



INFORME DE PROMOCIÓN DA COMPETENCIA IPRO 2/2024 A ARBITRAXE COMO ALTERNATIVA Á RECLAMACIÓN PATRIMONIAL DOS DANOS CAUSADOS POR ILÍCITOS ANTICOMPETITIVOS

Pleno:

D. Ignacio López-Chaves e Castro, presidente.

D. Daniel Neira Barral, Vogal / secretario.

D^a. María Teresa Cancelo Márquez, Vogal

En Santiago de Compostela, ao 28 de decembro de 2024



ÍNDICE

I.- PRESENTACIÓN: COMPENSACIÓN DOS DANOS CAUSADOS POLAS PRÁCTICAS RESTRITIVAS DA COMPETENCIA.

II.- A ARBITRAXE COMO FORMA DE FINALIZACIÓN DAS RECLAMACIÓNS POR DANOS.

III.-FUNCÍONS ARBITRAIS DAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA.

IV.- CONCLUSIÓNS.



I.- PRESENTACIÓN: COMPENSACIÓN DOS DANOS CAUSADOS POLAS PRÁCTICAS RESTRITIVAS DA COMPETENCIA.

En España, ata datas recentes, o interese do lexislador á hora de abordar as consecuencias que se derivaban da vulneración das normas da competencia limitáronse ao ámbito da perspectiva pública, é dicir, á súa aplicación polas autoridades administrativas que forman parte do denominado Sistema Español de Defensa da Competencia (Autoridade Nacional da Competencia e Autoridades Autonómicas). O instrumento para perseguir esas actuacións era a instrución de expedientes administrativos incoados co obxectivo de sancionar as condutas colusorias, o abuso de posición de dominio e os actos de competencia desleal que por falsear a libre competencia afectasen o interese público.

De acordo con esa concepción de aplicación pública do dereito da competencia (*public enforcement of competition law*) aprobouse a Lei 110/1963, do 20 de xullo, de represión de prácticas restritivas da competencia de 1963, a primeira lei *antitrust* de España, que creou o Tribunal de Defensa da Competencia (TDC), organismo que foi substituído pola Comisión Nacional da Competencia (CNC), ata chegar á actual Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia (CNMC). Na perspectiva de aplicación autonómica da lexislación de competencia hai que referirse ás autoridades autonómicas de competencia, xurdidas por mor da sentenza do Tribunal Constitucional 208/1999 do 11 de novembro de 1999 e a aprobación da consecutiva Lei 1/2002, do 21 de febreiro de 2002, de coordinación das competencias do Estado e as Comunidades Autónomas en materia de defensa da competencia.

Pero todo isto non significaba que a aplicación privada do dereito da competencia (*private enforcement*) no noso Dereito, é dicir a tutela dos intereses privados que se viron prexudicados polas condutas infractoras do Dereito da competencia, carecesen de todo amparo normativo. Ante a ausencia dunha regulación específica na normativa española relativa ás reclamacións de danos e prexuízos por infraccións da lexislación en materia de competencia, eses prexudicados podían solicitar amparo ante os tribunais pola vía da tradicional responsabilidade civil extra contractual contemplada no artigo 1902 do noso Código Civil¹, ou no seu caso, pola vía do art. 1011 do Código Civil nos

¹ Así a Sentenza do Tribunal Supremo do 8 de xuño de 2012, núm. res. 344/2012, na que o TS examinou a reclamación de danos e prexuízos exercitada ao amparo do artigo 13.2 da Lei 16/1989 por parte de varias empresas compradoras de azucre por considerarse prexudicadas por unha conduta ilícita contraria a competencia que fora sancionada polo Tribunal de Defensa da Competencia, e na que participara a empresa demandada, Acor Sociedade Cooperativa Xeral Agropecuaria. Nesa sentenza o TS declarou que o réxime aplicable ás accións de indemnización por infraccións da normativa de competencia era a de responsabilidade extracontractual, con independencia de que existise ou non un vínculo contractual entre o infractor e o prexudicado. “(...) a acción exercitada na demanda non se dirixiu a obter a reparación dun dano producido por incumprimento ou cumprimento defectuoso de calquera dos deberes contractuais xerados polos mencionados contratos de compravenda, fosen os expresamente pactados ou se tratase de deberes accesorios de conduta nacidos da boa fe ou dos usos negociais - tampouco á declaración da invalidez dos devanditos contratos -, senón que, nos termos previstos no artigo 13, apartado 2, da citada Lei



supostos de responsabilidade contractual². Isto significaba que, aínda que non existise unha lexislación específica en materia de reclamación de danos e prexuízos derivados de tales prácticas *antitrust*, non tivesen os prexudicados vías para a súa reclamación³, pero englobar esa reclamación nas normas tradicionais de responsabilidade extra contractual nin parecía que impulsase ao prexudicado a exercer a mesma nin que fose suficientemente disuasorio para o infractor. E así en España como no resto de Europa, coa excepción dalgunhas xurisdicións, a aplicación privada do Dereito da competencia aparecía como *unha rara avis* en contraste co que viña sucedendo noutros países como Estados Unidos⁴.

