sobre normas de libre competencia. En 1975, una sentencia del Tribunal Cantonal Vaudois sostuvo que una disputa sobre la validez de un contrato bajo el Artículo 85 del TFUE era susceptible de ser arbitrada. El Tribunal basó su decisión al distinguir entre la naturaleza del arbitraje (una disputa sobre un derecho que las partes pueden disponer libremente), y las reglas legales que

son aplicables a la solución de la disputa. Si bien esta decisión fue impugnada, el Tribunal Federal Suizo sostuvo que

Neither Art. 85 of the Treaty nor its Regulation of implementation 17 prohibit the national judge or the arbitrator before which a dispute relating to the parties' accounts in respect to the performance of a contract is brought, from examining the validity of [said contract]. From that perspective, the risk of conflicting decisions is not determinative, nor is the risk that the award will not receive exequatur. **The assessment by arbitrators of the validity of contracts under the profile of Community law is necessary to avoid decisions contrary to said law**¹³ (Mourre, 2011, p. 40) [el énfasis es nuestro].

Este tipo de reconocimientos se tradujo en el artículo 18 de la Ley Federal suiza sobre cárteles de 1985 (se mantiene en la ley de 1995) toda vez que establece de manera expresa la arbitrabilidad de las materias de derecho de la competencia para la nulidad de acuerdos **cárteles** internacionales¹⁴.

iii. Admisión general de la arbitrabilidad en el derecho continental

Hasta este punto de análisis hemos demostrado la evolución histórica *pro arbitratorie* de las normas de competencia en la Unión Europea. No obstante, es pertinente referirnos en concreto a un precedente jurisprudencial y a legislación relevante que rozan el tema en análisis.

a) Sentencia del Asunto C-126/97: *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV.*

A diferencia del *common law*, si bien la arbitrabilidad de controversias que involucran materias de competencia no había sido admitida explíci-

¹¹ Traducción libre:

A pesar de que el carácter de la ley de política económica de la legislación comunitaria en materia de competencia prohíbe a los árbitros pronunciar mandamientos judiciales o cobrar multas, estos, pueden extraer las consecuencias civiles de comportamientos considerados ilícitos con respecto a las normas de política pública.

¹² Traducción libre:

Todo es arbitrable. El árbitro puede evaluar la disputa y aplicar las reglas de la política pública internacional bajo el control de su juez natural, el juez que tiene jurisdicción para anular el laudo. Es muy probable que el Tribunal de París se haya inspirado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre el caso Mitsubishi al decidir establecer un principio de la regla de la arbitrabilidad, y limitar la no arbitrabilidad a aquellas normas que interesen demasiado fuertemente los intereses fundamentales de la colectividad.

¹³ Traducción libre:

Ni el art. 85 del Tratado ni su Reglamento de aplicación 17 prohíben al juez nacional o al árbitro, ante el que se presenta una controversia relativa a las cuentas de las partes con respecto a la ejecución de un contrato, examinar la validez de [dicho contrato]. Desde esta perspectiva, el riesgo de decisiones contradictorias no es determinante, ni el riesgo de que el laudo no reciba exequatur. **Así, La apreciación por parte de los árbitros de la validez de los contratos bajo el perfil del Derecho comunitario es necesaria para evitar decisiones contrarias a dicha ley.**

¹⁴ Al respecto, veáse a Baron, P., & Liniger, S. (2003).

tamente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), esta se ha inferido del fallo del TJUE en el asunto *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV* en 1999 (en adelante, *Eco Swiss*).

El caso *Eco Swiss* tiene como hechos la celebración de un contrato de licencia por ocho años entre Benetton, *Eco Swiss* y *Bulova Inc.*, mediante el cual Benetton concedía a *Eco Swiss* el derecho a fabricar relojes y relojes de pulsera con la mención **Benetton by Bulova**, que, a continuación, podían vender *Eco Swiss* y *Bulova Inc.* El contrato de licencia estipulaba, en el artículo 26.A, que todo litigio o diferencia entre las partes se dirimiría mediante arbitraje de acuerdo con las normas del Instituto neerlandés de Arbitraje y que los árbitros designados aplicarán el derecho neerlandés.

Por medio de una carta, Benetton terminó resolviendo el contrato tres años antes de que concluyera la vigencia inicialmente acordada, por lo que las empresas contrapartes iniciaron un procedimiento arbitral respecto a esta resolución.

El laudo arbitral resolvió, en particular, condenar a Benetton a indemnizar a *Eco Swiss* y a *Bulova Inc.* por los perjuicios que éstas habían sufrido a consecuencia de la resolución del contrato. No obstante, Benetton solicitó al *Rechtbank* (Tribunal de Justicia) la anulación de los laudos alegando, en particular, porque estos eran contrarios al orden público basándose en el artículo 85 del TFUE (actualmente, artículo 101 del TFUE), pese a que, en el marco del procedimiento arbitral, ni las partes ni los árbitros se habían referido a la posibilidad de que el contrato de licencia fuera contrario a esta disposición.

Al respecto, el Tribunal reconoció que si bien la normativa de libre competencia (específicamente al artículo 101 del TFUE) tenía el carácter de normas de orden público según la definición del artículo V inciso 2.b) de la CNY, la aplicación de estas no transformaban una materia en inarbitrable. Asimismo, determinó que los tribunales arbitrales (en la medida que estaban constituidos a la luz de las reglas de los Estados Miembro de la UE) contaban con el deber de aplicar las normas de libre com-

petencia, arriesgando la declaración de nulidad del laudo en caso de no hacerlo.

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 artículo 81 del Tratado, si conforme a las normas procesales internas debe estimar un recurso de anulación basado en el incumplimiento de normas nacionales de orden público.

b) Reglamento 1/ 2003 de la Unión Europea

La legislación continental moderna no contradice en lo absoluto la admisión general de la arbitrabilidad de normas de competencia. Y es que si bien el Reglamento 1/2003 de la Unión Europea no hace ninguna referencia expresa al arbitraje, “amplía la competencia de los tribunales nacionales al otorgarles la facultad de conceder exenciones individuales” (Mourre, 2011, p. 19) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101.3 del TFUE¹⁵ (uso de normas de competencia)¹⁶.

En ese sentido, es importante señalar que el artículo 101.1 del TFUE prohíbe los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y 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 común; el apartado 2 del citado artículo sanciona con nulidad de pleno derecho la infracción de la prohibición y el apartado 3 admite la derogación de la prohibición del apartado 1, siempre que se cumplan todos los requisitos, positivos y negativos, que el mismo recoge. En ese sentido, hoy en día, la facultad de usar estas exenciones ya no es una prerrogativa exclusiva de la Comisión; por el contrario, puede y debe ser usada por cualquier tribunal arbitral de un Estado miembro de la Unión Europea.

c) Directiva 2014/104/UE

En línea con lo expuesto anteriormente, la Directiva 2014/104/UE tiene una significativa importancia, pues se caracteriza por fundamentar el uso de

¹⁵ Artículo 101.- [...]

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: (i) cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, (ii) cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, (iii) 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.

¹⁶ Anteriormente, estas exenciones individuales eran una prerrogativa exclusiva de la Comisión.

mecanismos alternativos de solución de conflictos, al indicar que

[...] se debe animar a los infractores y las partes perjudicadas a que se pongan de acuerdo sobre una indemnización por el perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia **a través de mecanismos de solución extrajudicial de controversias, tales como [...] el arbitraje, la mediación o la conciliación** (pár. 48) [el énfasis es nuestro].

A pesar de que su limitado desarrollo sobre el uso del arbitraje como mecanismo alternativo de conflictos es corto, esta ha servido como base para futuros pronunciamientos del Tribunal.

