



INFORME DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA IPRO 2/2024 EL ARBITRAJE COMO ALTERNATIVA A LA RECLAMACIÓN PATRIMONIAL DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR ILÍCITOS ANTICOMPETITIVOS

Pleno:

D. Ignacio López-Chaves y Castro, presidente.

D. Daniel Neira Barral, Vocal / secretario.

D^a. María Teresa Cancelo Márquez, Vocal

En Santiago de Compostela, a 28 de diciembre de 2024



ÍNDICE

I.- PRESENTACIÓN: COMPENSACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA.

II.- EL ARBITRAJE COMO FORMA DE FINALIZACIÓN DE LAS RECLAMACIONES POR DAÑOS.

III.-FUNCIONES ARBITRALES DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA.

IV.- CONCLUSIONES.



I.- PRESENTACIÓN: COMPENSACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA.

En España, hasta fechas recientes, el interés del legislador a la hora de abordar las consecuencias que se derivaban de la vulneración de las normas de la competencia se habían limitado al ámbito de la perspectiva pública, es decir, a su aplicación por las autoridades administrativas que forman parte del denominado Sistema Español de Defensa de la Competencia (Autoridad Nacional de la Competencia y Autoridades Autonómicas). El instrumento para perseguir esas actuaciones era la instrucción de expedientes administrativos incoados con el objetivo de sancionar las conductas colusorias, el abuso de posición de dominio y los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afectasen al interés público.

De acuerdo con esa concepción de aplicación pública del derecho de la competencia (*public enforcement of competition law*) se aprobó la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia de 1963, la primera ley *antitrust* de España, que creó el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), organismo que fue sustituido por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), hasta llegar a la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). En la perspectiva de aplicación autonómica de la legislación de competencia hay que referirse a las autoridades autonómicas de competencia, surgidas a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 de 11 de noviembre de 1999 y la aprobación de la consecuente Ley 1/2002, de 21 de febrero de 2002, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia.

Pero todo esto no significaba que la aplicación privada del derecho de la competencia (*private enforcement*) en nuestro Derecho, es decir la tutela de los intereses privados que se habían visto perjudicados por las conductas infractoras del Derecho de la competencia, hubiesen carecido de todo amparo normativo. Ante la ausencia de una regulación específica en la normativa española relativa a las reclamaciones de daños y perjuicios por infracciones de la legislación en materia de competencia, esos perjudicados podían solicitar amparo ante los tribunales por la vía de la tradicional responsabilidad civil extra contractual contemplada en el artículo 1902 de nuestro Código Civil¹, o en su caso, por la vía del art. 1011 del Código Civil en los supuestos de

¹ Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012, núm. res. 344/2012, en la que el TS examinó la reclamación de daños y perjuicios ejercitada al amparo del artículo 13.2 de la Ley 16/1989 por parte de varias empresas compradoras de azúcar por considerarse perjudicadas por una conducta ilícita contraria a competencia que había sido sancionada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, y en la que había participado la empresa demandada, Acor Sociedad Cooperativa General Agropecuaria. En esa sentencia el TS declaró que el régimen aplicable a las acciones de indemnización por infracciones de la normativa de competencia era la de responsabilidad extracontractual, con independencia de que existiese o no un vínculo contractual entre el infractor y el perjudicado. "(...) la acción ejercitada en la demanda no se dirigió a obtener la reparación de un daño producido por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de cualquiera de los deberes contractuales generados por los mencionados contratos de compraventa, fueran los



responsabilidad contractual². Esto significaba que, aunque no existiera una legislación específica en materia de reclamación de daños y perjuicios derivados de tales prácticas *antitrust*, no tuviesen los perjudicados vías para su reclamación³, pero englobar esa reclamación en las normas tradicionales de responsabilidad extra contractual ni parecía que impulsase al perjudicado a ejercer la misma ni que fuera suficientemente disuasorio para el infractor. Y así en España como en el resto de Europa, con la excepción de algunas jurisdicciones, la aplicación privada del Derecho de la competencia aparecía como una *rara avis* en contraste con lo que venía sucediendo en otros países como Estados Unidos⁴.