En España a Lei 16/1989 de Defensa da Competencia xa dispoñía no seu art. 13.2 que “*A acción de resarcimento de danos e prexuízos, fundada na ilicitude dos actos prohibidos por esta Lei, poderá exercitarse polos que se consideren prexudicados, unha vez firme a*

16/1989, a acción tivo por obxecto que as demandantes obtivesen da demandada o resarcimento dos danos e prexuízos derivados dos acordos prohibidos polo artigo 1, apartado 1, letra a), da mesma Lei, en canto a instrumentos de concertación horizontal restritivos do libre xogo da autonomía empresarial na determinación dun dos elementos esenciais das posteriores compravendas que achegaron o produto ao consumidor final.” (Fundamento de Dereito Primeiro). Como sabemos o art. 1902 do Código Civil dispón que “*O que por acción ou omisión causa dano a outro, intervindo culpa ou negligencia, está obrigado a reparar o dano causado.*”

² Brokelmann, H.; “Reclamacións de danos por infraccións do Dereito da competencia -práctica xudicial en España” en VIII Xornadas Nacionais de Defensa da Competencia Barcelona, 16 e 17 de xullo de 2015.

³ Reclamación que se limitaría aos danos e prexuízos efectivamente ocasionados ao prexudicado, é dicir, que a mesma respondese a criterios compensatorios. Esta compensación non existiría se esa persoa afectada polo ilícito anticompetitivo repercutira “augas abaixo” eses danos. Neste sentido a sentenza do Tribunal Supremo do 7 de novembro de 2013 (Rec. 2472/2011) sinala que “*A falta dunha regulación comunitaria específica sobre o resarcimento de danos e prexuízos no Dereito da competencia, a cuestión debe resolverse aplicando as normas de Dereito interno. Conforme a este, é admisible que aquel a quen se reclama unha indemnización de danos e prexuízos causados por un ilícito concurrencial opoña que quen realiza a reclamación non sufriu dano algún pois repercutiuno “augas abaixo”. Dado que a indemnización dos danos e prexuízos derivados dunha práctica restritiva da competencia responde a criterios compensatorios e que tamén neste campo rexe o principio que veda o enriquecemento sen causa, non é razoable que se indemnice a quen non sufriu dano.*”

⁴ VELASCO SAN PEDRO, L.; “Accións de danos por ilícitos anticompetitivos: a transposición española da Directiva 2014/104/UE” pódese consultar na seguinte dirección: <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/40695/ACCIONES%20DE%20DA%C3%91VOS%20POR%20L%C3%8DCITOS%20ANTICOMPETITIVOS%20open%20access.pdf?sequence=1&isAllowed=e>

Cani Fernanfez afirmaba en 2005 que “(...) polo menos polo que afecta a España, o acceso á reparación de tales danos viuse sometido a múltiples obstáculos, o que deu lugar a que, a día de hoxe, non exista un só caso no noso país de concesión de danos por infraccións ás normas de competencia”. FERNANDEZ, C.; “A eficiencia real do dereito da competencia: a indemnización dos danos causados” na *Modernización do Dereito da Competencia en España e na Unión Europea*, Martínez Lage, S. e Petitbò Juan, A. directores, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 171. Fronte a estas posturas Francisco Marcos cuestiona a opinión tradicional que considera que os litixios sobre a aplicación privada do Dereito da competencia estean en España pouco desenvolto. Así sinala que, tras realizar unha análise empírica da aplicación da mesma nos tribunais, obsérvase que o número de casos suxire que o de demandas de reclamación de responsabilidade civil por ilícitos anticompetitivos é máis numerosa do que se pensaba e que a fai comparable á doutros Estados membros da UE. Considera tamén que a primeira década do século XXI pódese observar unha evolución paralela, con certo atraso, entre o incremento da aplicación pública do dereito da competencia co incremento da aplicación privada do mesmo. MARCOS, F.; “Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)” en Working Paper IE Law School, núm. AJ8-202 (26 de xuño de 2013), Abstract e p. 39.



