



Sección **Diálogos**

En defensa de la arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia en el derecho chileno

Javier Tapia & José Luis Corvalán



En defensa de la arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia en el derecho chileno

In defense of the arbitrability of competition law matters in Chilean competition law

Resumen: En este trabajo los autores analizan el estado actual de la discusión acerca de la arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia en el derecho chileno, identificando los principales obstáculos existentes para su aceptación y las razones que aconsejarían una mayor apertura a la intervención de la jurisdicción arbitral en esta materia.

Palabras clave: arbitraje, arbitrabilidad, derecho de la competencia, orden público, Chile, TDLC

Abstract: *In this paper the authors analyze the current state of the discussion on the arbitrability of competition law issues in Chilean law, identifying the main obstacles to its acceptance and the reasons that would advise a greater openness to the intervention of the arbitral jurisdiction in this matter.*

Key words: arbitration, arbitrability, competition law, public policy, Chile, TDLC.



Javier Tapia.

Abogado, Universidad de Chile; PhD in Law, University College London; y MSc. in Regulation, London School of Economics and Political Science. Fue juez titular del TDLC (2014-2020) y actualmente es socio de F&T abogados, Chile, además de Director Ejecutivo de la Asociación Gremial de Transmisoras de Chile.



José Luis Corvalán.

Abogado, Universidad de Chile, y Master of Laws (LLM), Universidad de Harvard. Actualmente es profesor instructor del departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y socio de Barros & Errázuriz abogados en Santiago, Chile.

Las opiniones expresadas en este trabajo son estrictamente personales y no pretenden reflejar la visión de las instituciones en que trabajamos ni la de las demás personas que laboran en ellas. Agradecemos los enriquecedores comentarios de Luis Eduardo Toro y Francisco Borquez a versiones preliminares.

*Va un gallego conduciendo por una avenida, justo cuando en la radio estaban dando las noticias, y escucha:
— Atención, atención, se les comunica a los automovilistas ¡que hay un loco manejando en sentido contrario al tránsito! Tengan cuidado.
El gallego dice:
— ¿Cómo que uno? ¡Miles!*

(chiste popular)

ÍNDICE

1. Introducción	5
2. ¿Qué materias relacionadas con la protección de la libre competencia son sometidas a arbitraje?	6
3. La arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia en la jurisprudencia comparada: del rechazo a la aceptación general	7
3.1. <i>Estados Unidos</i>	<i>7</i>
3.2. <i>La UE y jurisdicciones nacionales</i>	<i>10</i>
3.3. <i>Otras jurisdicciones: una referencia</i>	<i>15</i>
4. La arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia en el derecho chileno	16
4.1. <i>Disponibilidad de las pretensiones en el ámbito de la libre competencia.</i>	<i>16</i>
4.2. <i>¿Es exclusiva la competencia conferida por el legislador al TDLC?</i>	<i>19</i>
4.3. <i>Conclusión acerca del estado de la cuestión en el derecho chileno</i>	<i>23</i>
5. Cambiando la visión tradicional: arbitrar ciertas disputas de libre competencia en Chile es posible (y deseable)	24
5.1. <i>La conveniencia y deseabilidad del arbitraje de competencia en Chile.</i>	<i>24</i>
5.2. <i>Desarrollos recientes en Chile.</i>	<i>27</i>
6. Conclusión	28
REFERENCIAS	30

1. Introducción

Llama la atención que un tema profusamente analizado en el derecho comparado, como es la discusión relativa a la arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia¹, haya sido apenas tratado por la doctrina y jurisprudencia chilenas. Más aún, es notoria la disparidad de la posición que sobre la materia se tiene en Chile versus lo sostenido en el extranjero. Por arbitrabilidad nos referimos a la posibilidad de que se sometan al conocimiento de una jurisdicción arbitral, o que surjan en el contexto de procedimientos ya iniciados ante ella, cuestiones relacionadas al derecho de la libre competencia². Como mostraremos, la jurisprudencia en el derecho comparado muestra un amplio consenso favorable a ella, y entre los autores existe la generalizada convicción de que el tema continuará creciendo en importancia. Esto contrasta marcadamente con la opinión negativa que tiene la escasa doctrina nacional que se ha referido al tema, pero que puede considerarse todavía predominante.

En Chile, la opinión desfavorable hacia la arbitrabilidad de las reglas del Decreto Ley 211 se ha basado fundamentalmente en dos órdenes de cuestiones, una sustantiva y otra de carácter institucional. Por una parte, en que las normas protectoras de la competencia serían siempre de orden público y, por ende, indisponibles por las partes. Por otra, que al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) se le habría conferido una competencia exclusiva y excluyente sobre la materia, dado su carácter de ente técnico altamente especializado, de modo que institucionalmente no podría otro organismo jurisdiccional atribuirse dicha competencia.

Nosotros no compartimos estos fundamentos. En nuestra opinión, ellos están anclados en conceptos y jurisprudencia que hoy aparecen superados. Nuestro objetivo central en este trabajo, entonces, es argumentar que las materias relacionadas con la libre competencia pueden perfectamente ser sometidas a arbitraje en Chile, bajo ciertas circunstancias.

Previo a ello, es importante precisar dos cuestiones. Primero, que resulta pacífico en todas las jurisdicciones que los tribunales arbitrales no se encuentran habilitados para aplicar las sanciones pecuniarias o no pecuniarias previstas en los ordenamientos nacionales de libre competencia. Esto no es más que una consecuencia de la regla general según la cual los árbitros tienen el poder de “decir el derecho”, pero no el de aplicarlo³, quedando la aplicación siempre en manos de los órganos jurisdiccionales o agencias administrativas con competencia sobre la materia⁴. Segundo, también está fuera de discusión que la arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia no puede hacerse extensiva al ejercicio de las potestades no jurisdiccionales que varios ordenamientos confieren a los tribunales o

1 Para una introducción general, véase OECD (2011).

2 De acuerdo a lo sostenido por Segan (2018), en general, el foco de la literatura en materia de arbitraje y libre competencia ha estado puesto en tres dimensiones: (i) si la libre competencia es arbitrable; (ii) si los tribunales arbitrales tienen un deber de fallar las solicitudes de competencia que le hagan las partes o de fallarlas *ex officio*; y (iii) si, y bajo qué circunstancias, una corte encargada de la revisión judicial de un laudo arbitral, debería aplicar las normas de competencia incluso si ellas no han sido discutidas frente al tribunal arbitral. Otras cuestiones analizadas por la literatura incluyen el alcance del acuerdo arbitral y el procedimiento. El ámbito de este trabajo se limita al primero de los temas mencionados.

3 Por cierto, la mayoría de los estatutos de arbitraje más usados indican que el tribunal arbitral debe hacer sus mejores esfuerzos para asegurarse que sus decisiones sean aplicables (*enforceable*). Por solo citar un ejemplo, véanse las Reglas de Arbitraje de la ICC (2017).

4 En el caso chileno, la ley ha encomendado la prevención, corrección y sanción de los atentados a la libre competencia a un órgano jurisdiccional especial y especializado denominado Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), que es separado del órgano que investiga y persigue tales atentados, denominado Fiscalía Nacional Económica (FNE).

agencias antimonopolios, como ocurre en el caso chileno⁵.

Precisamente, en lo que resta de este trabajo comenzamos por referirnos someramente a las materias vinculadas a la libre competencia que normalmente son sujetas a arbitraje (sección 2). A continuación, mostramos la evolución de la jurisprudencia comparada, la que, como indicamos, hoy acepta de modo general la arbitrabilidad de cuestiones de competencia (sección 3). En especial desarrollamos los casos de Estados Unidos (3.1) y la Unión Europea (3.2). Luego, analizamos el estado del arte en el derecho chileno (sección 4), comenzando por las reglas generales en materia de arbitrabilidad (4.1) para después centrarnos en la discusión en torno a la libre competencia (4.2). Enseguida, damos nuestra opinión acerca del tema del trabajo particularmente para el caso chileno (sección 5), proponiendo algunas ideas para el desarrollo futuro de la arbitrabilidad en nuestro país (5.1) y mostrando algunos promisorios ejemplos recientes de avance en la materia (5.2). Como es habitual, la parte final está dedicada a proveer algunas conclusiones (sección 6).

2. ¿Qué materias relacionadas con la protección de la libre competencia son sometidas a arbitraje?

Típicamente, las cuestiones de libre competencia que suelen ventilarse en un procedimiento arbitral son aquellas que se suscitan en el contexto de una relación comercial entre empresas que se encuentran reguladas por un contrato en el que se contempla una cláusula arbitral. Por tanto, en la gran mayoría de los casos nos encontraremos ante disputas en que la infracción a la libre competencia puede surgir, por ejemplo, como causal de nulidad de un determinado contrato o cláusula contractual, o vincularse a un incumplimiento del cual se deriven perjuicios a ser compensados (Igartua, 2011, p. 261).

La nulidad que se solicita puede ser total o parcial, pero siempre se trata de una de tipo absoluto, pues se basa en el objeto ilícito de las cláusulas estimadas contrarias a la competencia. Dado ese carácter, ella puede ser planteada como acción o excepción, o incluso ser declarada de oficio por el árbitro.

De modo más reciente, sin embargo, superada la visión puramente contractualista del arbitraje, el uso de este mecanismo se extendió a otros tipos de relaciones jurídicas. De este modo, aunque los primeros argumentos basados en libre competencia decían relación con acuerdos comerciales (típicamente, restricciones de tipo vertical), ellos se han extendido a abusos de posición dominante —lo que incluye la determinación del mercado relevante— de un modo bastante frecuente en el derecho comparado⁶. Asimismo, a pesar de que el control de concentraciones pertenece al ámbito de competencias de las agencias de competencia estatales, procesos de arbitraje han sido usados como, o

5 En efecto, el TDLC ha sido investido de una serie de potestades en virtud de las cuales se encuentra facultado para absolver consultas no contenciosas; evacuar informes; requerir la dictación, modificación y derogación de preceptos legales y reglamentarios; o derechamente regular los mercados mediante la dictación de instrucciones generales a que deben someterse los particulares. Sería inaudito que un tribunal arbitral pretendiera ejercer estas potestades que exceden el ámbito jurisdiccional.

6 En el ámbito deportivo, se han invocado vulneraciones a la libre competencia por parte de diversas organizaciones. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso *Pechstein*, fallado por la German Federal Court (*Bundesgerichtshof*), y en *International Skating Union v Commission*, fallado por la General Court (Judgment of 16 December 2020, T-93/18, ECLI:EU:T:2020:610). Sobre este último caso, véase Cattaneo (2021).

integrados en, medidas relacionadas con la implementación de remedios⁷ y la determinación del mercado relevante a la operación.

Como se observa, de todo lo anterior se sigue que comúnmente los arbitrajes se refieren al ámbito de aplicación privada del derecho de la competencia, esto es, aquel que busca proteger pretensiones que deben ser ejercidas por un sujeto legitimado, cuya satisfacción depende de que el juez declare que ha ocurrido una conducta anticompetitiva.

3. La arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia en la jurisprudencia comparada: del rechazo a la aceptación general

Tradicionalmente, la arbitrabilidad del derecho de la libre competencia fue rechazada, en el entendido que nos encontrábamos ante una materia que no era *“de libre disposición conforme a derecho para los particulares al estar regida por normas de orden público cuya aplicación era atribuida o correspondía, en tanto que normas de orden público, en forma exclusiva a una autoridad especializada encargada de reprimir y sancionar su infracción”* (Olavarría, 2011, p. 361).

Como veremos, esta concepción se encuentra hoy ampliamente superada en el derecho comparado⁸. De manera gradual, la arbitrabilidad de las cuestiones de competencia ha ido ganando aceptación, como resultado de la creciente conciencia que se ha tomado acerca de la distinción fundamental entre la materia sujeta a una disputa y la naturaleza de las reglas en cuestión. Hoy en día es claro no sólo que las disputas relativas a cuestiones de competencia son posibles de ser sometidas a arbitraje; más aún, en general se considera que los tribunales arbitrales no pueden ignorar las reglas protectoras de la competencia, que tienen el carácter de orden público, y deben referirse a ellas en su laudo, a riesgo de que la validez de este último pueda ser cuestionada si así no se hace⁹.

