



## Celebrando 10 años

Los casos y los escritos premiados de las diez primeras ediciones  
del Moot Madrid

Directores:

Pilar Perales Viscasillas, David Ramos Muñoz y Tatiana Arroyo Vendrell

Coordinador:

Juan Pablo Rodríguez Delgado

II

# **Celebrando 10 años**

Los casos y los escritos premiados de las diez primeras ediciones  
del Moot Madrid

Directores:

Pilar Perales Viscasillas, David Ramos Muñoz y Tatiana Arroyo Vendrell

Coordinador:

Juan Pablo Rodríguez Delgado

II

Universidad Carlos III de Madrid

Primera edición: abril 2018

Edición limitada para participantes de la X edición

ISBN: 978-84-16829-24-8

Edición digital: Servicio de Biblioteca



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

Edición electrónica disponible en internet en e-Archivo:  
<http://hdl.handle.net/10016/26606>

## INDICE

|  |            |
|--|------------|
| Caso VI (año 2014)   | 6(2014)    |
| • Escrito Demanda Ganador: Universidad Jaume I de Castellón          | 6(2014)/D1 |
| • Escrito Demanda Ganador: Universidad Católica de San Pablo         | 6(2014)/D2 |
| • Escrito Contestación Ganador: Universidad Pablo Olavide de Sevilla | 6(2014)/C  |
| Caso VII (año 2015)  | 7(2015)    |
| • Escrito Demanda Ganador: Universidad Jaume I de Castellón          | 7(2015)/D  |
| • Escrito Contestación Ganador: Centro Universitario Villanueva      | 7(2015)/C  |
| Caso VIII (año 2016)   | 8(2016)    |
| • Escrito Demanda Ganador: Universidad Jaume I de Castellón          | 8(2016)/D  |
| • Escrito Contestación Ganador: Universidad de Cádiz                 | 8(2016)/C1 |
| • Escrito Contestación Ganador: Universidad Carlos III de Madrid     | 8(2016)/C2 |
| Caso IX (año 2017)   | 9(2017)    |
| • Escrito Demanda Ganador: Universidad Nacional Asunción             | 9(2017)/D  |
| • Escrito Contestación Ganador 1: Universidad Jaume I de Castellón   | 9(2017)/C  |
| Caso X (año 2018)  | 10(2018)   |
| • Escrito Demanda Ganador: Universidad Jaume I de Castellón          | 10(2018)/D |
| • Escrito Contestación Ganador: Universidad de Nariño                | 10(2018)/C |

## **MOOTmadrid 2016**

### **VIII COMPETICIÓN INTERNACIONAL DE ARBITRAJE Y DERECHO MERCANTIL**

UNIVERSITAT JAUME I DE CASTELLÓN

# **MEMORÁNDUM**

## **DE LA PARTE DEMANDANTE**

### **EQUIPO**

Alice Alexandra Diosan | Marta García Vilar | Sandra Gascón Castillo | Yolanda Giménez Flos  
Mireia Ojeda Mas | Elisabet Piñana Falcón | Belén Puig Ávila | Jorge Ribes Vicente  
Laura Sánchez Morcillo | Ana Soriano Barceló | Antoni Torrente Escrich

### **ENTRENADORES**

M<sup>a</sup> Victoria Petit Lavall | Fernando Juan Mateu | Achim Puetz

### **En nombre y representación de**

**Parnaso Andina S.A.**  
Avda. Atahualpa, n° 99  
Yahuarpampa (Andina)  
**DEMANDANTE**

**contra**

**Buscón Co.**  
c/ Alifanfarón, n° 77  
Barataria (Cervantia)

**y**

**Muros de la Patria Mía, S.A.**  
Avda. General Quevedo, n° 45  
Pampas (Pampia)  
**DEMANDADOS**

**Arbitraje N° 454/2015**

# ÍNDICE

|   |          |
|---|----------|
| ABREVIATURAS UTILIZADAS .....   | I        |
| LISTA DE AUTORIDADES .....  | II       |
| I. Bibliografía.....  | ii       |
| II. Sentencias judiciales, laudos arbitrales y otras resoluciones .....   | v        |
| III. Documentos.....  | x        |
| SOLICITUD DE ARBITRAJE .....  | 1        |
| Preliminar: Breve descripción de la controversia.....   | 1        |
| <b>1ª Cuestión: El Tribunal Arbitral es competente para conocer de la totalidad de la controversia, que es susceptible de ser sometida a arbitraje, y respecto de todas las partes implicadas .....</b>                         | <b>1</b> |
| I. El Tribunal Arbitral es competente para pronunciarse sobre su propia competencia .....   | 2        |
| II. El Tribunal Arbitral es competente para conocer de la acción interpuesta por la DEMANDANTE contra BUSCÓN y MUROS: sobre la extensión subjetiva de los convenios arbitrales.....   | 2        |
| 1. La DEMANDANTE puede invocar el convenio arbitral que figura en el contrato marco.....  | 2        |
| 2. La DEMANDANTE también puede invocar frente a MUROS la cláusula compromisoria contenida en el contrato de suministro celebrado con BUSCÓN.....  | 4        |
| III. El Tribunal Arbitral es competente para conocer de la acción de daños por vulneración del Derecho de defensa de la competencia: sobre la extensión objetiva de los convenios arbitrales.....                               | 5        |
| 1. Las controversias en materia de Derecho <i>antitrust</i> son arbitrables en abstracto.....   | 5        |
| 2. La controversia concreta resulta cubierta por la cláusula de sumisión .....  | 6        |
| a) La pretensión deducida por esta parte es de naturaleza contractual .....   | 6        |
| b) Aunque la pretensión fuese de naturaleza extracontractual, resultaría igualmente cubierta por el convenio arbitral .....   | 7        |
| IV. Subsidiariamente, se solicita que MUROS sea admitida como tercero en el presente procedimiento .....  | 7        |
| <b>2ª Cuestión: Las Medidas Urgentes adoptadas por el árbitro de emergencia son válidas y las pruebas obtenidas deben ser admitidas en la fase probatoria.....</b>  | <b>7</b> |
| I. El nombramiento del árbitro de emergencia se realizó conforme a Derecho .....  | 7        |
| II. El árbitro de emergencia podía otorgar las Medidas Urgentes solicitadas por esta parte.....   | 8        |
| III. La adopción de las Medidas cumplía con los requisitos de apariencia de buen derecho y peligro en la demora   | 9        |
| <b>3ª Cuestión: Deben otorgarse las demás medidas solicitadas por esta parte, distintas de las adoptadas por el árbitro de emergencia .....</b>   | <b>9</b> |
| I. Procede dictar una orden de entrada y registro en las instalaciones de MUROS, así como ordenar la prueba pericial informática pertinente para obtener los correos electrónicos relevantes, almacenados o no en la “nube” ... | 9        |
| 1. Existe una posibilidad razonable de que prospere la demanda sobre el fondo de la controversia.....   | 10       |
| 2. La medida cautelar solicitada es necesaria y proporcionada.....  | 10       |
| 3. No es admisible una política de “no comment”.....  | 11       |
| 4. Dada la existencia de una “unidad económica” entre BUSCÓN y MUROS, resulta necesario acceder a las instalaciones de esta última .....  | 12       |
| 5. El hecho de que los correos electrónicos se hallen almacenados en la “nube” no obsta para que pueda ordenarse su examen .....  | 12       |

|   |           |
|---|-----------|
| II. Debe ordenarse a BUSCÓN y MUROS que se pronuncien sobre si se han acogido o no al programa de clemencia y que exhiban los documentos relevantes para la presente controversia.....  | 13        |
| III. Deben solicitarse de la Autoridad de Competencia de Andina los archivos obtenidos durante la investigación contra BUSCÓN, MUROS y otras sociedades.....  | 13        |
| 1. El acceso a la información derivada de la investigación llevada a cabo por la propia Autoridad .....   | 13        |
| 2. El acceso a la información preexistente y no confidencial en caso de que BUSCÓN se hubiera acogido al programa de clemencia.....   | 14        |
| IV. Subsidiariamente, debe solicitarse del tribunal competente que adopte las medidas solicitadas.....  | 15        |
| <b>4ª Cuestión: La acción ejercitada por esta parte no se encuentra prescrita.....</b>  | <b>15</b> |
| I. Conforme a la Convención de Nueva York sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1974, la acción no ha prescrito.....  | 16        |
| II. No son aplicables ni la Ley de Prescripción de Andina, ni el Código Civil de Madre Patria .....   | 16        |
| III. Subsidiariamente, de aplicarse la Ley de Prescripción de Andina o el Código Civil de Madre Patria, la acción tampoco habría prescrito.....   | 17        |
| <b>5ª Cuestión: Las DEMANDADAS han infringido las normas de Derecho de la competencia al participar en un acuerdo colusorio con otras empresas del sector lácteo .....</b>  | <b>18</b> |
| I. Existen indicios suficientes para concluir que ha existido un cártel de precios entre BUSCÓN y otras empresas del sector lácteo .....  | 18        |
| II. En todo caso, la DEMANDADA ha participado en una conducta colusoria consistente en el intercambio de información comercialmente sensible con las demás empresas del sector.....   | 20        |
| <b>6ª Cuestión: Tanto BUSCÓN como MUROS han incumplido sus obligaciones en virtud del contrato marco y el de suministro.....</b>  | <b>22</b> |
| I. El contrato marco y el contrato de suministro están sometidos a la CISG y a los Principios UNIDROIT: sobre la ley aplicable al fondo de la controversia .....  | 22        |
| 1. La CISG y los Principios UNIDROIT constituyen el Derecho aplicable elegido por las partes .....  | 22        |
| 2. La CISG y los Principios UNIDROIT son aplicables a relaciones contractuales como las presentes.....  | 23        |
| II. BUSCÓN ha incumplido sus obligaciones contractuales .....   | 24        |
| <b>7ª Cuestión: Los anteriores incumplimientos son esenciales y justifican la resolución del contrato de suministro entre PARNASO ANDINA y BUSCÓN, dejando sin efecto el contrato marco celebrado entre PARNASO y MUROS .....</b> | <b>26</b> |
| I. Los anteriores incumplimientos son esenciales.....   | 26        |
| II. Dichos incumplimientos justifican la resolución del contrato de suministro y distribución entre PARNASO ANDINA y BUSCÓN, dejando sin efecto y valor el contrato marco celebrado entre PARNASO y MUROS.....                    | 27        |
| 1. Procede declarar resuelto el contrato de suministro y distribución celebrado con BUSCÓN .....  | 27        |
| 2. Procede dejar sin efecto el contrato marco entre PARNASO y MUROS.....  | 27        |
| <b>8ª Cuestión: Los anteriores incumplimientos justifican la condena solidaria de BUSCÓN y MUROS al resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados a esta parte .....</b>  | <b>28</b> |
| I. PARNASO ANDINA ha sufrido daños como consecuencia de dichos incumplimientos.....   | 28        |
| 2. La responsabilidad de BUSCÓN y MUROS es contractual y solidaria.....   | 29        |
| <b>PETICIÓN AL TRIBUNAL ARBITRAL .....</b>  | <b>30</b> |

## Abreviaturas utilizadas

|                 |  |
|-----------------|--|
| BGH             | <i>Bundesgerichtshof</i> (Corte Federal) (Alemania)  |
| art. / arts.    | artículo / artículos   |
| as. / as.ac.    | asunto / asuntos acumulados  |
| CCI/ICC         | Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional  |
| CISG            | Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 |
| CNUDMI/UNCITRAL | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional  |
| LG              | <i>Landgericht</i> (Audiencia Territorial) (Alemania)  |
| LCPCR           | Ley andina 16-2000, de 25 de marzo, <i>de control de las prácticas comerciales restrictivas</i>  |
| LMU/Ley Modelo  | Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional  |
| OLG             | <i>Oberlandesgericht</i> (Tribunal Superior del Estado Federado) (Alemania)  |
| O.P.            | Orden Procesal   |
| p. / pp.        | página/páginas   |
| párr.           | párrafo del presente Memorándum  |
| RTDC            | Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (España)  |
| RCNC / RCNMC    | Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia / de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia                          |
| s. / ss.        | siguiente / siguientes   |
| SAN             | Sentencia de la Audiencia Nacional (España)  |
| SAP             | Sentencia de la Audiencia Provincial (España)  |
| STC             | Sentencia del Tribunal Constitucional (España)   |
| STG             | Sentencia del Tribunal General (Unión Europea)   |
| STJCE           | Sentencia del Tribunal de Justicia de la(s) Comunidad(es) Europea(s)   |
| STJUE           | Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea   |
| STPI            | Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Unión Europea)  |
| STS             | Sentencia del Tribunal Supremo español   |
| UNIDROIT        | <i>International Institute for the Unification of Private Law</i>  |



## Lista de autoridades

### I. Bibliografía

AGUILAR GRIEDER, H., *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, Universidade de Santiago de Compostela, 2001.

—“La intervención de terceros en el arbitraje comercial internacional”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001, pp. 57-73 [citado como Aguilar (2001-1)].

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Competencia desleal por infracción de normas”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 202, 1991, pp. 667-730.

—“Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia”, *InDret*, 3/2009.

ALONSO SOTO, R., “La regulación proyectada de los contratos de distribución en la Propuesta de Código Mercantil”, en M.J. Morillas, M<sup>a</sup>.P. Perales y L.J. Porfirio (dirs.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas*, Universidad Carlos III, Madrid, 2015, pp. 1153-1175.

ATLIHAN, Ö., “The Main Principles Governing Interim Measures in the Pre-Arbitral Proceedings – Specifically the ICC Emergency Arbitrator Rules (2012)”, *Annales XLIII*, n<sup>o</sup> 60, 2011, pp. 203-262.

BORN, G.B., *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, 3<sup>a</sup> ed., Wolters Kluwer, Alphen, 2010.

BROKELMANN, H., “Prácticas concertadas y conscientemente paralelas”, en Martínez Lage y Petitbó Juan (dirs.), *Los acuerdos horizontales entre empresas*, Marcial Pons, 2009.

CALVO CARAVACA, A.-L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Curso de contratación internacional*, 2<sup>a</sup> ed., Colex, Madrid, 2006.

CASTILLO DE LA TORRE, F., “Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Cases”, *European Competition Law Annual*, 2009, pp. 319-406.

CREUS CARRERAS, A. / JULIÀ INSENSER, J.M<sup>a</sup>., “Arbitraje y Defensa de la Competencia”, Documento de Trabajo núm. 27/2008, Serie Política de la Competencia, Instituto Universitario de Estudios Europeos.

DESSEMONTET, F., *Position Paper with Draft Provisions on Termination of Long-Term Contracts for Just Cause*, UNIDROIT 2009 - Study L - Doc 109.

DÍEZ ESTELLA, F., “La escasez de acciones de daños y perjuicios derivadas de cárteles en España... ¿por qué?”, en J.M<sup>a</sup> Beneyto y J. Maillo (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

— / PÉREZ FERNÁNDEZ, P., “La Directiva de acciones de daños derivadas de los ilícitos anticompetitivos, con especial referencia a los programas de clemencia: ¿La última gran revolución el derecho de defensa de la competencia?”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 7, 2014, pg. 41-68.

MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999.

FERNÁNDEZ, C., “Intercambios de información”, en Martínez Lage y Petitbó Juan (dirs.), *Los acuerdos horizontales entre empresas*, Marcial Pons, 2009.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Arbitraje y Justicia Cautelar”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007, pp. 23-60.

— / ARENAS GARCÍA, R. / DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho de los negocios internacionales*, 3<sup>a</sup> ed., Iustel, Madrid, 2011.

FONT GALARZA, A., “Private Labels and Article 82 EC”, en Ezrachi / Bernitz, U. (eds.), *Private Labels, Brands, and Competition Policy*, New York, 2009, pp. 125-136.

- GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- GUERRA FERNÁNDEZ, A. / VIRGÓS MORA, C., “Los intercambios de información entre competidores como infracción del derecho de la competencia: una aproximación a la práctica de la autoridad española”, *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, nº 72, Madrid, 2014.
- HANOTIAU, B., *Complex Arbitrations. Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, Kluwer, La Haya, 2005, pp. 7 y ss.
- HERRERO SUÁREZ, C., “La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 3, 2008, pp. 103-118.
- ILLESCAS ORTIZ, R. / PERALES VISCASILLAS, M<sup>a</sup> P., *Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme*, Cersa, Madrid, 2003.
- JUAN MATEU, F., “Los rumores en el Derecho del mercado de valores”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 135, 2014, pp. 127-163.
- KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, 1997.
- LAMADRID DE PABLO, A. / BALCELLS CARTAGENA, A., “La prueba de los cárteles en Derecho español”, en J.M<sup>a</sup> Beneyto y J. Mailló (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2015.
- LANDOLT, Ph., “Arbitration and Antitrust: An Overview of EU and National Case La”, *e-competitions. Antitrust Case Laws e-Bulletin*, nº 45083, 13 de abril de 2012.
- LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, 14<sup>a</sup> ed., München, 1987.
- LAUROBA LACASA, M<sup>a</sup>.E., “El estándar de incumplimiento esencial en la compraventa internacional”, en Á. Carrasco (dir.), *Tratado de la Compraventa (Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz)*, t. II, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 1429-1438.
- LORENZETTI, R.L., *Tratado de los contratos*, Parte general, Rubinzal, 2004.
- MARCOS FERNÁNDEZ, F. “¿Por qué no puede haber muchas demandas de daños en el cártel español del seguro decenal?”, en L.A. Velasco *et al.* (dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 303-335.
- MÁRQUEZ, J.F., “Conexidad contractual. Nulidad de los contratos y del programa”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2007-2.
- MARTÍ MOYA, V., “Eficacia y acceso a la información de los programas de clemencia: reflexiones al hilo del caso Pfleiderer (C-360/09)”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 10, 2012, pp. 229-238.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, A., *El incumplimiento esencial en el contrato de compraventa internacional de mercaderías*, Tesis Doctoral, UIB, 2001.
- La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías*, Comares, Granada, 2004.
- MARTÍNEZ DE CARVAJAL HEDRICH, E., “Valor probatorio de un correo electrónico”, *Diario La Ley*, nº 8014, 1 de febrero de 2013.
- MARTÍNEZ LAGE, S., “Competencia y arbitraje”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 214, julio/agosto de 2001, pp. 3-7.
- MELERO BOSCH, L.V., “Prescripción de acciones contra actos de competencia desleal continuados”, en L.A. Velasco *et al.* (dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 349-359.
- MIRALLES, R., “Cloud Computing y protección de datos”, *Revista de Internet y Política*, núm. 11, 2010, pp. 14-23.

- OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Compraventa internacional de mercancías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- ORTEGA DÍAZ, J.F., “La marca del distribuidor: la llamada marca blanca”, en Galán Corona, E. / Carbajo Cascón, F. (coords.), *Marcas y Distribución Comercial*, Salamanca, 2011, pp. 269-307.
- ORTIZ BAQUERO, I.S., *La aplicación privada del Derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, La Ley, Madrid, 2011.
- OVIEDO ALBÁN, J., “Los Principios Unidroit para los contratos internacionales”, *Dikaion*, vol. 16, núm. 11, 2002, pp. 95-125.
- PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M<sup>a</sup>.C., “La posición del solicitante de clemencia ante las acciones de reclamación de daños”, *La Ley Mercantil*, núm. 2, mayo de 2014, p. 1-32.
- “La ejecución de la obligación de entrega en el contrato de suministro en el ACM”, en M.J. Morillas, M<sup>a</sup>.P. Perales y L.J. Porfirio (dirs.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas*, Universidad Carlos III, Madrid, 2015, pp. 1613-1632.
- PEREIRA PUIGVERT, S., *La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos*, Tesis Doctoral, Universitat de Girona, 2012.
- PARK, W.W., “Non-Signatories and International Contracts: an Arbitrator’s Dilemma”, en Aa.Vv., *Multiple Parties in International Arbitration*, Oxford University Press, 2009.
- PERKINS, M.B., “Limitation of Actions in the Conflict of Law”, *Louisiana Law Review*, núm. 10, 1950, pp. 374-389.
- PERALES VISCASILLAS, M<sup>a</sup>. P., “El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980), 2001, en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>.
- “Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías”, en F.J. Alonso, V. Cuñat, E. Gallego y J. Massaguer (dirs.), M<sup>a</sup>.V. Petit (coord.), *Estudios de Derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1221 y ss.
- PORRINI, D., “Information Exchange as Collusive Behaviour: Evidence from an Antitrust Intervention in the Italian Market”, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 29, núm. 2, abril de 2004.
- PUETZ, A., “Reden ist Silber, Schweigen ein Gebot des Kartellrechts: el intercambio de información entre navieras a la luz del art. 101 TFUE”, en A. Recalde, F. Martínez y M<sup>a</sup>.V. Petit (dirs.), *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 439-464.
- QUINTÁNS EIRAS, M<sup>a</sup> R., “La resolución unilateral de los contratos de concesión mercantil de duración indefinida y sus consecuencias jurídicas (a propósito de la sentencia de la AP. de Madrid de 4 de noviembre de 1996)”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 1, 1997, pp. 595-625.
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “La función de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro Derecho interno”, en M.J. Morillas, M<sup>a</sup>.P. Perales y L.J. Porfirio (dirs.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas*, Universidad Carlos III, Madrid, 2015, pp. 1110-1126.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J.I., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Colex, Madrid, 2000.
- RONCERO SÁNCHEZ, A., “El uso por el distribuidor de signos distintivos del fabricante o proveedor”, en Aa.Vv., *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 503-536.
- RUBIANO MEZA, D.P., “Programas de clemencia y reparación del daño *antitrust*”, en L.A. Velasco *et al.* (dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 789-802.
- RUIZ PERIS, J.I., *La responsabilidad de la dominante en el Derecho de defensa de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SALT, M., “Nuevos desafíos de la evidencia digital. El acceso transfronterizo de datos en los países de América Latina”, disponible en <http://docplayer.es/691269-Nuevos-desafios-de-la-evidencia-digital-el-acceso-trasfronterizo-de-datos-en-los-marcos-salt-2.html>.

SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., *Contrato de compraventa internacional de mercaderías: Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

SANTORO PASSARELLI, F., “Giusta Causa”, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. VII, Torino, 1957, pp. 1108 y ss.

SOTO PINEDA, J. A., “Una experiencia comparada del Derecho Antitrust: la defensa *passing-on*”, 2014, en <http://works.bepress.com/jesusalfonsosoto/7/>.

ULOTH, J.D. / RIAL, J.H., “Equitable Estoppel as a Basis for Compelling Nonsignatories to Arbitrate – A Bridge Too Far?”, *The Review of Litigation*, núm. 21, 2002, pp. 593-633.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., *Compraventa internacional de mercaderías. Unva visión judicial*, Aranzadi, Navarra, 2000.

VELASCO SAN PEDRO, L.A. / HERRERO SUÁREZ, C., “La ‘*passing-on defence*’, ¿Un falso dilema?”, en Aa.Vv., *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 593-604.

WHISH, R. / BAILEY, D., *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

## II. Sentencias judiciales, laudos arbitrales y otras resoluciones

### Alemania

#### *Bundesgerichtshof*

—sentencia de 3 de abril de 1996 (CLOUT núm. 171).

#### *Oberlandesgericht Frankfurt am Main*

—sentencia de 16 de septiembre de 1991.

#### *Oberlandesgericht Koblenz*

—sentencia de 31 de enero de 1997.

#### *Landgericht Dortmund*

—sentencia de 1 de abril de 2004 (13 O 55/02 Kart).

#### *Landgericht Frankfurt*

—sentencia de 17 de septiembre de 1991 (5 U 164/90).

### Austria

#### *Oberster Gerichtshof*

—sentencia de 20 de marzo de 1997 (CLOUT núm. 189).

### Colombia

#### *Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª)*

—sentencia de 15 de mayo de 2014, Radiación de número 25000-23-24-000-2006-00875-01 Y 2008-00006-01.

#### *Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil)*

—sentencia de 4 de septiembre de 2007, Ref: 05001-22-03-000-2007-00230-01.

### **Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional**

- laudo núm. 4131 de 1982, *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*.
- laudo núm. 5103 de 1988, *Three European companies v. Four Tunisian companies*.

### **España**

#### *Tribunal Constitucional*

- sentencia núm. 143/1994, de 9 de mayo (*Sala Primera*) (RTC 1994, 143).
- sentencia núm. 178/1997, de 27 de octubre (*Sala Primera*) (RTC 1997, 178).
- sentencia núm. 281/2006, de 9 de octubre (*Sala Primera*) (RTC 2006, 281).
- sentencia núm. 173/2011, de 7 de noviembre (*Sala Segunda*) (RTC 2011, 173).
- sentencia núm. 241/2012, de 17 de diciembre (*Sala Primera*) (RTC 2012, 241).

#### *Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)*

- sentencia de 29 de noviembre de 1982 (RJ 1982, 6936).
- sentencia de 24 de septiembre de 1986 (RJ 1986, 4786).
- sentencia de 19 de abril de 1989 (RJ 1989, 3241).
- sentencia núm. 379/1994, de 30 de abril (RJ 1994, 2949).
- sentencia núm. 1013/1994, de 15 de noviembre (RJ 1994, 8488).
- sentencia núm. 1033/1994, de 18 de noviembre (RJ 1994, 9322).
- sentencia núm. 859/1995, de 2 de octubre (RJ 1995, 6978).
- sentencia núm. 9/1996, de 23 de enero (RJ 1996, 639).
- sentencia núm. 840/1997, de 6 de octubre (RJ 1997, 7090).
- sentencia núm. 973/2002, de 15 de octubre (RJ 2003, 258).
- sentencia núm. 137/2003, de 13 de febrero (RJ 2003, 1013).
- sentencia núm. 350/2003, de 11 de abril (RJ 2003, 3017).
- sentencia núm. 31/2004, de 28 de enero (RJ 2004, 153).
- sentencia núm. 520/2003, de 22 de mayo (RJ 2003, 7148).
- sentencia núm. 173/2005, de 21 de marzo (*Sección 1ª*) (RJ 2005, 3878).
- sentencia núm. 210/2008, de 14 de marzo (*Sección 1ª*) (RJ 2008, 1707).
- sentencia de 29 de octubre de 2008 (*Sección 1ª*) (RJ 2008, 5801).
- sentencia núm. 871/2009, de 21 de enero (*Sección 1ª*) (RJ 2010, 1275).
- sentencia núm. 338/2010, de 20 de mayo (*Sección 1ª*) (RJ 2010, 3708).
- sentencia núm. 145/2012, de 21 de marzo (*Sección 1ª*) (RJ 2012, 5570).
- sentencia núm. 47/2013, de 19 de febrero (*Sección 1ª*) (RJ 2013, 4592).
- sentencia núm. 484/2013, de 23 de julio (*Sección 1ª*) (RJ 2013, 5922).
- sentencia núm. 651/2013, de 7 de noviembre (*Sección 1ª*) (RJ 2014, 487).
- sentencia núm. 102/2015, de 10 de marzo (*Sección 1ª*) (RJ 2015, 1121).
- sentencia núm. 162/2015, de 31 de marzo (*Sección 1ª*) (RJ 2015, 1333).

#### *Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo)*

- sentencia de 28 de enero de 1999 (*Sección 3ª*) (RJ 1999, 274).
- sentencia de 6 de marzo de 2000 (*Sección 3ª*) (RJ 2000, 7048).

#### *Tribunal Supremo (Sala de lo Social)*

- sentencia de 6 de marzo de 2002 (RJ 2002, 4659).
- sentencia de 20 de enero de 2003 (RJ 2004, 1825).

*Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo)*

—sentencia de 13 de septiembre de 2002 (*Sección 6ª*) (JUR 2006, 283035).

—sentencia de 29 enero de 2005 (*Sección 6ª*) (JUR 2005, 209045).

—sentencia de 28 de mayo de 2014 (*Sección 6ª*) (JUR 2014, 171847).

*Audiencia Provincial de Barcelona*

—sentencia de 1 de diciembre de 1999 (*Sección 15ª*) (AC 1999, 2296).

—sentencia núm. 103/2006, de 3 de marzo (*Sección 15ª*) (JUR 2009, 176638).

—sentencia núm. 124/2010, de 9 de julio (*Sección 15ª*) (AC 2010, 1635).

*Audiencia Provincial de Islas Baleares*

—sentencia núm. 230/2011, de 29 de junio (*Sección 5ª*) (AC 2011, 2053).

*Audiencia Provincial de Madrid*

—sentencia núm. 574/2006, de 22 de diciembre (*Sección 13ª*) (AC 2007, 1020).

—auto núm. 147/2013, de 18 de octubre (*Sección 28ª*) (JUR 2013, 354923).

—auto núm. 187/2015, de 25 de septiembre (*Sección 28ª*) (JUR 2009, 246842).

*Audiencia Provincial de Valencia*

—sentencia núm. 252/2014, de 18 de junio (*Sección 8ª*) (AC 2014, 1237).

*Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*

—Resolución de 26 de febrero de 2015, expediente S/0425/12, *Industrias lácteas 2*.

*Comisión Nacional de la Competencia*

—Resolución de 21 de enero de 2010, expediente S/0084/08, *Fabricantes de gel*.

—Resolución de 27 de mayo de 2011, expediente S/0128/09, *Fabricantes de Envases de Hojalata*.

—Resolución de 10 de noviembre de 2011, expediente S/0241/10, *Navieras de Ceuta-2*.

—Resolución de 10 de julio de 2013, expediente S/0376/11, *Panaderías Pamplona*.

*Tribunal de Defensa de la Competencia*

—Resolución de 16 de febrero de 2005, *Autoescuelas Extremadura*.

—Resolución de 4 de marzo de 2005, expediente 574/04, *Panaderías Aranda de Duero*.

**Estados Unidos***Supreme Court*

—sentencia de 20 de junio de 1960, *United Steelworkers v. Warrior & Gulf Co.*, 363 U.S. 574.

—sentencia de 17 de junio de 1968, *Hanover Shoe Co. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481.

—sentencia de 9 de junio de 1977, *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720.

—sentencia de 2 de julio de 1985, *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614.

—sentencia de 18 de abril de 1989, *California v. ARC America Corp*, 490 U.S. 93.

—sentencia de 13 de mayo de 1991, *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20.

—sentencia de 4 de mayo de 2009, *Arthur Andersen LLP et al. v. Carlisle et al.*, 556 U.S. 624.

*Court of Appeal, Second Circuit*

—sentencia de 24 de agosto de 1995, *Thomson-CSF, S.A. v. American Arbitration Association*, 64 F.3d 773.

—sentencia de 14 de enero de 1998, *Richard Oldroyd v. Elmira Savings Bank, FSB*, 134 F.3d 72.

—sentencia de 8 de diciembre de 1999, *Smith/Enron Cogeneration Limited Partnership, Inc. et al. v. Smith Cogeneration International Inc.*, 198 F.3d 88.

*Court of Appeal, Fourth Circuit*

—sentencia de 13 de diciembre de 1988, *J.J. Ryan & Sons, Inc. v. Rhone Poulenc Textile, S.A. et al.*, 863 F.2d 315.

*Court of Appeal, Fifth Circuit*

—sentencia de 11 de junio de 2003, *BP International, Ltd. v. Empresa Estatal Petróleos de Ecuador*, 332 F.3d 333.

—sentencia de 9 de septiembre de 2003, *Bridas S.A.P.I.C. et al. v. Government of Turkmenistan et al.*, 345 F.3d 347.

*Court of Appeal, Eleventh Circuit*

—sentencia de 30 de diciembre de 1993, *Sunkist Soft Drinks Inc. et al. v. Sunkist Growers, Inc.*, 10 F.3d 753.

*District Court, Eastern District of Louisiana*

—sentencia de 17 de mayo de 1999, *Medical Marketing v. Internazionale Medico Scientifica*.

—sentencia de 25 de marzo de 2014, *84 Lumber Co. v. F.H. Paschen, S.N. Nielsen & Assocs., LLC*.

*District Court, Southern District of New York*

—sentencia de 30 de julio de 2001, *Thixomnat, Inc. v. Takata Physics International, Co., Ltd.*

**Francia***Cour de Cassation*

—sentencia de 7 de mayo de 1963, *Gosset*.

—sentencia de 7 de noviembre de 2012, *Amplitude v. Oebe*.

*Cour d'Appel de Grenoble*

—sentencia de 22 de febrero de 1995, *Production "Bonaventure" v. Société Pan African Export*.

*Cour d'Appel de Paris*

—sentencia de 31 de octubre de 1989, *Kis France v. Société Générale*.

—sentencia de 19 de mayo de 1993, *Labinal v. Mors*.

**India***Supreme Court of India*

—sentencia de 11 de abril de 2011, *Thirumalai Chemicals Ltd. v. Union of India*, (2011) 6 SCC 739.

*Delhi High Court*

—sentencia de 4 de octubre de 2012, *NNR Global Logistics (Shanghai) Co Ltd v Aargus Global Logistics Pvt Ltd* (2012) (8) AD (Delhi) 125).

**Inglaterra***Queen's Bench*

—*Hussey v. Eels* (1990) 2 Q.B. 227.

*High Court of Justice*

—sentencia de 4 de abril de 2012, *NationalGrid*.

**Italia***Corte Suprema di Cassazione*

—sentencia de 14 de diciembre de 1999 (CLOUT núm. 379).

—sentencia de 20 de septiembre de 2004, *Kling & Freitag GmbH v. Società Reference Laboratory S.r.l.*

*Corte d'Appello di Milano*

—sentencia de 15 de julio de 2006, n. 1897, *Terra Amata S.r.l. c. Tensacciai S.p.a.*

*Tribunale di Forlì*

—sentencia de 6 de marzo de 2012.

*Tribunale di Padova*

—sentencia de 11 de enero de 2005.

*Tribunale di Vigevano*

—sentencia de 12 de julio de 2000 (CLOUT núm. 378).

**Países Bajos***Instituto de Arbitraje de los Países Bajos*

—laudo de 15 de octubre de 2002 (CLOUT núm. 720).

**Rusia***Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia*

—laudo de 27 de mayo de 2005.

**Serbia***Tribunal de Arbitraje en materia de Comercio Exterior de la Cámara de Comercio de Serbia*

—laudo de 28 de enero de 2009 (núm. T 8/08).

**Suiza***Bundesgericht*

—sentencia de 11 de julio de 2000.

—sentencia de 6 de agosto de 2012 (4A.119/2012).

*Obergericht des Kantons Thurgau*

—sentencia de 12 de diciembre de 2006 (CLOUT núm. 932).

*Handelsgericht des Kantons Aargau*

—sentencia de 26 de septiembre de 1997 (OR.96.00013).

—sentencia de 19 de junio de 2006.

—sentencia de 5 de febrero de 2008.

—sentencia de 26 de noviembre de 2008.

*Bezirksgericht der Saane*

—sentencia de 20 de febrero de 1997 (CLOUT núm. 261).

*Amtsgericht Zursee*

—sentencia de 12 de septiembre de 2008.

**Unión Europea***Tribunal de Justicia*

—sentencia de 13 de julio de 1972, as. 48-69, *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Comisión.*

—sentencia de 14 de enero de 1997, as.ac. C-192/95 a C-218/95, *Société Comateb et al. c. Directeur général des douanes et droits indirects.*

—sentencia de 1 de junio de 1999, as. C-126/97, *Eco Swiss China Ltd. c. Benetton International NV.*



- sentencia de 8 de julio de 1999 (*Sala Sexta*), as. C-49/92 P, *Comisión c. Anic Partecipazioni SpA*.
  - sentencia de 21 de septiembre de 2000 (*Sala Quinta*), as.ac. C-441/98 y C-442/98, *Kapniki Michailidis AE c. Idryma Koinonikon Asfaliseon (IKA)*.
  - sentencia de 2 de octubre de 2003 (*Sala Quinta*), as. C-182/99 P, *Salzgitter AG c. Comisión*.
  - sentencia de 2 de octubre de 2003 (*Sala Quinta*), as. C-147/01, *Weber's Wine World Handels-GmbH et al. c. Abgabenberufungskommission Wien*.
  - sentencia de 7 de enero de 2004 (*Sala Quinta*), as.ac. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S et al. c. Comisión Europea*.
  - sentencia de 13 de julio de 2006 (*Sala Tercera*), as.ac. C-295/04 a C-298/04, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA et al.*
  - sentencia de 23 de noviembre de 2006 (*Sala Tercera*), as. C-238/05, *ASNEF-Equifax et al.*
  - sentencia de 25 de enero de 2007 (*Sala Primera*), as.ac. C-403/04 P y C-405/04 P, *Sumitomo Metal Industries Ltd et al. c. Comisión Europea*.
  - sentencia de 4 de junio de 2009 (*Sala Tercera*), as. C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV et al.*
  - sentencia de 14 de junio de 2011 (*Gran Sala*), as. C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*.
  - sentencia de 6 de septiembre de 2011 (*Gran Sala*), as. C-398/09, *Lady & Kid et al. c. Skatteministeriet*.
  - sentencia de 8 de mayo de 2013 (*Sala Primera*), as. C-508/11, *ENI c. Comisión Europea*.
  - sentencia de 6 de junio de 2013 (*Sala Primera*), as. C-536/11 *Bundeswettbewerbsbehörde c. Donau Chemie AG et al.*
  - sentencia de 11 de julio de 2013 (*Sala Tercera*), as. C-440/11, *Comisión Europea c. Stichting Administratiekantoor Protielje et al.*
  - sentencia de 18 de julio de 2013 (*Sala Quinta*), as. C-501/11 P, *Schindler Holding Ltd et al. c. Comisión y Consejo*.
  - sentencia de 21 de mayo de 2015 (*Sala Cuarta*), as. C-352/13, *CDC c. Akzo Nobel et al.*
- Tribunal General*, sentencia de 16 de junio de 2011, as. T-235/07, *Bavaria NV c. Comisión Europea*.
- sentencia de 2 de febrero de 2012, as. T-83/08, *Denki Kagaku Kogyo Kabushiki Kaisha, and Denka Chemicals GmbH c. Comisión*.
- Tribunal de Primera Instancia*
- sentencia de 24 de octubre de 1991, as. T-1/89, *Rhône-Poulenc SA c. Comisión*.
  - sentencia de 27 de octubre de 1994, as. T-35/92, *John Deere Ltd. c. Comisión*.
  - sentencia de 20 de marzo de 2002, as. T-9/99, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH and Co. KG et al. c. Comisión*.
  - sentencia de 27 de septiembre de 2006, as.ac. T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP, *Dresdner Bank AG et al. c. Comisión*.
- Comisión Europea*
- Decisión de 24 de julio de 1969, *Materias colorantes (69/243/CEE)*.
  - Decisión de 17 de febrero de 1992 (IV/31.370 y 31.446), *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*.