*declaración en vía administrativa e, no seu caso, xurisdiccional. O réxime substantivo e procesual da acción de resarcimento de danos e prexuízos é o previsto nas leis civís". Imponía, por tanto, un requisito procesual para o exercicio das accións de resarcimento de danos e prexuízos derivados da infracción da normativa de defensa da competencia en España e que era a firmeza da declaración de ilicitude en vía administrativa e, no seu caso, da xurisdición contencioso-administrativa. E así a doutrina sinala que "Esta disposición non afectaba á arbitrabilidade da devandita acción de danos e prexuízos, que a propia lei remitía ao réxime previsto na lexislación civil, pero si podía supoñer un obstáculo procesual para o inicio da arbitraje."*⁵

Ese panorama foi evolucionando nos últimos anos, tanto no ámbito da UE como no ordenamento español.

Por unha banda a sentenza do TJCE (Tribunal de Xustiza da Comunidade Europea) do 20 de setembro de 2001 ditada no asunto C-453/99⁶ declarou que:

"25 Polo que incumbe á posibilidade de solicitar unha reparación do prexuízo irrogado por un contrato ou un comportamento susceptibles de restrinxir ou de falsear o xogo da competencia, procede lembrar en primeiro lugar que, segundo xurisprudencia reiterada, incumbe aos órganos xurisdiccionais nacionais encargados de aplicar, no marco das súas competencias, as disposicións do Dereito comunitario, garantir a plena eficacia de tales normas e protexer os dereitos que confiren aos particulares (véxanse, en particular, as sentenzas do 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, apartado 16, e do 19 de xuño de 1990, Factortame e outros, C-213/89, Rec. p. I-2433, apartado 19).

26 A plena eficacia do artigo 85 do Tratado e, en particular, o efecto útil da prohibición establecida no seu apartado 1 veríanse en dúbida se non existise a posibilidade de que calquera persoa solicite a reparación do prexuízo que lle irrogara un contrato ou un comportamento susceptible de restrinxir ou de falsear o xogo da competencia.

27 En efecto, un dereito desta índole reforza a operatividade das normas comunitarias de competencia e pode disuadir os acordos ou prácticas, a miúdo encubertos, que poidan restrinxir ou falsear o xogo da competencia. Desde este punto de vista, as accións que reclaman indemnizacións por danos e prexuízos ante os órganos xurisdiccionais nacionais poden contribuír substancialmente ao mantemento dunha competencia efectiva na Comunidade."

Nela afirmábase como un dereito esencial dos prexudicados por unha actuación ilícita anticompetitiva a posibilidade de obter o resarcimento patrimonial polos danos e prexuízos que sufrisen. A posterior sentenza do Tribunal de Xustiza, do 13 de xullo de 2006, ditada nos asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04⁷ confirmou este criterio, de tal maneira que se recoñecía, sen ningunha dúbida, a función restitutoria que debería

⁵ CREUS CARREIRAS A. e JULIA INSENSER J.M.; arbitraje e Dereito da Competencia, Documento de Traballo. Seria Política da Competencia, núm. 27/2008 CEU Edicións Madrid. 2008, p. 8.

⁶ Sentenza do Tribunal de Xustiza do 20 de setembro de 2001, As. C-453/99, Courage Ltd contra Bernard Crehan e Bernard Crehan contra Courage Ltd e outros.



de cumprir a responsabilidade civil imposta ao infractor do Dereito da Competencia así como a súa viabilidade ante os órganos xurisdicionais⁸.

No plano comunitario o primeiro paso foi a aprobación do Regulamento (CE) nº 1/2003 do Consello, do 16 de decembro de 2002, relativo á aplicación das normas sobre competencia previstas nos artigos 81 e 82 do Tratado, que supuxo un xiro copernicano - marcado pola modernización e a descentralización- no *enforcement* do dereito da competencia na UE⁹.

A posterior aprobación da Directiva 2014/104 do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de novembro de 2014¹⁰ constituíu a norma básica no referente á reclamación de danos por infraccións de dereito da competencia no ámbito europeo.

Dita Directiva tiña por obxecto, como sinala no seu art. 1.1., establecer as normas para garantir que *"(...) calquera persoa que sufrise un prexuízo ocasionado por algunha infracción do Dereito da competencia por parte dunha empresa ou unha asociación de empresas poida exercer eficazmente o seu dereito para reclamar o pleno resarcimento do devandito prexuízo causado pola empresa ou asociación"*.

Ao definir no seu art. 2 o que se entende por "infracción das normas de competencia" considera como tales "toda infracción dos artigos 101 ou 102 do TFUE ou do Dereito nacional en materia de competencia", considerando como tal Dereito nacional da competencia a:

"as disposicións do Dereito nacional que perseguen predominantemente o mesmo obxectivo que os artigos 101 e 102 do TFUE e se aplican ao mesmo asunto e en paralelo ao dereito da competencia da Unión de conformidade co artigo 3, apartado 1, do Regulamento (CE) non 1/2003, sen incluír as normas nacionais que prevexan a imposición de sancións penais ás persoas físicas, excepto na medida en que esas sancións penais sexan o medio para executar as normas sobre competencia aplicables ás empresa".