3.1. Estados Unidos

En los Estados Unidos, la línea de pensamiento tradicional se refleja nítidamente en una antigua sentencia de la Corte de Apelaciones Federal del Segundo Circuito: *American Safety*, de 1968¹⁰. En ella, la referida Corte se manifestó contraria a la arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia, basada principalmente en la naturaleza de orden público (public policy) de este tipo de ordenamientos; el hecho de que el sistema judicial estaría mejor preparado para lidiar con las complejidades de la litigación antitrust; y el riesgo que los árbitros favorezcan los intereses comerciales de las partes a expensas del interés general¹¹. Como señaló expresamente, *“[u]na reclamación en virtud de las leyes antimonopolio no es un asunto meramente privado. La Ley Sherman está diseñada para promover el interés nacional en*

7 Por ejemplo, los poderes de un *trustee* encargado de una venta de activos o de un monitor pueden ser extendidos al ámbito decisonal, dándole a las partes la posibilidad de pactar una cláusula arbitral. Así se contempla, por ejemplo, en Europa en el *EU Standard Trustee Mandate*. Algo similar ha ocurrido en la práctica en Estados Unidos. En la propuesta de adquisición de *Aleris Corporation* por parte de *Novelis Inc.*, en 2019, el comprador y el Departamento de Justicia acordaron los términos de un procedimiento de arbitraje forzoso siguiendo la *Administrative Dispute Resolution Act*, de 1996 (5 U.S.C. § 571 et seq.) para efectos de determinar el mercado relevante. Este caso es expuesto en detalle en la sección 3.1. del texto principal.

8 No pretendemos en esta sección dar una muestra exhaustiva de los casos, sino sólo una representativa de las principales tendencias en el contexto internacional.

9 Para una buena introducción al derecho comparado, aunque algo desactualizada, véase Blanke y Landolt (2011).

10 *American Safety Equipment Corp v. J. P. Maguire & Co.*, 391 F2d 821 (2nd cir. 1967).

11 A esto se agrega el hecho que los árbitros no pueden contar con el *discovery* propio del proceso en Estados Unidos.

una economía competitiva; por lo tanto, el demandante que hace valer sus derechos en virtud de la Ley ha sido asimilado a un fiscal general privado que protege el interés público [...] Las violaciones de las leyes antimonopolio pueden afectar a cientos de miles -quizás millones- de personas e infligir un daño económico asombroso [...] No creemos que el Congreso pretendiera que esas reclamaciones se resolvieran en otro lugar que no fuera los tribunales estatales”¹².

Posteriormente la tendencia comenzaría a cambiar. Primero, de acuerdo a lo fallado por otra Corte Distrital en *Cobb v. Lewis*, el arbitraje comenzó a permitirse si las partes acordaban someter una disputa ya iniciada a arbitraje, de forma *ex post*¹³. Sin embargo, el gran cambio en la tendencia jurisprudencial se daría durante la década de los ochenta, a partir de la emblemática decisión de la Corte Suprema en el caso *Mitsubishi*, de 1985¹⁴, que puso fin a la doctrina de *American Safety*.

El demandante en *Mitsubishi* era un *joint venture* entre Chrysler International, S.A. (CISA), una empresa suiza, y Mitsubishi Heavy Industries, una empresa japonesa, cuyo objetivo era distribuir los automóviles que fabricaba a través de los concesionarios de Chrysler ubicados fuera de los Estados Unidos. La demandada, por su parte, era una corporación de Puerto Rico que celebró acuerdos de distribución y venta con CISA. El acuerdo de ventas (del que el *joint venture* demandante también era parte) contenía una cláusula que preveía el arbitraje, ante la Asociación de Arbitraje Comercial de Japón, de todas las disputas que surgieran de ciertos artículos del acuerdo o por el incumplimiento del mismo.

Al fracasar los intentos de resolver los conflictos derivados de la disminución de la venta de automóviles nuevos, el demandante retuvo el envío de automóviles destinados al demandado, el cual se desentendió de su responsabilidad respecto de estos vehículos. El demandante interpuso entonces una demanda ante una Corte Federal de Distrito Estadounidense en base a la *Federal Arbitration Act* y a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, solicitando una orden para obligar al arbitraje de las disputas, según lo pactado. El demandado contestó y demandó reconventionalmente, haciendo valer, entre otras cosas, argumentos vinculados a la *Sherman Act* (una de las leyes de libre competencia en Estados Unidos). La Corte Federal de Distrito ordenó el arbitraje de la mayoría de las cuestiones planteadas en la demanda y la demanda reconventional, incluidas aquellas referidas a la defensa de la competencia. Luego, una Corte de Apelaciones revocó la decisión de primera instancia en lo que respecta a someter las reclamaciones antimonopolio a arbitraje. El caso fue remitido y aceptado por la Corte Suprema, que falló de manera favorable a la arbitrabilidad de los asuntos de libre competencia.

La Corte sustentó su decisión en los siguientes fundamentos: (i) una fuerte presunción a favor de las disposiciones contractuales de elección de foro libremente negociadas, que se ve reforzada por la política federal a favor de la resolución de disputas mediante arbitraje, una política que se aplica con especial fuerza en el ámbito del comercio internacional; (ii) que la mera aparición de una disputa antimonopolio no justifica por sí sola la invalidación del foro elegido bajo el supuesto no demostrado de que la cláusula de arbitraje está viciada; (iii) la complejidad potencial de

12 Traducción libre. En el original: “A claim under the antitrust laws is not merely a private matter. The Sherman Act is designed to promote the national interest in a competitive economy; thus, the plaintiff asserting his rights under the Act has been likened to a private attorney-general who protects the public’s interest. See *Waldron v. Cities Service Co.*, 361 F.2d 671, 673 (2d Cir. 1966), cert. granted, 385 U.S. 1024, 87 S. Ct. 743, 17 L. Ed. 2d 672 (1967). Antitrust violations can affect hundreds of thousands — perhaps millions — of people and inflict staggering economic damage. Thus, in the recent “electrical equipment” cases, there were over 1,900 actions, including over 25,000 separate damage claims, commenced by purchasers of equipment allegedly illegally overpriced. The purchasers in turn sold electricity to millions of consumers at rates presumably increased by the excessive costs. We do not believe that Congress intended such claims to be resolved elsewhere than in the courts”.

13 488 F. 2d 41 (5th cir. 1974).

14 *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985).

los asuntos antimonopolio no es suficiente para evitar el arbitraje, así como tampoco un panel arbitral tendría por qué representar un “peligro demasiado grande de hostilidad innata” hacia las restricciones a las conductas comerciales que impone la ley antimonopolio; y (iv) la importancia de la acción privada de daños y perjuicios para hacer cumplir el régimen de las leyes antimonopolio no obliga a concluir que dicho recurso no pueda buscarse fuera de un tribunal estadounidense.

Asimismo, en su famosa “nota al pie 19”, la sentencia en *Mitsubishi* sentó las bases de la restricción a los poderes de los tribunales arbitrales en el sentido de que no pueden dejar de aplicar las leyes de competencia si están llamados a hacerlo. En efecto, luego de establecer que el acuerdo de las partes contenía la elección de la ley suiza, lo que conllevaba el riesgo de que las leyes antimonopolio de Estados Unidos no fueran aplicadas el caso concreto, la Corte Suprema indicó expresamente que si ello ocurría sería algo contrario al orden público (*against public policy*)¹⁵. Esto ha sido denominado la “doctrina de la segunda mirada” (*second look doctrine*). En virtud de ella, una corte puede revisar los contenidos del laudo arbitral desde el punto de vista de la política pública para efectos de asegurar el respeto de las reglas de competencia (que se consideran como parte integrante de esa política). Nótese que esta doctrina no es un límite a la arbitrabilidad de las cuestiones de competencia, sino simplemente una forma de control del contenido del laudo.

La solución adoptada por la Corte Suprema en *Mitsubishi* se enmarca en el contexto del arbitraje comercial internacional, sin que existiera por un largo tiempo una decisión similar en el contexto del arbitraje local. Asimismo, al igual que la jurisprudencia previa, se trataba de una decisión relativa a conductas, sin que hasta entonces los casos se hubieran referido al ámbito del control de concentraciones. La decisión en *Novelis* marcó el cambio en ambos sentidos¹⁶. Por una parte, fue la primera vez que el Departamento de Justicia de Estados Unidos (DOJ), una de las agencias de competencia de Estados Unidos) utilizó la posibilidad que 23 años antes le había dado la *Alternative Dispute Resolution Act* (de 1996) de acudir al mecanismo de arbitraje. Por otra parte, por vez primera se sometió una parte muy crucial del control de concentraciones (la delimitación del mercado relevante) al pronunciamiento de un árbitro, en lugar de litigarse en tribunales¹⁷.

Los hechos de *Novelis* son los siguientes. El DOJ presentó una demanda el 4 de septiembre de 2019 en una corte federal de Ohio para bloquear la compra del productor de aluminio Aleris por parte de su competidor Novelis, debido a su preocupación por el aumento de la concentración en el mercado de chapas para carrocerías de automóviles (ABS) hechas de aluminio si el acuerdo se llevaba a cabo. Al mismo tiempo, el DOJ anunció que había llegado a un acuerdo con los demandados para remitir el asunto a un arbitraje vinculante si las partes no podían resolver las preocupaciones competitivas del DOJ sobre la transacción dentro de un determinado período de tiempo. Tras el cierre de la etapa de *discovery*, se dio comienzo al arbitraje.

15 “We therefore have no occasion to speculate on this matter at this stage in the proceedings, when Mitsubishi seeks to enforce the agreement to arbitrate, not to enforce an award. Nor need we consider now the effect of an arbitral tribunal’s failure to take cognizance of the statutory cause of action on the claimant’s capacity to reinitiate suit in federal court. We merely note that in that in the event of the choice of forum and choice-of-law clauses operated in tandem as a prospective waiver of a party’s right to pursue statutory remedies for antitrust violations, we would have little hesitation in condemning the agreement as against public policy.” (*Mitsubishi*, 473 U.S. 614 [1985], nota al pie 19).

16 *U.S. v. Novelis and Aleris, No: 1:19-cv02033-CAB (N.D. Ohio, March 9, 2020)*. Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1257031/download>. Un análisis en Chaiehloudj (2019), quien considera que el arbitraje de aspectos relativos al control de concentraciones como el permitido en *Novelis* es un “giro peligroso porque genera gran incertidumbre y, por ende, inseguridad jurídica”.

17 Es importante notar que, a diferencia de lo que acontece en Europa o en Chile, donde la revisión del control de concentraciones está en manos de una agencia administrativa cuya decisión sólo eventualmente es revisada por un tribunal, en Estados Unidos, cuando está involucrado el DOJ, este siempre debe litigar ante una corte (federal), ya sea para bloquear la transacción o para llegar a un acuerdo (*consent decree*).

Las partes habían acordado que la cuestión de la definición del mercado relevante del producto era decisiva para el resultado del caso y, por tanto, apropiada para el arbitraje. El DOJ sostuvo que las piezas de aluminio para automóviles constituyen un mercado separado y distinto del de las piezas de acero para automóviles porque el aluminio hace que los vehículos sean más ligeros, más eficientes en cuanto al consumo de combustible y más seguros en comparación con los que tienen componentes de acero. Según la denuncia del DOJ, el acuerdo habría dado a Novelis el 60% de la capacidad total de producción de ABS para automóviles en Norteamérica, así como la mayor parte de la capacidad disponible necesaria para licitar en los contratos de suministro de los nuevos modelos de vehículos. Los demandados, por otro lado, argumentaron que la definición de mercado del DOJ era demasiado estrecha y estaba divorciada de la realidad comercial, insistiendo en que existe una feroz competencia entre los proveedores de acero y aluminio para los contratos de los fabricantes de automóviles en Norteamérica, y que la fusión no reduciría sustancialmente la competencia en ese mercado más amplio. Sabiendo que el caso dependería de la decisión del árbitro en relación con el mercado del producto de referencia, las partes acordaron por adelantado que el DOJ retiraría su demanda si el árbitro apoyaba la posición de los demandados, y que Novelis se desprendería de todas las operaciones de aluminio ABS de Aleris en Norteamérica, incluida una planta de Aleris en Kentucky, si el árbitro fallaba a favor del DOJ.

El 9 de marzo de 2020, tras una audiencia de arbitraje de diez días, el árbitro, Kevin Arquit, un experimentado abogado antimonopolio y antiguo Director de la Oficina de Competencia de la Federal Trade Commission (FTC, la otra agencia de competencia en Estados Unidos), falló a favor del DOJ, concluyendo que el ABS de aluminio es un mercado de productos relevante por sí mismo, desencadenando la desinversión acordada. Las partes de la fusión ya habían acordado vender el negocio de ABS de aluminio de Aleris en Europa como condición para recibir la aprobación de la Comisión Europea.