2. *Common Law*

i. Estados Unidos de Norte América

A pesar de existir diferentes aproximaciones a la adopción de la arbitrabilidad de materias que se relacionan con políticas públicas,

la arbitrabilidad de las cuestiones de derecho de la competencia es un *fait accompli*. Tanto en los Estados Unidos como en Europa, los tribunales locales respondieron afirmativamente a la cuestión de si las disputas sobre la ley de competencia pueden resolverse mediante arbitraje (Blanke & Nazzini, 2008, p. 15).

Al igual que en Europa, en Estados Unidos se pasó de sostenerse que la arbitrabilidad de la libre competencia **no era un asunto de índole privada**¹⁷, puesto que **la libre competencia afecta a miles, incluso millones de personas**, a ser una vía común de resolver disputas de materia económica a partir del emblemático caso Mitsubishi. Así, la Corte Suprema en este último caso sostuvo lo siguiente:

[A]s international trade has expanded in recent decades, so too has the use of international arbitration to resolve disputes arising during that trade. The controversies that international arbitral institutions are called upon to resolve have increased in diversity as well as in complexity; **yet the potential of these tribunals**

for efficient disposition of legal disagreements arising from commercial relations has not yet been tested. If they are to take a central place in the international legal order, national courts will need to shake off the old judicial hostility to arbitration, and also their customary and understandable unwillingness to cede jurisdiction of a claim arising under domestic law to a foreign or transnational tribunal¹⁸ (Mourre, 2011, p. 24) [el énfasis es nuestro].

La Corte Suprema basó este razonamiento en el hecho de que los tribunales arbitrales tienen suficiente capacidad y especialidad para deliberar asuntos en los que hubiese desacuerdos legales producto de relaciones comerciales en el marco de la libre competencia. Si bien al día de hoy no cabe duda que el arbitraje tiene la virtud de seleccionar un árbitro conociendo cual es el tema a tratar y también usar testigos expertos que pueden echar luz sobre los temas, la problemática que se discutió en EE.UU. se basó fundamentalmente en la invocación de consideraciones como las siguientes: (i) el interés general; (ii) el posible involucramiento de terceros; y, (iii) el hecho de que los árbitros puedan no tener los mismos medios que los tribunales estatales para reunir evidencia de violaciones a la libre competencia. Así, el razonamiento tras una decisión resultaba cuestionable, toda vez que cualquier disputa en la cual se ponía en duda la validez de un contrato que contravenía el *Sherman Act* tenía que ser llevado a una Corte.

Mientras eso sucedía, el tribunal arbitral designado para dirimir la controversia tenía que suspender el arbitraje, lo cual desencadenaba en lo siguiente: (i) la paralización del arbitraje terminaría favoreciendo al litigante de mala fe; (ii) se debilitaría la implementación de las reglas que protegen la libre competencia al permitir que se paralice el arbitraje; y, (iii) que la decisión del incumplimiento normativo se retrasaría hasta el pronunciamiento de una corte local (Mourre, 2011). En vista de estas consecuencias, la decisión de la Corte dilucidó el problema al señalar lo siguiente:

The mere appearance of an antitrust dispute does not alone warrant invalidation of the selected forum on the undemonstrated assump-

¹⁷ Véase la Sentencia *American Safety c. McGuire*.

¹⁸ Traducción libre:

El comercio internacional se ha expandido en las últimas décadas, al igual que el uso del arbitraje internacional para resolver las controversias que surjan en el curso de ese comercio. Las controversias que las instituciones arbitrales internacionales están llamadas a resolver han aumentado tanto en diversidad como en complejidad; sin embargo, el potencial de estos tribunales para la disposición eficiente de los desacuerdos jurídicos derivados de las relaciones comerciales aún no ha sido probado. Si van a ocupar un lugar central en el ordenamiento jurídico internacional, los tribunales nacionales tendrán que sacudirse la antigua hostilidad judicial al arbitraje, y también su habitual y comprensible falta de voluntad para ceder la jurisdicción de una demanda que surja en virtud del derecho interno a un tribunal extranjero o transnacional.

tion that the arbitration clause is tainted. [...] **Potential complexity should not suffice to ward off arbitration. [...] We also reject the proposition that an arbitration panel will pose too great a danger of innate hostility to the constraints on business conduct that antitrust law imposes** [...] ¹⁹ (p. 27) [el énfasis es nuestro].

A partir de lo anteriormente expuesto, es posible afirmar que existe una línea jurisprudencial y doctrinal que defiende la arbitrabilidad de la libre competencia y que tuvo como punto de origen la confianza de la Corte Suprema en que los árbitros aplicarán correctamente las reglas de la libre competencia al caso sobre el que emitirán un laudo, con lo cual –hoy en día– es impensable invocar como justificación que la materia arbitrable es muy compleja para dicho mecanismo.

Como lo anunciamos desde un principio, la **perspectiva tradicional** que afirmaba que las materias reguladas por normas de orden público no eran susceptibles de arbitraje se encuentran hoy superadas por la comunidad internacional. Es un hecho que la evolución de la arbitrabilidad de la libre competencia es una tendencia global que debe ser incluida por todos los Estados que buscan convertirse en sede de arbitrajes internacionales. Debemos dejar atrás el concepto del **intocable** orden público a fin de avanzar hacia una institución arbitral más moderna y eficiente.

III. ALCANCE DEL ARBITRAJE RESPECTO DE CUESTIONES SOBRE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Como se ha explicado, los tribunales arbitrales pueden resolver cuestiones sobre el derecho de la competencia toda vez que estas no afectan, necesariamente, la noción de orden público. En ese sentido, es menester del presente artículo precisar cuándo se puede o no producir este tipo de arbitrajes. Así, se señalará por qué en la mayoría de los casos se arbitrará sobre cuestiones contractuales, cuál es el tipo de aplicación de las normas de libre

competencia en los arbitrajes y qué materias de libre competencia suelen ser analizadas de modo que el orden público no se vea vulnerado.

A. Alcance del acuerdo arbitral:

El acuerdo arbitral²⁰ “es un contrato por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje” (González de Cossío, 2004, p. 56). En ese sentido, las partes podrán acudir a arbitraje si y solo si existe este acto jurídico. Así, un acuerdo arbitral puede presentarse en dos supuestos específicos. En el primero de ellos, como cláusula arbitral incluida dentro de un contrato o múltiples contratos conexos²¹; en el segundo, como un pacto entre dos partes (no vinculadas) que enfrentan una disputa y deciden renunciar a la jurisdicción ordinaria.

La Ley Modelo regula la figura del acuerdo arbitral y dispone en su artículo 7, tres requisitos esenciales que este debe contener: (i) que conste por escrito²²; (ii) que las diferencias que puedan surgir o hayan surgido sean de una relación jurídica que se quiera arbitrar; y, (iii) que la materia sea arbitrable. No obstante, si bien se necesita que se presenten los tres requisitos expuestos para determinar la validez de una cláusula arbitral, para efectos del presente artículo solo analizaremos el segundo de ellos, toda vez que hace referencia a cuáles serán las controversias que se podrán resolver a través del arbitraje.

La LA, al igual que otras legislaciones modernas que siguen la Ley Modelo, mantiene la misma línea de la CNY. Así, en su artículo 13 inciso i) se señala lo siguiente:

El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto **de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza** (1985) [el énfasis es nuestro].

¹⁹ Traducción libre:

La mera apariencia de una disputa antimonopolio no justifica por sí sola la invalidación del foro seleccionado bajo el supuesto no demostrado de que la cláusula de arbitraje está contaminada. (...) **La complejidad potencial no debería ser suficiente para evitar el arbitraje. (...) También rechazamos la tesis de que un panel de arbitraje representará un peligro demasiado grande de hostilidad innata a las restricciones a la conducta empresarial que impone la ley antimonopolio.**

²⁰ De acuerdo con la legislación de cada país, este concepto adopta distintos nombres y regulaciones como convenio arbitral, acuerdo arbitral, entre otros.