España traspuxo a Directiva 2014/104 mediante o Real Decreto-Lei 9/2017, do 26 de maio, polo que se traspoñen directivas da Unión Europea nos ámbitos financeiro, mercantil e sanitario, e sobre o desprazamento de traballadores. Así o artigo terceiro do referido Real Decreto-Lei introduce un novo Título na Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia, o Título VI denominado "Da compensación dos danos causados polas prácticas restritivas da competencia" que inclúe os novos artigos 71 a 81 e o artigo cuarto incorporando á Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de Axuizamento Civil unha

⁷ Sentenza do Tribunal de Xustiza, do 13 de xullo de 2006, ditada nos Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, Manfredi e outros.

⁸ MARTI MIRAVALLS, J.; "A responsabilidade civil por infracción do Dereito da Competencia" en CEF Legal, n.º 22, 2019, p. 14.

⁹ DÍEZ ESTELLA, F. (2019). "A aplicación privada do dereito da competencia: accións de danos e pronunciamentos xudiciais" en Cadernos de Dereito Transnacional, 11(1), p. 268.

¹⁰ Directiva 2014/40/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 3 de abril de 2014, relativa á aproximación das disposicións legais, regulamentarias e administrativas dos Estados membros en materia de fabricación, presentación e venda dos produtos do tabaco e os produtos relacionados e pola que se deroga a Directiva 2001/37/CE Texto pertinente a efectos do EEE.



nova Sección 1ª bis dentro do Capítulo V do Título I, relativa ao acceso ás fontes de proba en procedementos de reclamación de danos por infracción do dereito da competencia na que se inclúen os artigos 283 bis a) ao 283 bis k). Sinalar que conforme ao art. 75. 1 da LDC *"A constatación dunha infracción do Dereito da competencia feita nunha resolución firme dunha autoridade da competencia española ou dun órgano xurisdiccional español considerárase irrefutable para os efectos dunha acción por danos exercitada ante un órgano xurisdiccional español."* Este efecto vinculante da resolución administrativa ditada por unha Autoridade de Competencia para un xuíz civil estará, por tanto, na súa firmeza, que poderá entenderse como tal a administrativa ou a xudicial. Por tanto, na maioría dos casos, será unha resolución xudicial a que teña efecto vinculante para o xuíz civil.

Desde ese momento, a aplicación privada do dereito de competencia foi incrementándose paulatinamente e as reclamacións de danos experimentaron un enorme impulso a partir da década de 2010, coincidindo coa entrada en vigor da Directiva 2014/104 que desembocou nunha auténtica multiplicación de litixios como sucedeu co cártel de camións,¹¹ o cártel de coches¹² e espérase qué sucederá coas reclamacións contra a empresa Booking B,V. sancionada pola CNMC na súa Resolución do 29 de xullo de 2024.¹³

II.- A ARBITRAXE COMO FORMA DE FINALIZACIÓN DAS RECLAMACIÓNS POR DANOS.

Ao examinar a posibilidade de aplicación da arbitrase como instrumento para poñer fin a reclamacións de danos derivados da infracción do dereito da competencia debemos aclarar que non se examina nin é obxecto deste Informe a arbitrabilidade do dereito da competencia, é dicir, a posibilidade de que o dereito da competencia poda ser aplicado por árbitros aos que voluntariamente se someteron as partes.

O que se analiza neste Informe é se unha consecuencia derivada da infracción das normas de defensa da competencia, como son os danos que dita vulneración produce ás partes ou a terceiros, poden determinarse a través dun procedemento de arbitrase. Aplicando o criterio recolleito na sentenza do TS do 8 de xuño de 2012¹⁴ non se trata

¹¹ Decisión da Comisión Europea, do 19 de xullo de 2016, relativa a un procedemento en virtude do artigo 1010 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea e do artigo 53 do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo (Asunto AT.39824 – Trucks).

¹² Resolución da CNMC do 23 de xullo de 2015 ditada no expediente S/0482/13, Fabricantes de automóviles.

¹³ Resolución da CNMC do 29 de xullo de 2024 ditada no expediente S/0005/21, Booking.

¹⁴ (Rec. 2163/2009)



dunha reclamación dirixida a obter a reparación do dano derivado do incumprimento ou cumprimento defectuoso de calquera dos deberes dese contrato, senón que ten por obxecto o resarcimento dos danos e prexuízos derivados de ilícitos contrarios aos art. 1 e 2 da LDC¹⁵.