A propósito de este caso, el *Assistant Attorney General* Makan Delrahim (que encabezó el DOJ de Estados Unidos bajo la administración Trump), señaló que el arbitraje *“tiene el potencial de ser un poderoso mecanismo de resolución de controversias en las circunstancias adecuadas”* y que, por tanto, buscaría *“aplicar el aprendizaje de este caso a otros asuntos futuros”*¹⁸. Esto redundaría en la actualización de la *“Guía sobre el Uso de Arbitraje y Criterios de Selección de Casos”*, en noviembre de 2020¹⁹.

3.2. La UE y jurisdicciones nacionales

Con posterioridad, en la década de los noventa, esta tendencia se traslada a la Unión Europea²⁰. Hoy en día, la arbitrabilidad de las cuestiones de competencia es ampliamente aceptada a nivel comunitario²¹. El precedente emblemático en este caso es la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) en el caso *Eco Swiss*,

18 DOJ, Antitrust Division, *Justice Department Wins Historic Arbitration of a Merger Dispute*, disponible en <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-wins-historic-arbitration-merger-dispute> (9 de marzo de 2020) [última visita: 29 de julio de 2021].

19 DOJ, Antitrust Division, *Updated guidance Regarding the Use of Arbitration and Case Selection Criteria*, Memorandum, November 12, 2020. Esta es una actualización de la guía de 1996 que se refería al uso potencial del arbitraje, lanzada por la *Antitrust Division*, como contrapartida a la promulgación de la ADR Act. (veáse Dept. of Justice, Office of the Senior Counsel for Alternative Dispute Resolution, *Policy on the Use of Alternative Dispute Resolution, and Case Identification Criteria for Alternative Dispute Resolution*, 61 Fed. Reg. 36895 [July 15, 1996]). Como mencionamos, esta guía original no fue usada por más de 20 años en materia de control de concentraciones. Aunque es incierto si la actualización se mantendrá con el cambio de gobierno en Estados Unidos, el cambio en pro de la arbitrabilidad es innegable.

20 Una buena síntesis de varios aspectos relativos al arbitraje en competencia, con perspectiva europea, puede encontrarse en VV.AA. (2019).

21 Véase Geradin y Villano (2016), p. 2: *“There is a wide consensus that Articles 101 and 102 TFEU are fully arbitrable and we share that opinion”*.

de 1999²², que reconoció implícitamente la arbitrabilidad de las reglas de competencia contenidas en el Tratado de Funcionamiento de Unión Europea (TFEU).

Muy resumidamente, los hechos que originaron este caso fueron los siguientes. En 1986, Benetton, sociedad con domicilio en Países Bajos, celebró un contrato de licencia por ocho años con Eco Swiss, domiciliada en Hong Kong, y Bulova Watch Company Inc., con domicilio en Estados Unidos. En virtud de este contrato, Benetton concedía a Eco Swiss el derecho a fabricar relojes que, posteriormente, podían ser vendidos tanto por la propia Eco Swiss como por Bulova. En el contrato se incluyó una cláusula según la cual todo litigio o diferencia entre las partes se dirimiría mediante arbitraje, utilizando las normas del Instituto Neerlandés de Arbitraje y aplicando el derecho neerlandés. En junio de 1991, Benetton resolvió unilateralmente el contrato a contar de septiembre de ese mismo año, es decir, tres antes de que concluyera la vigencia inicialmente acordada. Dado esto, Benetton, Eco Swiss y Bulova iniciaron un procedimiento arbitral que culminó con un laudo condenatorio que obligó a Benetton a pagar US\$23.750.000 a Eco Swiss y US\$2.800.000 a Bulova por los perjuicios que habían sufrido. Benetton recurrió de nulidad del laudo ante un tribunal de primera instancia de los Países Bajos, alegando que éste era contrario al orden público porque el contrato de licencia era nulo desde el punto de vista del artículo 85 TCE (luego artículo 81 del TCE y actualmente artículo 101 de TFUE, que regula las conductas concertadas desde la perspectiva de la libre competencia). Asimismo, en paralelo, solicitó al mismo tribunal la suspensión de la ejecución del laudo y, subsidiariamente, que se ordenara a Eco Swiss la constitución de una fianza para efectos de ejecutar el laudo.

El Tribunal de primera instancia que conocía de la ejecución acogió únicamente la petición subsidiaria, lo que motivó que Benetton interpusiera un recurso de apelación contra esa resolución. Este fue acogido por la Corte de Apelaciones competente, ante lo cual Eco Swiss interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo de los Países Bajos. En esta fase, el Tribunal Supremo decidió plantear distintas cuestiones prejudiciales al TJCE, el cual las redujo a dos categorías: (i) cuál era el peso específico que normas como el artículo 85 TCE poseían en la configuración del orden público estatal como causa determinante del control jurisdiccional de un laudo arbitral, y (ii) la articulación de dicho peso específico con las normas procesales internas.

Conociendo de estas cuestiones prejudiciales, el TJCE emitió una decisión que, en forma indirecta o implícita, respalda la arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia, al concluir que “[u]n órgano jurisdiccional nacional al que se ha presentado un recurso de anulación de un laudo arbitral debe estimarlo cuando considere que el laudo es efectivamente contrario al artículo 85 del Tratado, si conforme a las normas procesales internas debe estimar un recurso de anulación basado en el incumplimiento de normas nacionales de orden público”²³.

De este modo, al igual que como ocurre en Estados Unidos después de Mitsubishi, Eco Swiss reconoció que los árbitros se encuentran facultados para aplicar la normativa comunitaria que rige la libre competencia, pues se trata de una norma esencial para el establecimiento de los objetivos y políticas públicas comunitarias²⁴. Esto implica que un tribunal arbitral no puede declinar su competencia y debiera decidir las materias de libre competencia cuando éstas son suficientemente cercanas o relacionadas con la disputa sometida a su conocimiento, a riesgo que el laudo

22 *Eco Swiss China Ltd. v. Benetton International NV* (1991) ECR I-3055 Case C 126/97.

23 Nótese que esto es consistente con lo establecido en la Convención de Nueva York, artículo V(2)(b): “Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that [t]he recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.”

24 Aunque *Eco-Swiss* permite inferir con claridad que las reglas de competencia son en principio arbitrables, ello no significa que cada aspecto de las mismas lo sea. Para más detalles sobre esta discusión, véase Geradin y Villano (2016).

sea considerado inválido. Aplicando la “doctrina de la segunda mirada”, el control sobre este tipo de cuestiones, de carácter sustantivo, es reservado a las cortes²⁵.

Con posterioridad a *Eco Swiss*, la cuestión relevante ya no estaba tan centrada en la arbitrabilidad de las cuestiones de competencia (particularmente relativas a conductas), sino en la pregunta respecto de si una cláusula de arbitraje debía o no ser interpretada como inclusiva o no de las cuestiones de competencia. Esta fue la problemática con la que lidió la Corte Europea en el caso *CDC*²⁶. En él, sostuvo que una cláusula general de jurisdicción arbitral no incorpora demandas de competencia extracontractuales (como una demanda de daños y perjuicios), a menos que la cláusula haga una referencia específica a la conducta que puede llevar a responsabilidad por normas de competencia. Con esto, la Corte limitó en buena medida el uso del arbitraje en esta materia, pues es altamente probable que las partes no puedan prever con un adecuado grado de especificidad todas las conductas que pueden llegar a ser consideradas anticompetitivas (Segan, 2018).

En el caso del control de concentraciones, en Europa la Comisión es el único organismo con potestades para evaluar los potenciales efectos anticompetitivos de una operación propuesta, declararla compatible o no con las reglas de la competencia del TFEU, y eventualmente aplicar remedios²⁷. Esto implica que las partes no están facultadas para referir al arbitraje este tipo de cuestiones. Sin embargo, por más de 30 años el arbitraje ha sido utilizado como un mecanismo de enforcement de los compromisos adquiridos durante un proceso de aprobación; en otras palabras, se utiliza como un método que permite monitorear la implementación de los remedios que las partes deben cumplir como condición para poder llevar a cabo la operación de que se trate²⁸. De hecho, de acuerdo a los cálculos de Geradin y Villano (2016: 17), entre 2005 y 2016, de un total de 190 decisiones que impusieron compromisos, un 24% contenía una cláusula que permitía a las partes arbitrar futuras disputas relativas al incorrecto cumplimiento de esos compromisos.

La misma línea de aceptación de la arbitrabilidad existente a nivel de la Unión Europea ha sido seguida en las principales jurisdicciones nacionales. Así ha ocurrido, por ejemplo, en Alemania, Inglaterra, Francia, Italia y España, entre otros, donde, a diferencia de la CEJ, el reconocimiento por parte de los tribunales ha sido generalmente explícito, tanto respecto de las conductas como de las consecuencias civiles derivadas de ellas. Como claramente ha señalado la Corte de Apelaciones de Milán, “*cualquier duda es ahora reemplazada por la evolución del pensamiento jurídico, así como de la jurisprudencia, tanto a nivel nacional como a nivel comunitario [...] la posibilidad de arbitrar cuestiones de libre competencia [...] esto es, cuestiones que requieren, para ser resueltas, que sea aplicada una regla sustantiva de competencia, es reconocida*”²⁹. En este mismo sentido se pueden encontrar pronunciamientos de la Corte de Apelaciones de París³⁰,

25 *Eco Swiss China Ltd. v. Benetton International NV* (1991) ECR I-3055 Case C 126/97 p. 3055.

26 Sentencia del 21 de mayo de 2015, *Cartel Damage Claims (CDC), Hydrogen Peroxide SA v Akzo Nobel NV*, Caso C-352/13, EU:C:2015:335.

27 Artículo 21 de las reglas de control de concentraciones de la Unión Europea (EU MCR). Nótese el contraste con el derecho norteamericano, que se explica en las diferencias institucionales descritas supra en nota 17.

28 A modo de ejemplo, véanse los casos *Elf/Minol* (Case No IV/M.235 - Elf Aquitaine - Thyssen / Minol, OJ C 232, 10.9.1992, p. 14–14) y *Newscorp/Telepiu* (Case No COMP/M. 2876 Newscorp / Telepiù, OJ L 110, 16.4.2004, p. 73–125).

29 Corte d'Appello di Milano, 13 September 2002, *Istituto Biochimico Italiano Giovanni Lorenzetti S.p.A. v. Madaus A.G.*, n. 2090. Véase también Corte d'Appello di Milano, 5 July 2006, *Tensacciai S.p.A. v. Freyssinet Terra Armata S.r.l.*, 3 (2007) ASA Bulletin 618.

30 Cour d'appel de Paris, 16 de febrero 1989, *Almira Films v Pierrel*; Cour d'appel de Paris, 29 de marzo de 1991, *Société Ganz and others v Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens* (en ambos afirmando que los árbitros pueden aplicar reglas de política pública y además fallar respecto de las consecuencias civiles de la infracción). Véase también Cour d'appel de Paris (1er Ch.), 19 de mayo de 1993, *Société Labinal v Société Mors & Westland Aerospace* (lo mismo, pero con referencia específica a las reglas de competencia; precisando que, en todo caso, los árbitros no pueden imponer sanciones) y Cour d'appel de Paris, 14 de octubre de 1993, *Aplix v. Velcro*, (1994) Revue de l'Arbitrage 164 (confirmando el anterior).

la Audiencia Nacional de Madrid³¹ y la High Court de Inglaterra y Gales³².

No obstante, con posterioridad al caso CDC algunos tribunales nacionales comenzaron a sostener que las cláusulas arbitrales generales no aplicaban al derecho comunitario de la competencia. Este fue el caso de Holanda³³ y Francia³⁴, por ejemplo, donde se ha requerido una referencia específica a las cuestiones de competencia en la cláusula arbitral.

Contrario a esta tendencia, en un importante desarrollo, la High Court de Inglaterra y Gales, con ocasión del caso *Microsoft Mobile OY (Ltd) v Sony Europe Limited & Ors*, de 2017³⁵, no sólo ratificó la tendencia favorable a la arbitrabilidad de las cuestiones de competencia, sino que permitió que las demandas basadas en ellas, de carácter extracontractual, puedan ser sujetas a arbitraje incluso en ausencia de una redacción específica en tal sentido en la cláusula arbitral³⁶.

En resumen, el caso se refería a la compra de baterías de iones de litio para ser utilizadas en la fabricación de teléfonos móviles por parte de una filial de Microsoft, la demandante. Esta alegó que como resultado de varios acuerdos/prácticas concertadas entre los demandados (una empresa inglesa, una japonesa y dos surcoreanas), los precios de las baterías se incrementaron artificialmente, por lo que interpuso una demanda contra ellas por daños y perjuicios.

