

RECONOCIMIENTO DEL ARBITRAJE EN DERECHO DE LA COMPETENCIA.

**ESTADO DEL ARTE
CON ESPECIAL REFERENCIA A
COLOMBIA.**

Por:
EMILIO GARCIA.



SEMINARIO VIRTUAL:

Arbitraje y derecho de la competencia

Fecha: 7 de julio de 2020

Hora de inicio:

- 4:00 PM San Salvador / Guatemala / Managua / San José
- 5:00 PM Bogotá / Quito / Lima / Panamá / México
- 6:00 PM Santiago / La Paz / Santo Domingo
- 7:00 PM Buenos Aires / Brasilia

Panelistas:

- **Esteban Greco**, ex presidente de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, consultor y profesor de la UBA y la UTDT (Argentina)
- **Emilio García**, Director de EGR Abogados y director de la Especialización en Derecho de la Competencia y Protección al Consumidor de la U. Sergio Arboleda
- **Nicole Rizik**, socia en Umbra y profesora en Instituto OMG (República Dominicana)
- **Ingrid Ortiz**, Asociada Senior en Chemás & Asociados y profesora en la U. Externado (Colombia)

Moderador:

- **Juan David Gutiérrez**, director del capítulo América Latina de ASCOLA y profesor de cátedra en U. de los Andes y U. Javeriana

ASCOLA
Asociación de Consultores de Competencia
Capítulo América Latina

¿ Dualidad de Intereses ?

ARBITRAJE:

Autonomía de la voluntad. Materia arbitrable: Arbitrabilidad Objetiva.

“No todas las cuestiones litigiosas pueden ser sometidas a arbitramento” se excluyen, (...) las obligaciones amparadas por leyes «en cuya observancia estén interesados **el orden y las buenas costumbres**» (C. Const. Sentencia C-186 mar. 16/2011. M.P. Humberto Sierra).

DERECHO DE LA COMPETENCIA.

Normas de interés público y **derecho colectivo a la libre competencia, cuyo control de observancia se atribuye a una autoridad en principio administrativa**.

No obstante:

El incumplimiento de las normas de libre competencia, pueden ocasionar daños que lesionan **intereses o derechos privados**.

APLICACIÓN PUBLICA Y PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA:

Aplicación Publica. (administrativa).

La SIC: Investiga y sanciona pero no se encuentra facultada para declarar los efectos civiles que derivan de la infracción de las normas de libre competencia, que pese a estar reconocidos no se encuentran reglamentados y requieren siempre de declaración judicial.

(Concepto de la SIC 03034267 del 13 de Mayo de 2003 —1.2 Prácticas comerciales restrictivas.)

LOS JUECES: (Árbitros).

Aplicación privada.

Se pueden generar **dos efectos particulares** por la violación de normas del régimen de prácticas restrictivas de la libre competencia:

- (i) **Nulidad absoluta** del acuerdo restrictivo (Art. 46 D. 2153/92).

Las conductas contrarias a la libre competencia se consideran de objeto ilícito.

- (i) **Indemnización de los daños y perjuicios** ocasionados con la conducta. (ART. 2341 del C.C.).

Privados y Colectivos.

ESTADOS UNIDOS: UNA SENTENCIA HITO

- MITSUBISHI VS SOLER CHYSLER- PLYMOUTH: (JULIO DE 1985)
- Tribunal Arbitral puede aplicar la *Sherman Act.* - eficacia de un contrato en función de la posible violación de una norma antitrust.
- Los árbitros podían aplicar un 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 normativa Antitrust.
- El laudo será anulado si el mecanismo arbitral es utilizado para escapar del carácter imperativo de dicha normativa.
 - Repercusión mundial al aceptar que materias relacionadas con la libre competencia fueran susceptibles de someterse al arbitraje internacional. –

Tribunal Europeo: 1 de junio de 1999, As. C- 12/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV.*).

Y en Colombia:

- Cementos Hercules S.A. en Liquidación contra Cementos Andino S.A (20 de septiembre de 2000).
- Cellpoint contra Comcel S.A (18 de marzo de 2001).
- Andres Pardo Vargas contra World Management Advisors Ltd. - WMA- (26 de julio de 2013).

Celular Trading de Colombia Ltda., Cell Point y Comunicación Celular S.A., Comcel: (18 marzo de 2002).

La SIC aplica la ley en ejercicio de funciones administrativas, en defensa del interés público y del derecho colectivo a la libre competencia.

Por su parte, el tribunal arbitral aplica dichas normas por petición de parte y en interés particular.

- 1. Los árbitros administran justicia y son destinatarios del mandato constitucional (art. 333) de controlar el abuso dentro de la órbita de su competencia
- 2. La competencia de la SIC, no es una competencia exclusiva.
- 3. No existe una norma que exija una decisión administrativa previa para poder acudir al procedimiento judicial. Se citó como ejemplo, las acciones populares que no requieren de los jueces pronunciamiento previo de la SIC.
- Nota: En el laudo la indemnización de perjuicios se ordenó en razón del incumplimiento contractual y no en razón de la conducta restrictiva de la competencia.