O Tribunal Constitucional pronunciouse reiteradamente sobre a licitude constitucional da arbitrase, afirmando que constitúe "(...) *un medio heterónomo de arranxo de controversias que se fundamenta na autonomía da vontade dos suxeitos privados, o que constitucionalmente se vincula coa liberdade como valor superior do ordenamento (Art. 1.1 CE)*"¹⁶. No mesmo sentido pronunciáronse as SSTC 43/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993 e 174/1995. Esta última sinala que "*É, por tanto, a arbitrase un medio para a solución de conflitos baseado na autonomía da vontade das partes, como declaramos na nosa STC 43/1988, e supón unha renuncia á xurisdición estatal pola do árbitro ou árbitros. Nese sentido, tal e como xa reiteramos en varias ocasións, a arbitrase considérase «un equivalente xurisdiccional, mediante o cal as partes poden obter os mesmos obxectivos que coa xurisdición civil (isto é, a obtención dunha decisión que poña fin ao conflito con todos os efectos da cousa xulgada)» (SSTC 15/1989, fundamento xurídico 9., e 62/1991, fundamento xurídico 5.). Desde este punto de vista ten razón o Avogado do Estado cando afirma que a institución arbitral é compatible coa Constitución.*"

O Tribunal Superior de Xustiza de Madrid na súa sentenza do 19 de abril de 2022 ao examinar unha demanda na que se solicitaba a nulidade dun Laudo Arbitral da Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia recolle, citando xurisprudencia anterior, o que se pode considerar como convenio arbitral. Así afirma que:

"Como sinala, por todas, a STSJ País Vasco 8/2015, do 23 de setembro (roj STSJ PV 3148/2015)-FJ 2, con cita das súas precedentes Sentenzas do 10 de novembro de 2011 (NLA 9/11) e 25 de setembro de 2012 (NLA 8/2012), "O convenio arbitral, como é sabido, é o acordo das partes para someter a arbitrase as controversias que xurdisen ou poidan xurdir respecto dunha determinada relación ou ámbito xurídico, contractual ou non contractual. Tanto na doutrina como na xurisprudencia impera á hora de examinar a súa existencia ou validez un criterio antiformalista, que considera innecesarias fórmulas rituais, aínda que sexa esixible, de acordo co artigo 9.3 A, a forma escrita nun documento asinado polas partes ou nun intercambio de cartas, telegramas, teles, fax ou outros medios de telecomunicación que deixen constancia do acordo, ou do intercambio de escritos de demanda e contestación en que a súa existencia sexa afirmada por unha banda e

¹⁵ Así sinala a sentenza no Fundamento de Dereito Decimosegundo que: "(...) *a acción exercitada na demanda non se dirixiu a obter a reparación dun dano producido por incumprimento ou cumprimento defectuoso de calquera dos deberes contractuais xerados polos mencionados contratos de compravenda, fosen os expresamente pactados ou se tratase de deberes accesorios de conduta nacidos da boa fe ou dos usos negociais - tampouco á declaración da invalidez dos devanditos contratos -, senón que, nos termos previstos no artigo 13, apartado 2, da citada Lei 16/1989, a acción tivo por obxecto que as demandantes obtivesen da demandada o resarcimento dos danos e prexuízos derivados dos acordos prohibidos polo artigo 1, apartado 1, letra a), da mesma Lei, en canto a instrumentos de concertación horizontal restritivos do libre xogo da autonomía empresarial na determinación dun dos elementos esenciais das posteriores compravendas que achegaron o produto ao consumidor final.*"

¹⁶ STC 176/96



non negada pola outra (art. 9.5 A). É, por tanto, esencial que a vontade das partes de someter a súa controversia, actual ou futura, a arbitrase sexa patente e perceptible."

Ese "acordo das partes para someter a arbitrase as controversias que xurdisen ou poidan xurdir respecto dunha determinada relación ou ámbito xurídico, contractual ou non contractual" esixe, en todo caso, que, conforme ao previsto na Lei 60/2003, do 23 de decembro, de Arbitrase, se trate de materias que sexan obxecto de libre disposición polas partes, como afirma o art. 2 da referida Lei¹⁷: "Son susceptibles de arbitrase as controversias sobre materias de libre disposición conforme a dereito". Como sinala a propia Exposición de Motivos da devandita Lei non se reputa necesario que a mesma conteña ningunha enumeración, nin tan sequera exemplificativa, daquelas materias que non son de libre disposición, e afirma que é suficiente con que a Lei de Arbitrase dispoña que a arbitrabilidade dunha controversia coincida coa dispoñibilidade do seu obxecto para as partes, xa que, en principio, son cuestións arbitrables as cuestións dispoñibles. E conclúe indicando que "É concebible que por razóns de política xurídica haxa ou poida haber cuestións que sexan dispoñibles para as partes e respecto das que se queira excluír ou limitar o seu carácter arbitrable. Pero iso excede do ámbito dunha regulación xeral da arbitrase e pode ser obxecto, no seu caso, de disposicións específicas noutros textos legais."