Parte de la discusión versó sobre si el tribunal inglés era competente para conocer del litigio. El demandante sostenía que tenía jurisdicción obligatoria sobre el demandado inglés, en virtud del Derecho de la Unión Europea y como consecuencia de su domicilio en Inglaterra. Esto, a su vez, le proporcionaría un “ancla” para traer a los otros demandados, no pertenecientes a la UE, sobre la base de las normas de jurisdicción del derecho común relativas a las partes necesarias y adecuadas. Sin embargo, una parte clave de la disputa era el alcance potencial de una cláusula de arbitraje en un contrato de compra anterior. Se aceptó que ésta era vinculante para el demandante, el demandado inglés y el demandado japonés. Si la acción del demandante entraba dentro de esa cláusula, el procedimiento contra esos dos demandados se suspendería en favor del arbitraje. Esto, a su vez, tendría consecuencias sobre la posibilidad de demandar a las demás empresas (las surcoreanas) ante el tribunal inglés, y sobre la capacidad general del demandante para que sus argumentos fueran escuchados en un solo foro (un objetivo común de los demandantes en las reclamaciones de daños por cartel).

Con anterioridad a Microsoft, la Corte de Apelaciones inglesa había señalado, en el caso *Ryanair Ltd v Esso Italiana*

31 Audiencia Provincial de Madrid, sentencia Nº 324/2004, *Combustibles del Cantabrico S.L. v. Total Spain S.A.* (“En principio, nada previene a las partes a someter a arbitraje disputas que son reguladas por el derecho de la Unión Europea”) y sentencia Nº 147/2013, *Camimalaga S.A.U. v. DAF Vehiculos Industriales S.A.U.* (en el mismo sentido).

32 EWHC, *ET Plus SA & Ors v Welter & Ors*, [2005] EWHC 2115 (Comm): “There is no realistic doubt that such ‘competition’ or ‘anti-trust’ claims are arbitrable; the issue is whether they come within the scope of the arbitration as a matter of true construction”.

33 *Kemira Chemicals OY v CDC Project 13 SA*, 21 de julio de 2015, Court of Amsterdam.

34 *MJA v Apple Sales International* [2016] I.L.Pr. 13.

35 [2017] EWHC 374 (Ch). Un análisis en Segan (2018).

36 Una de las razones que justifican esto puede ser la visión de “one stop shop” con la cual se suelen interpretar las cláusulas arbitrales en el derecho inglés. Como señaló la House of Lords en el caso *Fiona Trust v. Privalov* ([2007] 4 All ER 951), “...the construction of an arbitration clause should start from the assumption that the parties, as rational businessmen, are likely to have intended any dispute arising out of the relationship into which they have entered or purported to have entered to be decided by the same tribunal. The clause should be construed in accordance with this presumption unless the language makes it clear that certain questions were intended to be excluded from the arbitrator’s jurisdiction” (párrafo 13).

Sr³⁷, que la ausencia de cualquier forma viable de demanda contractual relativa a un supuesto precio cartelizado torna en imposible alegar que una demanda extracontractual de competencia relativa al mismo precio está incluida en la cláusula de jurisdicción arbitral. De este modo, entonces, de seguirse esta doctrina de manera ortodoxa, la posibilidad de aplicar el arbitraje en este caso dependía de que la conducta que daba lugar a la demanda de daños (extracontractual) también diera lugar a una demanda contractual.

No obstante, la High Court decidió que una cláusula de arbitraje en un contrato de suministro podía ser aplicada respecto de una acción privada por daños y perjuicios dirigida por una víctima en contra de uno de los partícipes de un cartel. La decisión se fundó en la existencia de disposiciones específicas en el contrato de suministro de acuerdo a las cuales la operación de un cartel daba lugar tanto a un incumplimiento contractual como a uno extracontractual. Principalmente, se trataba de una cláusula que preveía expresamente que los precios se negociarían de buena fe, la cual, en caso de comprobarse la existencia de un cartel, se habría incumplido, dando lugar a reclamaciones contractuales plausibles que presentarían un traslape significativo con las acciones extracontractuales derivadas del ilícito anticompetitivo. Ante esto, la corte consideró que las partes habían previsto que el litigio por dicho ilícito quedara cubierto por la cláusula de arbitraje.

De este modo, todo incumplimiento contractual que fuera “suficientemente cercano” a uno extracontractual daría pie para que el reclamo se considerara incluido en la cláusula de jurisdicción arbitral. Como se observa, esto contrasta marcadamente con el entendimiento que las cortes holandesas y francesas han hecho de *CDC*.

Un segundo ejemplo de jurisdicción europea nacional donde se acepta la arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia es Alemania³⁸. En la Sentencia 8 O 30/16, dictada por el Tribunal Regional de Dortmund el 13 de septiembre de 2017³⁹, la acción del demandante, que perseguía la compensación de daños y perjuicios causados por un supuesto cartel, se consideró inadmisibles, porque el Tribunal consideró que los acuerdos de arbitraje celebrados entre las partes cubrían estas reclamaciones.

El demandante en este caso era una empresa conjunta creada para llevar a cabo un proyecto de construcción ferroviaria, mientras que el demandado ofrecía toda la gama de materiales de superestructura de vía que el demandante necesitaba para la realización de su negocio. El demandante hizo una serie de pedidos al demandado para el suministro de rieles nuevos y la creación de una vía férrea continua. En este contexto, las partes celebraron un acuerdo de arbitraje según el cual “*todos los litigios derivados del pedido [...] serán resueltos por un tribunal de arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje para el Sector de la Construcción*”. Luego, en un segundo contrato, las partes también acordaron la jurisdicción de un tribunal de arbitraje en una cláusula muy amplia que abarcaba “*todas las disputas que surjan en relación con el acuerdo de subcontratación*”.

El demandante solicitó al Tribunal declarar que el demandado era responsable de la indemnización de todos los daños y perjuicios derivados de carteles y/o acuerdos anticompetitivos celebrados por el demandado en relación con

37 [2015] 1 All ER (Comm) 152; [2013] 2 CLC 950; [2014] UKCLR 247. Rechazando la doctrina del “*one stop shopping*”, la Corte sostuvo: “*I think that rational businessmen would be surprised to be told that a nonexclusive jurisdiction clause bound or entitled the parties to that sale to litigate in a contractually agreed forum an entirely non-contractual claim for breach of statutory duty pursuant to article 101, the essence of which depended on proof of unlawful arrangements between the seller and third parties with whom the buyer had no relationship whatsoever, and the gravamen of which was a matter which probably affected many other potential claimants, with whom such a buyer might very well wish to link itself*” (párrafo 53).

38 Para más información sobre este caso, ver <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/10/25/antitrust-arbitration-how-german-courts-are-supporting-the-pro-arbitration-trend-launched-in-the-microsoft-case/> (última visita: 03.08.2021).

39 Disponible en: <https://openjur.de/u/2156096.html> (última visita: 03.08.2021).

las licitaciones asociadas a los contratos celebrados con el demandante entre los años 2001 a 2011. El demandante alegó que los acuerdos de arbitraje no cubrían las reclamaciones por daños y perjuicios en virtud de la legislación sobre carteles, en la cual se fundaba el caso. Por su parte, el demandado se opuso a la competencia del Tribunal debido a la existencia de estos acuerdos de arbitraje.

En su fallo, el Tribunal Regional de Dortmund consideró que los dos acuerdos de arbitraje mencionados eran válidos y dictaminó que las infracciones en materia de carteles y las reclamaciones por daños y perjuicios resultantes eran generalmente arbitrables en virtud de la legislación alemana. Ello en aplicación de la práctica judicial alemana, que ha establecido sistemáticamente que debe darse prioridad a una interpretación amplia de las cláusulas arbitrales desde un enfoque favorable al arbitraje.

3.3. Otras jurisdicciones: una referencia

Finalmente, cabe señalar que una tendencia similar a la europea y norteamericana se observa en la mayor parte de las demás jurisdicciones, incluidas algunas latinoamericanas. Por ejemplo, en Colombia, existe desde hace un tiempo abundante jurisprudencia que indica de modo prácticamente invariable que los árbitros tienen facultades para aplicar normas de libre competencia, bajo los límites que les impongan las partes⁴⁰.

Por su parte, en el caso de Perú, si bien la doctrina se ha manifestado a favor de la arbitrabilidad de la libre competencia, se han identificado ciertos obstáculos para su reconocimiento generalizado; en particular, la incertidumbre existente respecto de la exclusividad que tendría el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual para conocer sobre estas materias⁴¹.



En términos generales, puede decirse que, desde la decisión en *Mitsubishi*, la arbitrabilidad de los casos de libre competencia ha devenido en un estándar admitido en casi todas las jurisdicciones, sin perjuicio de ciertas diferencias menores respecto de su ámbito de aplicación en algunas de ellas (Bovet, s/f)⁴². Esto quiere decir que, a diferencia de lo que indicábamos al inicio de esta sección, hoy en día se acepta que el derecho de la competencia puede ser aplicado tanto por autoridades públicas como por jueces que deciden pretensiones de particulares basadas en aquél, pues su ámbito de protección es, a la vez, particular (esto es, de cada agente del mercado) y general (de toda la colectividad).

40 En Colombia existe un número importante de laudos arbitrales que han aplicado el derecho de la competencia. Un buen resumen (aunque no tan actualizado) en Perilla (2015).

41 Para mayores antecedentes sobre el estado de la discusión en Perú, ver Vargas, Tercero y Castillo (2020).

42 Por ejemplo, en 2019, en China, la Corte Suprema del Pueblo, en el caso *Shell (China) Limited v Hohhot Huili Material Co., Ltd.* optó por una interpretación restrictiva que excluye la arbitrabilidad de las disputas civiles relacionadas con conductas unilaterales, aduciendo que ellas no tienen relación con derechos contractuales o de propiedad.

4. La arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia en el derecho chileno

La legislación chilena no ha establecido *“un catálogo de materias arbitrables, ni aún un criterio expreso que permita dilucidar cuáles materias pueden arbitrarse a diferencia de lo que ocurre en buena parte de Derecho comparado”* (Vásquez, 2006). En efecto, el Código Orgánico de Tribunales, que es la fuente de referencia obligada al analizar la regulación de la arbitrabilidad en el derecho chileno, se limita a consignar ciertos supuestos de arbitraje forzoso (art. 227), junto con un catálogo taxativo de materias de arbitraje prohibido (arts. 229 y 230), entre las que se encuentran las cuestiones que versan sobre alimentos o sobre derecho de pedir separación de bienes entre marido y mujer, las causas criminales, las de policía local, las que se susciten entre un representante legal y su representado, y aquellas en las que debe ser oído el fiscal judicial.

Dado que, como se observa, entre las materias de arbitraje prohibido no se encuentran las cuestiones de libre competencia, una respuesta sencilla al tema que nos convoca sería sostener que el derecho chileno reconoce la arbitrabilidad de dichos asuntos. Sin embargo, el criterio de inarbitrabilidad no se agota en las referidas materias de arbitraje prohibido.

La doctrina nacional clásica en materia de arbitraje, cuyo exponente más paradigmático es Aylwin, enseña que *“está negado a las partes el derecho de someter a compromiso los litigios que no sean de su interés puramente particular”* (Aylwin, 1958, p. 114). Esta restricción se fundaría en dos principios. Primero, en que teniendo el arbitraje por base una convención y sólo pudiendo recaer ésta sobre objetos que estén en el comercio humano, aquél no puede admitirse sobre cosas intransferibles. Segundo, que dado que en gran número de litigios está comprometido, más o menos directamente, el interés social, se hace necesario en consecuencia sujetarlos a solemnidades especiales que sean una garantía de que no se resolverá ni hará nada lesivo para las superiores conveniencias de la sociedad o los legítimos derechos de terceros (Aylwin, 1958, pp. 113-114).

A su vez, la doctrina chilena contemporánea ha vinculado la arbitrabilidad al *“criterio de la libre disposición”*, entendido como *“la posibilidad que tienen las partes de decidir de mutuo acuerdo sobre un derecho que les concierne o sobre un determinado aspecto del mismo, es decir, cuando gozan de autonomía de la voluntad sobre el derecho”* (Vásquez, 2018, p. 482). El problema deviene, entonces, en dilucidar si las materias de libre competencia cumplen con dicho criterio.

Ahora bien, para arribar a una conclusión adecuada sobre esta cuestión no basta con considerar únicamente la faz sustantiva/procesal de la libre disponibilidad, sino que ella debe ser también examinada desde su vertiente institucional. En la sección siguiente detallamos ambas cuestiones.