### III. Documentos

OECD, “Arbitration and Competition”, DAF/COMP(2010)40.

UNIDROIT, *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, 2010 (<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>).

## SOLICITUD DE ARBITRAJE

### **Preliminar: Breve descripción de la controversia**

1. Parnaso S.A. (en adelante, PARNASO) fue fundada en 1975 para explotar una cadena de supermercados en Luzonia. La sociedad se encuentra hoy en la cúspide del Grupo Parnaso, al que pertenece mi representada, Parnaso Andina S.A. (en adelante, PARNASO ANDINA), que desde 1998 ha venido gestionando los supermercados del Grupo en el país de Andina. Ese mismo año 1998, PARNASO suscribió un primer contrato de distribución con Muros de la Patria Mía S.A. (en adelante, MUROS), sociedad matriz del Grupo Muros, al objeto de que aquélla distribuyera los productos de ésta en sus establecimientos.
2. La consolidación de la relación contractual entre PARNASO y MUROS condujo a su modificación en 2008, mediante la celebración de un contrato marco para renovar y afianzar la colaboración entre ambos grupos empresariales. Dicho contrato contemplaba la fabricación por parte del Grupo Muros de diversos productos para la marca “blanca” Musa, perteneciente a PARNASO, y debía servir de contexto para contratos más específicos de suministro y distribución, tanto entre las propias firmantes del pacto, como entre sus filiales. Concretamente, en el año 2009 se celebró un contrato de estas características entre PARNASO ANDINA, filial de Parnaso S.A., y Buscón Co. (en adelante, BUSCÓN), filial de MUROS.
3. Al hilo de relevantes cambios en el mercado de los productos alimenticios en Andina que se tradujeron en una fuerte concentración del sector, BUSCÓN adquirió tres empresas de menor tamaño y se consolidó como uno de los actores principales en el mercado de la leche y sus derivados. Dicho proceso de concentración tuvo importantes consecuencias sobre la evolución de los precios y las condiciones de venta. Concretamente, a finales de 2014 una asociación de consumo de Andina puso de relieve que, durante los cuatro años anteriores, el precio de la leche había aumentado en un 40%. Haciéndose eco de acusaciones de cartelización vertidas en la prensa, la Autoridad de Competencia de Andina incoó un expediente sancionador a las cuatro empresas principales del sector lácteo (incluida BUSCÓN) y su asociación empresarial. No puede descartarse, incluso, que fuesen las propias CODEMANDADAS quienes denunciaran la existencia del cártel, acogiéndose al llamado “procedimiento de clemencia” previsto en la Ley andina de *Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas* (en adelante LCPCR).
4. Alertada por estas noticias y ante la probabilidad de que tales conductas hubiesen generado un daño importante —no sólo económico, sino también de imagen— a mi representada, ésta se dirigió en diversas ocasiones al Grupo Muros solicitando explicaciones. No se ha recibido, sin embargo, ninguna respuesta convincente que confirme o desmienta los rumores, razón por la cual se solicita a través del presente escrito de demanda que se declare el incumplimiento por parte de BUSCÓN y MUROS de sus obligaciones contractuales; se resuelva el contrato de suministro y distribución con BUSCÓN, dejándose sin efecto el contrato marco celebrado entre PARNASO y MUROS; y se condene solidariamente a las CODEMANDADAS a que indemnizen los daños y perjuicios irrogados a esta parte, como consta en el *petitum*.

### **1ª Cuestión: El Tribunal Arbitral es competente para conocer de la totalidad de la controversia, que es susceptible de ser sometida a arbitraje, y respecto de todas las partes implicadas**

5. El Tribunal Arbitral es competente para pronunciarse sobre su propia competencia (*sub I.*). En virtud de este principio, el Tribunal Arbitral es competente para conocer de la acción interpuesta por la DEMANDANTE contra BUSCÓN y MUROS (*sub II.*) porque PARNASO ANDINA puede invocar frente a MUROS y BUSCÓN el convenio arbitral que figura en el contrato marco (*sub 1.*) y MUROS está obligada a acudir al presente arbitraje en virtud de la cláusula compromisoria incluida en el contrato de suministro y distribución (*sub 2.*). En fin, este Tribunal es competente para conocer de todas las pretensiones deducidas por esta parte (*sub III.*) porque las controversias en materia de Derecho *antitrust* son arbitrables en abstracto (*sub 1.*) y la controversia concreta resulta cubierta por la cláusula de sumisión (*sub 2.*). Ello es así por cuanto la pretensión deducida es de naturaleza contractual (*sub a*) y, aunque no lo fuese, las acciones de responsabilidad extracontractual que guarden relación con el contrato litigioso resultan igualmente cubiertas por el convenio arbitral (*sub b*). Subsidiariamente, se solicita que MUROS sea admitida como tercero interviniente en el presente procedimiento (*sub IV.*).

6. Conforme al art. 16.1 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, LMU), “el tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje”. Este Tribunal es competente, pues, para decidir sobre la existencia, la validez y el alcance subjetivo del convenio arbitral. Idéntico criterio se reproduce en el art. 34 del Reglamento de esta Corte de Arbitraje, de manera que debe ser el propio Tribunal Arbitral quien decida acerca de su competencia para conocer de las distintas peticiones formuladas en la presente *litis*.

**II. El Tribunal Arbitral es competente para conocer de la acción interpuesta por la DEMANDANTE contra BUSCÓN y MUROS: sobre la extensión subjetiva de los convenios arbitrales**

7. La presente controversia trae causa de sendos contratos celebrados entre PARNASO y MUROS, de un lado, y entre PARNASO ANDINA y BUSCÓN, de otro. En ambos negocios se pacta la sumisión de las controversias surgidas entre las partes a arbitraje, si bien el tenor de las cláusulas compromisorias no es idéntico. Es indudable la existencia, por tanto, de un convenio arbitral entre esta parte y BUSCÓN, quien por lo demás no cuestiona la sumisión de la presente controversia al arbitraje de esta Corte. Sí se discute, por el contrario, la obligación de su matriz, MUROS, de acudir a este procedimiento, por cuanto MUROS no ha celebrado expresamente ningún convenio arbitral con la DEMANDANTE. Ello no es óbice, sin embargo, para que tal carga exista. Así lo ha entendido el árbitro de emergencia nombrado por la Corte en su Orden de 20 de marzo de 2015 [“En este caso, la parte Demandante funda su acción en dos contratos distintos. No obstante, ambos contratos se encuentran íntimamente relacionados, de modo que uno actúa como marco para el otro. Asimismo, han sido celebrados por partes que se encuentran estrechamente relacionadas. Por último, ambos hacen referencia al Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, y a la existencia de controversias relativas al contrato. Por todo ello, la competencia para decidir sobre un contrato no se puede disociar de la competencia para decidir sobre el otro”], y así lo impone, no sólo el principio de economía procesal, sino también el hecho de que una duplicidad de procedimientos contra la matriz y la filial podría conllevar la existencia de resoluciones incompatibles entre sí cuando, como más adelante se fundamentará, aquélla ha de responder solidariamente de los incumplimientos contractuales de ésta. Esta misma conclusión puede alcanzarse sobre la base de los siguientes argumentos.

**1. La DEMANDANTE puede invocar el convenio arbitral que figura en el contrato marco**

8. El convenio arbitral contenido en la cláusula 11 del contrato marco entre PARNASO y MUROS, celebrado en Luzonia el 18 de diciembre de 2008 (en adelante, el “contrato marco”, **Doc. n° 2 de la Solicitud**) contiene una cláusula compromisoria que, en buena medida, reproduce el modelo de cláusula que proporciona la propia Corte de Arbitraje de Madrid. Es cierto que la DEMANDANTE no es parte en dicho contrato marco, pero ello no impide que pueda invocar la cláusula compromisoria contenida en él frente a MUROS.

9. Y es que, si bien un acuerdo de arbitraje sólo vincula, por regla general, a quienes lo hayan celebrado y que MUROS no ha firmado contrato alguno con PARNASO ANDINA, no puede negarse que la intención de las partes del contrato marco fue, desde el primer momento, la de permitir la celebración de contratos específicos de suministro y distribución, ya sea directamente entre las partes del contrato marco, ya sea a través de sus sociedades filiales [cfr. la cl. 2 del contrato marco: “La determinación de los productos (calidades y cantidades) y demás especificidades, así como la forma de ejecución de esta alianza se llevarán a cabo mediante el/los acuerdo/s específico/s que a tales efectos, se establecerán bien directamente entre las partes del presente acuerdo o bien a través de las empresas de los grupos o filiales”]. Y esto último es lo que sucedió en el presente caso, donde a la celebración del contrato marco le siguió la de otro, de suministro y distribución, el 2 de febrero de 2009 (en adelante, el “contrato de suministro”, **Doc. n° 3 de la Solicitud**), entre sociedades filiales de las firmantes del contrato marco [cfr. la cl. III. del contrato de suministro: “El suministrador conforme a los *objetivos previamente establecidos por MUROS DE LA PATRIA MÍA S.A. con PARNASO S.A. ...*” (la cursiva es nuestra)]. No puede negarse, por ello, que el contrato marco y el de suministro consituyen una unidad contractual que permite a PARNASO ANDINA invocar la cláusula compromisoria inserta en el primero para reclamar los daños y perjuicios que le han sido causados por vía arbitral, pues existía una voluntad contractual expresa de vincular a las filiales al contenido del contrato marco.

10. En efecto, es generalmente aceptada la idea de que el convenio arbitral es autónomo respecto de la relación contractual en que se inserta. Así lo reconoce, *inter alia*, el art. 16.1 LMU cuando establece que “una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato” [en la jurisprudencia, *Cour de Cassation* 7 mayo 1963]. O dicho de otra manera, puede hablarse de “dos contratos diferentes con diversos fundamentos y diversa finalidad que emanan de declaraciones de voluntad también divergentes” [FERNÁNDEZ ROZAS *et al.* (2011) p. 652]. Así, los Tribunales no han tenido reparos para

equiparar el convenio arbitral y otros contratos privados en aras de superar el principio de relatividad de los contratos. Y es que, tras afirmar en un primer momento que “*a party cannot be required to submit to arbitration any dispute which he has not agreed so to submit*” [U.S. Supreme Court 20 junio 1960], la *United States Supreme Court* entiende hoy que tales convenios resultan sujetos a aquellas normas que “*allow a contract to be enforced by or against nonparties to the contract through assumption, piercing the corporate veil, alter ego, incorporation by reference, third-party beneficiary theories, waiver and estoppel*” [U.S. Supreme Court 4 mayo 2009].

11. Concretamente, no puede negarse en el presente caso la existencia de una voluntad implícita de las sociedades matrices, entre ellas MUROS, de extender el convenio arbitral a sus filiales. Aun siendo el arbitraje consensual por naturaleza —de manera que no puede obligarse a una parte a someterse a un procedimiento arbitral para resolver una controversia respecto a la cual no ha declarado su sumisión [U.S. Supreme Court 20 junio 1960]—, la extensión del convenio arbitral a terceros es posible si así deriva de una interpretación de la intención de las partes en el caso concreto. Y de acuerdo con el *principio de interpretación de los contratos acorde con la voluntad común de las partes* (art. 4.1 de los Principios UNIDROIT), no cabe duda de que la voluntad implícita de MUROS era la de considerarse vinculada por el convenio arbitral también frente a las filiales de PARNASO. Prueba de ello es la referencia expresa que se hace en el contrato marco a la posibilidad de que su ejecución se confíe a otras sociedades pertenecientes a los respectivos grupos.

12. Es más, no se discute aquí si podía o no obligarse a dichas filiales a pasar por un procedimiento arbitral *como demandadas* cuando ellas no habían suscrito personalmente la cláusula compromisoria. Lo que se pretende es que puedan invocar una cláusula de sumisión suscrita por sus sociedades matrices, insertada en un contrato marco que las vinculaba a todas. Es decir, es MUROS (que sin duda había asumido el compromiso arbitral) la que pretende eludir la jurisdicción arbitral cuando queda plenamente acreditada por la situación fáctica, tanto la activa participación de la DEMANDANTE en la ejecución del contrato como la intención real de ambas partes. En efecto, aunque la eficacia de un convenio arbitral en relación a terceros no firmantes suele discutirse para obligar a éstos a acudir a un arbitraje que no desean, “[i]t is more foreseeable, and thus more reasonable, that a party who has actually agreed in writing to arbitrate claims with someone might be compelled to broaden the scope of his agreement to include others” [ULOTH / RIAL (2002) p. 633; citado en diversas decisiones judiciales, p.ej., *District Court, Eastern District of Louisiana* 25 marzo 2014; *Court of Appeal, 5<sup>th</sup> Circuit* 9 septiembre 2003]. En la medida en que, en el presente caso, no sólo es muy intensa la relación que mantienen todas las sociedades implicadas, sino que existe una clara interdependencia contractual (sin contrato marco no puede realizarse el de suministro, y éste es desarrollo de lo dispuesto en aquél), no hay duda acerca de que esta parte puede invocar frente a BUSCÓN la cláusula compromisoria firmada por su matriz. Así lo ha entendido también la *Court of Appeals del Second Circuit* en una sentencia de 8 de diciembre de 1999, cuando permite a diversas filiales invocar el convenio arbitral firmado por su matriz [“*Normally, it is the signatory to an arbitration agreement that urges us to apply a veil-piercing doctrine (...) to require the non-signatory to arbitrate because of the special circumstances that apply. In this case, however, it is the (...) ‘non-signatories’ (...) that invite us to pierce their own corporate veil because of claimed special circumstances*”].

13. En términos similares se expresa, asimismo, la jurisprudencia tanto arbitral como de los tribunales de justicia en el continente europeo. Respecto de la primera, puede verse el laudo CCI 2375 de 1975, donde precisamente se extendía la cláusula compromisoria contenida en un contrato celebrado entre dos sociedades matrices a sus respectivas filiales; o el laudo CCI 8910 de 1998 que, en un caso que guarda mucha relación con el presente, entendía que se estaba ante una combinación de dos teorías presentes en la jurisprudencia francesa, la de los grupos de contratos (que permite extender una cláusula arbitral a otro contrato celebrado entre las mismas partes [en España, la aplica la *SAP Barcelona* 3 marzo 2006]) y la de los grupos de sociedades (que extiende la eficacia de una cláusula contenida en un único contrato a otros sujetos), que, junto a la estrecha imbricación de los dos contratos, habilitaba al tribunal arbitral para deducir una voluntad común de todas las partes de estar vinculados por la cláusula de sumisión contenida en uno de dichos contratos. Algo similar deriva de la jurisprudencia de los tribunales de justicia [señaladamente, *Cour d’Appel de Paris* 31 octubre 1989]. Como así lo tiene establecido la *Cour d’Appel de Paris*, “un convenio arbitral contenido en un contrato internacional tiene su propia validez y eficacia, que requiere su extensión a todas las partes directamente involucradas en la ejecución de dicho contrato y en las controversias que de ello puedan surgir, una vez determinado que su situación y sus actividades permiten presumir que son conscientes de la existencia y el alcance de la cláusula compromisoria, aun cuando no hayan firmado el contrato que la contiene” [*Cour d’Appel de Paris* 30 de noviembre de 1988]. Y así lo confirma la *Cour de Cassation*, cuando sostiene que “la autonomía del convenio arbitral obliga a extender su aplicación a partes que, aunque no lo hayan firmado, están directamente implicadas en la ejecución del contrato que la contiene, si se desprende de las circunstancias que las partes conocían dicho convenio arbitral” [*Cour de Cassation* 7 noviembre 2012].

## 2. La DEMANDANTE también puede invocar frente a MUROS la cláusula compromisoria contenida en el contrato de suministro celebrado con BUSCÓN

14. Aun cuando este Tribunal no quiera admitir que PARNASO ANDINA invoque el convenio arbitral contenido en el contrato marco, también el contrato de suministro contiene una cláusula compromisoria, si bien de tenor diverso. Como puede apreciarse, en este caso la situación es la inversa a la descrita en el epígrafe anterior por cuanto se invoca una cláusula suscrita por la DEMANDANTE pero no por la CODEMANDADA. No obstante, no debe existir inconveniente en extender la aplicación de este segundo convenio arbitral a MUROS, aunque no lo haya firmado, porque sí lo ha hecho su filial BUSCÓN. En efecto, son varias las teorías que se emplean para ampliar la extensión subjetiva del convenio arbitral a quienes no lo hubieran consentido expresamente: representación; estipulaciones a favor de terceros; cesión; *venire contra factum proprium* o *estoppel*; incorporación por referencia; aceptación tácita; existencia de una comunidad de derechos e intereses; confusión y fraude, levantamiento del velo (grupos de sociedades); o equidad y buena administración de justicia [HANOTIAU (2006) pp. 7 y ss.].

15. En primer lugar, y aplicando a supuestos como el presente la teoría del “*equitable estoppel*”, se considera vulnerada la prohibición de ir contra los propios actos cuando las pretensiones frente a la matriz estén “*intimately founded in and intertwined with’ a contract containing an arbitration clause*” [tanto por la vinculación de las acciones con el contrato que contiene la cláusula compromisoria como por la relación existente entre firmante y no firmante] o cuando las acciones contra la matriz y su filial están basadas en los mismos hechos y son por su naturaleza inseparables, estando los Tribunales facultados para obligar a la matriz a pasar por el arbitraje, aunque no sea formalmente parte del convenio arbitral [así, *Courts of Appeals, 2<sup>d</sup> Circuit* 24 agosto 1995 y 8 diciembre 1999; *4<sup>th</sup> Circuit* 13 diciembre 1988; *11<sup>th</sup> Circuit* 30 diciembre 1993; *District Court, Southern District of New York* 30 julio 2001].

16. En segundo lugar, con respecto a las consecuencias que en este ámbito pueda tener el hecho de que MUROS y BUSCÓN forman un grupo de sociedades, para que pueda tener lugar la extensión a la matriz de la cláusula compromisoria contenida en un contrato celebrado por la filial, la doctrina apunta una serie de condiciones [“la pertenencia a un grupo de sociedades, la participación efectiva o relevante de la sociedad no suscriptor en la negociación o ejecución del negocio del que deriva la controversia, así como la voluntad común de las partes (incluida la de la sociedad no firmante en cuestión) de someter a la sociedad no suscriptor a la relación contractual litigiosa y, consiguientemente, al correspondiente convenio arbitral”; así AGUILAR (2001-1), p. 69] que, todas ellas, deben considerarse cumplidas en el presente caso: (1) MUROS y BUSCÓN pertenecen a un mismo grupo de sociedades; (2) la matriz no firmante (MUROS) ha participado activamente en la negociación, la conclusión y la ejecución del contrato de suministro; y (3) MUROS consintió la ejecución del contrato marco a través de contratos específicos de suministro celebrados por su filial BUSCÓN, que reconoció actuar conforme a los objetivos previamente establecidos por su propia matriz y la de PARNASO ANDINA [cl. III del contrato de suministro]. Sobre todo en lo que se refiere al segundo requisito, la participación de la matriz en la negociación y la ejecución del contrato no ofrece lugar a dudas, como así lo atestigua la continua presencia de D. Pablos Segovianos, directivo de MUROS, en las comunicaciones electrónicas relativas a la ejecución del contrato de suministro. Ello resulta decisivo, asimismo, a la hora de afirmar que el grupo MUROS representa una unidad económica [sobre los requisitos para poder hablar de “unidad económica” dentro del grupo que, sin perjuicio de la personalidad jurídica distinta de cada una de las sociedades agrupadas, ha de tener en cuenta el tribunal a la hora de determinar su propia competencia puede verse el conocido laudo CCI núm. 4131/1982, *Dow Chemical*]. Y es que, no puede soslayarse que el contrato de suministro no podía haberse celebrado sin el conocimiento y el consentimiento de la matriz, pues los productos que a su amparo se suministran son los “del Grupo Muros”, conforme a los objetivos previamente establecidos por MUROS y PARNASO.