²¹ Para más información sobre el convenio arbitral en múltiples contratos véase a Cantuarias Salaverry, F., & Repetto Deville, J. L. (2017).

²² Es importante señalar que el inciso 3) del artículo 7 señala que “[s]e entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”. Por tanto, no es necesario que la cláusula arbitral se encuentre redactada en el contrato para que se considere que se encuentra escrita.

Como se puede apreciar, el estándar que ambos cuerpos normativos aplican es uno en donde la controversia sobre responsabilidad civil puede surgir tanto de una relación jurídica contractual como de una extracontractual, siempre que esta esté contenida y limitada en el acuerdo de las partes.

No obstante, es importante analizar en qué tipos de controversias surgen o pueden surgir cuestiones jurídicas que se puedan dirimir en procedimientos arbitrales. En ese sentido, consideramos poco valioso referirnos a arbitrajes que versen sobre relaciones jurídicas extracontractuales. Este aspecto, toda vez que una mirada atenta a esta cuestión nos debe hacer considerar que no cabe esperar que se planteen cuestiones en donde una parte, que tiene mayor probabilidad de perder, tenga incentivos para acudir a un mecanismo de solución de controversias con mayor eficiencia y mayor valor económico como lo es la institución arbitral. Por el contrario, buscará acudir a la ya masificada jurisdicción ordinaria esperando una decisión tardía y favorable.

Caso contrario sucede en las controversias que surgen de una relación jurídica entre dos partes. Como bien señala Igartua,

[...] las cuestiones de Derecho de la Competencia que se verán en un arbitraje serán cuestiones que surgen en el marco de una relación existente entre empresarios plasmada en un contrato **que prevé** una cláusula de sumisión a arbitraje. **En la inmensa mayoría de los casos se tratará de disputas de tipo contractual** (2011, p. 269) [el énfasis es nuestro].

Por tanto, las controversias –materia de discusión– que se puedan dirimir en procedimientos arbitrales serán aquellas que deriven de un contrato y que hayan sido previstas por las partes. Así, por ejemplo, el tribunal arbitral analizará cuestiones relacionadas sobre la validez de actos y negocios jurídicos y la responsabilidad civil por la inejecución de obligaciones que concurren en conductas anticompetitivas.

Esta posibilidad, a su vez, es compatible con la doctrina y la Constitución peruana. Como se sabe, la Carta Magna reconoce al arbitraje como una jurisdicción en la que los árbitros ejercen las mismas funciones que los jueces; por tanto, nada impediría que estos ejerzan las mismas funciones dentro de lo que les es aplicable. De ese modo, para “determinar las responsabilidades civiles en el ámbito contractual, es necesario determinar la legalidad de la actuación de las partes, incluyendo la legalidad en el marco de las leyes de libre competencia y nulidad de actos jurídicos” (Ortiz Baquero, 2010, p. 29).

En ese sentido, el Tribunal Arbitral podrá pronunciarse y laudar sobre aquellas controversias que surjan de una relación jurídica contractual y que tengan como medio dirimitorio un acuerdo arbitral. En esa misma línea, es menester señalar cuáles son las cuestiones de la libre competencia que podrán ser sometidas a arbitraje de acuerdo con relaciones jurídicas contractuales.

B. Aplicación del derecho de la competencia en los arbitrajes

Un mercado competitivo (también denominado mercado perfectamente competitivo) presenta en particular cinco características: (i) existen muchos compradores y vendedores en el mercado; (ii) los bienes ofrecidos por los diversos vendedores son homogéneos; (iii) hay libre entrada y salida del mercado; (iv) los consumidores conocen los precios y atributos de todos los productos, es decir existe información perfecta (Mankiw, 2012, p. 280); y, (v) ningún vendedor ni comprador tiene por sí solo la capacidad de influir en el precio de mercado; es decir, son tomadores de precios. Pese a lo anterior, estas características no suelen concurrir en la práctica.

La ausencia de estas características presenta diferentes justificaciones; sin embargo, su ausencia no es suficiente para afirmar que, frente a ello, no exista eficiencia en el mercado. Ejemplo de ello son los monopolios naturales toda vez que, debido a los costos de producción del bien u externalidades, la existencia de una única empresa logra mayor eficiencia que muchas de ellas (Mankiw, 2012, p. 280). Sin embargo, el presente artículo –debido a su naturaleza– se centrará solo en aquellos mercados que, frente a la ausencia de estas características, no logran conseguir una maximización de eficiencia y bienestar en las empresas y los consumidores, respectivamente.

En ese sentido, como bien señala la doctrina autorizada,

[a]nte la ausencia de [algunas de] estas características, las empresas [...] se encuentran en capacidad de fijar las condiciones de venta de modo unilateral o conjuntamente entre ellas, sin que la competencia sea un elemento que discipline su comportamiento (Quintana Sánchez, 2013, p.15).

En estas situaciones se señala que las empresas cuentan con un importante poder de mercado que les permite neutralizar o impedir la libre competencia.

Por esta razón, las autoridades que defienden el derecho de la competencia buscan investigar, y

cuando corresponde, sancionar aquellas conductas anticompetitivas que se produzcan a partir del abuso del poder de mercado de una empresa (Monti, 2007, p. 159) con el fin de excluir ilegalmente a los competidores, así como aquellas acciones coordinadas, mediante acuerdos, pactos o contratos, entre competidores o agentes económicos que buscan suprimir o falsear la competencia, a través de prácticas colusorias horizontales o verticales (Quintana Sánchez, 2013, p. 11). Ahora bien, cabe señalar que incluso, salvo en aquellos casos cubiertos por la regla del *minimis* (Laurila, 1993, pp. 97-104), criterio utilizado en algunas jurisdicciones, podría no ser necesario acreditar que existe poder de mercado para que este actuar sea considerado *per se* cómo anticompetitivo, como ocurre en el ordenamiento peruano²³.

Es así que, para sancionar dichas conductas anticompetitivas, el derecho de la competencia manifiesta su aplicación en el ámbito público y privado. Ahora, si bien la aplicación pública es la más conocida y desarrollada por la legislación y jurisprudencia, la misma no será foco de análisis, por ahora, debido a que su aplicación es exclusiva de órganos estatales²⁴. Esta aplicación *ius puniendi* se da a través de procedimientos administrativos en los que se sanciona a una persona natural o jurídica que haya cometido una conducta anticompetitiva.

Por otro lado, la aplicación privada se “refiere a los límites que las personas naturales y jurídicas pueden hacer con su propiedad y que tipos de contratos pueden celebrar que afecten a la competencia” (Palacios Lleras, 2013, p. 87). Así, el derecho de la competencia “forma parte del derecho privado, toda vez que trata tres categorías fundamentales de este, como lo son los contratos, la propiedad y la responsabilidad civil” (2013, p. 87). En ese sentido, **la aplicación privada de la competencia buscará proteger a particulares que se vean afectados por conductas anticompetitivas**, independientemente de las sanciones administrativas que puedan imponerse a dicha conducta.