A doutrina indica que "O estudo do Dereito comparado pon de relevo que, de ordinario, a arbitrase só é posible se se trata de cuestións ou litixios de carácter patrimonial (*caractère patrimonial du litige, claims of economic or financial interest*), nos que hai libre dispoñibilidade dos dereitos (*libre disponibilité des droits, freely disposable claims*) ou de asuntos que non están rexidos por normas de orde pública (*a mandatory statutory provision*) ou que non son competencia exclusiva das autoridades estatais (*competence exclusive des autorités étatiques*)."¹⁸

É certo que os tribunais en España establecen criterios amplos de determinación desas materias susceptibles de sometemento a arbitrase e así o Auto do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid de data 27 de maio de 2004¹⁹ que examina a posibilidade de someter a arbitrase un contrato que supón a aplicación do dereito da competencia comunitario, e afirma que:

"É evidente que hai unha serie de materias sobre as que as partes non teñen poder de disposición e que na súa consecuencia non cabe someter a arbitrase (Dereito de Familia, Filiación ou Capacidade das persoas- Art. 45, apartado 4, Lei de Arbitrase).

Con todo, existen outras materias sobre as que as partes teñen poder de disposición, pero con respecto a unha serie de normas imperativas. Neste caso poden someterse a arbitrase ditas materias, pero deberán respectarse no laudo as normas imperativas que resulten aplicables. Se o laudo ditado con respecto a

¹⁷ Como xa dispoñía a anterior Lei 36/1988.

¹⁸ CALVO CARAVACA, A.L. e RODRIGUEZ RODRIGO, J.; "Arbitrase e Dereito Europeo da competencia: vellos problemas e novos dilemas" en Revista Estudos de Deusto, Vol. 53, Núm. 2, 2005, p. 310.

¹⁹ Auto da Audiencia Provincial de Madrid do 27 de maio de 2004 (sección 14) Núm. res. 324/2004



estas outras materias contravén esas normas imperativas será contrario ao orden público e poderá anularse polos Tribunais de Xustiza ordinarios, en virtude do disposto no Art. 45.5 da Lei de Arbitraje.

A incidencia pois de normas imperativas nunha materia non implica que a mesma sexa indispoñible para as partes, máxime cando estando en presenza da valoración dun contrato, e na súa consecuencia de dereito negocial, o poder dispositivo das partes non ten máis limitacións que as derivadas precisamente das normas imperativas que afecten o orden público.

QUINTO. - Nada se opón, así mesmo, a que poidan someterse a arbitraje materias recollidas nos regulamentos comunitarios. Unha cousa é a eficacia directa dos regulamentos comunitarios e en concreto a aplicación do Regulamento CE 1984/83 ao contrato que nos ocupa e outra moi distinta que as obrigacións sinaladas no mesmo non poidan ser obxecto de arbitraje. Non existe norma comunitaria que atribúa a exclusiva da aplicación das normas comunitarias aos xuíces. Esta interpretación levaría ao absurdo da desaparición da arbitraje como medio de solución de controversias, pois en numerosos campos do dereito privado, sobre todo no mercantil, é difícil imaxinar unha materia que non resulte afectada, dunha ou outra forma, por unha norma comunitaria, e ademais en relacións xurídicas reguladas polo dereito internacional privado a arbitraje é un medio común para liquidar diferenzas gozando de prestixio as resolucións de numerosas Cámaras ou Tribunais de arbitrais."

A reclamación de danos e prexuízos derivados de ilícitos *antitriust* poden cualificarse como materia na que é posible a libre disposición, polo que as partes poderán voluntariamente someter a arbitraje esa materia.