17. Esta necesidad de que exista un previo consentimiento de la matriz, junto a otros indicios, ha permitido afirmar que de lo que en realidad se trata es de un supuesto de representación tácita [AGUILAR (2001) p. 138]. Al consentir MUROS la celebración del contrato, siquiera tácitamente, debe razonablemente esperar que se vaya a ver obligada (o beneficiada) en virtud del convenio arbitral firmado por su filial. No existe inconveniente, en tales supuestos, para deducir que la vinculación existe en virtud del comportamiento de la matriz, que pone de relieve su voluntad real [PARK (2009) aps. 1.11 y ss.].

18. Ciertamente, MUROS alega que su filial es absolutamente independiente, lo cual es desmentido por los hechos no controvertidos. En primer lugar, cabe citar los correos electrónicos que figuran en el expediente, tanto los de 2010 (**Docs. nº 7, 9 y 10 de la Solicitud**), como los de 2015 (**Docs. nº 4 y 5 de la Respuesta**). En ellos interviene siempre D. Pablos Segovianos, quien en 2006 abandonó BUSCÓN para incorporarse a MUROS, ocupando un puesto en el Consejo de Administración y la Vicepresidencia ejecutiva. No obstante, sigue utilizando indistintamente tanto la dirección de “muros.luz” como la de “buscon.cer”. Ello no sólo pone de relieve la confusión de personas existente en el grupo, sino también la enorme influencia que la matriz ejerce sobre la filial, pues

es el propio Vicepresidente ejecutivo de MUROS quien figura como remitente o destinatario de los correos relacionados con la ejecución del contrato de suministro. No cabe dudar, por ello, del conocimiento y consentimiento de la matriz al convenio arbitral inserto en él, máxime cuando MUROS no ha aportado prueba alguna que demuestre que no dirige, ni la política, ni la economía, ni la organización de la filial. Antes al contrario, el correo electrónico de 5 de febrero de 2015 (**Doc. n° 8 de la Solicitud**), en el que se afirma que *el grupo* ha declarado una política de “sin comentarios”, pone de manifiesto el férreo control de la matriz sobre las filiales.

### III. El Tribunal Arbitral es competente para conocer de la acción de daños por vulneración del Derecho de defensa de la competencia: sobre la extensión objetiva de los convenios arbitrales

#### 1. Las controversias en materia de Derecho *antitrust* son arbitrables en abstracto

19. Señalan las CODEMANDADAS que la controversia no es susceptible de arbitraje, por cuanto resultan implicados aspectos de Derecho de la competencia, que han de considerarse de orden público y, por ello, no susceptibles de arbitraje. Cita en defensa de su tesis la LCPCR, a cuyo tenor la aplicación de la Ley corresponde, por un lado, a la Autoridad de la Competencia (art. 6.I) y, por otro, a la autoridad *judicial* correspondiente, ante la que puede solicitarse el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por un ilícito concurrencial mediante la acción civil correspondiente (art. 12.I). Respecto de la Autoridad de la Competencia, resulta obvio que ésta se encarga de la investigación y sanción *administrativa* de las conductas anticoncurrenciales, un aspecto que no pretende dirimirse en este procedimiento. Con relación a la acción civil, por su parte, si bien es cierto que su conocimiento se atribuye a las autoridades judiciales, en ningún momento se excluye acudir a la vía arbitral. En particular, no se dice que “únicamente” podrá obtenerse dicho resarcimiento mediante la acción civil correspondiente. Algo similar sucede, en el ámbito de la Unión Europea, respecto del Reglamento n° 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, *relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado* [hoy, arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea]. A pesar de que dicho Reglamento se refiere, asimismo, únicamente a su aplicación por parte de las autoridades de la competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, se ha defendido, con buen criterio, que ello no impide que se diriman controversias sobre la aplicación privada del Derecho de la competencia por vía arbitral. Y ello porque, por un lado, el Reglamento no lo prohíbe; por otro, porque los tribunales arbitrales están hoy sobradamente preparados para afrontar litigios de estas características [CREUS / JULIÀ (2008) pp. 9 y ss.].

20. No puede sorprender, por ello, que hace tiempo ya que la tradicional reticencia a admitir la jurisdicción de los tribunales arbitrales haya dejado lugar a pronunciamientos favorables a la arbitrabilidad de controversias en materia de Derecho de defensa de la competencia. Así lo reconoció la ya lejana sentencia de la *U.S. Supreme Court* de 2 de julio de 1985, al entender que *a)* el mero hecho de que se suscite una controversia *antitrust* no justifica *per se* invalidar la cláusula de sumisión en base a una suposición no contrastada de que el convenio arbitral es inválido; *b)* la potencial complejidad de los asuntos en materia *antitrust* no es suficiente para impedir el acceso al arbitraje; *c)* tampoco existe un riesgo de hostilidad innata de los árbitros frente a las restricciones a la libertad de empresa que impone el Derecho de defensa de la competencia; *d)* la importancia [en Estados Unidos] de la aplicación privada de las normas *antitrust* no obliga a alcanzar la conclusión de que tal remedio sólo puede solicitarse de los tribunales de justicia; y *e)* que la política federal se muestra muy favorable al arbitraje [con idéntico resultado, *Supreme Court* 13 mayo 1991 para controversias meramente internas en EE.UU.]. No se está, por lo demás, en el presente caso ante una de las situaciones que han motivado la invalidación de cláusulas compromisorias en el ámbito de la aplicación privada del Derecho *antitrust*: la existencia de una multitud de demandantes que quieran hacer valer sus derechos a través de una acción de clase.

21. Igualmente favorable respecto de la arbitrabilidad de las controversias en materia *antitrust* se muestra la mayoría de los tribunales del continente europeo. Si bien el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión, es lugar común señalar que de su sentencia en el asunto *Eco Swiss* [1 junio 1999] se infiere que el Derecho comunitario de defensa de la competencia es arbitrable [así, p.ej., MARTÍNEZ LAGE (2001) p. 4; LANDOLT (2012) p. 2]. Algo más explícita se muestra la sentencia del mismo Tribunal de 21 de mayo de 2015 (aunque evita igualmente pronunciarse directamente sobre la posible sumisión a arbitraje [que era uno de los aspectos que figuraba en la cuestión prejudicial]), pues reconoce, con carácter general, la validez de cláusulas de sumisión en materia concurrencial en el marco del Reglamento n° 44/2001 [hoy, Reglamento n° 1215/2012]. En sentido similar se expresan, p. ej., los tribunales franceses [*Cour d'Appel de Paris* 19 mayo 1993] e italianos [en particular, *Corte d'Appello di Milano* 15 julio 2006]. También los españoles [*AAP Madrid* 18 octubre 2013 y 25 septiembre 2015] han venido entendiendo que, aun cuando la norma aplicada sea de orden público, nada impide que las *consecuencias económicas de su*

*infracción* se diriman ante un tribunal arbitral. No puede sorprender, por ello, que además la doctrina mayoritaria se decante por admitir la sumisión de controversias en materia de Derecho de defensa de la competencia a la jurisdicción de los tribunales de arbitraje [en lugar de muchos, MARTÍNEZ LAGE (2001); OECD (2010)].

22. Y este justamente es el caso aquí. Lo que se pretende no es una aplicación sancionadora del Derecho de defensa de la competencia, sino dirimir las consecuencias económicas que para esta parte ha tenido la participación de BUSCÓN en un acuerdo colusorio. Nada debe impedir, por ello, someter tales cuestiones a arbitraje.

## **2. La controversia concreta resulta cubierta por la cláusula de sumisión**

23. Como ha quedado expuesto, PARNASO ANDINA está facultada para invocar frente a MUROS la cláusula compromisoria contenida en el contrato marco, pues la voluntad real de las partes era la de someter *todas* las controversias que pudieran surgir en la ejecución del contrato, incluso con filiales de los respectivos grupos, a arbitraje. Al hilo de la tesis expuesta en el laudo CCI 8910 de 1998, al que ya se ha hecho referencia, cabe sostener, además, que este mismo convenio arbitral vincula también a BUSCÓN, al existir simultáneamente un grupo de contratos y otro de sociedades.

24. El tenor de la cláusula [*“Toda controversia derivada de este contrato o que guarde relación con él, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez o terminación, será resuelta definitivamente mediante arbitraje de Derecho, administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, de acuerdo con su Reglamento de Arbitraje vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El tribunal arbitral que se designe a tal efecto estará compuesto por tres árbitros y el idioma del arbitraje será el español. La sede del arbitraje será Matrice, Madre Patria”*] es de una amplitud extrema, pues alcanza no sólo a las controversias derivadas del propio contrato marco, sino también a cualquier otra “que guarde relación con él”. A este respecto, la jurisprudencia tiene establecido que “la existencia de un acuerdo de arbitraje amplio genera una presunción de arbitrabilidad que sólo puede superarse si se constata que la cláusula compromisoria no es susceptible de ninguna interpretación que cubra la controversia alegada”; y a tal efecto es irrelevante la calificación que de las acciones interpuestas realicen las partes, debiendo, por el contrario, estarse a su verdadera naturaleza jurídica [*Court of Appeals, 2<sup>nd</sup> Circuit* 14 enero 1998, que declara aplicable dicha presunción a una cláusula de tenor prácticamente idéntico al de la presente].

25. En relación a esto último, la parte DEMANDADA sostiene que, en cuanto reclamación extracontractual, la acción de daños y perjuicios por vulneración del Derecho de defensa de la competencia no resulta cubierta por la cláusula compromisoria. Tal argumento no puede acogerse, en atención a las siguientes consideraciones.

### **a) La pretensión deducida por esta parte es de naturaleza contractual**

26. Ciertamente, parece dar la razón a la parte DEMANDADA la citada sentencia del TJUE de 21 de mayo de 2015, al señalar que “una cláusula [de sumisión] que se refiere en abstracto a las controversias que surjan en las relaciones contractuales no abarca una controversia acerca de la responsabilidad delictual en la que hubiera incurrido supuestamente una parte contratante a causa de su conducta en el ámbito de un cártel ilícito”. Sin embargo, dicha doctrina no resulta aplicable al presente caso.

27. Y es que, al contrario de cuanto señala la representación de las CODEMANDADAS, la pretensión deducida por esta parte es exquisitamente contractual [cfr. ORTIZ (2011) pp. 168 y ss., así como doctrina ahí citada: cuando la conducta afecta a una relación contractual preexistente y constituye un incumplimiento de una obligación específica —como sucede aquí—, la responsabilidad es contractual]. Como habrá ocasión de comprobar más adelante en el presente escrito, lo que esta parte reclama es la resolución del contrato de suministro y la indemnización de los daños causados como consecuencia de un incumplimiento de dicho contrato, en cuya cláusula X las partes se comprometen “*a no concertar acuerdos o adoptar medidas que afecten la imagen de la otra parte. A tales efectos, se considerarán especialmente graves cualquier acuerdo o medida que suponga una infracción de las normas [...] relativas al derecho de la competencia*”. De ahí que no pueda hablarse de una supuesta imprevisibilidad del litigio sobre la infracción de las normas de competencia [a que se refiere el TJUE en la sentencia citada para declarar la inaplicación de las cláusulas de sumisión en estos casos]. Al contrario, las partes sí habían previsto una posible conducta anticoncurrencial y la habían incluido expresamente en el contrato. Es más, también es distinta la situación de partida: mientras que, en la cuestión prejudicial formulada al Alto Tribunal se le pedía que se pronunciase sobre la posibilidad de que la *demandada* alegase, en detrimento de la parte perjudicada, un convenio arbitral inserto en un contrato de suministro, aquí es la perjudicada-DEMANDANTE la que lo invoca frente a la infractora y su matriz; la imprevisibilidad no puede jugar nunca a favor de quien conscientemente vulnera sus obligaciones contractuales y legales.

28. Tratándose, pues, de una reclamación contractual, no debe quedar duda de que resulta cubierta por ambas cláusulas compromisorias, tanto la que figura en el contrato marco como la que consta en el de suministro, pues se trata de una cuestión relativa a la “ejecución del contrato”.

**b) Aunque la pretensión fuese de naturaleza extracontractual, resultaría igualmente cubierta por el convenio arbitral**

29. Ahora bien, aun cuando este tribunal no quiera compartir la opinión de que nos hallamos ante una pretensión contractual, la controversia resultaría igualmente cubierta por las cláusulas de sumisión. En primer lugar, el art. II.1 de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 obliga a los Estados contratantes a reconocer los convenios arbitrales por escrito que sometan las controversias entre las partes respecto a una determinada relación jurídica, *contractual o no contractual*, a arbitraje. Nada obsta, por tanto, para que un litigio de naturaleza extracontractual sea sometido a arbitraje. Únicamente cabría discutir si la correspondiente cláusula compromisoria es de tenor lo bastante amplio como para referirse también a pretensiones (cuasi) delictuales.

30. Como se ha señalado, el convenio arbitral que figura en el contrato marco no se limita a mencionar las controversias que deriven de dicho contrato, sino también las que “guarden relación” con él. Ante cláusulas de tenor similar, la jurisprudencia ha entendido que resulta perfectamente cubierta cualquier controversia en materia de Derecho de defensa de la competencia [*U.S. Supreme Court* 2 julio 1985; *Cour d’Appel de Paris* 19 mayo 1993] o, en general, las reclamaciones extracontractuales [*Bundesgericht* suizo 6 agosto 2012]. También la doctrina señala que aquellos convenios arbitrales que contengan expresiones tipo “en relación con” o “en conexión con” suelen interpretarse en el sentido de que cubren reclamaciones tanto contractuales como extracontractuales, cuando guarden alguna relación razonable con el contrato entre las partes [BORN (2010), p. 40].

**IV. Subsidiariamente, se solicita que MUROS sea admitida como tercero en el presente procedimiento**

31. En caso de que, en contra de la opinión aquí patrocinada, este Tribunal entienda que PARNASO ANDINA no puede invocar el convenio arbitral incorporado al contrato marco y que MUROS no resulta obligada a acudir en virtud de la cláusula compromisoria contenida en el contrato de suministro, se solicita que MUROS sea admitido como tercero en calidad de parte en el presente procedimiento (art. 9.2 del Reglamento de la Corte).

**2ª Cuestión: Las Medidas Urgentes adoptadas por el árbitro de emergencia son válidas y las pruebas obtenidas deben ser admitidas en la fase probatoria**

32. Las pruebas obtenidas en ejecución de las Medidas Urgentes adoptadas por el árbitro de emergencia han de ser admitidas en la fase probatoria del presente procedimiento porque el nombramiento de aquél se efectuó conforme a Derecho (*sub I.*). El árbitro de emergencia era, además, competente para otorgar las medidas solicitadas por esta parte (*sub II.*) y su adopción se ajustaba a Derecho, dado que concurría la apariencia de buen derecho y peligro en la demora (*sub III.*). No puede, por ello, dudarse de la validez de los medios probatorios recabados.

**I. El nombramiento del árbitro de emergencia se realizó conforme a Derecho**

33. Aunque la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, LMU) no contempla la figura del árbitro de emergencia anterior a la composición del Tribunal Arbitral, debe partirse de la “libertad de las partes para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones”, regla de base del arbitraje. Así se establece en el art. 19 LMU, que permite que las partes, mediante su remisión a una concreta norma, colmen las lagunas no contempladas en la cláusula compromisoria o en la propia Ley Modelo. Ello es lo que ha sucedido aquí, pues tanto PARNASO y MUROS como PARNASO ANDINA y BUSCÓN decidieron, en sus respectivos contratos, someter todas las controversias relativas a su ejecución a arbitraje de Derecho, administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, siendo la sede Madre Patria.

34. Pues bien, el Reglamento de esta Corte —a cuya “versión vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje” remite expresamente la cl. 11 del contrato marco— incorpora, en su art. 37 y Anexo 2, el árbitro de emergencia con anterioridad a la constitución del Tribunal Arbitral, que permite a las partes la obtención de medidas cautelares o de anticipación o de aseguramiento de pruebas en caso de urgencia. Y este procedimiento especial se aplica a solicitud de cualquiera de las partes —como aquí ocurre— sin que sea necesario que se haya



previsto o acordado expresamente en la cláusula compromisoria o en un acuerdo separado [así, para las ICC Emergency Arbitrator Rules, ATLIHAN (2011) p. 241]. En otras palabras, se ha instaurado, con acierto, la aplicación automática de las normas del árbitro de emergencia en caso de que las partes hayan acordado someter sus discrepancias a arbitraje administrado por esta Corte.

35. Alega la representación de las CODEMANDADAS que es ilícito el nombramiento del árbitro de emergencia y que éste no podía dictar ninguna medida cautelar, puesto que esta figura se ha introducido *ex novo* en el actual Reglamento de la Corte, en vigor desde el pasado 1 de marzo de 2015 y, por tanto, con posterioridad a los convenios arbitrales celebrados en 2008 y 2009 bajo la vigencia del anterior Reglamento [que no la contemplaba].

36. El motivo alegado no puede prosperar puesto que: *a)* el art. 2.3 del Reglamento de la Corte literalmente prevé que la “sumisión al Reglamento de Arbitraje se entenderá hecha al Reglamento vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje, a menos que las partes hayan acordado expresamente someterse al Reglamento vigente a la fecha del convenio arbitral”, lo que aquí no sucede: mientras que la cláusula contenida en el contrato marco invoca expresamente la aplicación del Reglamento vigente en el momento de la presentación de la solicitud, la del contrato de suministro simplemente se remite a arbitraje de Derecho administrado por esta Corte arbitral, sin especificar que el Reglamento que debe aplicarse sea el vigente en el momento de celebración del convenio arbitral. Así pues, presentada la solicitud de árbitro de emergencia el 9 marzo de 2015, resulta de aplicación el Reglamento vigente en esta fecha, esto es, el de 1 de marzo de 2015, en el que ya se ha incorporado la figura del árbitro de emergencia; *b)* la Disposición Adicional 1ª y la Disposición Transitoria del nuevo Reglamento prevén su entrada en vigor el 1 de marzo de 2015, quedando desde entonces sin efecto el Reglamento anterior, salvo para aquellos procedimientos *iniciados* con anterioridad a esta fecha, lo que tampoco aquí sucede, puesto que el procedimiento se inicia el 9 de marzo de 2015, y, por tanto, con posterioridad.