En ese orden de ideas, como ya se ha señalado, el tribunal arbitral, teniendo como límite el convenio arbitral, solo podrá resolver controversias que surjan de una relación jurídica contractual entre partes. De esta manera, si el tribunal arbitral necesitara analizar cuestiones de libre competencia debido a que es parte del análisis para la determinación de una consecuencia civil, deberá aplicar el

derecho de competencia en su ámbito privado y no el público, en tanto solo determinará conductas anticompetitivas para la relación *inter partes* y sin posibilidad de extenderla a otros actores. Tal y como señala Ortiz Baquero,

[...] Surgió así el sistema de **aplicación privada del derecho antitrust** o la aplicación judicial de las normas de libre competencia, en virtud de la cual las partes pueden solicitar al juez competente **la aplicación directa e inmediata de esta normativa y consecuentemente la declaración de los efectos civiles que se derivan de su incumplimiento**, sin que resulte necesario un trámite y una decisión administrativa de carácter previo (2008, p. 7) [el énfasis es nuestro].

En ese sentido, cuando se suscite un conflicto de índole privada entre partes producto de una presunta afectación a la competencia, los árbitros ejercerán la aplicación privada de las normas del derecho de la competencia para resolver dicha disputa. En tanto la decisión solo refiere a las partes, esta no invadirá la esfera pública, sobre la cual corresponde un pronunciamiento de las autoridades nacionales de competencia, en el ejercicio de su *ius puniendi*. Es más, es imprescindible que los árbitros se pronuncien sobre la aplicación de estas normas de orden público (en el caso en concreto en vista de que, sin su análisis, no se podrían determinar consecuencias civiles entre las partes).

En esa misma línea, diversos pronunciamientos han respaldado dicha postura. Una de las más importantes es *Auvinet S.A. c. Sacomi y Poirier*²⁵, mediante la cual la Corte de Apelaciones de Rennes determinó que dicha controversia era arbitrable. Ello, en vista de que su objeto era la reparación de perjuicios derivados de la violación de una cláusula contractual, a pesar de que dicha norma verse sobre la libre competencia, materia que responde al orden público y no a normas sobre materia civil.

C. Contratos que versan sobre competencia

Para un mejor entendimiento de este tipo de controversias, es importante señalar qué conductas anticompetitivas, de acuerdo con sus características, analizarán los árbitros. La libre competencia se subdivide en dos ejes centrales: el control de conductas y el control de estructuras. El primero se manifiesta en normas que sancionan conductas

²³ Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.

²⁴ En Perú, la aplicación de las normas de competencia le corresponden al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección al Consumidor (en adelante, Indecopi) de acuerdo con el Decreto Legislativo 1033.

²⁵ Sentencia del 26 de septiembre de 1984 *Auvinet S.A. c. S.A. Sacomi et Poirier* por la Cour d'appel de Rennes.

anticompetitivas *ex post*; y, el segundo, en el análisis previo a autorizar una concentración de empresas con el fin de evitar efectos negativos en el mercado (Quintana Sánchez, 2013, p. 17).

1. Control de estructuras

La aplicación privada del derecho de la competencia solo puede versar sobre el control de conductas, puesto que no puede existir reclamo alguno sobre una conducta anticompetitiva que no se haya producido. Sin embargo, el procedimiento de control de concentraciones origina el nacimiento de obligaciones contractuales que, en los últimos años, se han enmarcado en contratos con cláusulas arbitrales. Un ejemplo de ello son las *ancillary restraints*. Este tipo de cláusulas, de acuerdo con el Glossary of terms used in EU Competition Policy (p. 5), refiere a restricciones a las partes que han pactado acuerdo de concentración que son necesarias para el desarrollo de la operación; por ejemplo, una cláusula de no competencia entre empresas que buscan fusionarse.

De esta manera, las empresas han agregado cláusulas arbitrales a este tipo de contratos con el fin de que, en caso exista algún problema en la ejecución o incumplimiento, sea un tribunal arbitral quien decida sobre dicha cuestión. En ese sentido, si bien el control de concentraciones no es un procedimiento que pueda ser resuelto por un Tribunal Arbitral por las razones ya mencionadas, no es un área en donde los árbitros no puedan no participación a través de contratos que contienen *ancillary restraints* y responden, únicamente, a una relación civil.

2. Control de conductas

Por otro lado, siguiendo el mismo análisis, podemos concluir que, solo son arbitrables las conductas anticompetitivas que se manifiestan en relaciones contractuales, debido a que estas son materias de ser susceptibles de ser arbitradas. Estas conductas recogen los acuerdos colusorios y el abuso de posición de dominio; ambas manifestaciones del control de conductas (Velasco, Alonso, Echebarría, Herrero & Gutiérrez, 2011).

De tal forma, es importante señalar a qué refieren estas conductas anticompetitivas. En primer lugar,

las conductas colusorias son entendidas como todos aquellos acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia²⁶. Por otro lado, existe abuso de posición de dominio cuando un agente económico, que ostenta una posición dominante en el mercado relevante, utiliza esta situación para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos²⁷. En ese sentido, los árbitros solo podrán analizar estos dos tipos de conductas anticompetitivas en cualquiera de sus distintas formas.

Sobre las conductas colusorias, es menester alertar su particularidad como conducta anticompetitiva arbitrable. No resulta probable que un conflicto provocado por una conducta anticompetitiva, que no tiene origen contractual, sea sometido a la sede arbitral, puesto que los actores que buscan coludir no tendrían incentivos para pactarlo a través de un contrato formal, pues de hacerlo, sería nulo por contravenir las normas de libre competencia²⁸ y su detección sería bastante rápida. Sin embargo, existe un único supuesto en el que se puede acudir al arbitraje frente a un supuesto de acuerdo colusorio.

Este supuesto se configura a partir de la existencia de empresas que se encuentran relacionadas contractualmente (por ejemplo, una es proveedora de otra) y una de las partes forma parte de un cartel con otro competidor. A partir de ello, el actor que no forma parte del cartel podría buscar ser indemnizado a través de la vía arbitral por los daños que le produce el cártel. Pese a ello, este planteamiento tiene ciertas limitaciones.

En Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA²⁹ (2015), el TJUE estimó que la cláusula arbitral en cuestión debía interpretarse en el marco de algo **razonablemente previsible** y que, esta debería tener conexión con la relación contractual. Esto implica que, de invocarse una cláusula arbitral, si

[...] no [es] razonablemente previsible para la empresa perjudicada cuando dio su consentimiento a esa cláusula, pues desconocía en ese

²⁶ Artículo 11 y 12 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

²⁷ Artículo 10 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

²⁸ Por ejemplo, en el laudo final del Caso CCI 14046, la discusión se centró en el incumplimiento de una cláusula de no competencia contenida en un contrato de compraventa. Al considerarse que esta contravenía el derecho de la libre competencia en Italia, fue declarado nulo.

²⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2015). CDC Peróxido de Hidrógeno <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164350&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5055978>

momento el cártel ilícito en el que participaba la otra parte contratante, no se puede considerar que ese litigio tenga su origen en las relaciones contractuales. Por tanto, la referida cláusula no excluiría válidamente la competencia del tribunal remitente (párr. 70).

Dicho de otra manera, no es posible someter a arbitraje controversias que no fueron previstas al momento de pactar la cláusula arbitral. Por eso, en línea con lo que señaló el Tribunal, podemos afirmar que

[...] una cláusula que se refiere en abstracto a las controversias que surjan en las relaciones contractuales no abarca una controversia acerca de la responsabilidad delictual en la que hubiera incurrido supuestamente una parte contratante a causa de su conducta en el ámbito de un cártel ilícito (2015, párr. 69).

Con ello, en el caso en cuestión, la parte que se vio perjudicada como consecuencia del cártel no tendría como haber previsto la existencia de dicha conducta anticompetitiva y, que a partir de ello, se generaría un perjuicio económico. Por tanto, consideramos que, para que dicho comportamiento pueda ser sometido a la vía arbitral, sería necesario pactar de manera explícita en la cláusula arbitral que, frente al involucramiento de una de las partes en una conducta anticompetitiva, se podría solicitar una indemnización por los daños que esta produzca.