4.1. Disponibilidad de las pretensiones en el ámbito de la libre competencia

La respuesta a la pregunta sobre la arbitrabilidad de los asuntos de libre competencia en el derecho chileno supone abordar previamente la cuestión de la disponibilidad por las partes de las pretensiones en el ámbito de la libre competencia.

Sobre este particular, la doctrina chilena tradicionalmente sostuvo que las *“pretensiones procesales en materia de libre competencia, que deberán ser satisfechas por el Tribunal Antimonopólico mediante una sentencia, arrancan de conflictos intersubjetivos, que siempre son de orden público; de allí que resultan indisponibles las mencionadas pretensiones, no resultando eficaces las transacciones, avenimientos o desistimientos referidos a tales pretensiones”* (Valdés, 2006, p. 591).

En sus primeros años de funcionamiento, la jurisprudencia del TDLC siguió consistentemente esta línea doctrinal proclive a la absoluta indisponibilidad de las pretensiones en esta materia.

Es así como, en *ACHAP*⁴³, el TDLC rechazó la solicitud de la FNE de aprobar los avenimientos alcanzados con algunos de los requeridos, por tratarse de *“derechos indisponibles que no pueden ser objeto de un contrato de transacción, y siendo únicamente procedente como equivalente jurisdiccional la conciliación a que se refiere el artículo 22º, inciso primero, del Decreto Ley N° 211, en aquellos casos en que este Tribunal estime pertinente llamar a las partes a conciliación y autorizar el correspondiente avenimiento por no ser contrario a la libre competencia”*.

Asimismo, en *Telmex con CTC*⁴⁴ el TDLC se negó a acoger un desistimiento presentado por la demandante tras haber alcanzado un avenimiento con el demandado, resolviendo en su lugar que *“atendido que en las acciones en resguardo de la libre competencia existe un interés público comprometido, previo a resolver, acompañen las partes el acuerdo aludido en la presentación que se resuelve, dentro de tercero día y, hecho, informe la Fiscalía Nacional Económica al tenor de la demanda, contestación y el acuerdo referido, dentro de 15 días hábiles”*.

Sin embargo, en forma reciente se ha observado un marcado cambio en esta línea jurisprudencial, que se refleja en decisiones adoptadas por el TDLC en materia de desistimientos y la aplicación de la sanción procesal del abandono del procedimiento.

En lo que respecta a la procedencia del desistimiento en sede de libre competencia, en *Bio Bio con Alifrut* algunos de los demandantes en el caso promovieron incidentes de desistimiento de sus demandas, encontrándose con la oposición de los restantes demandantes, quienes adujeron que los desistimientos presentados no serían compatibles con el procedimiento contencioso de libre competencia atendido el interés general y de orden público comprometido en él.

A pesar de esta oposición y de los precedentes jurisprudenciales antes consignados, el TDLC resolvió acoger los desistimientos⁴⁵, sobre la base de las siguientes consideraciones: (i) aún bajo el supuesto de la existencia de un interés público comprometido en la causa (el que debe ser resuelto en la sentencia definitiva por el TDLC), un particular puede desistirse de su demanda; (ii) la circunstancia de que el D.L. N° 211 confiera a los particulares la posibilidad de interponer demandas en sede de libre competencia no implica que ellos puedan disponer del bien jurídico protegido por la ley, lo que se manifiesta en el hecho de que la titularidad de la acción para perseguir las conductas contrarias a la libre competencia no está limitada únicamente a un sujeto, sino que, por el contrario, recae tanto en el Fiscal Nacional Económico como en otros particulares legitimados; (iii) no existe impedimento para que un particular pueda desistirse de la demanda deducida, pues este desistimiento sólo extingue su acción, pero en ningún caso las del resto de las personas que puedan estar legitimadas; y (iv) por otro lado, existen en el derecho chileno otros procedimientos donde también está comprometido el interés público y, sin embargo, el desistimiento de la acción por el particular está permitido (por ejemplo, en el procedimiento penal el querellante puede desistirse de su querrela aun en el caso de una acción penal pública, aunque el efecto de ese desistimiento es limitado, pues no extingue la acción penal para otros legitimados).

43 Resolución de fecha 16 de junio de 2009, dictada en los autos rol C-177-18, *Fiscalía Nacional Económica en contra ACHAP A.G y otros*.

44 Resolución de fecha 23 de septiembre de 2009, dictada en autos rol C-181-08, *Telmex Servicios Empresariales S.A. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.*

45 Resolución de fecha 23 de agosto de 2016, dictada en autos rol C-305-16, *Alimentos Bio Bio Ltda. y otros contra Alimentos y Frutos S.A. y otros*, considerandos Tercero a Sexto.

Cabe destacar que, en la misma causa antes referida, más adelante en el proceso, los demandantes remanentes procedieron a desistirse parcialmente respecto de algunos de los demandados, desistimientos que también fueron acogidos por el TDLC⁴⁶, a pesar de que en las solicitudes respectivas se señalaba expresamente que lo que subyacía al desistimiento era la circunstancia de haberse *“llegado a un acuerdo que satisface los intereses de mis representadas, los cuales hemos expuesto en este proceso”*⁴⁷.

El TDLC no estimó necesario conocer el contenido de estos acuerdos antes de aceptar el desistimiento, a pesar de la solicitud de uno de los demandados en tal sentido. Es decir, por la vía de aceptar estos desistimientos, el TDLC indirectamente validó también la eficacia del avenimiento como posible medio de composición de controversias en el ámbito de la libre competencia.

En forma similar a lo acontecido con el desistimiento, la jurisprudencia del TDLC históricamente se había mostrado contraria a la procedencia del abandono del procedimiento en sede de libre competencia. La base de esta posición era que el procedimiento jurisdiccional (contencioso) de libre competencia estaba regido por el principio inquisitivo, por tratarse de una materia en la que está comprometido el interés público.

Es así como en *Voissnet con CTC*⁴⁸ el TDLC se negó a acoger el incidente de abandono promovido por el demandado, sobre la base de considerar que *“(i) la sanción de abandono de procedimiento prevista en los artículos 152 y siguientes del Código de Procedimiento Civil es incompatible con el procedimiento contencioso que regulan los artículos 19º y siguientes del Decreto Ley N° 211, toda vez que en éste último se encuentra comprometido el interés general, no siendo disponible la acción ejercida por los interesados; y, (ii) considerando además que se trata de un procedimiento cuya consecución no se rige por el principio dispositivo, tal y como se desprende del artículo 20º, inciso 1º del Decreto Ley N° 211, que establece que éste es un procedimiento ‘impulsado de oficio’”*.

No obstante, tal y como ocurrió con la procedencia del desistimiento, esta jurisprudencia experimentó un vuelco reciente con ocasión del caso *Fedeleche*⁴⁹, en que el TDLC acogió el incidente de abandono por estimar que: (i) la existencia de un eventual interés público comprometido no obsta al abandono del procedimiento. El Código de Procedimiento Civil es aplicable a un sinnúmero de procesos, incluyendo materias que eventualmente afectan el interés público, y no contempla dicha circunstancia como una causal de improcedencia del referido incidente; (ii) la declaración de abandono del procedimiento no produce la extinción de las acciones y excepciones de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 156 del Código de Procedimiento Civil, permitiendo que ellas puedan ser interpuestas u opuestas en un nuevo proceso. Por consiguiente, la sentencia de abandono del procedimiento no afecta, por sí misma, los intereses públicos y privados que puedan haber sido lesionados por las conductas sometidas a la decisión de este Tribunal; y (iii) el abandono del procedimiento no sólo se fundamenta en consideraciones de interés privado, sino también en otras de interés público relativas al debido proceso, en la medida que la excesiva paralización de los procesos lesiona el derecho de las partes a ser juzgadas en un plazo razonable y afecta la seguridad jurídica mediante la interrupción indefinida de los plazos de prescripción.

46 Véase, por ejemplo, resolución de fecha 25 de julio de 2017.

47 Véase, por ejemplo, presentación realizada por los demandantes con fecha 18 de julio de 2017, a fojas 5018

48 Resolución de fecha 11 de junio de 2008, dictada en los autos rol C N°135-07, *Voissnet S.A. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.*

49 Resolución de fecha 6 de junio de 2016, dictada en los autos rol C-284-2014, *Fedeleche contra Soprole Inversiones S.A. y otros*, considerandos Duodécimo a Decimocuarto.

En suma, a la luz de la jurisprudencia reciente del TDLC, previamente reseñada, pareciera que la tradicional concepción de la indisponibilidad absoluta de las pretensiones en materia de libre competencia se ha visto en entredicho, habiéndose atribuido por el TDLC plena eficacia a desistimientos y —al menos en forma indirecta— a avenimientos entre particulares, como medios idóneos para poner término a determinados procedimientos contenciosos de libre competencia.

Lo anterior, según se ha expuesto, en el entendido de que estos equivalentes jurisdiccionales solo extinguen las pretensiones de las partes involucradas, pero en caso alguno las del resto de las personas que puedan estar legitimadas y en particular las del Fiscal Nacional Económico en tanto representante del interés público en la materia.

En este contexto y solo a la luz del criterio de la libertad de disposición desde un punto de vista sustantivo/procesal, no parecieran haber obstáculos en el derecho chileno —en el presente estado del arte— para la arbitrabilidad de aquellas cuestiones de libre competencia en que no está gravemente comprometido el interés público; siendo, por el contrario, discutible la procedencia del arbitraje en aquellos casos en que sí se observa una afectación del interés general (como suele ocurrir, por ejemplo, con claridad en presencia de carteles).

4.2. ¿Es exclusiva la competencia conferida por el legislador al TDLC?

Como hemos adelantado, para arribar a una conclusión adecuada sobre la arbitrabilidad de las materias de libre competencia no basta con considerar únicamente el criterio de la libre disposición en su faz sustantiva/procesal, sino que ella debe también ser examinada desde su vertiente institucional.

Bajo esta perspectiva, se ha planteado que sólo podrá someterse a arbitraje una materia o un concreto derecho *“cuando el legislador no hubiere determinado que aquéllas deban ser conocidas y resueltas por un tribunal (ordinario o especial) determinado”* (Vásquez, 2018, p. 484).

Es aquí donde se torna determinante para el análisis una peculiaridad del sistema chileno de libre competencia, como es la especial configuración institucional del TDLC, en tanto órgano independiente y especializado al que se le ha encomendado la prevención, corrección y sanción de los atentados a la libre competencia. La interrogante que cabe plantearse a este respecto es si la existencia de esta jurisdicción especial a la que se le ha encargado el conocimiento esta materia específica implica necesariamente la exclusividad y la exclusión de otros órdenes, como el arbitral.

Al efecto, se ha sostenido que *“la tendencia doctrinal apunta a la ampliación de la esfera de la arbitrabilidad en el entendido que el hecho que determina la arbitrabilidad de un tema no debiera depender del reparto de competencias que realiza un Estado, sino que de la viabilidad del procedimiento arbitral para proporcionar a las partes una tutela de sus derechos e intereses, entonces es dable cuestionar si estas razones son suficientes para negar la arbitrabilidad de un asunto”* (Vásquez, 2006).

En este sentido, en el derecho chileno se ha consolidado una opinión mayoritaria en torno a que la competencia atribuida por el legislador al TDLC tiene un carácter exclusivo y excluyente no solo respecto de otros tribunales estatales ordinarios o especiales, sino también de la jurisdicción arbitral.

Al efecto, cabe señalar que, incluso antes de la creación del TDLC, durante la vigencia de la antigua institucionalidad en materia de libre competencia, ya existían pronunciamientos en el sentido que el conocimiento y la sanción de supuestas infracciones a la libre competencia había sido entregado, en forma exclusiva y excluyente, a la Comisión Resolutiva, antecesora legal del TDLC.

Así se desprende, por ejemplo, del Dictamen N° 895/131, dictado por la Comisión Preventiva Central⁵⁰ con fecha 28 de enero de 1994, en el que se sostiene que *“las normas contenidas en el Decreto Ley N°211, de 1973, sobre libre competencia, son de Orden Público y tienen rango constitucional en virtud del Decreto Ley N°788, de 1974 y, por lo tanto, irrenunciables. De modo que la H. Comisión Resolutiva es el único Tribunal que tiene competencia exclusiva y excluyente para conocer de dichos asuntos”*⁵¹.

Luego, el año 2003, se crea el TDLC⁵². Para efectos de nuestro análisis, es importante tener presente que la decisión de crearlo va mucho más allá de una mera distribución de competencias estatales. Ella obedece a una decisión legislativa de encomendar el conocimiento de los conflictos en materia de libre competencia a un órgano jurisdiccional especial y especializado, atendida la complejidad de los asuntos sometidos al conocimiento del TDLC, así como su naturaleza jurídico-económica⁵³. Esto se materializa en la exigencia del artículo 6 del DL N°211, en el sentido de que los ministros del TDLC deben ser profesionales *“expertos en materia de libre competencia”*, y la composición mixta del tribunal, con arreglo a la cual tres de sus cinco jueces titulares deben ser abogados y los dos restantes *“licenciados o con post grados en ciencias económicas”*.