37. En fin, se han cumplido todos los requisitos del apartado 3 del Anexo II del Reglamento vigente: la solicitud de nombramiento de Árbitro de Emergencia se ha realizado y ha sido recibida con anterioridad a la constitución del Tribunal Arbitral; se ha acreditado el pago de la correspondiente provisión de fondos; y, como se ha visto en la respuesta a la 1ª Cuestión, el Tribunal Arbitral es competente para conocer de la presente controversia.

## II. El árbitro de emergencia podía otorgar las Medidas Urgentes solicitadas por esta parte

38. Alega la representación de las mercantiles DEMANDADAS que el árbitro de emergencia carece de competencia para la adopción de medidas urgentes siendo, por el contrario, competente para ello el tribunal de justicia del lugar del arbitraje.

39. Debe partirse de que los arts. 17 y 17B LMU (en la versión de 2006) facultan al Tribunal Arbitral para otorgar medidas cautelares y emitir órdenes preliminares, salvo acuerdo en contrario de las partes. Estos preceptos no establecen las modalidades de la ejecución de tales medidas, razón por la cual los Estados que adopten la Ley Modelo tienen la posibilidad de establecer el específico procedimiento para que tenga lugar la asistencia judicial [FERNÁNDEZ ROZAS (2007) p. 25]. Como es sabido, el arbitraje se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que éstas están habilitadas para decidir en todo lo que concierne al procedimiento arbitral, incluyendo el régimen de las medidas cautelares. Precisamente uno de los elementos que condiciona la elección de la sede del arbitraje es el hecho de que la ley de ese lugar contemple la posibilidad de que los árbitros puedan pronunciarse sobre la adopción de medidas cautelares, y esta inclusión es automática cuando las partes se remiten a un Reglamento de arbitraje que otorgue poderes a los árbitros para adoptar tales medidas. “Si las partes otorgan poderes a los árbitros para que decidan sobre el fondo del asunto, no existe ninguna razón para que esta competencia no se extienda a las medidas cautelares”. De hecho, se entiende que del propio convenio arbitral deriva una competencia implícita de los árbitros en materia cautelar [FERNÁNDEZ ROZAS (2007) pp. 28 y 29].

40. Pues bien, precisamente basan su oposición las CODEMANDADAS en el tenor del art. 5 de la Ley de Arbitraje de Madre Patria, que establece que “[p]ara la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el tribunal del lugar del arbitraje”. Siguiendo el mismo hay que concluir que el precepto únicamente establece qué jurisdicción, caso de recurrir a ella, es competente para la adopción judicial de medidas cautelares, pero en modo alguno implica que las facultades del árbitro se reduzcan o restrinjan a “solicitar” a la autoridad judicial la adopción de estas medidas. Es decir, la Ley no niega a los árbitros la facultad de decretar medidas cautelares; no prohíbe que el propio Tribunal Arbitral o el árbitro de emergencia sean competentes para su adopción, sino todo lo contrario. Es más, el propio Reglamento de la Corte acoge expresamente esta posibilidad en el art. 37, otorgando al árbitro de emergencia un poder habilitante para adoptar en breve plazo la medida, salvo acuerdo en contra de las partes (sistema *opt out*) [nuevamente para las ICC Rules, ATLIHAN (2011) p. 241], lo que no su-

cede. Y ello tiene indudable sentido aquí, puesto que la medida solicitada por esta parte (la entrada y registro de las instalaciones de las CODEMANDADAS) tiene precisamente por finalidad la conservación y aseguramiento de pruebas urgentes que corresponden adoptar al Árbitro de Emergencia, pues es el ámbito de actuación trazado por el Reglamento y por el convenio arbitral en garantía del desarrollo eficiente del proceso [FERNÁNDEZ ROZAS (2007) p. 29]. Si bien no nos consta ninguna decisión sobre esta cuestión por ser reciente la institución del árbitro de emergencia, ya la Sentencia de la *Cour d'appel de Paris* de 29 de abril de 2003 denegó una acción de anulación contra una figura similar, la “*ordonnance de référé pré-arbitral*”, admitiendo que las partes pueden perfectamente convenir esta posibilidad. Y ello con mayor razón cuando, como en el presente caso, es la propia norma rectora del procedimiento la que prevé que, a partir de una cláusula compromisoria ordinaria y sin necesidad de un acuerdo especial, se produzca la designación del árbitro cuya función es la adopción de estas medidas de anticipación o aseguramiento de pruebas urgentes (“Medidas Urgentes”).

41. No puede obviarse, finalmente, que la reducción de las facultades del árbitro a “solicitar” a la autoridad judicial la adopción de estas medidas está en contradicción con la propia esencia de éstas, que tratan de evitar con rapidez que se produzca un daño irreparable que haga en la práctica inútil la decisión que debería poner fin a la controversia. El hecho de que los particulares elijan someter sus controversias a arbitraje no debe suponer ninguna renuncia a la tutela efectiva de sus derechos, por lo que negar la posibilidad de medidas cautelares en el arbitraje implica la violación directa de este principio sólidamente establecido en las Constituciones estatales [FERNÁNDEZ ROZAS (2007) p. 26].

### **III. La adopción de las Medidas cumplía con los requisitos de apariencia de buen derecho y peligro en la demora**

42. El cumplimiento de los requisitos de apariencia de buen derecho y de peligro en la demora respecto de la entrada y registro en BUSCÓN ha sido puesto de manifiesto por el Árbitro de Emergencia nombrado por esta Corte en su Orden de 20 de marzo de 2015 [pp. 49 y 50]. A ello poco hay que añadir, sin perjuicio de que se volverá sobre ello en la siguiente Cuestión. En ella también se expondrán los hechos que, en contra de la opinión del Árbitro, hubieran debido llevarle a admitir las medidas urgentes solicitadas con respecto a MUROS.

### **3ª Cuestión: Deben otorgarse las demás medidas solicitadas por esta parte, distintas de las adoptadas por el árbitro de emergencia**

43. Este Tribunal es competente para adoptar las medidas cautelares solicitadas por esta parte, consistentes en: dictar una orden de entrada y registro en las instalaciones de MUROS, así como ordenar una prueba pericial informática para la obtención de los correos electrónicos pertinentes, almacenados o no en la “nube” (*sub I.*), y ello porque existe una posibilidad razonable de que la demanda sobre el fondo prospere (*sub 1.*) y porque la medida solicitada es necesaria y proporcionada (*sub 2.*); porque no es admisible una política de *no comment* (*sub 3.*); y porque existe una “unidad económica” entre BUSCÓN y MUROS (*sub 4.*). No es óbice para ello que los correos se hallen almacenados en la “nube” (*sub 5.*). Procede, asimismo, dictar una orden para que BUSCÓN y MUROS se pronuncien sobre si se han acogido al programa de clemencia y en qué circunstancias (*sub II.*); y solicitar de la Autoridad de Competencia de Andina los archivos obtenidos en el procedimiento de investigación contra BUSCÓN, MUROS y otras sociedades (*sub III.*), concretamente, la información derivada de la investigación llevada a cabo por la propia Autoridad de Competencia de Andina (*sub 1.*), así como la información no confidencial en caso de que BUSCÓN y/o MUROS se hubieran acogido al llamado “programa de clemencia” (*sub 2.*). Subsidiariamente, debe solicitarse del tribunal competente que adopte las medidas señaladas (*sub IV.*).

44. Como se verá a continuación, las medidas cautelares instadas por esta parte cumplen los requisitos del art. 17.A.1 LMU 2006 y del art. 36 del Reglamento de esta Corte. Concretamente, los preceptos citados regulan, por un lado, las condiciones que deben seguir las medidas cautelares y, por otro, las circunstancias que debe tener en cuenta el árbitro en cada caso para otorgarlas.

### **I. Procede dictar una orden de entrada y registro en las instalaciones de MUROS, así como ordenar la prueba pericial informática pertinente para obtener los correos electrónicos relevantes, almacenados o no en la “nube”**

45. Para que pueda prosperar la solicitud de medida cautelar, el art. 36 del Reglamento de la Corte exige que los árbitros ponderen las circunstancias del caso, especialmente la concurrencia de una apariencia de buen dere-

cho [*fumus boni iuris*] en el solicitante y la existencia de un riesgo en la demora [*periculum in mora*]. Tales requisitos son expuestos con mayor claridad en el art. 17 A.1 LMU 2006 que, con respecto a la apariencia de buen derecho, señala que debe existir “una posibilidad razonable” de que la demanda del solicitante sobre el fondo prospere. El peligro en la demora, por su parte, concurre cuando “de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada”. Esta norma es coherente con el ap. 16.2 de los Principios ALI/UNIDROIT del Proceso Civil Transnacional [pensados para su utilización no sólo en la solución jurisdiccional de controversias transnacionales sino también en otros litigios de naturaleza civil], a cuyo tenor “[a]nte la solicitud oportuna de una parte, el tribunal deberá ordenar la revelación de pruebas relevantes, no confidenciales y razonablemente identificadas que estén en posesión o bajo el control de otra parte [...]. Tal exhibición no puede objetarse porque la prueba pueda ser adversa para la parte o para la persona que hace la revelación”.

46. En fin, también la LCPCR prevé en su art. 12.II que “el juez competente podrá ordenar, si lo considera necesario, que el demandado o un tercero exhiban los medios de prueba pertinentes que tengan en su poder”. Al igual que se decía en relación a la competencia del árbitro de emergencia para dictar Medidas Urgentes, ello no necesariamente precluye la posibilidad de que sea un tribunal arbitral quien adopte tales medidas: ningún sentido tiene admitir la arbitrabilidad de los asuntos de competencia si ello no viene acompañado de la competencia de los tribunales arbitrales para adoptar medidas cautelares en caso de que ello sea necesario.

### 1. Existe una posibilidad razonable de que prospere la demanda sobre el fondo de la controversia

47. Como más adelante se expondrá con mayor detalle, las conductas llevadas a cabo por BUSCÓN y MUROS durante los últimos años ponen de relieve la existencia de prácticas anticompetitivas perpetradas por el grupo. Estas conductas han dañado la confianza depositada por el Grupo PARNASO en MUROS y su filial BUSCÓN, que se ha esfumado como consecuencia de las negativas de estas empresas a dar explicaciones sobre las acusaciones de las que son objeto en la opinión pública.

48. Concretamente, las noticias sobre el posible cártel de precios de la leche son una realidad que, en primer lugar, daña a PARNASO ANDINA como empresa que distribuye estos productos, pero además y sobre todo, la negativa de MUROS y BUSCÓN a proporcionar una explicación razonable sobre estos hechos destruye la confianza en el marco de la red comercial que tantos años lleva funcionando. Son necesarias, por ello, unas medidas cautelares razonables tendentes a obtener los documentos precisos para determinar hasta qué punto los rumores sobre la existencia de un cártel son ciertos y cuál es la implicación exacta de BUSCÓN y MUROS.

49. Como es notorio, “es habitual que las actividades que los acuerdos y prácticas contrarias a la competencia implican, se desarrollen en secreto y que la documentación al respecto se reduzca a un mínimo, [... de ahí que], en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia debe inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia” [STJCE 7 enero 2004 y 25 enero 2007]. Tales indicios sin duda concurren en el presente litigio, de manera que las posibilidades de que la demanda prospere son perfectamente razonables.

50. El primero de tales indicios ha de buscarse en la inspección coordinada por la Autoridad de Competencia de Andina en las instalaciones de BUSCÓN, SILSA y FAIL para investigar los hechos relativos al “cártel de la leche”. Además, parece que BUSCÓN se ha acogido al llamado programa “de clemencia”; un hecho que, de ser cierto, consituiría la prueba definitiva de la existencia de las conductas anticompetitivas alegadas. El segundo indicio es la voluntad clara de ocultar hechos comprometidos por parte de MUROS y de BUSCÓN. Baste señalar que D<sup>a</sup> Aldonza de San Padro —una trabajadora de BUSCÓN que, a pesar de ser una persona competente con la que PARNASO tenía una enorme confianza y buen trato— terminó sus comunicaciones con mi representada de forma totalmente arbitraria e insólita (**Doc. nº 12 de la Solicitud**). Ello pone de relieve, no sólo, que el Grupo Muros intenta ocultar una trama muy delicada, sino también su total desprecio por mantener una relación comercial basada en la confianza y la colaboración: al dejar de contestar a los correos electrónicos de esta parte están demostrando que verdaderamente existe una voluntad por ocultar actos ilícitos.

### 2. La medida cautelar solicitada es necesaria y proporcionada

51. Es necesaria la entrada y registro en las instalaciones y ordenadores de MUROS, ya que “el valor probatorio de un correo electrónico solo se logra mediante el correspondiente informe pericial informático en el cual se ana-

lice el equipo, o equipos, que lo contiene, los datos de cabecera y, sobre todo, su correspondencia cronológica [MARTÍNEZ DE CARVAJAL (2013) p. 1]. Esta medida cautelar es precisa, útil y pertinente, porque solo a través de ella puede conseguirse la prueba definitiva del cártel. Sin el acceso a las instalaciones y ordenadores de MUROS está siendo vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva; y son muchas las sentencias del Tribunal Constitucional español que declaran que “el derecho a la tutela judicial efectiva es la facultad de obtener pruebas que justifiquen las tesis de quien litiga, ponderando los valores en conflicto” [STC 27 octubre 1997]. Además, es sabido que en este tipo de asuntos suele ser usual la ocultación de pruebas, es decir, el demandado o un tercero pueden disponer de pruebas necesarias para la determinación del daño sin que el demandante tenga conocimiento de ello [PEREIRA (2012) p. 401], por lo que sin el registro pertinente nunca se podrá acceder a este tipo de documentos.

52. Esta medida es idónea y proporcional, pues permite alcanzar el objetivo perseguido (averiguar las conductas realizadas por las CODEMANDADAS en relación con la constitución de un cártel). No existe otra medida menos lesiva que permita alcanzar este propósito por la dificultad que entraña en la práctica probar estos hechos. Además, la investigación tan sólo abarcará documentos y archivos relativos al caso, debiendo asignarse unos criterios de búsqueda vinculados a los hechos del proceso arbitral. PARNASO ANDINA no pretende utilizar estas medidas cautelares como medida estratégica para lograr una posición más fuerte y renegociar el contrato de suministro y distribución, como han afirmado MUROS y BUSCÓN, sino para conseguir pruebas que le permitan obtener el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia de la infracción de normas de defensa de la competencia por parte de BUSCÓN.

53. Por otro lado, esta medida cautelar no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones. La protección de este derecho sólo alcanza al proceso de comunicación mismo, de modo que una vez finalizado éste, la protección de lo recibido se realiza a través de las normas que tutelan la intimidad [SAP Barcelona 9 julio 2010]. También a juicio del Tribunal Constitucional español, el acceso a correos electrónicos que ya se han leído y almacenado en la memoria de un ordenador no afecta al derecho al secreto de las comunicaciones, sino a la intimidad. El secreto de las comunicaciones no se vulnera “en la medida en que estos correos o e-mail, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado” [STC 7 noviembre 2011].

54. En fin, la medida solicitada tampoco colisiona con el derecho a la intimidad, pues prevalece el derecho a la tutela judicial efectiva de PARNASO al ser el único modo de probar los hechos controvertidos. Procede subrayar, en este contexto, que tanto el derecho al secreto de las comunicaciones como el derecho a la intimidad están indisolublemente unidos por su naturaleza a la persona, pues constituyen una plasmación singular de la dignidad de ésta y el libre desarrollo de la personalidad, por lo que las personas jurídicas, como las sociedades mercantiles, no pueden ser titulares de los mismos [p. ej., SsTC 17 diciembre 2012 y 9 octubre 2006]. El derecho a la intimidad puede ceder, además, ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho [STC 9 de mayo 1994]. Pues bien, el examen de los correos electrónicos no vulnera ningún derecho de la parte DEMANDADA, ya que se realiza mediante intervención de perito informático profesional cumpliendo su *lex artis*: en caso de que apareciese en algún correo electrónico información privada de los intervinientes, éstos tienen la posibilidad de estar presentes para su revisión. Es más, sólo se pretende acceder a los correos electrónicos de los que son titulares las sociedades MUROS y BUSCÓN (con la dirección que tiene la terminación o el “dominio” @buscon.cer o @muros.luz). Según afirma la jurisprudencia, estos correos se asignan a los trabajadores como una herramienta de trabajo para que cumplan sus labores; la correspondencia allí contenida atañe, de manera general, a actividades ordinarias de la compañía y, por ende, no es correspondencia “privada” de los trabajadores [Corte Suprema de Justicia de Colombia 4 septiembre 2007]. Asimismo, después de la revisión, la copia de los correos electrónicos será eliminada de la misma forma en que se eliminarán todos los restos de los contenidos de ordenadores y dispositivos de almacenamiento [CARRERAS (2014)].

### 3. No es admisible una política de “no comment”

55. BUSCÓN y MUROS no pueden acogerse a una política de “sin comentarios” (**Doc. nº 8 de la Solicitud**) sobre los rumores que se extienden públicamente sobre ellas. La estrategia del “no comment” es la correcta cuando los rumores son inocuos y se espera que acaben desapareciendo por sí mismos [JUAN MATEU (2014) p. 156]. Sin embargo, en este caso concreto es necesario que MUROS y BUSCÓN desmientan la información a las empresas con las cuales mantienen una relación contractual, porque tales relaciones —prolongadas en el tiempo— se basan en la confianza. Así, las CODEMANDADAS tenían la obligación de mantener a PARNASO ANDINA informada sobre las acusaciones a las que se enfrentaban, debiendo primar siempre la relación contractual.

56. En este sentido, los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 2010 subrayan la importancia de la colaboración y la confianza en las relaciones comerciales. Así, su art. 1.7 establece que las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional, sin que puedan excluir ni limitar este deber. Por su parte, el art. 5.1.3 prevé que las partes deben cooperar entre ellas cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones mutuas.

#### **4. Dada la existencia de una “unidad económica” entre BUSCÓN y MUROS, resulta necesario acceder a las instalaciones de esta última**

57. Este tribunal es competente para la adopción de las medidas urgentes solicitadas frente a MUROS por cuanto, como se ha expuesto al analizar la competencia del tribunal arbitral, MUROS no es un tercero ajeno al procedimiento sino parte procesal, en virtud del consentimiento prestado para someter las distintas controversias en torno a los contratos marco y de suministro a arbitraje. A partir de aquí, deben otorgarse las medidas solicitadas frente a MUROS, en atención a los argumentos que se exponen a continuación.

58. MUROS ejerce un control extremo sobre su filial BUSCÓN, hasta el punto de decidir sus movimientos empresariales claves. De ahí que fuera imprescindible otorgar la entrada y registro en las instalaciones del Grupo, ya que es el único modo de obtener todas las pruebas relativas al “cártel de la leche”. Como más adelante se fundamentará, la aplicación de la llamada doctrina de la “unidad económica” permite constatar que matriz y filial son una misma empresa en sentido económico.