Por otro lado, respecto a las conductas relacionadas con el abuso de posición de dominio, su arbitrabilidad es mucho más evidente. Esto, toda vez que, dicha conducta suele manifestarse (cuando existe una relación comercial) en la creación o incumplimiento de obligaciones contractuales como podría ocurrir, por ejemplo, a través de un estrechamiento de márgenes o una limitación a la producción de una empresa.

Un ejemplo de ello es el caso *Cementos Hércules c. Cementos Andino* en Colombia. En el proceso se presentó una demanda de reconversión mediante la cual se solicitó la declaratoria de nulidad absoluta por objeto ilícito de una cláusula de compraventa de activos fijos. Esto, a la luz de que estaba prohibida la venta de cemento o *clinquer* durante diez años en Guanentina, así como de Cemento Oil Well durante cinco años en todo el país. Así, el Tribunal consideró que esta prohibición afectaba la libre competencia, al limitar la capacidad de producción empresarial de Cementos Andino. Por ello, estimó declarar la nulidad de la cláusula referida y “si bien su producción era pequeña, tenía derecho a que su libertad empresarial no fuera

coartada en el escenario de la libre competencia económica” (Perilla Castro, 2015, p. 198). En ese sentido, esta prohibición configura un abuso de posición de dominio toda vez que impone una condición de venta en la capacidad de producción empresarial de Cementos Andino.

IV. APROXIMACIONES A LA ARBITRABILIDAD DE LA LIBRE COMPETENCIA EN PERÚ

Por último, el presente capítulo busca aterrizar los conceptos antes mencionados a fin de que podamos analizar el *status quo* del Perú respecto a los arbitrajes que versan sobre libre competencia, a fin de responder si existen problemas para el desarrollo de este tipo de arbitraje.

Si bien la LA es una de las leyes arbitrales más modernas de la región, las seguridades y garantías a las que se refiere esta norma se extienden a resoluciones judiciales y administrativas. En ese sentido, en su estabilidad jurídica encontramos tres importantes problemas que no permiten un correcto desarrollo del arbitraje de la libre competencia en nuestro país.

A. Cuestiones sobre la atribución imperativa al Indecopi

Acápites arriba advertimos la falta de claridad que existe en algunas legislaciones para permitir la arbitrabilidad de las normas de libre competencia. Entre estas causas identificamos a la atribución imperativa de jurisdicción como un límite a este ejercicio. En ese sentido, antes de iniciar el análisis que nos compete, consideramos importante identificar las potestades que goza la autoridad de competencia peruana a fin de determinar si ésta prohíbe o excluye al arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos respecto de normas de competencia.

De esta manera, importa observar los artículos 2, 18 y 25 del Decreto Legislativo 1033 (en adelante, DL 1033) el cual sustituyó al Decreto Ley 25868, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), con el fin de consolidar el fortalecimiento institucional del Indecopi. En esa línea, el artículo 2 (4) del DL 1033 dispone lo siguiente:

Artículo 2.- Funciones del Indecopi

El Indecopi es el organismo autónomo encargado de: [...]

b) Defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y deslea-

les y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva [...] (2008).

De la literalidad del artículo se desprenden cuatro posibles potestades que goza el Indecopi, estas son la defensa, la sanción, la cautela y, además, la investigación. A ello debemos agregar que el fin de la autoridad de competencia siempre tendrá como justificación el interés general y el orden público económico. No obstante, es necesario relacionar estas potestades con lo dispuesto por el artículo 24 del mismo cuerpo legal, referente a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión de Defensa):

Artículo 24.- De la Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Corresponde a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia velar por el cumplimiento de la Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico y de las otras leyes que prohíben y sancionan las conductas anticompetitivas o promueven una competencia efectiva en los mercados, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores (2008).

Como se observa, la ley atribuye a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia el cumplimiento de las leyes que prohíben y sancionan las conductas anticompetitivas. En ese sentido, a primera vista se atribuye hasta cierto punto la fiscalización y, con ello, control a la autoridad de competencia respecto de las normas de libre competencia. Ahora bien, esta incertidumbre aumenta toda vez que el artículo 18 dispone lo siguiente:

Artículo 18.- Agotamiento de la vía administrativa e impugnación judicial de pronunciamientos del Indecopi

18.1 En los asuntos de competencia de cualquiera de los órganos resolutorios del Indecopi, no podrá recurrirse al Poder Judicial en tanto no se haya agotado previamente la vía administrativa. Para lo dispuesto en la presente Ley, se entiende que queda agotada la vía administrativa solamente cuando se obtiene la resolución final de la respectiva Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2008).

Como se observa, la norma es clara al determinar la necesidad de agotar la vía administrativa previa para recurrir a la revisión de otras jurisdicciones como el Poder Judicial. En ese sentido, teniendo en cuenta que (i) el Indecopi es el organismo autónomo encargado de defender, investigar, sancionar y

cautelar la competencia efectiva con el objetivo de proteger el interés público y el orden público económico; (ii) que la Comisión de Defensa es quien vela por el cumplimiento de las leyes que prohíben y sancionan las conductas anticompetitivas; y, (iii) que es necesario agotar la vía administrativa para que otra jurisdicción (como el Poder Judicial) revise las normas de libre competencia a partir de una decisión de Indecopi, se puede advertir la delegación de una potestad sancionadora y de vigilancia directa a la autoridad de competencia.

Pese a lo anterior, debemos preguntarnos ¿realmente existe una dualidad de intereses entre el arbitraje y el derecho de competencia? La respuesta es negativa. Y es que como se señaló anteriormente, la arbitrabilidad de la libre competencia parte de diferenciar los intereses privados o intereses públicos que protegen una u otra disciplina, teniendo en cuenta que el arbitraje protege la autonomía de la voluntad de las partes. Y es que si bien coincidimos en que no todas las materias litigiosas son arbitrables, ello no significa que esta norma de interés público sea exclusiva de una autoridad de competencia, aún exista una atribución imperativa de jurisdicción.

Considerando lo anteriormente expuesto, queremos dejar en claro desde ya que “la arbitrabilidad alcanza solo a aquellos elementos recogidos directa o indirectamente por el contrato, y por tanto no alcanza aquellos temas que el contrato no regula” (Bullard González, 2017, pp. 318). En ese sentido, no debemos entender al arbitraje como una especie de contencioso administrativo que deja sin efecto una decisión. Por el contrario, lo que discute únicamente son las consecuencias contractuales que de ella deriva.

Si bien la potestad imperativa puede ser atribuida por el Estado a fin de proteger a determinados sectores, no existe una correspondencia directa “que permita deducir que cuando los Estados se reservan la competencia exclusiva en una determinada materia la arbitrabilidad internacional vaya a quedar automáticamente excluida de la misma” (Gonzalo Quiroga, 2001, pp. 202-203). Este mismo razonamiento ha sido seguido en el Derecho continental al precisar los límites de la jurisdicción de los árbitros en relación con las normas y autoridades de la Comunidad Europea. Un ejemplo de ello es la sentencia de la Cour d’appel de París del 14 de octubre de 1993 en el caso *Société Aplix c. Société Velcro*, toda vez que dispuso lo siguiente:

[...] El carácter de ley de policía comunitaria de Derecho de la competencia no permite a los árbitros prohibir los comportamientos que consideren contrarios a los arts. 81 y 82 CE, ni

tampoco ordenar sanciones pecuniarias, ni de acordar exenciones individuales de las previstas en el art. 81. 3 CE. **No obstante, los árbitros al igual que los jueces estatales de derecho común, pueden extraer las consecuencias civiles de un comportamiento considerado ilícito, en cuanto a que las normas de orden público son directamente aplicables también por los árbitros** (p. 164) [el énfasis es nuestro].