Este peculiar diseño institucional ha sido invocado como justificación del carácter exclusivo y excluyente de la competencia sobre las materias que le han sido encomendadas. Así, se ha afirmado que *“[e]l Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tiene un ámbito de actividad demarcado por la especialidad de su materia, que ha sido sustraída de los tribunales ordinarios de justicia y, por tanto, ya no compete a éstos pronunciarse sobre aquélla. Así lo confirma expresamente el art. 5° del Decreto Ley 211 al disponer que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial. El fundamento de esa competencia especial del Tribunal Antimonopólico arranca de la especialidad de la especialidad de la materia, lo que queda reflejado en la especial conformación de este último, al estar integrado por jueces letrados y no letrados, que sean expertos o profundos conocedores de asuntos vinculados al Derecho y a la economía de la libre competencia”* (Valdés, 2006, p. 383).

En el mismo sentido, el expresidente de la Corte Suprema chilena, don Milton Juica Solís, en una reunión de la Organización de Estados Americanos sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, manifestó su opinión en cuanto a que *“En Chile todo lo que requiere un tribunal especial no es arbitrable. En Chile, también es complejo porque hay una pluralidad de tribunales y todo esto es criticable porque atenta contra el principio de unidad de justicia [...] Hay temas como la defensa de la libre competencia que son disponibles en algunos países, pero en Chile no”*⁵⁴.

Siguiendo esta postura, y con las limitaciones propias del carácter confidencial y reservado de los laudos arbitrales,

50 El DL N°211 de 1973, que fue el primer cuerpo normativo destinado exclusivamente a temas de libre competencia en Chile, estableció normas para defensa de la libre competencia en las actividades económicas, incluyendo sanciones, tanto administrativas como criminales, y una institucionalidad tripartita conformada por las Comisiones Preventivas, a cargo de absolver consultas; la Comisión Resolutiva, a cargo de resolver conflictos; y la FNE, responsable de investigar y fiscalizar el cumplimiento de las resoluciones que esos organismos dictaban.

51 Cabe destacar también la Resolución N°147/1983 de la Comisión Resolutiva, que en relación con consulta de la compañía Coca-Cola sobre un contrato de sub-licencia, estableció que la inclusión de una cláusula arbitral general (en virtud de la cual se sometían las disputas surgidas entre las partes a la decisión de un árbitro arbitrador) no infringía las normas de libre competencia, ya que este pacto *“no puede interferir con las facultades y potestades de los organismos creados por la ley para prevenir, investigar, corregir y reprimir los atentados a la libre competencia o los abusos en que incurra quien ocupe una situación monopólica”*.

52 Su creación se hizo por la Ley N°19.911, procediéndose a la instalación del tribunal con fecha 13 de mayo de 2004.

53 Véase Tapia y Cordero (2015).

54 Actas de la discusión se encuentran disponibles en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_Reconocimiento_Ejecucion_Sentencias_Laudos_2013.pdf

conocemos al menos una sentencia arbitral en que el árbitro, incluso teniendo la calidad de arbitrador⁵⁵, declinó emitir pronunciamiento acerca de la supuesta ilicitud de determinadas cláusulas del contrato en cuestión por una presunta infracción a la normativa de libre competencia, sobre la base de considerar que la competencia atribuida al TDLC tiene carácter exclusivo y excluyente. El árbitro sostuvo que *“en cuanto al segundo aspecto de ilicitud de aquellos señalados en el Considerando Vigésimo Tercero, esto es, el hecho que algunas de las cláusulas de Convenio habrían afectado la libre competencia, es relevante destacar la clara incompetencia de este Árbitro para dicho propósito. Es un hecho que el tribunal que tiene competencia para declarar y hacerse cargo de infracciones de dicha naturaleza es, actualmente, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y no este Tribunal Arbitral, razón por la que las cuestiones levantadas por [el Demandado], son de conocimiento de dicho Tribunal, y no de éste”*⁵⁶.

El TDLC, en cambio, no se ha pronunciado directamente sobre este tema, aunque sí lo ha hecho tangencialmente.

En los autos rol C-108-06, sobre demanda relativa a conductas de competencia desleal, el demandado opuso la excepción dilatoria contemplada en el número 1º del artículo 303 del Código de Procedimiento Civil (esto es, la incompetencia del tribunal ante quien se ha presentado la demanda), aduciendo que las conductas imputadas por la demandante —ATI Chile S.A.— nada tenían que ver con el bien jurídico tutelado por la legislación de defensa de la competencia, correspondiendo a materias de derecho civil contractual que miraban exclusivamente al interés de las partes y que estaban siendo discutidas ante, y conocidas por, un Tribunal Arbitral.

El TDLC decidió rechazar esta excepción en el entendido que el *“Decreto Ley. N° 211 es de orden público y debe ser respetado por todos los agentes del mercado, en todos los actos y contratos que ejecuten o celebren. Por lo tanto, la sola circunstancia de existir un contrato entre las partes, no supone que sus relaciones estén regidas exclusivamente por éste, sin consideración a lo preceptuado por la legislación de defensa de la libre competencia que, se reitera, es de orden público [...] en consecuencia, y sin perjuicio de que en una relación contractual existen aspectos que miran al solo interés individual de las partes, pueden existir otros, coincidentes o concurrentes con los primeros, que comprometan el interés general que corresponde cautelar a este Tribunal. Por consiguiente, la competencia de este Tribunal no se ve afectada por el hecho de existir otro juez con competencia para conocer y resolver el conflicto de intereses privados existente entre las partes”*⁵⁷.

Luego, en los autos rol C-162-08, relativos a una cuestión de competencia por vía inhibitoria promovida respecto de un arbitraje tramitado ante el señor árbitro Jaime Irrázabal, el TDLC decidió rechazar la cuestión de competencia promovida, en vista que las peticiones de la demanda en cuestión decían relación *“con la vigencia y cumplimiento de obligaciones que emanan para las partes de determinados contrato”*. Como se desprende de lo señalado, el TDLC declinó declararse competente por tratarse de un conflicto puramente civil (*“vigencia y cumplimiento de obligaciones”*)⁵⁸.

Ahora bien, del solo hecho que al TDLC le compete en forma exclusiva la imposición de sanciones pecuniarias y

55 Con arreglo al derecho chileno, árbitro arbitradores son aquellos facultados para fallar con arreglo a su prudencia y equidad, pudiendo hacerlo incluso contra texto expreso de la ley.

56 Sentencia dictada por el árbitro arbitrador Manuel José Vial Vial en los autos Rol CAM Santiago 2440-2017. Cabe señalar que esta sentencia fue objeto de recurso de queja, el cuál fue rechazado por la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, mediante sentencia de fecha 10 de diciembre de 2017, dictada en los autos rol Civil (Queja)-8826-2017.

57 Resolución de fecha 12 de diciembre de 2006, dictada en los autos Rol C 108-06.

58 Resolución de fecha 27 de mayo de 2008, dictada en los autos rol C-162-08. Sin embargo, es aún posible que la decisión hubiera sido distinta si las pretensiones hechas valer hubieran guardado una relación más directa con el ámbito de la libre competencia.

de otra índole previstas en la ley⁵⁹, no se sigue necesariamente que un Tribunal Arbitral se encuentre impedido de constatar o declarar la contrariedad de un contrato con la normativa de libre competencia para derivar de ella efectos de carácter civil, tales como la nulidad o terminación del contrato, o bien la obligación de indemnizar los perjuicios derivados de dicha infracción.

Sin embargo, las potestades y atribuciones que le han sido conferidas al TDLC van más allá de la mera dimensión infraccional de los ilícitos anticompetitivos, extendiéndose también a los efectos civiles de estas infracciones.

Por ejemplo, dentro del catálogo de medidas que el TDLC puede adoptar en su sentencia definitiva se encuentra la posibilidad de *“modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley”* (artículo 26 del DL 211).

A este respecto, se ha discutido si esa potestad pudiera resultar compatible (o coexistir) con la posibilidad de que un tribunal, ordinario o arbitral, pudiera decretar la nulidad del acto o convención que contraviene la legislación antimonopólica por adolecer de objeto ilícito (López Santa María, 1977).

La doctrina especializada en materia de libre competencia ha rechazado categóricamente esta posibilidad, postulando que sería inconciliable con la especial naturaleza de los asuntos de libre competencia y con la existencia de una jurisdicción especializada como la que ejerce el TDLC. Por ejemplo, se ha sostenido que: *“La justicia ordinaria carece de especialidad para determinar cuándo un determinado acto o convención conculca la libre competencia, puesto que ello no resulta de un mero examen formal, sino que exige un análisis del respectivo mercado relevante. Luego, no puede la justicia ordinaria declarar la nulidad absoluta de oficio porque ésta no aparece de manifiesto; en efecto, en materia antimonopólica las circunstancias de mercado son determinantes para la calificación de la aptitud vulneradora de la libre competencia de un acto o convención. De allí que ciertas cláusulas de un acto jurídico puedan ser inocuas bajo determinadas circunstancias de mercado y luego las mismas cláusulas se tornen abusivas, atendida la adquisición de una posición dominante por parte de quien las impone”* (Valdés, 2006, p. 382).

Otro efecto civil de las infracciones a la libre competencia es la posibilidad de demandar indemnización de perjuicios por parte del infractor. En este caso, la pregunta es por la posibilidad de que un Tribunal Arbitral pueda conceder una compensación a partir de la declaración o constatación de una infracción a la normativa de libre competencia.

Sin embargo, esta posibilidad parece —al menos *prima facie*— colisionar con lo preceptuado en el artículo 30 del DL N°211. Tras la reforma introducida a este último cuerpo legal por la Ley N°20.945, la posibilidad de demandar directamente ante un tribunal ordinario o arbitral la indemnización de los perjuicios causados por un ilícito anticompetitivo parece remota, atendido que el legislador decidió encomendar el conocimiento y fallo de la acción de perjuicios derivada de un atentado a la libre competencia al propio TDLC, el cual, al resolver sobre la acción de indemnización de perjuicios, debe fundar su fallo *“en los hechos establecidos en su sentencia que sirvan de antecedente a la demanda”*.

Con todo, la incompatibilidad de solicitar perjuicios derivados de ilícitos anticompetitivos por la vía arbitral ya había sido declarada con anterioridad. En efecto, previo a la última modificación introducida al DL N°211 por la Ley N°20.945, el artículo 30 disponía que *“La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar, con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante el tribunal civil*

59 Las sanciones están contempladas en el artículo 26 del DL N°211.

competente de conformidad a las reglas generales, y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario, establecido en el Libro III del Título XI del Código de Procedimiento Civil [...] El tribunal civil competente, al resolver sobre la indemnización de perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dictada con motivo de la aplicación de la presente ley”.

Pues bien, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores interpretó consistentemente este artículo como consagratorio de la imposibilidad de demandar directamente ante los tribunales civiles la indemnización de perjuicios derivados de ilícitos anticompetitivos sin mediar una sentencia infraccional previa del TDLC o de la Corte Suprema.