59. MUROS y su filial BUSCÓN están tan unidas que incluso sus trabajadores suelen “ascender” de una empresa a otra. La historia de D. Pablos Segoviano es bastante ilustrativa del funcionamiento de este grupo empresarial. Obsérvese que empezó trabajando para BUSCÓN, siendo el responsable del primer contrato entre los Grupos Parnaso y Muros en 1998. Al cabo de los años (2006) ascendió y pasó a formar parte de MUROS, ocupando diversos cargos de responsabilidad. Aun así ha seguido comunicándose con PARNASO sobre distintos aspectos comerciales, poniendo de relieve el interés que para el Grupo Muros representa su filial BUSCÓN (se trata sin duda de una filial estratégica). Buena prueba de la influencia que la matriz ejerce sobre la conducta de su filial es el hecho de que casi todos los correos electrónicos dirigidos a los trabajadores de BUSCÓN incluyen a personal de MUROS, ya sea como destinatarios, ya como remitentes. Además, y como se vio, el propio D. Pablos Segoviano utiliza el correo corporativo de BUSCÓN (*psegoviano@buscon.cer*) en 2010 (**Docs. nº 4 y 5 de la Solicitud**) y, más adelante, el de la matriz MUROS (*psegoviano@muros.luz*) (**Docs. nº 9 y 10 de la Solicitud**); sin embargo, en el año 2015 utiliza nuevamente el correo de BUSCÓN (**Doc. nº 1 de la Respuesta**), cuando se supone que en ese momento actúa en representación de MUROS. Esta conclusión se refuerza si se tiene en cuenta que, en este último correo, una trabajadora de BUSCÓN, Aldonza de San Pedro, afirma que: “*Me pide Pablos (en copia) que insista que, para nosotros, la relación con PARNASO es importante*”. Este vínculo informativo evidencia la capacidad de la matriz para influir en el comportamiento de su filial, hasta el punto de determinar con quién mantener un contrato y con quién no.

60. Pues bien, es numerosa la jurisprudencia basada en este sistema de influencias entre filial y matriz. Baste señalar la sentencia del TJCE de 14 de julio de 1972, a cuyo tenor “el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte su matriz” [cfr. también la *STJCE* 7 julio 2011, donde la matriz ejercía un control efectivo sobre sus filiales, siendo declarada, por tanto, responsable junto a ellas]. Dicha interpretación ha sido confirmada, más recientemente, por las SsTJUE de 8 de mayo y de 11 de julio de 2013.

#### **5. El hecho de que los correos electrónicos se hallen almacenados en la “nube” no obsta para que pueda ordenarse su examen**

61. El hecho de que la información esté alojada en un servidor en otro lugar es irrelevante, ya que es MUROS quien debe proporcionarla, independientemente de dónde se encuentre. Tanto MUROS como BUSCÓN afirman que la información a la que se pretende acceder se encuentra en la llamada “nube”, ya que el grupo mantiene un contrato de servicios de *cloud computing* con Vagamundos Co. Este tipo de servicios informáticos presenta una serie de características específicas, ya que “la información no siempre se halla donde realmente parece y no siempre es tratada donde parece que se está procesando” [MIRALLES (2010) p. 16].

62. En efecto, nunca se está completamente seguro de dónde se encuentra esta información; por tanto, nunca sería posible determinar un fuero aplicable. Ahora bien, a PARNASO ANDINA no le afecta dónde se “almace-

na la información, ya que lo único importante en esta cuestión es saber quién es el dueño de la misma, en este caso las sociedades del Grupo Muros. En este sentido, los diferentes peritos y especialistas, en su labor de acceso a las terminales de los ordenadores para buscar determinada información, acceden a ella con independencia del lugar en que esté almacenada, y con independencia de que sean conscientes o no de que el servidor se encuentra en un país extranjero. Por tanto, el criterio utilizado es el de la “ubicación de la terminal desde la que acceden a la información” [SALT (2012) pp. 18 y 19].

63. De todo cuanto antecede se desprende sin dificultad la necesidad y pertinencia de que se ordene el examen de los correos electrónicos intercambiados con, y relativos a, Lácteos Polifemo SA, Soledades Industrias Lácteas SA (SILSA) y la Federación Andina de Industrias Lácteas (FAIL).

## **II. Debe ordenarse a BUSCÓN y MUROS que se pronuncien sobre si se han acogido o no al programa de clemencia y que exhiban los documentos relevantes para la presente controversia**

64. A efectos del presente procedimiento resulta imprescindible que exista una declaración por parte de MUROS y BUSCÓN sobre su posible acogida al programa de clemencia, previsto en el art. 11 LCPCR. Ciertamente, el art. 12.II *i.f.* LCPCR dispone que, “[e]n ningún caso [podrá ordenarse] a una parte o a un tercero, incluida la Autoridad de Competencia, la exhibición de declaraciones realizadas en el marco de un programa de clemencia”. Pero lo que esta parte solicita no es que se concreten las *declaraciones* realizadas en el marco de un eventual procedimiento de clemencia, sino únicamente que se precise si BUSCÓN se ha acogido a él o no. Se trata de información imprescindible para esta parte, no sólo por cuanto tiene de indicio de una conducta potencialmente anticompetitiva, sino también al objeto de identificar si los documentos que posee la Autoridad de Competencia gozan de alguna protección legal en virtud del art. 11.III LCPCR —que obliga a guardar confidencialidad sobre la información obtenida en el marco del procedimiento de clemencia— o si son accesibles para esta parte.

65. Como señalan Díez y Pérez, “en el Reino Unido, en un sentido similar a lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos pertenecientes a la tradición jurídica del Derecho común o *common law*, se observa una obligación por parte de la parte demandada de aportar la documentación de la que disponga y que pueda resultar relevante para el desarrollo del proceso civil (en virtud de la Regla 31.6 de las *Civil Procedure Rules* de 1998)” [DÍEZ / PÉREZ (2014) p. 48]. En lo referente a las solicitudes de clemencia, esto viene a significar que cuando un órgano jurisdiccional admita a trámite una demanda de resarcimiento de los daños causados por un ilícito anticompetitivo, la empresa infractora podría verse obligada a poner a disposición de la parte perjudicada documentación o mecanismos de prueba que estuvieran relacionados con la solicitud de clemencia [véase *London High Court of Justice* 4 abril 2012, que autorizó el acceso a algunos documentos que se habían presentado al hilo de una solicitud de clemencia]. Aplicando dicha doctrina al caso que aquí nos ocupa, resulta claro que este Tribunal está facultado para ordenar a las CO-DEMANDADAS que entreguen toda aquella documentación que no resulte protegida por un derecho a la confidencialidad [es decir, como enseguida se verá, lo que se ha venido en llamar “información preexistente”].

## **III. Deben solicitarse de la Autoridad de Competencia de Andina los archivos obtenidos durante la investigación contra BUSCÓN, MUROS y otras sociedades**

66. Esta parte solicita asimismo que este Tribunal requiera de la Autoridad de Competencia de Andina, en virtud del art. 12.II *a.i.* LCPCR, la información obtenida durante la investigación llevada a cabo contra BUSCÓN, MUROS y otras sociedades. Como se decía, en función de si BUSCÓN ha solicitado o no acogerse al procedimiento de clemencia, el contenido de dicha información variará, por cuanto la Autoridad se ve impedida de proporcionar datos obtenidos, precisamente, en el marco de dicho procedimiento.

### **1. El acceso a la información derivada de la investigación llevada a cabo por la propia Autoridad**

67. En caso de que MUROS y BUSCÓN no se hayan acogido al programa de clemencia, debe solicitarse la remisión, por parte de la Autoridad de Competencia, de toda la información relativa a la investigación actual sobre el “cártel de la leche”. Así lo permite el art. 12.II *a.i.* LCPCR, siempre que el escrito de quien solicita dicha información suministre “hechos y medios de prueba que estén razonablemente a su alcance que sean suficientes para justificar la credibilidad de su demanda por daños y perjuicios”. Ya se ha expuesto al examinar el *fumus boni iuris* la posibilidad razonable de que la demanda sobre el fondo prospere; y habrá ocasión de analizar la infracción de las normas de competencia con más detenimiento *infra* (5ª Cuestión). Lo que no puede negarse es que la demanda por daños resulta plausible, de manera que ha de prosperar la presente solicitud, quedando a salvo tan sólo los documentos confidenciales que contengan secretos comerciales [así lo establece el art. 6.III LCPCR, a cuyo tenor debe garantizarse “el carácter confidencial de la información de las empresas que contenga secretos comerciales legítimos”,

su *know how* (que se ha definido como el conjunto de la información trascendental sobre la que se asienta el secreto de una actividad comercial”: *SAP Madrid* 22 diciembre 2006)].

68. En cambio, el mero hecho de que un documento se refiera a una actividad de investigación no basta por sí sólo para justificar su confidencialidad. Es necesario un examen particularizado del contenido de cada documento, no bastando una valoración general ni por categorías [MARTÍ MOYA (2012) p. 236], y no puede negarse el acceso sistemáticamente, ya que toda solicitud de acceso a los documentos debe ser objeto de una apreciación casuística que tome en consideración todos los datos pertinentes del asunto [PABLO-ROMERO (2014) p. 10]. En este sentido, el art. 49.2 del Reglamento de esta Corte dispone que “[l]os árbitros podrán ordenar las medidas que estimen convenientes para proteger secretos comerciales o industriales o cualquier otra información confidencial”. El Considerando 4 de la Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre, *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*, propone una serie de medidas para proteger la confidencialidad que, en el presente caso, podrían ser aplicadas, tanto por la propia Autoridad de Competencia como por el Tribunal Arbitral [“Aunque en las acciones por daños se debería disponer en principio de aquellas pruebas relevantes que contengan secretos comerciales o cualquier otra información confidencial, conviene proteger dicha información de manera adecuada. Por consiguiente, los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener a su disposición una serie de medidas para evitar que dichos datos confidenciales sean divulgados durante el procedimiento. Entre esas medidas puede incluirse la posibilidad de disociar los pasajes sensibles en los documentos, realizar audiencias a puerta cerrada, restringir el círculo de personas a las que se permite examinar las pruebas, y encargar a expertos la producción de resúmenes de la información en una forma agregada no confidencial o en cualquier otra forma no confidencial. Las medidas de protección de los secretos comerciales y demás información confidencial no deben impedir en la práctica el ejercicio del derecho a resarcimiento”].

## **2. El acceso a la información preexistente y no confidencial en caso de que BUSCÓN se hubiera acogido al programa de clemencia**

69. Aun cuando MUROS y/o BUSCÓN se hubieran acogido al programa de clemencia no se podrá negar al completo el acceso a la información de la investigación de la Autoridad de Competencia. Ciertamente, conforme a lo dispuesto en el art. 11.III LCPCR “los interesados tendrán acceso a los datos o documentos que, formando pieza separada especial de confidencialidad, sean necesarios para contestar al pliego de concreción de hechos. Sin perjuicio de lo anterior, no se podrán obtener copias de cualquier declaración del solicitante de exención o de reducción del importe de la multa que haya sido realizada por éste de forma específica para su presentación junto con la correspondiente solicitud”; y el ya citado art. 12.II *i.f.* dispone que, “[e]n ningún caso [podrá ordenarse] la exhibición de las declaraciones realizadas en el marco de un programa de clemencia”. Por tanto, no se podrán solicitar de la Autoridad de Competencia documentos relativos a las declaraciones del solicitante de exención, pero nada se dice sobre la información preexistente y demás datos que figuren en el expediente. Así lo recoge también el *Libro Verde sobre acción de daños y perjuicios* de la Comisión Europea, al señalar que debe hacerse una distinción entre la protección que se asigna a las confesiones o “*corporate statements*”, por un lado, y a los *documentos preexistentes* aportados por el denunciante del cártel por otro. Los primeros son documentos que contienen todas las afirmaciones autoincriminatorias del denunciante en que reconoce su intervención y aportan información que la Autoridad de Competencia no habría podido obtener de otro modo. Los segundos, por el contrario, son documentos que podrían haber sido descubiertos por la Autoridad de Competencia en el seno de una eventual investigación, por lo que la participación del denunciante no es determinante para su obtención [MARTÍ MOYA (2012) p. 235]. De ahí que sea razonable y proporcionado solicitar de la Autoridad de Competencia toda la información preexistente al programa de clemencia, ya que estos archivos no son confidenciales y podrían haberse conseguido a través de una investigación cualquiera.

70. Al objeto de realizar la distinción apuntada, puede resultar útil acudir nuevamente a la Directiva 2014/104/UE [aunque no resulte en ningún caso de aplicación], a cuyo tenor una “declaración en el marco de un programa de clemencia” es “toda declaración, verbal o escrita, efectuada voluntariamente por una empresa o una persona física, o en su nombre, a una autoridad de la competencia, o la documentación al respecto, en la que se describan los conocimientos que esa empresa o persona física posea sobre un cártel y su papel en el mismo, y que se haya elaborado específicamente para su presentación a la autoridad con el fin de obtener la dispensa o una reducción del pago de las multas en el marco de un programa de clemencia, sin que esta definición incluya la información preexistente”. Por el contrario, se define como “información preexistente” aquellas “pruebas que existen independientemente del procedimiento de una autoridad de competencia, tanto si esa información consta en el expediente de una autoridad de competencia como si no” (art. 2, aps. 16 y 17). Por tanto, sólo se considera información protegida las declaraciones realizadas por los solicitantes de clemencia y los testimonios prestados

por trabajadores y consejeros de empresas que cooperan en el marco del programa de clemencia, ya sean verbales o escritos [PABLO-ROMERO (2014) p. 8].

71. Este enfoque es el que aplica también la jurisprudencia. Concretamente, el TJUE se ha pronunciado a favor del acceso a la información y/o los mecanismos de prueba presentados por la empresa infractora en el marco de una solicitud de clemencia [STJUE 6 junio 2013], con base en el principio comunitario de equivalencia, en virtud del cual una norma nacional no puede hacer excesivamente difícil el ejercicio del derecho a una indemnización reconocida por el Derecho comunitario. Así, advierte el Tribunal que “invocar simplemente que el acceso a los elementos de prueba que figuran en el expediente de un procedimiento en materia de competencia y que son necesarios para fundamentar esas acciones, puede afectar a la eficacia de un programa de clemencia, en cuyo marco fueron comunicados dichos documentos a la autoridad competente en materia de competencia, no puede bastar para justificar que se deniegue el acceso a esos elementos”.

72. En definitiva, se trata de equilibrar el funcionamiento de los programas de clemencia o “*public enforcement*” y la reparación del daño por parte de los perjudicados o “*private enforcement*”. Así, el Tribunal de Justicia ha expresado que igual importancia tenían los programas de clemencia como la aplicación privada del Derecho de la competencia, afirmando que “los programas nacionales de clemencia son instrumentos útiles en la lucha eficaz para descubrir y detener las vulneraciones de las normas de competencia y sirven, por lo tanto, al objetivo de aplicación efectiva de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE” [STJUE 14 junio 2011, *Pfleiderer*]. Sin embargo, seguidamente declaró que no debía olvidarse que la aplicación privada del Derecho de la competencia era clave, pues “las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Unión Europea”. En sentido similar, en el caso de *Crehan y Courage* el TJUE expresó que la eficacia plena de las normas de competencia “se vería en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicitara la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de infringir o de falsear el juego de la competencia”. En fin, en el asunto *Manfredi* el Tribunal consideró el derecho de los perjudicados por actos contra la competencia a resarcir el daño padecido, desarrollando aún más el principio de equivalencia, estableciendo que las normativas nacionales no podían obstaculizar este resarcimiento efectivo de las víctimas de una conducta antitrust [DÍEZ / PÉREZ (2014) p. 45].

73. Como afirma la doctrina más reciente, “ambos modelos están llamados a complementarse, no a ser sustitutivo uno del otro, ya que además cada uno tiene sus propios objetivos en el marco del fin común de la defensa de la competencia: el *public enforcement* busca el efecto disuasorio a través de la política sancionadora, mientras que el *private enforcement* busca resarcimiento patrimonial de los perjudicados por una práctica anticompetitiva” [DÍEZ / PÉREZ (2014) p. 48]. Y es que, en efecto, beneficiar la aplicación pública de las normas de competencia por encima de la aplicación privada supondría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que se impediría que una persona o entidad a la que un comportamiento ilícito ha causado daños pueda solicitar una compensación a un tribunal, especialmente cuando se trata de una conducta de tal gravedad para el interés general como un cártel [ALFARO (2009) p. 4].

74. En este caso, acceder a los documentos es imprescindible para probar la existencia del cártel. No se puede beneficiar más a los infractores que a las víctimas y no se puede negar a PARNASO ANDINA el acceso a unos documentos absolutamente necesarios para reclamar una indemnización por el daño producido. A la vista del principio *neminem laedere* que obliga a todo aquel que cause un daño a repararlo o compensarlo, no se puede sacrificar —completamente— este aspecto por un beneficio procesal [RUBIANO (2011) pp. 800 y 801].

#### **IV. Subsidiariamente, debe solicitarse del tribunal competente que adopte las medidas solicitadas**

75. En caso de que esta Corte no acceda a conceder las medidas cautelares solicitadas por entender que sólo resultan competentes para su adopción los tribunales de justicia, esta parte pide a la misma que solicite formalmente el otorgamiento de las medidas solicitadas al tribunal competente del país de Pampia, sede de MUROS.

#### **4ª Cuestión: La acción ejercitada por esta parte no se encuentra prescrita**

76. La acción ejercitada por esta parte no se encuentra prescrita porque no ha transcurrido el plazo de cuatro años que señala la Convención de Nueva York sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1974 (*sub I.*). En cambio, no son aplicables, ni la Ley de Prescripción de Andina, ni tampoco el Código Civil de Madrid Patria (II.); aunque no fuera así, la acción tampoco habría prescrito (*sub III.*).



77. Como se motivará *infra* en la 6 Cuestión, los contratos objeto de la presente controversia se rigen por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980) (en adelante, CISG) y por los Principios UNIDROIT. Resulta, pues, de aplicación la Convención de Nueva York sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1974, a cuyo tenor la acción no ha prescrito (*sub I.*). Por el contrario, no son aplicables ni la Ley de Prescripción de Andina, ni el Código Civil de Madre Patria (*sub II.*). No obstante, caso de que el Tribunal entendiese lo contrario, tampoco estaría prescrita la acción (*sub III.*).

### **I. Conforme a la Convención de Nueva York sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1974, la acción no ha prescrito**

78. De conformidad con el ámbito de aplicación de la CISG y de la Convención sobre la Prescripción, contenido en sus respectivos arts. 1 y 3, así como del tenor del contrato de suministro celebrado entre PARNASO ANDINA y BUSCÓN, resultan de aplicación a la presente *litis* las anteriores disposiciones. Las partes tienen sus domicilios en Estados diferentes parte de la CISG (Andina y Cervantía) y han previsto expresamente en el contrato (cl. XV) la aplicación del Derecho de Andina, Estado contratante de la CISG, quedando, por tanto, sometidas a las disposiciones de la Convención: la elección de un ordenamiento conlleva también la de las normas internacionales que formen parte de su ordenamiento jurídico. Así deriva claramente del art. 3 de la Convención sobre la Prescripción, en su versión de 1974, al prever expresamente que ésta se aplicará cuando, en el momento de la celebración del contrato, los establecimientos de las partes en un contrato de compraventa internacional de mercaderías estén situados en Estados contratantes y sin tomar en consideración la ley que sería aplicable en virtud de las reglas del Derecho Internacional Privado, salvo disposición en contrario de dicha convención.