En efecto, la Cour d'appel de París concluyó que lo resuelto por los árbitros en el laudo no invadía la jurisdicción exclusiva de la Comisión, pues mientras “esta había declarado que el contrato celebrado entre las partes violaba ciertas normas comunitarias y sancionó esas conductas, el Tribunal Arbitral había decidido sobre las consecuencias de esas conductas en el ámbito estrictamente contractual” (Caivano, 2013, p. 70).

De esta manera, coincidimos con lo expuesto por los autores anteriormente citados y consideramos que el arbitraje puede extraer las consecuencias civiles de un comportamiento considerado ilícito por las normas de competencia en Perú, sin que ello signifique inmiscuirse en la potestad estatal repartida al Indecopi, en tanto la decisión de un árbitro alcanzará estrictamente el ámbito contractual sin dejar sin efecto una posible decisión futura del órgano de competencia autónomo.

B. Artículo 49 del Indecopi y la incertidumbre sobre la arbitrabilidad de la libre competencia en Perú respecto a indemnizaciones

Otro problema que enfrenta la arbitrabilidad de la libre competencia en el Perú es la falta de precisión legislativa sobre la cuestión. Como se ha indicado anteriormente, el artículo 2.1 de la LA no restringe que los árbitros puedan analizar normas de libre competencia para poder determinar consecuencias civiles en su análisis.

En ese sentido –a nuestro parecer– no habría inconveniente alguno con que un Tribunal Arbitral pueda decidir sobre la nulidad de una cláusula por considerarla anticompetitiva. Esto toda vez que, si se aplicara la legislación peruana como ley aplicable de fondo de la controversia, el tribunal arbitral podría analizar la nulidad de un acto jurídico de acuerdo con el artículo V del Código Civil, es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

De esta manera, los árbitros son competentes y pueden dirimir sobre cuestiones de anulación de actos jurídicos si contravienen a leyes que interesan al orden público, por tanto, normas de libre competencia. Sin embargo, esta situación no es del

todo clara cuando nos referimos a pretensiones de indemnización por daños y perjuicios.

Así, el primer párrafo del artículo 49 del Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1396, dispone lo siguiente:

Una vez que la resolución administrativa declarando la existencia de una conducta anticompetitiva quedará firme, toda persona que haya sufrido daños como consecuencia de esta conducta, incluso cuando no haya sido parte en el proceso seguido ante Indecopi, y siempre y cuando sea capaz de mostrar un nexo causal con la conducta declarada anticompetitiva, podrá demandar ante el Poder Judicial la pretensión civil de indemnización por daños y perjuicios (2008) [el énfasis es nuestro].

De una interpretación literal, y tomando en cuenta la doctrina existente sobre dicho artículo, se podría concluir que solo versa sobre responsabilidad extracontractual. Esto debido a que los bienes jurídicos tutelados por Indecopi son distintos a los de un órgano jurisdiccional. El primero busca proteger la competencia de prácticas que la limiten, mientras que el segundo, el resarcimiento por daños causados entre particulares.

De esta manera, el análisis del elemento de antijuricidad para determinar si se ocasiona un daño o no, recae sobre la concurrencia de una conducta anticompetitiva; por lo tanto, compete a la entidad administrativa, no pudiendo ser analizado ni por un juez ni por un árbitro (Santistevan de Noriega, 2008, p. 105). En consecuencia, consideramos que el artículo establece una relación causa-efecto, puesto que Indecopi debe pronunciarse sobre una conducta anticompetitiva para que posteriormente, un órgano jurisdiccional sea el que señale si a partir de esta se produce el daño alegado.

De esta manera, el artículo no prevé si las conductas anticompetitivas se han producido en el marco de un contrato, en vista de que esta relación causa-efecto no se produce en la responsabilidad contractual. Recordemos que la interpretación de las normas de libre competencia por parte de los árbitros surgirá a partir del análisis de pretensiones principales de responsabilidad civil como el incumplimiento contractual; por tanto, el análisis de la existencia del elemento de antijuricidad no es la conducta anticompetitiva *per se*, sino el incumplimiento. En el caso de la responsabilidad contractual varía, toda vez que sería el incumplimiento de alguna obligación en el marco de un contrato lo que origine una conducta anticompe-

titiva. En ese sentido, la relación causa-efecto que ha previsto el artículo 49 solo versa sobre relaciones extracontractuales.

En esa misma línea podemos apreciar, dentro de las limitadas sentencias peruanas que se pronuncian sobre la materia, que la aplicación del artículo 49 ha sido motivo de análisis en el ámbito de una relación extracontractual. Ejemplo de ello, es lo dispuesto en la Resolución 7, de fecha 14 de marzo del 2007, sobre la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa en el *Caso Lave c. Clorox - Quimpac*.

Dicho caso versa sobre una demanda por indemnización por daños y perjuicios ocasionados por contratos especiales de aprovisionamiento de materias primas celebrados entre Clorox y Quimpac. Las demandadas dedujeron una excepción de agotamiento de la vía administrativa señalando que Indecopi no se había pronunciado sobre la concurrencia de una conducta anticompetitiva. Sin embargo, la Sala Especializada de primera instancia declaró infundada aquella excepción.

Luego, las demandadas apelaron esta resolución ante la Segunda Sala Civil de la Corte Superior del Callao, quienes decidieron revocar dicha resolución que declaraba infundada la excepción de acuerdo con el siguiente razonamiento:

[q]ue, siendo ello así, y tal como está planteado el petitorio de la demanda, se establece que para el caso de autos **se hace necesario que previamente se establezca en la vía administrativa la existencia o no de contratos y/o prácticas violatorias** del DL 807 [...], materia de competencia del Indecopi conforme al artículo 21 antes citado.

Que si bien el primer párrafo del artículo 25 del DL 701 señala que “cualquier perjudicado por los acuerdos, contratos o prácticas prohibidas por la presente ley podrá ejercitar la acción civil de indemnización por daños y perjuicios”; ello conlleva a establecer que **no será la vía administrativa en la que se dilucidará la existencia o no de daños y perjuicios, pues ello está reservado al Poder Judicial, sin que ello signifique obviar el tránsito por la vía administrativa**, atendiendo a los términos planteados en el petitorio de la demanda; siendo de aplicación el inciso 5 del artículo 451 del Código Procesal Civil³⁰ (2007, párr. 13) [el énfasis es nuestro].

En ese sentido, podríamos concluir que el artículo 49 recoge exclusivamente la responsabilidad ex-

tracontractual en su ámbito de aplicación. Frente a ello, consideramos que la ausencia de regulación sobre lo mencionado (en materia contractual) en el ordenamiento jurídico peruano acarrearía dificultades frente a su aplicación.

Esto, debido a que suena plausible pensar que los operadores del derecho peruano puedan sostener que este artículo se debe extrapolar a la responsabilidad contractual, sobre todo con la tradición jurídica del país, que suele ceñirse a lo que las normas taxativamente permiten y prohíben y no a normas que abarcan cierta amplitud.

En ese sentido, a pesar de que resulta posible arbitrar sobre libre competencia en el Perú, su ambigua regulación no termina por evitar el surgimiento de discusiones respecto a si dichos supuestos pueden ser analizados vía arbitral.

C. Problemas en el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en el Perú

Líneas arriba se ha discutido acerca de la arbitrabilidad de la libre competencia respecto a controversias de índole privada. Si bien se ha determinado que, efectivamente, se configura como una materia arbitrable, aún existe cierta incertidumbre a partir del alcance del artículo 49 del Decreto Legislativo 1034, toda vez que éste hace referencia a aquellos supuestos que pueden derivar en pretensiones por daños y perjuicios. Asimismo, a pesar de que esta norma le atribuya a Indecopi un rol sancionador y persecutorio como Autoridad Nacional de Libre Competencia peruana, no queda claro si es que esta deba emitir un primer pronunciamiento en materias de libre competencia que no versan sobre la atribución de una sanción, sino sobre materias de derecho privado que de acuerdo con el artículo 2 de la LA son arbitrables.