expresamente pactados o se tratara de deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe o de los usos negociales - tampoco a la declaración de la invalidez de dichos contratos -, sino que, en los términos previstos en el artículo 13, apartado 2, de la citada Ley 16/1989, la acción tuvo por objeto que las demandantes obtuvieran de la demandada el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de los acuerdos prohibidos por el artículo 1, apartado 1, letra a), de la misma Ley, en cuanto instrumentos de concertación horizontal restrictivos del libre juego de la autonomía empresarial en la determinación de uno de los elementos esenciales de las posteriores compraventas que acercaron el producto al consumidor final." (Fundamento de Derecho Primero). Como sabemos el art. 1902 del Código Civil dispone que "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

² Brokelmann, H.; "Reclamaciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia -práctica judicial en España" en VIII Jornadas Nacionales de Defensa de la Competencia Barcelona, 16 y 17 de julio de 2015.

³ Reclamación que se limitaría a los daños y perjuicios efectivamente ocasionados al perjudicado, es decir, que la misma respondiese a criterios compensatorios. Esta compensación no existiría si esa persona afectada por el ilícito anticompetitivo hubiese repercutido "aguas abajo" esos daños. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 (Rec. 2472/2011) señala que "A falta de una regulación comunitaria específica sobre el resarcimiento de daños y perjuicios en el Derecho de la competencia, la cuestión ha de resolverse aplicando las normas de Derecho interno. Conforme a este, es admisible que aquel a quien se reclama una indemnización de daños y perjuicios causados por un ilícito concurrencial oponga que quien realiza la reclamación no ha sufrido daño alguno pues lo repercutió "aguas abajo". Dado que la indemnización de los daños y perjuicios derivados de una práctica restrictiva de la competencia responde a criterios compensatorios y que también en este campo rige el principio que veda el enriquecimiento sin causa, no es razonable que se indemnice a quien no ha sufrido daño."

⁴ VELASCO SAN PEDRO, L.; "Acciones de daños por ilícitos anticompetitivos: la transposición española de la Directiva 2014/104/UE" se puede consultar en la siguiente dirección: <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/40695/ACCIONES%20DE%20DA%C3%91OS%20POR%20IL%C3%8DCITOS%20ANTICOMPETITIVOS%20open%20access.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Cani Fernanfez afirmaba en 2005 que "(...) al menos por lo que afecta a España, el acceso a la reparación de tales daños se ha visto sometido a múltiples obstáculos, lo que ha dado lugar a que, a día de hoy, no exista un solo caso en nuestro país de concesión de daños por infracciones a las normas de competencia". FERNANDEZ, C.; "La eficiencia real del derecho de la competencia: la indemnización de los daños causados" en *La Modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*, Martínez Lage, S. y Petitbò Juan, A. directores, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 171. Frente a estas posturas Francisco Marcos cuestiona la opinión tradicional que considera que los litigios sobre la aplicación privada del Derecho de la competencia estén en España poco desarrollados. Así señala que, tras realizar un análisis empírico de la aplicación de la misma en los tribunales, se observa que el número de casos sugiere que el de demandas de reclamación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos es más numerosa de lo que se pensaba y que la hace comparable a la de otros Estados miembros de la UE. Considera también que la primera década del siglo XXI se puede observar una



En España la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia ya disponía en su art. 13.2 que *"La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles"*. Imponía, por tanto, un requisito procesal para el ejercicio de las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios derivados de la infracción de la normativa de defensa de la competencia en España y que era la firmeza de la declaración de ilicitud en vía administrativa y, en su caso, de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y así la doctrina señala que *"Esta disposición no afectaba a la arbitrabilidad de dicha acción de daños y perjuicios, que la propia ley remitía al régimen previsto en la legislación civil, pero sí podía suponer un obstáculo procesal para el inicio del arbitraje."*⁵

Ese panorama fue evolucionando en los últimos años, tanto en el ámbito de la UE como el ordenamiento español.

Por un lado la sentencia del TJCE (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea) de 20 de septiembre de 2001 dictada en el asunto C-453/99⁶ declaró que:

"25 Por lo que atañe a la posibilidad de solicitar una reparación del perjuicio irrogado por un contrato o un comportamiento susceptibles de restringir o de falsear el juego de la competencia, procede recordar en primer lugar que, según jurisprudencia reiterada, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar, en el marco de sus competencias, las disposiciones del Derecho comunitario, garantizar la plena eficacia de tales normas y proteger los derechos que confieren a los particulares (véanse, en particular, las sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, apartado 16, y de 19 de junio de 1990, Factortame y otros, C-213/89, Rec. p. I-2433, apartado 19).