79. Pues bien, la Convención establece un plazo de prescripción de la acción de *cuatro años* a contar desde la fecha en que la acción pudo ser ejercitada (arts. 8 y 9), siendo dicha fecha en caso de incumplimiento del contrato aquella “*en que se produzca tal incumplimiento*” (art. 10). Este precepto debe ponerse en conexión e interpretarse de conformidad con los Principios UNIDROIT, como se sigue del párrafo 5º de su Preámbulo [que declara que “*estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme*”], y cuyo art. 10.1 establece el *dies a quo* en el día siguiente a aquel en que el acreedor conoció o debiera haber conocido los hechos a cuyas resultas el derecho del acreedor puede ser ejercido”. Como se demostrará *infra* en la 5ª Cuestión, BUSCÓN incumple, entre otras estipulaciones, lo previsto en la cláusula X, al haber vulnerado la normativa *antitrust* por su participación en conducta colusoria. Dicha concertación y, por ende, el incumplimiento contractual, es conocido por esta parte el día 10 de diciembre de 2014 a través de la nota de prensa de la Agrupación de Asociaciones de Consumidores y Usuarios de Andina (**Doc. nº 4 de la Solicitud**) y no, como alega la representación de las DEMANDADAS, en 2010. En efecto, las pruebas aportadas por éstas para motivar su pretensión no permiten obtener una solución distinta (**Docs. nº 4 a 6 de la Respuesta**). Los correos electrónicos sólo reflejan la respuesta a la preocupación de mi representada por la posible repercusión que la retirada de las ayudas al sector lácteo pueda tener en los precios. Así deriva claramente del mail de 12 de marzo de 2013 (**Doc. nº 4 de la Respuesta**) en el que literalmente Dª Clío Lisi manifiesta que desea “*saber cómo se están afrontando estos desarrollos por vuestra parte*”, recibiendo una respuesta tranquilizadora afirmando que se iba a efectuar una reestructuración y una concentración del sector. La solicitud de arbitraje se ha presentado el 9 de marzo de 2015, por lo que no ha transcurrido siquiera un año desde que se tuvo conocimiento de la infracción, no encontrándose, por ende, prescrita. En todo caso, como se verá *infra*, debe tenerse en cuenta que cuando se trata de actos *continuos* en el tiempo, el plazo de prescripción no empieza a computarse hasta que la actuación haya finalizado.

### **II. No son aplicables ni la Ley de Prescripción de Andina, ni el Código Civil de Madre Patria**

80. Al resultar la prescripción de la presente acción sujeta a la Convención sobre la Prescripción, no ha lugar a la aplicación de otros cuerpos normativos. No obstante, alegan las CODEMANDADAS que el precepto que rige la presente *litis* en materia de prescripción es el art. 7 de la Ley de Prescripción de Andina, al estarse ante un supuesto de responsabilidad extracontractual. En consecuencia, el plazo de prescripción sería de un año, a contar desde el momento en que pudo ejercitarse la acción. En modo alguno puede compartirse la anterior afirmación. Por el contrario, tal y como se ha fundamentado en la 1ª Cuestión y se detallará en el marco de la 6ª Cuestión, nos encontramos ante una reclamación de daños derivada de un ilícito concurrencial, y esta reclamación es aquí de naturaleza contractual, por cuanto deriva precisamente del incumplimiento de una cláusula del contrato de suministro. De aplicarse la Ley de Prescripción Andina, habría de acudir a su art. 6, pues es el que aborda las acciones de responsabilidad por incumplimiento de contrato, siendo el plazo de prescripción de tres años.

81. Por otra parte, y aun cuando no se alega por las CODEMANDADAS, caso de que el Tribunal entendiese que resulta de aplicación la normativa del foro sobre prescripción extintiva, esto es, el Derecho de Madre Patria, por considerar la prescripción como un asunto de procedimiento [como así sucede en algunos países del *Common Law*; véase PERKINS (1950) pp. 374 y ss.; *Supreme Court of India* 11 abril 2011; *Delhi High Court* 4 octubre 2012], tampoco resultaría de aplicación el art. 1233 de su Código Civil. Y ello porque también Madre Patria ha ratificado la Convención sobre la Prescripción, por lo que esta norma constituiría la *lex fori* aplicable a la presente *litis*, que deriva del incumplimiento de un contrato de distribución internacional regido por la CISG, como resulta del tenor del art. 3.1.b) de la Convención sobre la Prescripción (que declara su aplicación “cuando, en virtud de las normas del derecho internacional privado, la ley de un Estado Contratante sea aplicable al contrato de compraventa”).

### III. Subsidiariamente, de aplicarse la Ley de Prescripción de Andina o el Código Civil de Madre Patria, la acción tampoco habría prescrito

82. Si bien —como se ha argumentado— es de aplicación la Convención sobre la Prescripción y no la Ley de Prescripción de Andina, ni el Código Civil de Madre Patria, aun cuando el Tribunal entienda lo contrario, tampoco la acción estaría prescrita. En efecto, siguiendo los arts. 6 y 7 de la Ley de Prescripción de Andina, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de uno o tres años, respectivamente, es el momento en que pudo ejercitarse la acción. En parecidos términos, de conformidad con el art. 1233 del Código Civil de Madre Patria, el plazo de prescripción de un año comienza “desde que lo supo el agraviado”. Este último inciso, cuyo tenor coincide con el del art. 1968.2º del Código Civil español, es interpretado por el Tribunal Supremo, precisamente, en el sentido de que el plazo comienza a computar desde “el día en que pudo ejercitarse la acción” [así, p.ej., *SsTS* 29 noviembre 1982 y 13 febrero 2003]. Es decir, sólo cuando se conocen los daños, además de la identidad del sujeto (*condicio sine qua non* para poder interponer la acción), comienza a correr el plazo de prescripción.

83. Si ello es así, llama la atención la similitud que guarda la determinación del *dies a quo* con el que establece la Ley española 3/1991, de 10 de enero, *de competencia desleal* que, por vía de su art. 15.2 —que reputa desleal la “simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial”, incluidas naturalmente las de defensa de la competencia— y a falta de otra norma más específica, suele considerarse cauce hábil para reclamar el resarcimiento de los daños causados por una conducta anticompetitiva [así, p.ej., ALFARO (1991) pp. 704 y ss.; MASSAGUER (1999) pp. 462 y ss.]. A tenor de su art. 35, los actos en ella regulados prescriben “por transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal” (y en cualquier caso, “por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta”). Lo cierto es que la norma *expresamente* requiere que el demandante conozca la persona que ha realizado el acto desleal por anticompetitivo (aunque, como se decía, se trata de un requisito natural para que pueda ejercitarse una acción), mas no sólo debe conocerse quién es ese sujeto, sino que para ello necesariamente ha de tenerse noticia de la propia conducta desleal. A pesar de las dudas que pudieran existir al respecto, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia entiende que, cuando se trate de actos *continuados* en el tiempo, el plazo de prescripción no empieza a computarse hasta que la actuación desleal haya finalizado [cfr., entre otras muchas, las *SsTS* 21 enero 2009 (que se hace eco de una decisión del Pleno del Tribunal de 17 diciembre 2009 en este sentido); 20 mayo 2010; 19 febrero y 23 julio 2013].

84. En definitiva, la fijación del momento inicial del plazo de prescripción no se realiza de manera distinta a cómo se efectúa en el ámbito de cualquier otra acción. En particular, el perjudicado ha de conocer la existencia y el alcance de los daños y perjuicios que le hubieran sido irrogados para que pueda comenzar el cómputo del plazo de prescripción. Así lo ha expresado también el Tribunal Supremo español cuando afirma, con respecto a los daños continuados en el tiempo, que “el inicio del cómputo [arranca] del momento en que el total resultado dañoso fue cuantitativamente conocido por el perjudicado” [*STS* 29 noviembre 1982], mas sin que sea preciso conocer su cuantía exacta. Como se ha demostrado, esta parte ha conocido el daño ocasionado por la codemandada BUSCÓN el día 10 de diciembre de 2014 a través de la nota de prensa de la Agrupación de Asociaciones de Consumidores y Usuarios de Andina (**Doc. nº 4 de la Solicitud**) y, por consiguiente, sólo tres meses antes de la interposición de la presente demanda, por lo que en modo alguno está prescrita la acción de resarcimiento.

85. Ahora bien, en el supuesto en que el Tribunal aceptase, conforme argumenta la representación de la parte DEMANDADA, que PARNASO ANDINA conoció el daño con anterioridad, esto es, a través de los correos electrónicos intercambiados en 2010, tampoco puede estimarse que la acción haya prescrito por haber transcurrido más de un año. Como se decía, hoy día coinciden la doctrina y la jurisprudencia al afirmar que en los actos continuados no comienza a computarse la prescripción mientras la infracción persista. Dicho de otro modo, el momento de conocimiento del daño a efectos de la prescripción de una infracción continuada o duradera en el

tiempo —como aquí acontece— no debe arrancar el día en que efectivamente pudo ejercitarse la acción y se tuvo conocimiento de la persona que realizó los actos de competencia, sino aquél en que finaliza la conducta; de ahí que toda acción ejercitada mientras el comportamiento continúe ejecutándose no pueda reputarse prescrita, por más que el demandado pueda acreditar que el actor conocía el comportamiento y a su autor desde hace más de un año [MELERO (2011) p. 357; HERRERO (2008) pp. 114 y ss.]. En efecto, cuando “se trata de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción de la acción no se inicia (‘dies a quo’) hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida, como ocurre en el presente supuesto litigioso” [entre otras muchas, SsTS 28 enero 2004; 21 marzo 2005; 29 octubre 2008; 21 enero y 20 mayo 2010].

86. Esta doctrina es, por lo demás, acorde con el respeto del principio de efectividad, ya citado, que exige velar por que la legislación nacional aplicable no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil obtener la reparación de un daño [STJUE 14 junio 2011 y 6 junio 2013; “[c]orresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar si una norma nacional con arreglo a la cual el plazo de prescripción de la acción de indemnización del perjuicio causado por un acuerdo o una práctica prohibidos [...] se computa a partir del día en que comienzan el acuerdo o la práctica prohibidos hace imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a solicitar la reparación del perjuicio sufrido, en particular cuando dicha norma nacional establece también un plazo de prescripción breve y que no puede suspenderse” (STJCE 13 julio 2006)]. Además, las consecuencias de un plazo de prescripción tan breve no pueden aceptarse bajo ningún punto de vista en materia de represión de la competencia. El bien jurídico protegido es la competencia como institución y los intereses tutelados son no sólo los de mi representada PARNASO ANDINA, directamente perjudicada por el incumplimiento contractual, “sino los de todos los partícipes en el mercado, incluidos por lo tanto y entre otros, los intereses de los consumidores [...], así como el interés general” [MASSAGUER (1999) p. 577].

87. En conclusión, la presente solicitud de arbitraje se interpone el 9 de marzo de 2015, mientras parece persistir el incumplimiento de la codemandada BUSCÓN, de forma que la acción no puede reputarse prescrita, por más que BUSCÓN sostenga que PARNASO ANDINA tuvo conocimiento de su actuación con anterioridad.

### **5ª Cuestión: Las DEMANDADAS han infringido las normas de Derecho de la competencia al participar en un acuerdo colusorio con otras empresas del sector lácteo**

88. BUSCÓN ha infringido el Derecho de defensa de la competencia al participar en un acuerdo colusorio con Lácteos Polifemo SA, Soledades-Industrias Lácteas SA (SILSA) y la Federación Andina de Industrias Lácteas (FAIL), infringiendo con ello el art. 3 LCPCR. En este sentido, existen indicios suficientes para concluir que se ha producido una concertación de precios (*sub I.*), y la propia DEMANDADA ha admitido haber participado en un intercambio de información comercialmente sensible, apto para restringir la competencia (*sub II.*), durante un período prolongado en el tiempo (desde 2010 hasta 2015).

#### **I. Existen indicios suficientes para concluir que ha existido un cártel de precios entre BUSCÓN y otras empresas del sector lácteo**

89. Desde el año 2010 y, al parecer, hasta fechas recientes [aunque el mero hecho de que no pueda identificarse el momento exacto en que cesó la conducta colusoria, si es que ha cesado, no afecta al valor probatorio de las pruebas a que seguidamente nos referiremos: CASTILLO DE LA TORRE (2011) p. 42], los distintos operadores mencionados en el párrafo anterior han estado manteniendo conversaciones a causa de las condiciones presentes en el mercado andino de leche. Así, reconoce la propia BUSCÓN, en su correo electrónico de fecha 14 de marzo de 2010, “reunirse con cierta periodicidad con el resto de operadores, para hablar de la situación del sector, las políticas públicas, y cómo reaccionar ante ellas, para mantener la calidad, *pero asegurando que el sector sigue siendo rentable*” (**Doc. nº 6 de la Respuesta**; la cursiva es nuestra).

90. No obstante, la sospecha de que con ello pudiera estar refiriéndose a un cártel de precios no se confirmó hasta que se constató la existencia de unos incrementos de precios muy considerables entre 2012 y 2014, con un aumento del 40% (**Docs. nº 4 y 5 de la Solicitud**), alejándose éstos cada vez más del precio de producción (**Doc. nº 4 de la Solicitud**), después de que tuvieran lugar las reuniones entre las distintas empresas participantes en las operaciones de concentración en el sector del año 2010. Ha quedado demostrado, asimismo, que las subidas de precios se han llevado a cabo en períodos de diferencia muy breves entre las principales marcas (de una semana como mucho), y se ha podido constatar también que las marcas han ido alternando sucesivamente el orden de cuál de ellas subía el precio en primer lugar (**Doc. nº 4 de la Solicitud**).

91. Por tanto, aunque esta parte no cuente —por el momento, y a falta de llevarse a cabo la medida cautelar solicitada— con una prueba directa de la concertación para incrementar los precios, ello no impide que se aprecie una infracción del Derecho *antitrust*. En primer lugar, el art. 8.IV.a) LCPCR tipifica como infracciones muy graves “las conductas colusorias tipificadas en el artículo 3” que consistan, no sólo en cárteles en sentido estricto, sino también en “recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales”. No se precisa, pues, que exista un acuerdo explícito de fijación de precios para entender que concurre una práctica restrictiva. También el Tribunal de Justicia considera la práctica concertada como una “forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas” [STJCE 4 junio 2009; STJUE 16 junio 2011]. De la misma manera, la Comisión Europea se expresó ya muy pronto en el sentido de que la finalidad del entonces art. 85 del Tratado de la Comunidad Económica Europea [hoy, art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea] había de buscarse en el deseo de prohibir cualquier forma de coordinación entre empresas mediante la cual, sin haber llegado a la etapa de un acuerdo propiamente dicho, se instaurase una práctica cooperativa entre ellas que pusiera en riesgo la competencia [*Decisión de la Comisión* 24 julio 1969; véase también DE LA TORRE (2009) pp. 5 y ss.].

92. A nivel europeo, ello es consecuencia del llamado “postulado de autonomía”, que “no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que cabe esperar de sus competidores, (pero) se opone sin embargo de modo riguroso a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores susceptible ya sea de influir en el comportamiento en el mercado de un competidor real o potencial, ya sea de desvelar a dicho competidor el comportamiento que se haya decidido o pretenda seguir en el mercado, cuando estos contactos tengan por efecto u objeto abocar a condiciones de competencia que corresponderían a las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos entregados o los servicios prestados, la importancia y el número de las empresas, así como el volumen de dicho mercado” [STPI 20 marzo 2002]. Un comportamiento que, en ocasiones, se califica como “conducta conscientemente paralela” y constituye igualmente una infracción de lo dispuesto en la LCPCR (art. 8.IV.a).

93. Sea como fuere, resulta indiferente que una conducta se califique como práctica concertada o acuerdo, “pues ambas comparten la misma naturaleza y que sólo se distinguen por la intensidad en que se manifiestan. De ello se desprende que, aunque dichos conceptos contienen elementos constitutivos parcialmente diferentes, no son recíprocamente incompatibles. Por tanto, la Comisión no está obligada a calificar como acuerdo o práctica concertada cada uno de los comportamientos probados, sino que puede calificar algunos de dichos comportamientos con carácter principal, como acuerdos y otros, con carácter subsidiario, como prácticas concertadas” [STPI 20 marzo 2002; cfr. también STJCE 8 julio 1999].

94. En segundo lugar, y como se ha tenido ocasión de señalar al tratar la 3ª Cuestión, los acuerdos y prácticas contrarias a la competencia suelen desarrollarse en secreto, reduciéndose la documentación a un mínimo, de manera que la existencia de una práctica o acuerdo anticompetitivo pueda y deba inferirse de “ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia” [STJCE 7 enero 2004 y 25 enero 2007]. En sentido parecido se ha expresado también la autoridad de la competencia en España, al señalar que “las empresas son plenamente conscientes de la ilegalidad de los acuerdos de cártel, y es frecuente que no dejen rastro documental directo de su existencia, composición, naturaleza, contenido y duración, de ahí la necesidad de acudir a menudo en el ámbito de la defensa de la competencia, a la valoración global de la prueba obtenida, así como a la prueba de indicios, siendo ambas técnicas admitidas por la jurisprudencia siempre que la conclusión sea razonable y razonada” [RCNC 10 noviembre 2011]. Si se negase la validez de tales pruebas indirectas, ello conduciría casi con seguridad a la absoluta impunidad de los actos derivados de acuerdos o conciertos que restrinjan el libre funcionamiento del mercado [STS 6 marzo 2000]. De ahí que su uso sea común entre los tribunales de justicia y autoridades de la competencia, como así lo demuestra el amplio número de resoluciones que, con base en tales indicios, condenan o sancionan por una infracción del Derecho de defensa de la competencia [entre otras muchas, STS 6 marzo 2000; RCNC 27 mayo 2011; o STG 16 junio 2011].

95. Lo determinante es, pues, demostrar la existencia de una coordinación, donde se sustituyen conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. A tal efecto, el Tribunal Supremo español ha establecido las exigencias para apreciar la concurrencia de una conducta colusoria a través de la prueba indiciaria, sin que ello conlleve una vulneración de la presunción de inocencia. Ciertamente, no juega en el proceso civil este último principio; resultan de interés, sin embargo, las apreciaciones del Alto Tribunal, a cuyo juicio “el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse so-

bre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados —no puede tratarse de meras sospechas— y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo” [STS 28 enero 1999; cfr. también STG 27 septiembre 2006; SAN 26 enero 2005].

96. Y no puede dudarse de que, en el presente litigio, concurren indicios suficientes para tener por acreditada la conducta anticompetitiva llevada a cabo por BUSCÓN. En este sentido, los incrementos de un 40% del precio de la leche desde 2012 a 2014 se encuentran notoriamente probados, según la Asociación de Consumidores de Andina, como también sucede respecto de las desviaciones temporales y de la alternancia en el orden a la hora de subir los precios entre las distintas sociedades mencionadas (**Doc. n° 4 de la Solicitud**). Resulta igualmente incontrovertido, pues así lo reconoce la propia CODEMANDADA en el correo de 14 de marzo de 2010 al que antes se hizo referencia, que los distintos operadores se reunieron con cierta frecuencia (**Doc. n° 6 de la Respuesta**). Existía, pues, un contacto directo entre las distintas empresas del sector lácteo en 2010, antes de producirse los incrementos de precios. De igual forma, resulta acreditado que el 80% del sector se reparte entre las tres empresas lácteas BUSCÓN, FAIL y SILSA (**Doc. n° 6 de la Solicitud**), que ostentan un 30%, 27% y 23%, respectivamente (**Aclaración n° 11, O.P. n° 3**). Ello facilitaba sin duda la colusión en el sector, pues una infracción de las normas en materia de defensa de la competencia resulta “más probable en mercados suficientemente transparentes, concentrados, sencillos, estables y simétricos” [Guerra / Virgós (2014) p. 128].