Esta incertidumbre se agrava respecto al ámbito del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en nuestro país. En vista de que no queda claro el rol que ostenta nuestra Autoridad de Competencia respecto a la aplicación privada del derecho de la competencia, esta misma disyuntiva se traslada a los jueces respecto a aquellos laudos emitidos en el extranjero. En ese sentido, es plausible sostener que el razonamiento de los jueces al decidir sobre la ejecución y reconocimiento de laudos extranjeros que versen sobre materias de libre competencia sea erróneo, toda vez que consideren que Indecopi deba ser el primero en pronunciarse, aun así, la configuración de la conducta

³⁰ Resolución 7 de 14 de marzo del 2007 de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior del Callao.

anticompetitiva se da en el marco de una relación contractual. Así, a partir de este razonamiento, los jueces podrían optar por desconocer laudos emitidos en otro país, toda vez que quien determinó la configuración de la conducta anticompetitiva fue un Tribunal Arbitral, y no una autoridad nacional de competencia.

Así, advertimos que los jueces peruanos pueden optar por desconocer aquellos laudos que versen sobre esta materia, por no tener seguridad sobre si es arbitrable o no, o incluso, por no conocer el alcance de su arbitrabilidad; todo ello producto de la ambigua regulación sobre la materia en el país. En ese sentido, los jueces peruanos podrían optar por encausar la materia en los supuestos recogidos en el artículo 75³¹ de la LA en aras del artículo V inciso 2 de la CNY, que establece que es posible desconocer un laudo si es: a) que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o, b) que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país. En esa línea, Álvarez señala lo siguiente:

[...] si bien la cuestión de la arbitrabilidad con respecto a algunos temas fundamentales como el Estado legal o la capacidad de las personas, los temas de la familia, el divorcio, los derechos humanos o el derecho penal es relativamente clara y no causa problemas, **no sucede lo mismo con otras áreas que pueden surgir en controversias comerciales**, tal como los títulos valores, **la competencia** y las leyes de propiedad intelectual, por nombrar algunos ejemplos (2008, p. 596) [el énfasis es nuestro].

Frente a esta incertidumbre resulta necesario hacer referencia al pronunciamiento por parte de la Corte Superior de Lima sobre la arbitrabilidad en el caso *Stemcor UK Limited c. Guiceve S.A.C.* Frente al surgimiento de una controversia entre estos, Guiceve S.A.C. decidió iniciar un arbitraje ante la London Court of International Arbitration, conforme a lo pactado en su cláusula arbitral. Cuando se solicitó el reconocimiento del laudo ante el Poder Judicial peruano, la Corte Superior de Justicia de Lima indicó que el objeto de la controversia era susceptible de ser arbitrada,

[...] al ser **la controversia resuelta por el tribunal arbitral una que deriva de las relaciones comerciales entabladas entre Stemcor Uk Limited y Guiceve S.A.C. en mérito de un con-**

trato privado de compra venta, es evidente que la materia sobre la cual se laudó es de derecho privado y por ende de libre disponibilidad, tanto más si el objeto de controversia no se encuentra dentro de la causa de excepción reguladas en el invocado artículo 2 de la Ley de Arbitraje (Expediente No. 878-2010, 2011, fundamento 11) [el énfasis es nuestro].

Es así, que a partir de este pronunciamiento se podría afirmar que aquello que verse sobre Derecho Privado (en el mérito de un contrato privado) resulta arbitrable, y más aún si aquello no ha sido invocado como excepción a la luz del artículo 2 de la LA. Incluso, la Corte afirmó que en caso se cuestionara la arbitrabilidad de una materia, se debe optar por que la controversia sea arbitrable (2011). Sin embargo, consideramos que este criterio difícilmente será tomado en cuenta por los jueces en vista de todo lo expuesto líneas arriba.

V. CONCLUSIÓN

En primer lugar, es posible afirmar que existe una línea jurisprudencial y doctrinal que defiende la arbitrabilidad de la libre competencia. Así, la perspectiva tradicional que afirmaba que las materias reguladas por normas de orden público (las normas de libre competencia) no eran susceptibles de ser arbitrables se ve hoy superada, toda vez que la imperatividad de una norma no implica, necesariamente, que la aplicación de esta sea un atentado contra el orden público y la atribución imperativa de jurisdicción.

En segundo lugar, una mirada atenta a las cuestiones anteriormente mencionadas nos debe hacer considerar que no cabe esperar que todas las cuestiones sobre libre competencia puedan ser dirimidas en un arbitraje. Así, normalmente, las cuestiones de derecho de la competencia que se verán en vía arbitral serán cuestiones que surjan en el marco de una relación existente entre partes, plasmada en un contrato que prevé un acuerdo arbitral. En ese sentido, la inmensa mayoría de casos versarán sobre disputas de tipo contractual. Por lo tanto, el arbitraje de la libre competencia surge de la aplicación privada de la libre competencia.

En tercer lugar, de una aproximación del concepto de arbitrabilidad de la libre competencia y su aplicación privada por parte de los árbitros en Perú, encontramos tres importantes problemas por re-

³¹ Artículo 75.- Causales de denegación.

3. También se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero si la autoridad judicial competente comprueba: a) Que, según el derecho peruano, el objeto de la controversia no puede ser susceptible de arbitraje. b) Que el laudo es contrario al orden público internacional.

resolver: la incertidumbre que se genera a raíz de la competencia exclusiva de Indecopi, la falta de claridad sobre el alcance del artículo 49 del Decreto Legislativo 1034 en materia contractual y el sesgo de los jueces para reconocer y ejecutar laudos extranjeros. Estimamos que resulta necesario que se sumen esfuerzos para combatir estos tres problemas a fin de que la discusión sobre este tipo de arbitrabilidad en nuestro país concluya.

Consideramos que, a fin de evitar cuestionamientos sobre el reconocimiento del laudo o una anulación por contravenir el orden público, sería prudente que las partes acuerden cumplir con las normas de libre competencia en el contrato y, en caso de no hacerlo, establezcan una penalidad. Así, a todas luces, el árbitro podrá interpretar si se cumplieron o no las leyes de libre competencia, toda vez que se trataría de una interpretación objetiva sobre el incumplimiento de una cláusula, a efectos del cumplimiento del acuerdo arbitral. De esta manera, se analizarán las leyes administrativas de libre competencia, pero determinando la responsabilidad civil como consecuencia; en cambio, cuando se someta la controversia a la instancia administrativa, es decir, a Indecopi, lo que se determinará será la responsabilidad administrativa, aplicando las mismas leyes, pero con una consecuencia distinta.

A pesar de que todo indicaría que el Perú está cerca de poder arbitrar –sin que medie inconveniente– sobre la libre competencia en un ámbito privado, existen limitaciones que nos alejan de alcanzar lo que para muchas otras legislaciones ya es aceptado sin cuestionamiento alguno. Es así, que nos encontramos tan cerca, pero, lamentablemente, tan lejos. 🏠

REFERENCIAS

Álvarez, H. (2008). Artículo V (2) (A) de la Convención de Nueva York. La arbitrabilidad como criterio para negar el reconocimiento y la ejecución en El Arbitraje Comercial Internacional. En Zuleta, E., & Tandil, G. (eds.), *Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50 aniversario*. Abeledo-Perrot.

Baron, P., & Liniger, S. (2003). A Second Look at Arbitrability: Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany. *Arbitration International*, (19), 27-54. 10.1093/arbitration/19.1.27.