26 La plena eficacia del artículo 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia.

27 En efecto, un derecho de esta índole refuerza la operatividad de las normas comunitarias de competencia y puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia.

evolución paralela, con cierto retraso, entre el incremento de la aplicación pública del derecho de la competencia con el incremento de la aplicación privada del mismo. MARCOS, F.; "Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)" en Working Paper IE Law School, núm. AJ8-202 (26 de junio de 2013), Abstract y p. 39.

⁵ CREUS CARRERAS A. y JULIA INSENSER J.M.; arbitraje y Derecho de la Competencia, Documento de Trabajo. Seria Política de la Competencia, núm. 27/2008 CEU Ediciones Madrid. 2008, p. 8.

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, As. C-453/99, Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd y otros.



Desde este punto de vista, las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad.”

En ella se afirmaba como un derecho esencial de los perjudicados por una actuación ilícita anticompetitiva la posibilidad de obtener el resarcimiento patrimonial por los daños y perjuicios que hubieran sufrido. La posterior sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de julio de 2006, dictada en los asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04⁷ confirmó este criterio, de tal manera que se reconocía, sin duda alguna, la función resarcitoria que debería de cumplir la responsabilidad civil impuesta al infractor del Derecho de la Competencia así como su viabilidad ante los órganos jurisdiccionales⁸.

En el plano comunitario el primer paso fue la aprobación del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, que supuso un giro copernicano -marcado por la modernización y la descentralización- en el *enforcement* del derecho de la competencia en la UE⁹.

La posterior aprobación de la Directiva 2014/104 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014¹⁰ constituyó la norma básica en lo referente a la reclamación de daños por infracciones de derecho de la competencia en el ámbito europeo.

Dicha Directiva tenía por objeto, como señala en su art. 1.1., establecer las normas para garantizar que *“(...) cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna infracción del Derecho de la competencia por parte de una empresa o una asociación de empresas pueda ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio causado por la empresa o asociación”*.

Al definir en su art. 2 lo que se entiende por “infracción de las normas de competencia” considera como tales “toda infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE o del Derecho nacional en materia de competencia”, considerando como tal Derecho nacional de la competencia a:

“las disposiciones del Derecho nacional que persiguen predominantemente el mismo objetivo que los artículos 101 y 102 del TFUE y se aplican al mismo asunto y en paralelo al Derecho de la competencia de la Unión de conformidad con el

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de julio de 2006, dictada en los Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, Manfredi y otros.

⁸ MARTI MIRAVALLS, J.; “La responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia” en CEF Legal, n.º 22, 2019, p. 14.

⁹ DÍEZ ESTELLA, F. (2019). “La aplicación privada del derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales” en Cuadernos de Derecho Transnacional, 11(1), p. 268.

¹⁰ Directiva 2014/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco y los productos relacionados y por la que se deroga la Directiva 2001/37/CE Texto pertinente a efectos del EEE.



artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) no 1/2003, sin incluir las normas nacionales que prevean la imposición de sanciones penales a las personas físicas, excepto en la medida en que esas sanciones penales sean el medio para ejecutar las normas sobre competencia aplicables a las empresa".

España traspuso la Directiva 2014/104 mediante el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores. Así el artículo tercero del referido Real Decreto-Ley introduce un nuevo Título en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el Título VI denominado "De la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia" que incluye los nuevos artículos 71 a 81 y el artículo cuarto incorpora a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil una nueva Sección 1ª bis dentro del Capítulo V del Título I, relativa al acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia en la que se incluyen los artículos 283 bis a) al 283 bis k). Señalar que conforme al art. 75. 1 de la LDC *"La constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español."* Este efecto vinculante de la resolución administrativa dictada por una Autoridad de Competencia para un juez civil estará, por tanto, en su firmeza, que podrá entenderse como tal la administrativa o la judicial. Por lo tanto, en la mayoría de los casos, será una resolución judicial la que tenga efecto vinculante para el juez civil.