En este sentido, en una demanda de Netline Mobile S.A. en contra de Telefónica Móviles Chile S.A. y otras empresas de telefonía móvil⁶⁰, la Il. Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda de indemnización de perjuicios, tras constatar que *“la única conducta anticompetitiva sancionada por la Corte Suprema consistió en la negativa injustificada de ventas por las compañías telefónicas ya citadas, entre el año 2006 y el primer semestre del año 2007. Por lo que, esta sentencia no abarca hechos ni conductas posteriores al 14 de agosto del 2007, fecha del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica. Por consiguiente, no hay una sentencia dictada en sede de libre competencia que haya conocido y calificado una conducta de los demandados desplegadas en el primer semestre del 2007 y julio del 2012. La jurisprudencia y la doctrina nacional se encuentran contestes en establecer que no es posible demandar directamente la indemnización de perjuicios ilícitos anticompetitivos que no han sido declarados como tal por los únicos órganos jurisdiccionales llamadas a pronunciarse sobre esta materia, esto es, el Tribunal de la Libre Competencia y la Corte Suprema. Por lo que, en el caso, no es posible constituir como un hecho que causa perjuicios, si no es con esta declaración”.*

Esta sentencia fue luego materia de recursos de casación en la forma y en el fondo, los que también fueron rechazados por la Excm. Corte Suprema⁶¹, sobre la base de considerar que *“como se aprecia de los hechos establecidos en la sentencia recurrida, contrariamente a lo que postula el recurso, la demanda no se rechaza por estimar que los perjuicios que se demandan deben haberse producido necesariamente en el período que fue materia de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sino porque la demanda se basó en hechos posteriores al mencionado fallo, que no fueron objeto de esa sentencia, conclusión fáctica establecida en la sentencia que resulta inamovible para esta Corte de Casación al no haber sido impugnada denunciando infracción a normas reguladoras de la prueba, de modo tal, que no se produce infracción del artículo 30 del Decreto Ley 211, porque esta disposición en su inciso segundo establece claramente que el tribunal civil competente, al resolver sobre la indemnización de perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dictada con motivo de la aplicación de la presente ley, norma a la cual la sentencia ha dado correcta aplicación al rechazar la demanda ya que estableció que los hechos en que se funda la demanda no fueron materia de dicho fallo”.*

4.3. Conclusión acerca del estado de la cuestión en el derecho chileno

En suma, si bien de la sola existencia de un tribunal especial y especializado no se sigue necesariamente la inarbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia en el derecho chileno, se observa una tendencia mayoritaria en ese sentido, fundada en las especiales características del diseño institucional en la materia, en las potestades y

60 Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 8 de enero de 2018, dictada en autos sobre recurso de apelación rol 13.563-2016.

61 Sentencia de la E. Corte Suprema de fecha 19 de marzo de 2020, dictada en autos sobre recursos de casación en la forma y en el fondo rol 7368-2018.

atribuciones que el legislador ha conferido al TDLC a lo largo del tiempo y en los criterios jurisprudenciales de los órganos de libre competencia y de los tribunales superiores.

De esta forma, el principal obstáculo para la aceptación en Chile de la arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia no parece provenir de una supuesta indisponibilidad sustantiva o procedimental de las pretensiones en esta materia (la que ha sido al menos puesta en duda por la jurisprudencia más reciente del TDLC), sino más bien de una aparente imposibilidad de renunciar o abstraerse de la supuesta competencia exclusiva y excluyente que ha sido encomendada al TDLC, tanto respecto de los aspectos infraccionales como de los efectos civiles de los ilícitos anticompetitivos.

Las cuestiones de libre competencia serían, por tanto, una de aquellas materias que siendo perfectamente arbitrables en “potencia”, no lo son en la práctica *“por un impedimento adjetivo que puede luego ser cambiado vía legislativa”* (Vásquez, 2018, p. 485), sin perjuicio que, como advierte la misma autora, incluso en estos casos *“se vuelve verdaderamente relevante distinguir sobre los tipos de intereses que pueden verse afectados, por cuanto no es lo mismo que determinados terceros puedan estimarse dañados, que si se afectan intereses generales o públicos, en el primer caso, podría arbitrarse la materia si se reúnen la voluntades requeridas para ello, lo que no podrá ocurrir en el segundo caso”*.

5. Cambiando la visión tradicional: arbitrar ciertas disputas de libre competencia en Chile es posible (y deseable)

Siendo este el estado de la cuestión en el derecho chileno, cabe preguntarse si es posible (y si resultaría aconsejable) abrir mayores espacios a la arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia. En nuestra opinión, ello sería deseable y conveniente, atendidos varios beneficios que ello conllevaría para el sistema de competencia nacional.

5.1. La conveniencia y deseabilidad del arbitraje de competencia en Chile

Desde un punto de vista de la conveniencia, la arbitrabilidad permitiría lidiar con una serie de conflictos que, por diversas razones, no parecen estar siendo canalizados por la vía del sistema actual. En efecto, de acuerdo a la última cuenta pública del Presidente del TDLC, los años 2019 y 2020 ingresaron a dicho tribunal solo 22 causas contenciosas, considerando demandas iniciadas por particulares y requerimientos de la FNE⁶². No parece plausible pensar que estos son los únicos conflictos entre particulares que se suscitan en Chile y que involucran cuestiones de libre competencia. Por el contrario, lo más probable es que existan muchos otros que involucran cuestiones de esta naturaleza y que no están llegando al TDLC por diversos motivos.

Algunos de ellos están asociados a la litigación, tales como los costos asociados a la tramitación ante el TDLC (que incluyen honorarios de abogados y de peritos o informantes que muchas veces resultan imprescindibles para satisfacer los estándares probatorios aplicables, etc.), el largo tiempo que involucra la tramitación de un procedimiento jurisdiccional ante el TDLC⁶³ o la publicidad que se da a los procedimientos que se ventilan ante dicho tribunal. Si bien es cuestionable que el arbitraje tenga ventajas en todos ellos, es posible que al menos algunos podrían ser mejorados

62 Disponible en https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/2021/05/Cuenta-P%C3%BAblica-2021-TDLC.pdf.

63 De acuerdo a la última cuenta pública del Presidente del TDLC, la duración promedio de los últimos cuatro procedimientos contenciosos que llegaron a término mediante sentencia del TDLC fue de 1.068 días. Disponible en https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/2021/05/Cuenta-P%C3%BAblica-2021-TDLC.pdf.

utilizando esta vía o simplemente preferidos por las partes. Ninguno de esos motivos, por cierto, da razones fuertes para impedir la libre elección del foro por los particulares.

Otro motivo que puede explicar por qué algunos conflictos no se están canalizando por la vía judicial especializada es que si bien algunos de ellos pueden haber sido objeto de denuncia ante la FNE, esta última puede haber optado por no priorizarlos⁶⁴ y centrar en cambio su atención en otros asuntos en que está (más) gravemente implicado el interés público o general⁶⁵.

Considerando estas situaciones, abrir la puerta a la arbitrabilidad de esta clase de controversias, que actualmente no están siendo conocidas por la jurisdicción estatal, se revela como una alternativa al menos interesante de explorar a efectos de ampliar la tutela del debido cumplimiento de la normativa sobre libre competencia en las relaciones entre particulares; considerando, especialmente, que las partes tienen la opción de seleccionar un árbitro con experiencia o conocimientos relevantes en libre competencia, economía o litigación compleja, y que las listas de árbitros de las principales instituciones arbitrales del país —por ejemplo, la del CAM Santiago— incorporan a abogados con destacada experiencia profesional y/o académica en el ámbito de la libre competencia⁶⁶.

La pregunta que surge, entonces, es cómo realizar esa apertura a la que nos venimos refiriendo.

Nosotros somos de la opinión de que, para avanzar en esta línea, no resulta estrictamente indispensable un cambio legislativo, sino que, tal y como ha ocurrido en las jurisdicciones extranjeras que analizamos precedentemente, la definición del espacio concreto de admisibilidad de la arbitrabilidad de la libre competencia puede ser perfectamente entregada a los propios jueces árbitros, bajo el control que sobre ellos ejercen los Tribunales Superiores de Justicia, conociendo de los recursos ordinarios o extraordinarios que sean procedentes en contra de sus laudos.

En el caso particular del arbitraje comercial internacional, la posibilidad de que tribunales arbitrales internacionales apliquen la normativa chilena en materia de libre competencia no parece ser problemática desde el momento que, tratándose de normas de orden público, dicha aplicación podrá ser revisada por los Tribunales Superiores chilenos, conociendo de solicitudes de exequatur que persigan ejecutar en Chile laudos extranjeros, o bien de peticiones de

64 En este sentido, el Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica, de mayo de 2013, contempla en su artículo 88 una serie de casos que habilitan al Fiscal Nacional Económico a disponer el archivo de una investigación, entre los que destacan los siguientes: “iv. Cuando se ha producido un cambio en las circunstancias, de modo que han dejado de observarse efectos contrarios a la libre competencia. Lo anterior, sin perjuicio de los compromisos de los agentes económicos relevantes que puedan considerarse como antecedente y fundamento de la decisión; v. Cuando existieren razones de eficiencia y eficacia que hagan estimar no procedente perseverar en ella, considerando la naturaleza de la investigación, las personas afectadas por la misma y los efectos en el(los) mercado(s); vi. Cuando, conforme lo establece el artículo 39 inciso 1° del DL 211, según sus propias apreciaciones, no pareciere proporcional ni justificado en el interés general de la colectividad en el orden económico ni para el resguardo de la libre competencia en los mercados, el perseverar en la investigación”. Disponible en https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Instr.-investigaciones_2013-1.pdf.

65 Aunque ha sido una cuestión debatida, hoy parece ser generalmente aceptado que la FNE puede aplicar un equivalente al “principio de oportunidad”, es decir, tiene la posibilidad de escoger los casos que investiga, mediante la aplicación de criterios de significancia y prioridad, de modo que no está obligada a investigar todas las denuncias que reciba ni presentar todas las que investigue ante el TDLC. Como ha expresado con claridad un ex Fiscal Nacional Económico: “Un segundo pilar esencial del modelo de la FNE fue ser selectivos en relación con los casos que investigamos y respecto a las herramientas a utilizar en caso de infracciones. // La selección significa que hay que elegir, y elegir significa que hay que dejar de investigar asuntos que parecen de segundo orden, asumiendo un costo alternativo” (Irrarrázabal, 2019: 154). Véase también, entre otros, López Reitze en <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-rol-del-tribunal-de-defensa-de-la-libre-competencia/> (aunque con un enfoque “penal” de la libre competencia que no compartimos).

66 Evidentemente, en la medida que se masifiquen los arbitrajes que involucren cuestiones de libre competencia, estos listados deberán ser debidamente complementados para incorporar profesionales con las competencias adecuadas.

nulidad interpuestas en contra de laudos dictados en Chile en conformidad al artículo 34 de la Ley N° 19.971⁶⁷.

Esta labor jurisprudencial podría ser coadyuvada o complementada con el establecimiento, por parte de la Fiscalía Nacional Económica (mediante una guía u otro instrumento), de criterios concretos que permitan identificar cuándo resulta admisible e incluso recomendable someter ciertas materias de libre competencia a arbitraje. Estos criterios debieran basarse, entre otros, en consideraciones de eficiencia, costo fiscal, ahorros y otros beneficios para los consumidores.

En este sentido, por ejemplo, la actualizada “guía” de Estados Unidos provee un camino plausible de seguir⁶⁸. Allí se menciona entre los factores que aconsejan el uso de arbitraje los siguientes: (a) el resguardo de los recursos de *enforcement*; (b) si las cuestiones se prestan a la resolución mediante arbitraje, porque son claros y fácilmente acordados para su presentación a un árbitro; (c) la complejidad factual o técnica del asunto⁶⁹; (d) la necesidad particular de controlar el momento de la resolución; y (e) la necesidad particular de controlar el alcance de la ayuda, pues las partes pueden preferir decidir de antemano la gama de posibles soluciones⁷⁰.

Con todo, en el evento que se considerara necesario un cambio legislativo, un modelo que podría seguirse es el que ofrece la legislación chilena en materia de derecho del consumidor, que siendo un estatuto de orden público que consagra expresamente el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la ley de protección al consumidor⁷¹, permite expresamente el arbitraje en materia de consumo, lo que se entiende sin perjuicio del derecho que tiene el consumidor de recurrir siempre ante el tribunal competente (juzgados de policía local o juzgados civiles, dependiendo del interés afectado es individual, colectivo o difuso)⁷².

De esta forma, nos parece que, tal como se ha reconocido en el derecho comparado, la apertura a la arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia no colisionaría con los intereses públicos que subyacen a la normativa sobre la materia, en la medida que se adopten los resguardos adecuados para asegurar su protección, tales como dejar a salvo las facultades y potestades que la ley reconoce a las autoridades en materia de libre competencia.

Esta apertura sería también conveniente a fin de coadyuvar a la política pública orientada a transformar a Chile en una jurisdicción atractiva para el arbitraje comercial internacional⁷³. Este es precisamente uno de los objetivos que se

67 Como bien advierte Mereminskaya (2007), “si realmente se desea igualar las condiciones de competencia con países que llevan la delantera en este campo, se puede aprender de ellos a reducir los obstáculos al arbitraje. Para esto, se debe situar el orden público en el contexto que a él le corresponde: un recurso excepcional aplicable a una sentencia arbitral en forma posterior”.

68 Véase supra, nota 19.

69 Este punto, por cierto, es menos relevante en un sistema altamente especializado como el chileno.

70 La guía también menciona que no se aconseja el arbitraje en las situaciones que hemos discutido antes en este trabajo: cuando se requiera una decisión judicial para crear un precedente legal valioso, o cuando el interés del público en el asunto es de tal importancia que es necesaria una resolución por parte de un juez en un foro abierto.