Como vimos xa, o art. 13.2 da Lei 16/1989 de Defensa da Competencia dispoñía que "A acción de resarcimento de danos e prexuízos, fundada na ilicitude dos actos prohibidos por esta Lei, poderá exercitarse polos que se consideren prexudicados, unha vez firme a declaración en vía administrativa e, no seu caso, xurisdiccional. O réxime substantivo e procesual da acción de resarcimento de danos e prexuízos é o previsto nas leis civís" e sobre ela a doutrina sinalaba que non afectaba a posible arbitrabilidade da devandita acción de danos e prexuízos, que a propia lei remitía ao réxime previsto na lexislación civil, pero si podía supoñer un obstáculo procesual para o inicio da arbitraje."²⁰

A propia Directiva 2014/104/UE no seu Capítulo VI "Solución extraxudicial de controversias" fai referencia aos acordos ou convenios extraxudiciais, a arbitraje, a mediación ou a conciliación. A Directiva de Danos quere por tanto incentivar e fomentar a adopción dos acordos extraxudiciais, e introduce algunhas garantías para o infractor que se avenga a un acordo deste tipo. Así mesmo, hai que destacar que, como sinala a doutrina, "(...) as reclamacións xudiciais tanto a través do exercicio das accións *follow on*

²⁰ CREUS CARREIRAS A. e JULIA INSENSER J.M.; arbitraje e Dereito da Competencia., Documento de Traballo. Seria Política da Competencia, núm. 27/2008CEU Edicións Madrid. 2008, p. 8.



como das accións *stand alone* presentan problemas suficientes como para incentivar o uso da mediación na resolución de conflitos no seo do dereito da competencia. En relación coas primeiras, polo efecto vinculante das resolucións administrativas que poñen fin ao procedemento sancionador no posterior proceso civil para a reclamación de danos e, en relación coas accións independentes ou *stand alone*, como consecuencia dos problemas de coordinación entre os procedementos administrativos sancionadores e os procesos xudiciais civís que se estivesen tramitando, sobre todo, de forma simultánea.”²¹

Hai que ter en conta que o proceso xudicial de reclamación destes danos é, en ocasións, longo e custoso coa posibilidade de dilación na tramitación do mesmo. Por iso a arbitrase se presenta como unha alternativa máis áxil e máis efectiva en tempo e en custo e nas reclamacións de danos derivados dunha resolución aprobada por unha autoridade de competencia, cando xa foi acreditada a actuación ilícita, é dicir no caso do exercicio das accións *follow on* por parte da vítima, o acordo de arbitrase entre as partes para resolver a cuantificación dos danos e prexuízos derivados desa actuación preséntase como unha alternativa ponderable fronte á reclamación xudicial.

III.- FUNCÍONS ARBITRAIS DAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA.

Son numerosas as Autoridades de Competencia que forman parte do denominado Sistema Español de Defensa da Competencia que inclúen entre as súas funcións as de arbitrase.

Así o artigo 5.1 b) da Lei 3/2013, do 4 de xuño, de creación da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia atribúe á Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia as funcións de arbitrase, tanto de dereito como de equidade, que lle sexan sometidas polos operadores económicos en aplicación da Lei 60/2003, do 23 de decembro, de Arbitrase.

De igual maneira, varias Autoridades Autonómicas da Competencia teñen recoñecidas entre as súas funcións as de arbitrase, como así dispón o art. 3. 6. da Lei 1/2012, do 2 de febreiro, da Autoridade Vasca da Competencia; o art. 10. 2 b) da Lei 1/2009, do 12 de febreiro, da Autoridade Catalá da Competencia; o art. 5. f) do Decreto 15/2009, do 5 de febreiro, polo que se regula o exercicio das funcións da Comunidade de Castela e León en materia de defensa da competencia; art. 1 do Decreto 50/2012, do 23 de marzo, do Consell, polo que se crea a Comisión de Defensa da Competencia da Comunitat Valenciana e se aproba o seu regulamento e art. 7. 3 g) do Decreto 85/2023, do 25 de maio, polo que se crea o Consello Canario de Defensa da Competencia e se regula o seu procedemento de funcionamento.

²¹ FONTESTAD PORTALÉS, L.; “A reclamación extrajudicial de danos por condutas contrarias á libre competencia: vantaxes e inconvenientes da mediación”, Revista de Estudos Xurídicos e Criminolóxicos, n.º 3, Universidade de Cádiz, 2021, pp. 150 e 151.



Entre esas autoridades atópase a CGC que, tras a reforma do artigo 26.2 l) do Decreto 118/2016 introducida pola Lei 10/2023, 28 decembro, de medidas fiscais e administrativas, aclarou as súas funcións de arbitraje, de tal maneira que agora dispón que corresponde á mesma "realizar as funcións de arbitraje, tanto de dereito como de equidade, nos termos contidos na normativa vixente na materia". E o art. 33, dentro das funcións que corresponden ao Pleno da CGC, sinala que é o órgano competente para:

"e) Exercer as funcións de arbitraje, consultivas, de promoción da competencia, de asesoramento, representación e vixilancia dos mercados, nos termos previstos nos presentes estatutos, sen prexuízo das atribucións do presidente ou da presidenta da Comisión Galega da Competencia."

IV.- CONCLUSIÓNS.