Desde ese momento, la aplicación privada del derecho de competencia fue incrementándose paulatinamente y las reclamaciones de daños han experimentado un enorme impulso a partir de la década de 2010, coincidiendo con la entrada en vigor de la Directiva 2014/104 que ha desembocado en una auténtica multiplicación de litigios como ha sucedido con el cartel de camiones,¹¹ el cartel de coches¹² y se espera que sucederá con las reclamaciones contra la empresa Booking B,V. sancionada por la CNMC en su Resolución de 29 de julio de 2024.¹³

¹¹ Decisión de la Comisión Europea, de 19 de julio de 2016, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 1010 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Asunto AT.39824 – Trucks).

¹² Resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015 dictada en el expediente S/0482/13, Fabricantes de automóviles.

¹³ Resolución de la CNMC de 29 de julio de 2024 dictada en el expediente S/0005/21, Booking.



II.- EL ARBITRAJE COMO FORMA DE FINALIZACIÓN DE LAS RECLAMACIONES POR DAÑOS.

Al examinar la posibilidad de aplicación del arbitraje como instrumento para poner fin a reclamaciones de daños derivados de la infracción del derecho de la competencia hemos de aclarar que no se examina ni es objeto de este Informe la arbitrabilidad del derecho de la competencia, es decir, la posibilidad de que el derecho de la competencia puede ser aplicado por árbitros a los que voluntariamente se hayan sometido las partes.

Lo que se analiza en este Informe es si una consecuencia derivada de la infracción de las normas de defensa de la competencia, como son los daños que dicha vulneración produce a las partes o a terceros, pueden determinarse a través de un procedimiento de arbitraje. Aplicando el criterio recogido en la sentencia del TS de 8 de junio de 2012¹⁴ no se trata de una reclamación dirigida a obtener la reparación del daño derivado del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de cualquiera de los deberes de ese contrato, sino que tiene por objeto el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de ilícitos contrarios a los art. 1 y 2 de la LDC¹⁵.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente sobre la licitud constitucional del arbitraje, afirmando que constituye "(...) *un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente se vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (Art. 1.1 CE)*"¹⁶. En el mismo sentido se han pronunciado las SSTC 43/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995. Esta última señala que "*Es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declaramos en nuestra STC 43/1988, y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En ese sentido, tal y como ya hemos reiterado en varias ocasiones, el arbitraje se considera «un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)» (SSTC 15/1989, fundamento jurídico 9., y 62/1991, fundamento jurídico*

¹⁴ (Rec. 2163/2009)

¹⁵ Así señala la sentencia en el Fundamento de Derecho Decimosegundo que: "*(...) la acción ejercitada en la demanda no se dirigió a obtener la reparación de un daño producido por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de cualquiera de los deberes contractuales generados por los mencionados contratos de compraventa, fueran los expresamente pactados o se tratara de deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe o de los usos negociales - tampoco a la declaración de la invalidez de dichos contratos -, sino que, en los términos previstos en el artículo 13, apartado 2, de la citada Ley 16/1989, la acción tuvo por objeto que las demandantes obtuvieran de la demandada el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de los acuerdos prohibidos por el artículo 1, apartado 1, letra a), de la misma Ley, en cuanto instrumentos de concertación horizontal restrictivos del libre juego de la autonomía empresarial en la determinación de uno de los elementos esenciales de las posteriores compraventas que acercaron el producto al consumidor final.*"

¹⁶ STC 176/96



5.). Desde este punto de vista tiene razón el Abogado del Estado cuando afirma que la institución arbitral es compatible con la Constitución."

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 19 de abril de 2022 al examinar una demanda en la que se solicitaba la nulidad de un Laudo Arbitral de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia recoge, citando jurisprudencia anterior, lo que se puede considerar como convenio arbitral. Así afirma que:

"Como señala, por todas, la STSJ País Vasco 8/2015, de 23 de septiembre (roj STSJ PV 3148/2015)-FJ 2, con cita de sus precedentes Sentencias de 10 de noviembre de 2011 (NLA 9/11) y 25 de septiembre de 2012 (NLA 8/2012), "El convenio arbitral, como es sabido, es el acuerdo de las partes para someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación o ámbito jurídico, contractual o no contractual. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia impera a la hora de examinar su existencia o validez un criterio antiformalista, que considera innecesarias fórmulas rituarias, aunque sea exigible, de acuerdo con el artículo 9.3 LA, la forma escrita en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, teles, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o del intercambio de escritos de demanda y contestación en que su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra (art. 9.5 LA). Es, por tanto, esencial que la voluntad de las partes de someter su controversia, actual o futura, a arbitraje sea patente y perceptible."