71 Ley 19.946, artículo 4°: Los derechos establecidos por la presente ley son irrenunciables anticipadamente por los consumidores.

72 Ley 19.946, artículo 16°.

73 Como expresa Nazzini (2016), el arbitraje internacional juega un rol central en resolver disputas en la comunidad de negocios internacional. Es usualmente considerado más rápido y más costo-efectivo que la litigación. Da a las partes una decisión final y cumplible de modo similar a la litigación, pero con considerables ventajas en términos de elección de árbitros, flexibilidad procedimental y neutralidad del foro. En cuanto tal, se le ve en términos favorables en la mayoría de los sistemas legales”.

buscó con la dictación de la Ley N°19.971 que regula la materia⁷⁴.

5.2. Desarrollos recientes en Chile.

Recientemente, ha habido avances que ratifican que una propuesta como la que planteamos es viable. Los más claros son los que han tenido lugar con motivo de las condiciones a que se ha sujetado por parte de la FNE la aprobación de una serie de operaciones de concentración que inciden en el mercado de la televisión de pago y de la provisión de contenidos para ésta. En efecto, con ocasión de las operaciones de concentración AT&T/Time Warner (2017)⁷⁵, Turner/CDF (2018)⁷⁶ y HBO/Ole (2020)⁷⁷, la FNE aceptó las medidas propuestas por las partes en el sentido de habilitar una instancia arbitral como mecanismo de solución de conflictos relacionados con la negociación o renegociación de los acuerdos de licenciamiento de contenidos.

A modo de ejemplo, en el caso de los compromisos ofrecidos por AT&T/Time Warner, se indica textualmente que:

“4.1 AT&T y sus Afiliadas se comprometen a que las discrepancias que se susciten en el marco de las negociaciones o en la ausencia de estas con un Operador de Televisión de Pago no Afiliado, en relación con la renovación o nuevos acuerdos de licenciamiento de Canales de Programación de los Proveedores de Canales de Time Warner, sean sometidas a arbitraje, en caso de ser requerido por un Operador de Televisión de Pago no Afiliado, conforme a lo que se detalla en los numerales siguientes.

4.2 El Operador de Televisión de Pago no Afiliado presentará una solicitud de arbitraje y acompañará una copia de estos compromisos al Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago (“CAM Santiago”). Las partes designarán al árbitro arbitrador de común acuerdo; en caso que no hubiere acuerdo, las partes confieren poder especial irrevocable a la CAM Santiago, para que esta designe finalmente al árbitro arbitrador que resolverá la discrepancia.

4.3 El arbitraje se regirá por las normas del Reglamento Procesal de Arbitraje del CAM Santiago (“Reglamento de Arbitraje”), será en única instancia y se renunciarán todos los recursos, con la sola excepción de aquellos irrenunciables [...]”⁷⁸.

En los tres casos referidos se contempla que esta instancia arbitral no excluye ni restringe las facultades y/o atribuciones de los organismos de libre competencia, ni tampoco los derechos de las partes para recurrir ante las instancias, autoridades y tribunales que resultaren competentes.

Sin perjuicio de que los casos mencionados se refieren al control de concentraciones, nos parece que el arbitraje y, más en general, los mecanismos alternativos de resolución de disputas, están también llamados a jugar un importante rol

74 En el mensaje a través del cual el Presidente de la República remitió al Congreso dicho proyecto de ley, se señala textualmente que “Es un objetivo deseable, tanto desde el punto de vista público como del privado, que nuestro país ocupe un lugar destacado como centro de arbitraje en el comercio internacional, especialmente, a nivel latinoamericano. El prestigio de Chile en términos de institucionalidad, solvencia jurídica y altos índices de transparencia hacen de Chile un centro natural de arbitraje en América Latina”.

75 Resolución de aprobación disponible en: https://www.fne.gob.cl/wpcontent/uploads/2017/11/apro_F81_2017-1.pdf

76 Resolución de aprobación disponible en: https://www.fne.gob.cl/wpcontent/uploads/2018/12/aprob54a_F116_2018.pdf

77 Resolución de aprobación disponible en: https://www.fne.gob.cl/wpcontent/uploads/2020/04/aprob54b_F222_2019.pdf

78 Compromisos disponibles en: https://static-wmwm.warnermediacdn.com/2020-10/Chile_FNE-Merger-Commitments-%28SpanishVersion%29.pdf.

en el ámbito de la indemnización de perjuicios derivados de ilícitos anticompetitivos, como una forma de solucionar estos conflictos en forma más rápida y menos costosa que recurriendo al procedimiento judicial.

En este sentido, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, a través de su Directiva 2014/104 “relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea”⁷⁹, han incentivado expresamente el uso de esos mecanismos, incluyendo el arbitraje, como una forma de lograr una solución “de una vez por todas” para los demandados, y con miras a reducir la incertidumbre para los infractores y las partes perjudicadas. Por ello, La Directiva indica que

“[S]e debe animar a los infractores y las partes perjudicadas a que se pongan de acuerdo sobre una indemnización por el perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia a través de mecanismos de solución extrajudicial de controversias, tales como los acuerdos o convenios extrajudiciales (incluidos los acuerdos que un juez puede declarar vinculantes), el arbitraje, la mediación o la conciliación. Estos mecanismos de solución extrajudicial de controversias deben abarcar el mayor número posible de partes perjudicadas e infractores que la ley permita. Por tanto, las disposiciones de la presente Directiva sobre solución extrajudicial de controversias pretenden facilitar el uso de esos mecanismos y aumentar su eficacia”.

En Chile, si bien no hay precedentes de uso del arbitraje en este contexto, sí existen experiencias de acuerdos conciliatorios, siendo el ejemplo más paradigmático el acuerdo alcanzado por el Servicio Nacional del Consumidor, CONADECUS, ODECU y CMPC Tissue S.A. en relación con la compensación de los perjuicios derivados de la colusión establecida en el denominado *caso Papeles*⁸⁰.

Finalmente, en materia de conductas, ya hemos mencionado que los casos de acuerdos horizontales entre competidores debieran quedar en principio prohibidos al arbitraje, atendidas las razones de orden público que justifican no sólo su persecución, sino también la normativa que la hace posible. En este sentido, normas como aquella que consagra la regla per se en esta materia, o aquellas que permiten el uso de facultades intrusivas exclusivamente en este caso, o las que consagran la delación compensada, se justifican en la necesidad pública de evitar afectaciones por vía colusoria. Por el contrario, los casos vinculados a conductas unilaterales son más proclives a ser arbitrables pues, como es sabido, su naturaleza no es en último término muy diversa a la de una acción de responsabilidad civil extracontractual. Al menos no existen razones concluyentes para que ciertas partes de la litigación vinculada a esos casos —como por ejemplo, la determinación del mercado relevante— no sea factible de ser llevada en sede arbitral.

6. Conclusión

En Chile parece existir una tendencia mayoritaria en el sentido que las cuestiones de libre competencia no serían arbitrables. Como hemos mostrado, el sustento de esta posición no radica tanto en una supuesta indisponibilidad absoluta para las partes de las pretensiones en materia de libre competencia —que ha sido puesta en entredicho por la jurisprudencia más reciente del TDLC— sino que más bien en el peculiar diseño institucional chileno en este ámbito,

⁷⁹ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0104>.

⁸⁰ Acuerdo conciliatorio aprobado con fecha 12 de abril de 2017 en los autos Rol C-29.214-2015 del 10° Juzgado Civil de Santiago. Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/609/articles-57007_archivo_01.pdf.

en que se ha encomendado el conocimiento de estos asuntos a un órgano jurisdiccional especial y especializado.

Nosotros no estamos de acuerdo con esa posición. Nos parece posible, deseable y conveniente abrir mayores espacios a la arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia en Chile, en vista de los varios beneficios que ello conllevaría, tanto para el sistema de competencia chileno, como para el objetivo de transformar a nuestro país en una jurisdicción atractiva para el arbitraje comercial internacional. En este sentido, los mecanismos arbitrales se revelan como un instrumento potencialmente idóneo para que las partes puedan resolver sus controversias referidas en forma privada, expedita y eficaz, sin tener que recurrir a los organismos de libre competencia; contribuyendo de esta forma a alivianar su carga de trabajo, y sin que se observe una afectación al interés general, atendido que el arbitraje no afecta en forma alguna las potestades de los organismos de libre competencia.

En cuanto a la implementación de lo anterior, en nuestra opinión, para avanzar en esta línea no resulta estrictamente indispensable un cambio legislativo, sino que, tal y como ha ocurrido en las jurisdicciones extranjeras analizadas en este trabajo, la definición del espacio concreto de admisibilidad de la arbitrabilidad de la libre competencia puede ser entregada a los propios jueces árbitros, sujetos al control que sobre ellos ejercen los Tribunales Superiores de Justicia, conociendo de los recursos ordinarios o extraordinarios que sean procedentes en contra de sus laudos.

Nuevas investigaciones podrán indagar con mayor profundidad en las condiciones mínimas requeridas para que ello se haga efectivo.

REFERENCIAS

- AYLWIN, Patricio (1958): *El Juicio Arbitral*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- BLANKE, Gordon y LANDOLT, Phillip (eds.) (2011): *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*. Wolters Kluwer.
- BOVET, Christian (s/f): "Arbitration, Global Dictionary of Competition Law", *Concurrences*, art. N° 85871.
- CATTANEO, Andrea (2021): "*International Skating Union v Commission: Pre-authorisation Rules and Competition Law*", *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12(4): 318-320.
- CHAIHLOUDJ, Walid (2019): "United States: The Antitrust Division of the Department of Justice for the first time in its history uses arbitration to challenge merger between two suppliers of aluminium car body manufacturer under the Administrative Dispute Resolution Act of 1996 (Novelis / Aleris)". 4 September 2019, *Concurrences* N° 4-2019, Art. N° 92414, pp. 204-206.
- GERADIN, Demien y VILLANO, Emilio (2016): "Arbitrability of EU Competition Law-Based Claims: Where Do We Stand after the CDC Hydrogen Peroxide Case?", *TILEC Discussion Paper* No. 2016-033, October 11, 2016.
- IGARTUA ARREGUI, Iñigo (2011): "Arbitraje y Derecho de la Competencia", en *La aplicación privada del derecho de la competencia*. Lex Nova, 261-274.
- IRARRÁZABAL, Felipe (2019): "Objetivos y estrategias utilizados para consolidar a la Fiscalía Nacional Económica como un servicio público confiable", *Estudios Públicos* 154, otoño, 125-175.
- MEREMINSKAYA, Elina (2007): "La relación entre la arbitrabilidad y el orden público en la jurisprudencia comparada, *Iuris Dictio*", *Legis Editores*, 121-140. Disponible en: https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2020/05/Orden-P%C3%BAblico_EMereminskaya.pdf
- NAZZINI, Renato (2016): "Are Claims for Tortious Damages for Breach of the Antitrust Rules Arbitrable in the European Union?", *Italian Antitrust Review* N°1, p. 70.
- OLAVARRÍA IGLESIA, Jesús (2011): "Defensa de la competencia y arbitraje", en *La aplicación privada del derecho de la competencia*, Lex Nova, 361-375.
- OECD (2011): *Arbitration and Competition*. DAF/COMP (2010)40.
- PERILLA CASTRO, Carlos (2015): "Laudos arbitrales en Derecho de la Competencia", *Revista de Derecho Comparado*, Bogotá, Colombia, vol. 11 N°11, 177-219.
- SANTA MARÍA, Jorge López. (1977): "Obligación contractual que supone aptitudes personales del deudor. Legislación sobre la libre competencia. Ejecución forzada e indemnización de perjuicios (Informe en derecho)", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°1, 43-75.

- SEGAN, James (2018): "Arbitration Clauses and Competition Law", *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 9, Issue 7, 423-430.
- TAPIA, Javier y CORDERO, Luis. (2015): "La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional", *Estudios Públicos*, N°139, 7-65.
- VALDÉS PRIETO, Domingo. (2006): *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile
- VARGAS, Antonio, TERCERO, Cesar y CASTILLO, Jacqueline. (2020): "¿Qué tan lejos estamos de estar cerca? Alcances de la arbitrabilidad de la libre competencia y aproximaciones en el Perú". *THEMIS Revista de Derecho*, número 78 (2020), 167-187.
- VASQUEZ PALMA, María Fernanda. (2006): "La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno", *Ius et Praxis*, N°12(1), 181-213. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000100008>.
- VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. (2018): *Tratado de Arbitraje en Chile*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- VV.AA. (2019): "Antitrust & Arbitration". *Antitrust Chronicle, Competition Policy International*, July, vol. 1(1).



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485,
Las Condes, Santiago de Chile