PRIMEIRO.- España ao traspoñer a Directiva 2014/104 mediante o Real Decreto-Lei 9/2017, do 26 de maio, introduciu un novo Título na Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia, o Título VI denominado "Da compensación dos danos causados polas prácticas restritivas da competencia" que inclúe os novos artigos 71 a 81. Conforme ao actual art. 75. 1 da LDC *"A constatación dunha infracción do Dereito da competencia feita nunha resolución firme dunha autoridade da competencia española ou dun órgano xurisdiccional español considerarase irrefutable para os efectos dunha acción por danos exercitada ante un órgano xurisdiccional español."* Este efecto vinculante da resolución administrativa ditada por unha Autoridade de Competencia para un xuíz civil estará, por tanto, na súa firmeza, que poderá entenderse como tal a administrativa ou a xudicial. Por tanto, na maioría dos casos, será unha resolución xudicial a que teña efecto vinculante para o xuíz civil

SEGUNDO.- A aplicación privada do dereito de competencia tivo un incremento paulatino e as reclamacións de danos experimentaron un enorme impulso a partir da década de 2010, coincidindo coa entrada en vigor da Directiva 2014/104 que desembocou nunha auténtica multiplicación de litixios.

TERCEIRO.- O Tribunal Constitucional pronunciouse de forma reiterada sobre a licitude constitucional do arbitraje, afirmando que constitúe "(...) un medio heterónomo de arranxo de controversias que se fundamenta na autonomía da vontade dos suxeitos privados, o que constitucionalmente se vincula coa liberdade como valor superior do



ordenamento (Art. 1.1 CE)" recoñecendo que é un instrumento para a solución de conflitos, que ten o seu fundamento na autonomía da vontade das persoas e mediante o cal as partes poden obter os mesmos obxectivos que coa xurisdición civil, é dicir, unha decisión que poña fin ao conflito existente entre elas con todos os efectos da cousa xulgada.

CUARTO.- A xurisprudencia concibe ao convenio arbitral como o acordo das partes para someter a arbitraje as controversias que xurdisen ou poidan xurdir respecto dunha determinada relación ou ámbito xurídico, contractual ou non contractual, pero que esixe, en todo caso, que se trate de materias que sexan obxecto de libre disposición polas partes, como así afirma o art. 2 da Lei 60/2003, do 23 de decembro, de Arbitraje.

QUINTO.- A doutrina indica que a arbitraje só parece posible se se trata de cuestións ou litixios que sexan de contido patrimonial, e os tribunais en España establecen criterios bastante amplos na determinación das materias que son susceptibles de sometemento a arbitraje.

SEXTO.- A reclamación de danos e prexuízos derivados de infraccións da normativa de competencia poden cualificarse como materia na que é posible a libre disposición, polo que as partes poderán voluntariamente someter a arbitraje esa materia.

SÉTIMO.- A Directiva 2014/104/UE no seu Capítulo VI fai referencia aos acordos ou convenios extraxudiciais, a arbitraje, a mediación ou a conciliación, polo que entendemos que quere incentivar e fomentar a adopción dos acordos extraxudiciais nas reclamacións por danos por infraccións do Dereito da competencia, e introduce algunhas garantías para que o infractor que se aveña a un acordo deste tipo.

OITAVO.- O sometemento a arbitraje para resolver a cuantificación dos danos e prexuízos ten a vantaxe fronte ao proceso xudicial da súa natureza máis áxil, a súa redución do tempo de tramitación así como os seus menores custos. Por iso o acordo de arbitraje entre as partes para resolver a cuantificación dos danos e prexuízos derivados desa actuación anticompetitiva preséntase como unha alternativa ponderable e recomendable fronte á reclamación xudicial.

NOVENO.- Tanto a Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia como numerosas Autoridades Autonómicas da Competencia teñen recoñecidas entre as súas funcións as de arbitraje. Entre esas autoridades atópase a CGC que, tras a reforma do artigo 26.2 l) do Decreto 118/2016 introducida pola Lei 10/2023, 28 decembro, de medidas fiscais e administrativas, aclarou as súas funcións de arbitraje, de tal maneira que agora dispón que corresponde á mesma "realizar as funcións de arbitraje, tanto de dereito como de equidade, nos termos contidos na normativa vixente na materia" e o art. 33, sinala que é o órgano competente para:

"e) Exercer as funcións de arbitraje, consultivas, de promoción da competencia, de asesoramento, representación e vixilancia dos mercados, nos termos previstos nos presentes estatutos, sen prexuízo das atribucións do presidente ou da presidenta da Comisión Galega da Competencia."



INSTITUTO GALEGO
DO CONSUMO E
DA COMPETENCIA



COMISIÓN
GALEGA DA
COMPETENCIA