Ese "acuerdo de las partes para someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación o ámbito jurídico, contractual o no contractual" exige, en todo caso, que, conforme a lo previsto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, se trate de materias que sean objeto de libre disposición por las partes, como afirma el art. 2 de la referida Ley¹⁷: "Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho". Como señala la propia Exposición de Motivos de dicha Ley no se reputa necesario que la misma contenga ninguna enumeración, ni tan siquiera ejemplificativa, de aquellas materias que no son de libre disposición, y afirma que es suficiente con que la Ley de Arbitraje disponga que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes, ya que, en principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Y concluye indicando que "Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales."

La doctrina indica que "El estudio del Derecho comparado pone de relieve que, de ordinario, el arbitraje sólo es posible si se trata de cuestiones o litigios de carácter patrimonial (caractère patrimonial du litige, claims of economic or financial interest), en los que hay libre disponibilidad de los derechos (libre disponibilité des droits, freely

¹⁷ Como ya disponía la anterior Ley 36/1988.



disposable claims) o de asuntos que no están regidos por normas de orden público (a mandatory statutory provision) o que no son competencia exclusiva de las autoridades estatales (competence exclusive des autorités étatiques)”¹⁸

Es cierto que los tribunales en España establecen criterios amplios de determinación de esa materia susceptibles de sometimiento a arbitraje y así el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 27 de mayo de 2004¹⁹ que examina la posibilidad de someter a arbitraje un contrato que supone la aplicación del derecho de la competencia comunitario, y afirma que:

“Es evidente que hay una serie de materias sobre las que las partes no tienen poder de disposición y que en su consecuencia no cabe someter a arbitraje (Derecho de Familia, Filiación o Capacidad de las personas- Art. 45, apartado 4, Ley de Arbitraje).

Sin embargo, existen otras materias sobre las que las partes tienen poder de disposición, pero con respeto a una serie de normas imperativas. En este caso pueden someterse a arbitraje dichas materias, pero deberán respetarse en el laudo las normas imperativas que resulten aplicables. Si el laudo dictado con respecto a estas otras materias contraviene esas normas imperativas será contrario al orden público y podrá anularse por los Tribunales de Justicia ordinarios, en virtud de lo dispuesto en el Art. 45.5 de la Ley de Arbitraje.

La incidencia pues de normas imperativas en una materia no implica que la misma sea indisponible para las partes, máxime cuando estando en presencia de la valoración de un contrato, y en su consecuencia de derecho negocial, el poder dispositivo de las partes no tiene más limitaciones que las derivadas precisamente de las normas imperativas que afecten al orden público.

QUINTO. - Nada se opone, asimismo, a que puedan someterse a arbitraje materias recogidas en los reglamentos comunitarios. Una cosa es la eficacia directa de los reglamentos comunitarios y en concreto la aplicación del Reglamento CE 1984/83 al contrato que nos ocupa y otra muy distinta el que las obligaciones señaladas en el mismo no puedan ser objeto de arbitraje. No existe norma comunitaria que atribuya la exclusiva de la aplicación de las normas comunitarias a los jueces. Esta interpretación llevaría al absurdo de la desaparición del arbitraje como medio de solución de controversias, pues en numerosos campos del derecho privado, sobre todo en el mercantil, es difícil imaginar una materia que no resulte afectada, de una u otra forma, por una norma comunitaria, y además en relaciones jurídicas reguladas por el derecho internacional privado el arbitraje es un medio común para solventar diferencias gozando de prestigio las resoluciones de numerosas Cámaras o Tribunales de arbitrales.”

¹⁸CALVO CARAVACA, A.L. y RODRIGUEZ RODRIGO, J.; “Arbitraje y Derecho Europeo de la competencia: viejos problemas y nuevos dilemas” en Revista Estudios de Deusto, Vol. 53, Núm. 2, 2005, p. 310.

