

1. INTRODUCCIÓN

La relación entre el derecho de la competencia y el arbitraje es actualmente uno de los temas que suscitan un especial interés de los juristas nacionales e internacionales². Este interés se explica posiblemente por fenómenos como la modernización del derecho de la competencia en Europa o el creciente reconocimiento de la autonomía del arbitraje. El objeto de este artículo es una presentación somera de algunas de las cuestiones que forman parte de este debate.

2. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMO OBJETO DE ARBITRAJE

Una de las principales preguntas que se plantean al revisar la relación entre el derecho de la competencia y el arbitraje es si el derecho de la competencia puede ser aplicado por los árbitros. Si bien parece claro que el arbitraje ni pretende ni puede sustituir el poder de policía y la capacidad sancionadora de las autoridades de defensa de la competencia, la regulación de la competencia forma parte inseparable del entramado económico y la decisión de disputas en temas privados exige a los árbitros a menudo analizar la aplicación de esta regulación para poder dilucidar los respectivos derechos de las partes. Es muy importante señalar que los poderes sancionadores administrativos de las autoridades de competencia no se ven en forma alguna afectados por la arbitrabilidad de temas que puedan tener relación con el derecho de la competencia.

Tradicionalmente existía una reticencia a admitir que los árbitros pudieran decidir temas relacionados con la competencia. Dicha oposición normalmente adoptaba la forma de negación de la arbitrabilidad de la disputa, por entender que no eran derechos disponibles por las partes o porque era una competencia exclusiva de las autoridades, o la forma de aplicación del orden público, por considerar la defensa de la competencia como una norma imperativa cuya aplicación debe garantizar en último término una autoridad. Esa posición tradicional ha ido evolucionando de forma favorable para el arbitraje, particularmente en temas de arbitrabilidad, pero el carácter público de la normativa de competencia justifica que se mantengan algunas excepciones en cuestiones de arbitrabilidad y orden público. La evolución de esta cuestión en los EE.UU. y en Europa es ilustrativa de los elementos del debate.

¹ Antonio Creus Carreras. Abogado, socio del despacho internacional Bird & Bird.

Josep Maria Julià Insenser. Abogado, socio del despacho internacional DLA Piper.

Las opiniones expresadas en este artículo son las opiniones personales de sus autores y no representan necesariamente las opiniones de Bird & Bird ni DLA Piper.

² Las referencias al arbitraje se efectúan en relación con el arbitraje de derecho. Aunque algunas de las cuestiones aquí tratadas sean igualmente aplicables al arbitraje de equidad, las cuestiones específicas suscitadas por este tipo de arbitraje no son contempladas.

2.1. Evolución en los EE.UU.

La doctrina tradicional que negaba la arbitrabilidad de las cuestiones de competencia se fundamentaba en el razonamiento contenido en el asunto *American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co.*³ En este asunto, el tribunal utilizaba principalmente tres argumentos para rechazar la arbitrabilidad del derecho de la competencia⁴:

1. Las reclamaciones privadas en derecho de la competencia son parte integral del esfuerzo de las normas de defensa de la competencia de promover el interés nacional en una economía competitiva. Por tanto, es dudoso que el legislador quisiera que dichas reclamaciones se resolviesen un foro distinto de los tribunales de justicia.
2. Los casos de competencia suponen normalmente temas complejos y una prueba extensa y diversa, siendo más conveniente por tanto un procedimiento judicial.
3. Es cuestionable la adecuación de un árbitro, que frecuentemente es elegido por su experiencia empresarial, para decidir temas de defensa de la competencia que generalmente regulan a la comunidad empresarial.

Este razonamiento fue revisado por el Tribunal Supremo en el asunto *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*⁵ En este asunto, una empresa japonesa y otra suiza y un distribuidor de Puerto Rico firmaron un contrato de venta y distribución con una cláusula de sumisión a arbitraje de la Asociación Japonesa de Arbitraje Comercial. El distribuidor incumplió el volumen de ventas y las empresas suiza y japonesa le denegaron suministros. Estas empresas solicitaron la formalización del arbitraje mientras que el distribuidor se opuso y reconvino en base a la infracción de normas de competencia. El Tribunal Supremo desbarató la doctrina de *American Safety* con diversos argumentos:

1. La doctrina no tiene base explícita en la *Sherman Act* o en la *Federal Arbitration Act*.
2. La cortesía internacional, el respeto de las jurisdicciones extranjeras y la sensibilidad del comercio internacional a un sistema predecible de resolución de disputas requieren ejecutar el acuerdo de sumisión de las partes aunque lleve a un resultado contrario al que resultaría en un contexto doméstico⁶.
3. La apariencia de una disputa de competencia no permite asumir automáticamente que la cláusula de arbitraje es nula por ser fruto de una imposición abusiva o fraude.
4. La complejidad del asunto no es un obstáculo por la adaptabilidad y acceso de los árbitros a expertos, así como por la posibilidad de las partes de tener en cuenta dicha complejidad en la selección de árbitros.