Bockstiegel, K. (1987). Public Policy and Arbitrability. En Sanders, P. (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, 177-204.

Bullard González, A. (1996). "El Estado soy Yo" Arbitraje y regulación: ¿son los árbitros los nuevos reguladores? *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, (3), 301-367. http://iea.ec/pdfs/2011/Art_Alfredo_Bullard.pdf.

(2013). No cometerás actos impuros: El orden público y el control judicial del laudo arbitral. *THEMIS-Revista de Derecho*, (63), 185-200. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8998>

Caivano, R. J. (2013). Arbitrabilidad y Orden Público. *Foro Jurídico*, (12), 62-78. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801>

Calvo Caravaca, A., & Fernández de la Gándara, L. (1989). *El arbitraje comercial internacional*. Editorial Tecnos.

Cantuarias Salaverry, F., & Repetto Deville, J. L. (2017). Arbitraje y múltiples contratos. *THEMIS-Revista de Derecho*, (71), 135-152. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/19818>.

Cantuarias Salaverry, F., Soto Coaguila, C., & Bullard González, A. (Dirs.) (2011). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (tomo I). Instituto Peruano de Arbitraje.

Chiriboga Novillo, H. A. (2016). *La arbitrabilidad del Derecho de la Competencia* [Trabajo de titulación como requisito para la obtención de título de abogado, Universidad San Francisco de Quito]. Repositorio Digital USFQ. <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/6097/1/128819.pdf>.

Laurila, M. (1993). The Minimis Doctrine in EEC Competition Law. *Agreements of Minor Importance. ECLR*, 14(3), 97-104.

Edwards, H. T. (1986). Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema. *Harvard Law Review*, 99(4), 674.

González de Cossío, F. (2004). *Arbitraje*. Editorial Porrúa.

Gonzalo Quiroga, M. (2001). *Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional* [Memoria para optar al grado de Doctor, Universidad Complutense de Madrid]. E-Prints Complutense. <https://eprints.ucm.es/4807/>.

Igartua Arregui, I. (2011). Arbitraje y derecho de la competencia. En Velasco, L., Alonso, C., Eche-

- barría M., Herrero, C. & Gutiérrez J. (dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia* (pp. 261-283). Lex Nova.
- Laurila, M. (1993). The Minimis Doctrine in EEC Competition Law. Agreements of Minor Importance. *European Competition Law Review*, 14(3), 97-104.
- Lorca Navarrete, A., & Silguero Estagnan, J. (1994). *Derecho de Arbitraje Español. España*. Dykinson.
- Mankiw, N. G. (2012). Principios de economía (6ta ed.). Cengage Learning.
- Mayer, P. (1984). L'arbitre et le contrat illicite. *Revue de l'arbitrage*, 205-208.
- Mereminskaya, E. (2007). La relación entre la arbitrabilidad y el orden público en la jurisprudencia comparada. *Revista Foro de Derecho Mercantil*, (17), 121-140. http://www.camsantiago.cl/articulos_online/Orden%20P%C3%BAblico_EMereminskaya.pdf
- Monti, G. (2007). Abuse of a dominant position: Anticompetitive exclusion. *EC Competition Law* (pp. 159-215). Cambridge University Press.
- Mourre, A. (2011). Chapter 1: Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives. En Blanke, G., & Landolt P. (ed.), *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners* (pp. 3-67). Kluwer Law International.
- Najar, J. (2011). Arbitrating Competition Law: The User's Perspective. En Blanke, G., & Landolt P. (ed.), *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners* (pp. 119-148). Kluwer Law International
- Nazzini, R., & Blanke, G. (2008). Arbitration and ADR of Global Competition Disputes: Taking Stock (Part III). *Global Competition Litigation Review*, 1(3), 133-147.
- Ortiz Baquero, I (2008). La aplicación privada del Derecho Antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la Libre Competencia. *Revista e-Mercatoria*, 7(1). <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerc/article/view/2056>
- (2010). El arbitraje como vía de aplicación privada de las normas de libre competencia en el sistema europeo. *Revista La Propiedad Inmaterial*, (14), 3-48.
- Palacios Lleras, A. (2013). El Derecho de la competencia: ¿Derecho privado, Derecho público, regulación o Derecho económico? *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (9), 85-100.
- Peña Castrillón, G., & Martínez Neira, N. (1988). *Pacto arbitral y arbitramento en conciencia*. Editorial Temis S.A.
- Perilla Castro, C. A. (2015). Laudos Arbitrales en Derecho de la Competencia. *Revista Derecho Competencia*, 11(11), 177-219. <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/4-laudos-arbitrales.pdf>
- Quintana Sánchez, E. (2013). *Libre Competencia (1ra ed.)*. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Privada – Indecopi.
- Racine, J. B. (1999). *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*. L. G. D. J.
- Santistevan de Noriega, J. (2008). Responsabilidad extracontractual derivada de conductas anti-competitivas: tipicidad, antijuridicidad y calificación previa por parte de la administración. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 4(6), 89-148. <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/71/69>
- Vásquez Palma, F. (2006). La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno. *Revista Ius et Praxis*, 12(1), 181-2013. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000100008>
- Velasco San Pedro, L. A., Alonso Ledesma, C., Echebarría Sáenz, M., Herrero Suárez, C., & Gutiérrez Gilsanz, J. (Dirs.) (2011) La aplicación privada del derecho de la competencia. *Lex Nova*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=564719>

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht [IPRG], Loi fédérale sur le droit international privé [LDIP], Legge federale sul diritto internazionale privato [LDIP] [Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado], 18 de diciembre de 1987 (Suiza).
- Code Judiciaire [C.Jud./Ger.W.] (Bélgica).
- Codice di procedura civile [C.p.c.] (Italia).
- Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Con-

- vención de Nueva York), 10 de junio de 1958, 330 U.N.T.S. 3.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, Publicación de las Naciones Unidas, número de venta S.08.V.4 (2008).
- Cour d'appel [CA] [tribunal de apelaciones] París, civ., mayo 19, 1993, Labinal c. Mors, Rev. arb. 1993, 645, note Jarrosson (Francia).
- Cour d'appel [CA] [tribunal de apelaciones] París, civ., mar. 29, 1991, Ganz c. Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens (SNCFT), Rev. arb. 1991, 478, note Idot (Francia).
- Cour d'appel [CA] [tribunal de apelaciones] París, civ., 16 Feb. 1989, Almira Films c. Pierrel (he-reinafter 'Almira'), Rev. Arb. 1989, 711, note Idot; Cass Civ, 5 Feb. 1991, Rev. arb. 1991, 625, note Idot.
- Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), Diario Oficial *El Peruano*, 25 de junio de 2008 (Perú).
- Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de junio de 2008 (Perú).
- Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de junio de 2008 (Perú).
- Decreto Ley 25868. Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi, Diario Oficial *El Peruano*, 6 de noviembre de 1992 (Perú).
- Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea Texto pertinente a efectos del EEE. DO L 349 de 5.12.2014, p. 1/19.
- Lag om skiljeförfarande [Ley Sueca de Arbitraje] (Svensk författningssamling [SFS] 1999:116) (Suecia).
- Ley 26572, Ley General de Arbitraje, Diario Oficial *El Peruano*, 3 de enero de 1996 (Perú).
- Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985).
- Reglamento (CE) 1/2003 de la Unión Europea relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.
- Sentencia Société Phocéenne de Dépôts c. Dépôts Pétroliers de Fos, (FOS SUR MER - 13270): SIREN, SIRET, APE/NAF, RCS).
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), 25 de marzo de 1957 (Roma).
- Zivilprozessordnung (ZPO) [Código Procesal Civil], § 1025 (Alemania).