¹⁹ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de mayo de 2004 (sección 14) Núm. res. 324/2004



La reclamación de daños y perjuicios derivados de ilícitos *antitriust* si pueden calificarse como materia en la que es posible la libre disposición, por lo que las partes podrán voluntariamente someter a arbitraje esa materia.

Como hemos visto ya, el art. 13.2 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia disponía que "La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles" y sobre ella la doctrina señalaba que no afectaba a posible arbitrabilidad de dicha acción de daños y perjuicios, que la propia ley remitía al régimen previsto en la legislación civil, pero sí podía suponer un obstáculo procesal para el inicio del arbitraje."²⁰

La propia Directiva 2014/104/UE en su Capítulo VI "Solución extrajudicial de controversias" hace referencia a los acuerdos o convenios extrajudiciales, el arbitraje, la mediación o la conciliación. La Directiva de Daños quiere por tanto incentivar y fomentar la adopción de los acuerdos extrajudiciales, e introduce algunas garantías para el infractor que se avenga a un acuerdo de este tipo. Asimismo, hay que destacar que, como señala la doctrina, "(...) las reclamaciones judiciales tanto a través del ejercicio de las acciones *follow on* como de las acciones *stand alone* presentan problemas suficientes como para incentivar el uso de la mediación en la resolución de conflictos en el seno del derecho de la competencia. En relación con las primeras, por el efecto vinculante de las resoluciones administrativas que ponen fin al procedimiento sancionador en el posterior proceso civil para la reclamación de daños y, en relación con las acciones independientes o *stand alone*, como consecuencia de los problemas de coordinación entre los procedimientos administrativos sancionadores y los procesos judiciales civiles que se estuvieran tramitando, sobre todo, de forma simultánea."²¹

Hay que tener en cuenta que el proceso judicial de reclamación de estos daños es, en ocasiones, largo y costoso con la posibilidad de dilación en la tramitación del mismo. Por ello el arbitraje se presenta como una alternativa más ágil y más efectiva en tiempo y en coste y en las reclamaciones de daños derivados de una resolución aprobada por una autoridad de competencia, cuando ya ha sido acreditada la actuación ilícita, es decir en el caso del ejercicio de las acciones *follow on* por parte de la víctima, el acuerdo de arbitraje entre las partes para resolver la cuantificación de los daños y perjuicios derivados de esa actuación se presenta como una alternativa ponderable frente a la reclamación judicial.

²⁰ CREUS CARRERAS A. y JULIA INSENSER J.M.; arbitraje y Derecho de la Competencia., Documento de Trabajo. Seria Política de la Competencia, núm. 27/2008CEU Ediciones Madrid. 2008, p. 8.

²¹ FONTESTAD PORTALÉS, L.; "La reclamación extrajudicial de daños por conductas contrarias a la libre competencia: ventajas e inconvenientes de la mediación", Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos, n.º 3, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 150 y 151.



III.- FUNCIONES ARBITRALES DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA.

Son numerosas las Autoridades de Competencia que forman parte del denominado Sistema Español de Defensa de la Competencia que incluyen entre sus funciones las de arbitraje.

Así el artículo 5.1 b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia atribuye a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

De igual manera, varias Autoridades Autonómicas de la Competencia tienen reconocidas entre sus funciones las de arbitraje, como así dispone el art. 3. 6. de la Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia; el art. 10. 2 b) de la Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia; el art. 5. f) del Decreto 15/2009, de 5 de febrero, por el que se regula el ejercicio de las funciones de la Comunidad de Castilla y León en materia de defensa de la competencia; art. 1 del Decreto 50/2012, de 23 de marzo, del Consell, por el que se crea la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana y se aprueba su reglamento y art. 7. 3 g) del Decreto 85/2023, de 25 de mayo, por el que se crea el Consejo Canario de Defensa de la Competencia y se regula su procedimiento de funcionamiento.