³ *American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co.*, 391, F.2d (2d Cir. 1968).

⁴ Véase exposición en *Kotam Elecs., Inc. v. JBL Consumer Products, Inc.*, 69 F.3d (11th Cir. 1995), que fue anulado posteriormente por *Kotam Electronics, Inc. v. JBL Consumer Products, Inc.* 93 F.3d 724 (11th Cir. 1996).

⁵ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S., 614 (1985).

⁶ El Tribunal Supremo toma expresamente los argumentos de favorecer las cláusulas de arbitraje libremente negociadas en los asuntos *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.* (407 U.S. 1, 15 (1972)) y *Scherk v. Alberto-Culver Co.* (417 U.S. 506 (1974)).

5. No se puede presumir tampoco la hostilidad de los árbitros a la aplicación del derecho de la competencia ya que los árbitros también son elegidos entre la comunidad legal y las instituciones.
6. Respecto a la importancia de las reclamaciones privadas dentro del sistema de defensa de la competencia, el Tribunal Supremo señala que los daños punitivos fueron diseñados principalmente como un remedio compensatorio, que no se puede presumir que en el arbitraje no se tendrán en cuenta las normas imperativas y que la Convención de Nueva York permite a EE.UU. tener en cuenta el interés público de la normativa de competencia mediante la aplicación del orden público en el reconocimiento de laudos internacionales.

El asunto *Mitsubishi* se decide en el contexto del arbitraje internacional y el Tribunal Supremo rechaza expresamente pronunciarse sobre la legitimidad de la doctrina *American Safety* en el arbitraje doméstico. Así, algunos tribunales federales seguían manteniendo esta doctrina para el arbitraje doméstico a pesar de *Mitsubishi*⁷. Sin embargo, progresivamente los tribunales federales han ido reconociendo que, a pesar de que el Tribunal Supremo evita pronunciarse en *Mitsubishi* sobre el arbitraje doméstico, su razonamiento contradice todos los argumentos que fundamentan la doctrina *American Safety* y, por tanto, la conclusión de arbitrabilidad de las normas de competencia debe extenderse al ámbito doméstico⁸. El propio Tribunal Supremo utiliza los mismos razonamientos y cita expresamente *Mitsubishi* para un caso de arbitraje doméstico para declarar la arbitrabilidad de reclamaciones en virtud de la *Securities Exchange Act* y la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO)*⁹.

El reconocimiento de la arbitrabilidad del derecho de la competencia no niega en ningún momento el interés público en la aplicación de la normativa de competencia y su posible consideración a los efectos de una eventual violación del orden público en el procedimiento de reconocimiento y ejecución. Sin embargo, el Tribunal Supremo en *Mitsubishi* recuerda que dicha labor de control de orden público se limita a una averiguación no intrusiva de si el tribunal tuvo en consideración los temas de derecho de la competencia y los decidió, ya que la eficacia del arbitraje requiere que la revisión sustantiva de un laudo en ejecución sea mínima. Tal como recuerda un tribunal federal en *Baxter International Inc. v. Abbott Laboratories*¹⁰, el asunto *Mitsubishi* no permite a los tribunales federales tirar el resultado del laudo a la papelera y litigar de nuevo los temas de competencia.

2.2. La arbitrabilidad en Europa antes de la reforma del derecho de la competencia

El antiguo Reglamento 17¹¹ de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma (antiguos artículos 85 y 86) establecía la necesidad de notificación para beneficiarse de la exención del artículo 81.3¹², así como la competencia exclusiva de la Comisión para declarar la aplicabilidad de dicha exención¹³. El mecanismo

⁷ *Kotam Elecs., Inc. v. JBL Consumer Products, Inc.*, 69 F. 3d (11th Cir. 1995).

⁸ *Kotam Electronics, Inc. v. JBL Consumer Products, Inc.* 93 F. 3d 724 (11th Cir. 1996), que a su vez cita decisiones y opiniones en sentencias de otros circuitos federales en *Nghiem v. NEC Elec., Inc.*, 25 F. 3d 1437 (9th Cir.), *Hough v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner and Smith, Inc.*, 757 F. Supp. 283 (S.D.N.Y. 1991), *Sanjuan v. American Bd. Of Psychiatry and Neurology, Inc.*, 40 F. 3d 247 (7th Cir. 1994) y *Smoky Greenhaw Cotton Co., Inc. v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner and Smith, Inc.*, 785 F. 2d 1274 (5th Cir. 1986).

⁹ *Shearson/American Express inc. v. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987), a su vez citado en relación con el arbitraje doméstico de normas de competencia en el asunto *Kowalski v. Chicago Tribune Co.*, 854 F. 2d 168 (7th Cir. 1988).

¹⁰ *Baxter International Inc. v. Abbott Laboratories*, 315 F. 3d 829 (7th Cir. 2003).

¹¹ Reglamento del Consejo CEE N° 17 de 6 de febrero de 1962, O.J. 13/204, 1962.

¹² Artículo 4.1.

¹³ Artículo 9.1.