RECONOCIMIENTO ... EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Criterios para analizar su procedencia:

1-Patrimonialidad: Intereses patrimoniales individuales de los participes del mercado son arbitrables.

2-Materia disponible: Frente a las consecuencia civiles. Laudo de la CCI No. 1397/1966.

3-No atribución imperativa: a una autoridad administrativa o jurisdiccional.

4-No contrariedad con el orden público: *Por el sólo hecho de que la materia sometida a arbitraje este regulada por una normativa de orden público, no se excluye su arbitrabilidad en la medida en que los derechos sean disponibles por las partes.*

(Criterios variables según el país)

Y EN OTROS LAUDOS TAMBIEN SE HA DADO EL RECONOCIMIENTO

- Laudo CCI, n.º 6503/1990, el demandado invoca que el contrato al que estaba vinculado con el demandante es nulo porque infringe las normas imperativas contenidas en las disposiciones CE relativas a la defensa de la competencia y así se acepta.
- En el laudo de la CCI, n.º 7097/1993, la normativa de defensa de la competencia se identifica plenamente con el orden público transnacional por lo que su arbitrabilidad, y consecuente competencia arbitral entra dentro de los componentes del orden público supranacional de la propia institución arbitral.

LEGISLACIONES CON NORMAS SOBRE ARBITRAJE Y COMPETENCIA:

Suiza. Art. 18 Ley Federal Suiza sobre cárteles del 20 de diciembre de 1985, (se mantiene en la ley de 1.995) estableció de manera expresa la arbitrabilidad de las materias de Derecho de la competencia, para la **Nulidad** de acuerdos «cárteles» internacionales. (no en internos).

Austria. Art. 124 Ley Austriaca de 1988 sobre competencia permite acudir a arbitraje para autorizar los **acuerdos que no considera restrictivos para la competencia**. El conocimiento de acuerdos restrictivos queda excluido del arbitraje.

(...) ARBITRABILIDAD DE LA NORMAS DE COMPETENCIA DESLEAL:

- La SIC declaró su competencia para conocer demandas en las que se solicitó la **declaratoria de actos desleales** surgidos en la ejecución de un contrato con cláusula compromisoria.
- Se negó la excepción previa (cláusula compromisoria) PORQUE **no prevé expresamente** que las controversias derivadas de actos de competencia desleal se someterían a la decisión de los árbitros.

(En presencia de una cláusula arbitral tipo: “*Toda controversia relacionada con este contrato, surgida de su interpretación, ejecución, cumplimiento o terminación, se someterán exclusivamente a la decisión de árbitros ...*”).

SIC, - AUTO PROFERIDO EN EL EXP. 12107247

- (...) si bien es cierto que la cláusula compromisoria contenida en el contrato de franquicia suscrito entre las partes (fl.159, cdno. 1), se circumscribe al conocimiento de las controversias que se generen con ocasión de la celebración, ejecución, terminación, interpretación y liquidación del mismo, este no se extiende sobre los demás aspectos que rodean la relación de las partes, (...) como la competencia desleal cuya fuente es la Ley 256 de 1996 y con la cual pretende obtener la declaratoria de la existencia de actos de competencia desleal, con independencia de que las pretensiones se funden en hechos relativos a la ejecución de su contrato.

Auto 7/11/2019: Tribunal Arbitral CAC, declara su competencia, / Resuelve reposición el 11/12/2019.

"(...) unos mismos hechos o situaciones relevantes en el tráfico contractual pueden ser consecuencia de acuerdos, decisiones o conductas que tengan por objeto o generen el efecto de consolidar abusivamente posiciones dominantes en el mercado, hacerlas fructificar ilícitamente o falsear la competencia económica, la arbitrabilidad de las pretensiones "sub examine" no ofrece en realidad reparo, en el entendido, desde luego, que al resolver sobre el mérito de las susodichas pretensiones, al Tribunal no le es dado hacerlo al margen de disposiciones de forzosa observancia, integrantes del Derecho de la competencia económica, en la medida que sean ellas aplicables al caso."

Pretensiones: Desviación de clientela y otras propias del régimen de libre competencia.

I. EL ARBITRAJE Y LA COMPETENCIA DESLEAL:

En nuestra opinión (...)

- Las disputas que puedan generarse por intervenciones en el mercado que puedan ser consideradas como desleales tienen aplicación en el arbitraje (nacional e internacional).
- La procedibilidad del arbitraje en estos asuntos no tiene mayor discusión en otras jurisdicciones, al tener superada la visión puramente contractualista del arbitraje. (responsabilidad derivada del incumplimiento de una estipulación contractual).
- Art. 69 de la ley 1563; (arbitraje internacional). Se pueden someter las controversias que hayan surgido de una determinada relación jurídica contractual o no.

- Muchas gracias... preguntas ?
- E-mail: emilio.garcia@eg-abogados.com.co



Emilio García R.

Abogado - Socio

+57 (310) 819 7510

emilio.garcia55

Calle 79 B No. 7- 85

+57 1 (031) 704 1022