Entre esas autoridades se encuentra la CGC que, tras la reforma del artículo 26.2 l) del Decreto 118/2016 introducida por la Ley 10/2023, 28 diciembre, de medidas fiscales y administrativas, aclaró sus funciones de arbitraje, de tal manera que ahora dispone que corresponde a la misma "realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, en los términos contenidos en la normativa vigente en la materia". Y el art. 33, dentro de las funciones que corresponden al Pleno de la CGC, señala que es el órgano competente para:

"e) Ejercer las funciones de arbitraje, consultivas, de promoción de la competencia, de asesoramiento, representación y vigilancia de los mercados, en los términos previstos en los presentes estatutos, sin perjuicio de las atribuciones del presidente o de la presidenta de la Comisión Gallega de la Competencia."



IV.- CONCLUSIONES.

PRIMERO.- España al trasponer la Directiva 2014/104 mediante el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, introdujo un nuevo Título en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el Título VI denominado "De la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia" que incluye los nuevos artículos 71 a 81. Conforme al actual art. 75. 1 de la LDC *"La constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español."* Este efecto vinculante de la resolución administrativa dictada por una Autoridad de Competencia para un juez civil estará, por tanto, en su firmeza, que podrá entenderse como tal la administrativa o la judicial. Por lo tanto, en la mayoría de los casos, será una resolución judicial la que tenga efecto vinculante para el juez civil

SEGUNDO.- La aplicación privada del derecho de competencia ha tenido un incremento paulatino y las reclamaciones de daños han experimentado un enorme impulso a partir de la década de 2010, coincidiendo con la entrada en vigor de la Directiva 2014/104 que ha desembocado en una auténtica multiplicación de litigios.

TERCERO.- El Tribunal Constitucional se ha pronunciado de forma reiterada sobre la licitud constitucional del arbitraje, afirmando que constituye "(...) un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente se vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (Art. 1.1 CE)" reconociendo que es un instrumento para la solución de conflictos, que tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad de las personas y mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, es decir, una decisión que ponga fin al conflicto existente entre ellas con todos los efectos de la cosa juzgada.

CUARTO.- La jurisprudencia concibe al convenio arbitral como el acuerdo de las partes para someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación o ámbito jurídico, contractual o no contractual, pero que exige, en todo caso, que se trate de materias que sean objeto de libre disposición por las partes, como así afirma el art. 2 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

QUINTO.- La doctrina indica que el arbitraje solo parece posible si se trata de cuestiones o litigios que sean de contenido patrimonial, y los tribunales en España establecen criterios bastante amplios en la determinación de las materias que son susceptibles de sometimiento a arbitraje.

SEXTO.- La reclamación de daños y perjuicios derivados de infracciones de la normativa de competencia pueden calificarse como materia en la que es posible la libre disposición, por lo que las partes podrán voluntariamente someter a arbitraje esa materia.



SÉPTIMO.- La Directiva 2014/104/UE en su Capítulo VI hace referencia a los acuerdos o convenios extrajudiciales, el arbitraje, la mediación o la conciliación, por lo que entendemos que quiere incentivar y fomentar la adopción de los acuerdos extrajudiciales en las reclamaciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia, e introduce algunas garantías para que el infractor que se avenga a un acuerdo de este tipo.

OCTAVO.- El sometimiento a arbitraje para resolver la cuantificación de los daños y perjuicios tiene la ventaja frente al proceso judicial de su naturaleza más ágil, su reducción del tiempo de su tramitación así como sus menores costes. Por ello el acuerdo de arbitraje entre las partes para resolver la cuantificación de los daños y perjuicios derivados de esa actuación anticompetitiva se presenta como una alternativa ponderable y recomendable frente a la reclamación judicial.

NOVENO.- Tanto la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia como numerosas Autoridades Autonómicas de la Competencia tienen reconocidas entre sus funciones las de arbitraje. Entre esas autoridades se encuentra la CGC que, tras la reforma del artículo 26.2 l) del Decreto 118/2016 introducida por la Ley 10/2023, 28 diciembre, de medidas fiscales y administrativas, aclaró sus funciones de arbitraje, de tal manera que ahora dispone que corresponde a la misma "realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, en los términos contenidos en la normativa vigente en la materia" y el art. 33, señala que es el órgano competente para:

"e) Ejercer las funciones de arbitraje, consultivas, de promoción de la competencia, de asesoramiento, representación y vigilancia de los mercados, en los términos previstos en los presentes estatutos, sin perjuicio de las atribuciones del presidente o de la presidenta de la Comisión Gallega de la Competencia."