97. Por otra parte, tampoco existe a nuestro juicio ninguna explicación alternativa plausible del incremento de precios por parte de las sociedades lácteas durante los 5 años anteriores a la presentación de esta demanda, máxime si se tiene en cuenta la coincidencia temporal en la subida de precios. Y es que no resulta lógico que se aplique la misma subida del precio dentro de un margen temporal tan breve por todas las empresas implicadas [con un máximo de una semana de diferencia] cuando todas ellas tienen diferentes estructuras de personal, de costes, dimensión de las empresas, etc.; en definitiva, con unas características muy diferentes para armonizar la subida de los precios en un período tan reducido. De ello se infiere que las empresas debían conocer con antelación los períodos en los cuales iba a producirse un incremento, después de haberse reunido con cierta frecuencia para, en palabras de la propia CODEMANDADA, afrontar “las políticas del sector”. No puede entenderse como justificación razonada la afirmación alternativa ofrecida por ésta argumentando que las escasas diferencias entre los incrementos de precio se deben a la transparencia del mercado y al seguimiento del líder para no perder cuota de mercado, pues con ello “puede justificarse, en su caso, una tendencia —que no es lo mismo que una coincidencia— en las bajadas de precios, pero no en las subidas” [SAN 13 septiembre 2002].

98. En la medida en que no es necesario “que cada elemento de prueba genere [...] firme convicción de que una infracción ha tenido lugar o de que una empresa concreta ha participado en la misma” y que “lo relevante es que las pruebas consideradas en conjunto lleven a esa conclusión” [LAMADRID / BALCELLS (2015) p. 452], puede inferirse del conjunto de indicios expuestos que los actos de las empresas del sector lácteo se realizaron de forma consciente, coordinada y pactada, pues no hay otra razón empírica que pueda justificar la subida de los precios, así como que estos incrementos se llevaran a cabo de forma alternada y durante períodos de tiempo tan breves. La única explicación posible es, por ello, que son consecuencia de una práctica concertada. Son, en efecto, frecuentes los supuestos en que empresas han sido sancionadas por conductas muy próximas a las constatadas en el presente caso [p.ej., SAN 13 septiembre 2002; RsTDC 4 marzo 2005, 10 julio 2013 y 16 febrero 2005; cfr. también la Decisión de la Comisión 24 julio 1969, que sanciona a diversos fabricantes sobre la base de indicios varios, incluyendo la similitud, la velocidad y el momento de los aumentos de los precios y de las instrucciones enviadas por las empresas matrices a sus filiales, así como la existencia de contactos informales entre las empresas interesadas; o la sentencia del *Consejo de Estado* (Colombia) 15 mayo 2014; en la doctrina, WHISH / BAILEY (2015) pp. 117 y ss.].

## **II. En todo caso, la DEMANDADA ha participado en una conducta colusoria consistente en el intercambio de información comercialmente sensible con las demás empresas del sector**

99. Como se ha expuesto, la propia BUSCÓN ha reconocido, en su correo electrónico de fecha 14 de marzo de 2010, “reunirse con cierta periodicidad con el resto de operadores, para hablar de la situación del sector, las políticas públicas, y cómo reaccionar ante ellas, para mantener la calidad, pero asegurando que el sector sigue siendo rentable” (**Doc. n° 6 de la Respuesta**). Es decir, una de las DEMANDADAS se reunía periódicamente con sus competidores al objeto de intercambiar información que, a tenor de lo enunciado en dicho correo, había de con-

siderarse comercialmente sensible (cómo reaccionar ante las políticas públicas, de qué forma asegurar la rentabilidad del sector). Tales intercambios de información pueden presentarse, bien de forma accesoria a otras conductas colusorias (en la medida en que la información intercambiada es necesaria para comprobar el seguimiento por parte de los cartelistas de lo dispuesto en el acuerdo colusorio), bien de forma autónoma, en cuyo caso representaría igualmente, en cuanto conducta colusoria, una infracción de las normas de defensa de la competencia.

100. Para acreditar que una empresa participa en este tipo de conducta colusoria, se ha dicho que “cualquier intercambio de información cuyo objetivo sea la restricción de la competencia se considerará restricción de la competencia por el objeto” [RCNC 21 enero 2010]. No obstante, como así se desprende de lo dispuesto en el art. 1 LCPCR, también sería suficiente con que dicha conducta tenga *por efecto* una restricción de la competencia. Así, bastaría “con que la práctica concertada pueda producir efectos negativos en la competencia. Dicho de otro modo, sólo tiene que ser concretamente apta, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común” [STJCE 4 junio 2009].

101. Asimismo, se ha puesto de relieve que “resulta suficiente para declarar la práctica anticompetitiva, el intercambio de información estratégica que afecta a los precios, condiciones de comercialización o establecimiento de cuotas de mercado, en la medida en que, de esta forma, se tiende a disminuir o debilitar la autonomía de cada empresario en orden de fijar su política de actuación en el mercado. Es más, en el supuesto de asistir solo a una reunión, o proceder a un intercambio de información de otra forma, y no apartarse públicamente, opera una presunción según la cual, si la empresa sigue activa en el mismo mercado y toma necesariamente en consideración la información transmitida a los efectos de determinar su conducta, implica la infracción de las normas de competencia” [SAN 28 mayo 2014 en relación con la STJCE 4 junio 2009 y la STG 2 febrero 2012].

102. También aquí resulta indiferente si estamos ante un acuerdo o una práctica concertada, o si se dan elementos de ambos, pues de acuerdo con el TJCE, la caracterización como uno u otra no altera el análisis jurídico que se impone a la luz de la prohibición de las conductas colusorias [STCJE 23 noviembre 2006; en la doctrina, WHISH / BAILEY (2015) p. 106]. Por tanto, lo determinante es si ha existido el intercambio de información sensible y si ello ha mermado la autonomía de cada operador en orden de fijar su política de actuación en el mercado.

103. Para entrar a determinar la concurrencia de tal práctica colusoria entre las CODEMANDADAS, es necesario referirse a dos factores concretos. Por un lado, “[l]as características del intercambio de información en sí, y la naturaleza de mercado en el que se lleva a cabo el intercambio de información, considerando el grado de concentración que existe en el mercado, las barreras de entrada a nuevos competidores, la estructura de la oferta y de la demanda, y la homogeneidad o heterogeneidad del producto ofertado” [FERNÁNDEZ (2009) p. 193]. Por otro, el efecto negativo real de las comunicaciones, perjudicando la libertad de competencia y la independencia y autonomía de cada empresario para fijar su política de precios, es decir, el uso de la información con fines colusorios.

104. Así pues, profundizando en la naturaleza del concreto mercado en cuestión, nos encontramos ante un oligopolio fuertemente concentrado, donde tres empresas (BUSCÓN, FAIL y SILSA) controlan el 80% del mercado lácteo (**Doc. nº 6 de la Solicitud**), ostentando un 30%, 27% y 23%, respectivamente (**Aclaración nº 11, O.P. nº 3**). De la misma manera, los productos ofertados son homogéneos, pues las tres empresas se dedican al sector lácteo, contando con la producción de un alimento de primera necesidad, la leche; y las barreras de entradas son muy rígidas, pues al tratarse de un mercado oligopolista, se debe invertir una gran suma de capitalización tanto en la diferenciación de producto, como en otros aspectos.

105. En cuanto a la información intercambiada, es necesario advertir de que entre los participantes en el supuesto intercambio de información hubo contactos directos en 2010, como así lo manifiesta la propia BUSCÓN en el citado correo de 14 de marzo de 2010. Sin duda alguna, al debatirse “la situación del sector” y “las políticas públicas y cómo reaccionar ante ellas” con el objeto de asegurar, no sólo la calidad, sino también que el “sector sig[a] siendo rentable” (**Doc. nº 6 de la Respuesta**), no debe caber duda de que se ha intercambiado información comercialmente sensible, que constituye una restricción de la competencia *por el objeto*, que releva a esta parte de la necesidad de probar que se produjera efectivamente un *resultado* restrictivo de la competencia. Pero incluso de entenderse que no concurre tal restricción por el objeto, es palpable el efecto o resultado colusorio, que se traduce, precisamente, en el aumento de los precios al que antes nos referíamos.

106. No queda acreditado el número exacto de reuniones, pues únicamente se habla de que éstas tenían lugar “con cierta periodicidad” (**Doc. nº 6 de la Respuesta**). No obstante, como tiene declarado la jurisprudencia, sería suficiente incluso con una sola reunión, si pueden probarse —como es el caso aquí— los demás requisitos del tipo [STJCE 4 junio 2009; WHISH / BAILEY (2015) p. 579]. Es más, ni siquiera es necesaria la participación activa de la empresa en cuestión en tales reuniones: si el objetivo de éstas ha de buscarse en la eliminación de la incertidum-

bre sobre el futuro comportamiento competitivo de los asistentes, ninguno de ellos puede razonablemente evitar tener en cuenta la información intercambiada a la hora de tomar sus decisiones empresariales [STPI 24 octubre 1991 y 20 marzo 2002; BROKELMANN (2009) p. 89]. A este respecto, se ha venido aceptando por la jurisprudencia que “es más probable que el intercambio de información en mercados oligopolísticos fuertemente concentrados revele a todos los competidores las posiciones que ocupan en el mercado y cuáles son sus respectivas estrategias” [STPI 27 octubre 1994; cfr. también la *Resolución de la Comisión* 17 febrero 1992; WHISH / BAILEY (2015) p. 580].

107. En el presente caso, lo que supuestamente representaba una reacción a las políticas públicas de retirada de subsidios, devino en unos incrementos sostenidos de precios, durante los años 2012, 2013 y 2014 (**Docs. n° 4 y 5 de la Solicitud**), con subidas muy cercanas en el tiempo entre las principales marcas (una semana como máximo), y alternando, además, secuencialmente cuál de ellas había de ser la primera en aplicar el aumento. En efecto, el paralelismo del comportamiento de los asistentes a tales reuniones, especialmente en lo que se refiere a los incrementos de forma secuencial, revelan que debió presentarse una “comunicación sobre las situaciones actuales y pasadas de las empresas, a través de la llamada ‘información estratégica’” [PORRINI (2004) p. 222]. En este sentido, aunque se tratase de intercambiar puntos de vista general y no vinculantes (quizás, incluso, con el fin de afrontar la retirada de subsidios), se está ante un intercambio de información comercialmente sensible (y, por ello, prohibido), si éste afecta a las expectativas en materia de precios [cfr. la *SSTPI* 11 marzo 1999, confirmada por *STJCE* 2 octubre 2003; y 20 marzo 2002]. Ello es tanto más rechazable si se tiene en cuenta que el mercado de la leche en Andina se halla altamente concentrado y que se trata de un producto homogéneo, de manera que el umbral a partir del cual un intercambio de información se considere prohibido será menos elevado. Y aquí los datos revelan una clara “estrategia de precios”, donde todos los operadores apartaron el último resquicio de competencia efectiva entre ellos, al eliminar la incertidumbre sobre el comportamiento de los demás [véase la *Decisión de la Comisión* 17 febrero 1992; o la *RCNMC* 26 febrero 2015; PUETZ (2013) p. 456].

108. A la vista de cuanto antecede, debe considerarse acreditada la existencia de un intercambio de información entre BUSCÓN, Polifemo, SILSA y FAIL, concretado durante las reuniones que “con cierta frecuencia” celebraban las empresas implicadas al objeto de garantizar la rentabilidad del sector, que debilitó su autonomía y eliminó cualquier incertidumbre sobre la política de precios en el mercado. Con independencia de que dicho intercambio de información se realizaba como conducta accesoria a un cártel de fijación de precios o si lo único que existía era, precisamente, un intercambio ilícito por contrario a las normas de defensa de la competencia [reconoce esta posibilidad la *RCNC* 26 febrero 2015], no hay duda de que BUSCÓN ha participado en una conducta colusoria que ha tenido por objeto o, cuando menos, por efecto un aumento de los precios de la leche en Andina.

## **6ª Cuestión: Tanto BUSCÓN como MUROS han incumplido sus obligaciones en virtud del contrato marco y el de suministro**

### **I. El contrato marco y el contrato de suministro están sometidos a la CISG y a los Principios UNIDROIT: sobre la ley aplicable al fondo de la controversia**

109. Tanto el contrato marco celebrado entre PARNASO y MUROS de fecha 18 de diciembre de 2008 (cl. 12) como el contrato de suministro de 2 de febrero de 2009 (cl. XV), celebrado en ejecución de aquél entre las respectivas filiales PARNASO ANDINA y BUSCÓN, están sujetos a la Convención de Viena de 1980 (CISG) y a los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 2010. Ello por cuanto así deriva de la expresa voluntad de las partes (*sub* 1.); y porque la CISG y los Principios UNIDROIT son aplicables a relaciones contractuales como las presentes (*sub* 2.).

#### **1. La CISG y los Principios UNIDROIT constituyen el Derecho aplicable elegido por las partes**

110. Existen dos vías por las que la CISG puede resultar aplicable: cuando se trate de un contrato entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes que sean contratantes (art. 1.a); y cuando las normas de Derecho Internacional Privado prevean la aplicación de la Ley de un Estado contratante (art. 1.b). Pues bien, en la presente *litis*, de un lado, PARNASO y MUROS y, de otro, PARNASO ANDINA y BUSCÓN tienen sus domicilios en Estados diferentes (así, respectivamente, en Luzonia y Pampia; Andina y Cervantia), todos ellos parte de la CISG. En consecuencia, resulta la CISG “directa” o “autónomamente” aplicable, sin necesidad de recurrir a las normas de Derecho Internacional Privado [en Suiza, *Amtsgericht Zursee* 12 septiembre 2008; *Handelsgericht Kanton Aargau* 19 junio 2007; *Bundesgericht* 11 julio 2000; *Bezirksgericht Saane* 20 febrero 1997; en Italia, *Tribunale di Vigevano* 12 julio 2000; en Austria, *Oberster Gerichtshof* 20 marzo 1997]. Pero además, no puede obviarse que precisamente en Derecho Internacional Privado uno de los principios centrales es el de la autonomía de la voluntad. Concretamente, la auto-

mía conflictual permite que las partes del contrato seleccionen un sistema normativo que consideren especialmente apto por su contenido, por su carácter neutral, o por ser útil o conveniente para ellas y su contrato. Incluso ni siquiera se exige que el ordenamiento elegido esté conectado con el negocio o con el domicilio de las partes, sino que éstas pueden designar un ordenamiento que carezca de vinculación con el contrato, es decir, las partes del contrato pueden elegir la ley de un tercer Estado [FERNÁNDEZ ROZAS *et al.* (2011) p. 317]. Esto es especialmente válido en los juicios arbitrales, donde las partes pueden decidir que sus controversias se resuelvan con arreglo a la Convención [*Instituto de Arbitraje de los Países Bajos* 15 octubre 2002].

111. Pues bien, precisamente la voluntad conflictual de las partes se contiene de modo expreso en ambos contratos. Por un lado, la cláusula 12 del contrato marco establece que se rige por “el Derecho de Luzonia y por lo dispuesto en la legislación uniforme sobre contratos internacionales, incluidos los principios generales de los contratos comerciales internacionales, que resultarán aplicables a modo de reglas de Derecho”. Puesto que Luzonia es un Estado Parte de la CISG, sus disposiciones resultan de aplicación antes que cualquier Derecho nacional, a menos que se excluya expresamente por las cláusulas del contrato (art. 6) cosa que, en modo alguno, sucede. Además, y como deriva del tenor de la cláusula, las partes también se remiten a lo establecido en los principios que rigen las transacciones comerciales internacionales. De este modo, resultan de aplicación al contrato los Principios UNIDROIT, usos mercantiles con vigencia internacional (o nueva *lex mercatoria*), siquiera al amparo del aforismo *pacta sunt servanda* sancionado por todos los ordenamientos jurídicos.

112. Por otro lado, la cláusula XV del contrato de suministro prevé que el mismo queda sometido a la Ley de Andina. Este último país también es Estado Parte de la CISG y la elección de un ordenamiento conlleva también la de las normas internacionales. En efecto, la aplicación de la CISG con prioridad frente a otras normas del Derecho interno resulta claramente de la incorporación de la Convención al ordenamiento interno, una vez que se ha pasado por su proceso de ratificación, aceptación o adhesión. Por lo tanto, la mera referencia al Derecho de Andina implica la aplicación de la CISG al formar parte del mismo [PERALES (2013) p. 1225] cuando las partes no la han excluido expresamente [*Court of Appeal, 5th Circuit* 11 junio 2003: “Where parties seek to apply a signatory’s domestic law *in lieu* of the CISG, they must affirmatively opt-out of the CISG”]. En definitiva, las partes, al haber previsto expresamente en el contrato la aplicación del Derecho de Andina, Estado contratante y parte de la CISG, de conformidad con el expuesto principio de *electio iuris* del Derecho Internacional Privado, se someten a las disposiciones de la Convención. Pero también resultan de aplicación los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 2010. Así deriva del párrafo 5º de su Preámbulo, al declarar que “*estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme*”. Precisamente, esta es una de las funciones más importantes que los Principios UNIDROIT están llamados a desplegar por la propia naturaleza incompleta o fragmentaria de los textos internacionales que conforman el Derecho uniforme del comercio internacional, en este concreto caso, la CISG [PERALES (1997) pp. 221 y ss.].

## 2. La CISG y los Principios UNIDROIT son aplicables a relaciones contractuales como las presentes

113. Ambos contratos y, por tanto, la presente controversia, están incluidos en el ámbito de aplicación objetivo de la CISG. Por lo que respecta al contrato de suministro, puesto que así se deriva de lo dispuesto en el art. 3.1 CISG, que ha ampliado la definición típica del contrato de compraventa para incluir otros contratos y, en concreto, expresamente los contratos de suministro. La CISG va más allá del concepto clásico de compraventa y opta por una delimitación más amplia. Es decir, contiene un concepto autónomo e independiente del existente en los ordenamientos nacionales [*Tribunale di Forlì* 6 marzo 2012; *Tribunale di Padova* 11 enero 2005]. Se aplica a aquellos contratos en que las obligaciones de las partes no son sólo el pago del precio y la entrega de las mercancías, sino que incluyen otras obligaciones de hacer o no hacer, como sucede bajo muchos de los contratos de distribución. En definitiva, los llamados contratos mixtos, en los que se da una colaboración integrada entre dos empresarios, tienen también cabida dentro de la Convención [PERALES (2013) pp. 1228 y ss.]. Como ha venido afirmando la doctrina, la exclusión del ámbito de aplicación de la CISG de aquellos contratos que incluyen complementariamente una obligación de *facere* responde a una visión simplista [PERALES (2013) p. 1230]. No sólo no tiene en cuenta la realidad económica, sino que ofrece una disciplina incompleta de la compraventa, tal y como se presenta a día de hoy [OLIVA (2002) p. 174]. Al mismo tiempo, la CISG respeta plenamente el principio de autonomía de la voluntad, por lo que permite limitaciones convencionales entre las partes del contrato (cláusulas de exclusiva) o la inclusión de obligaciones que refuercen la colaboración entre ellas cuyo incumplimiento, acciones y remedios están sometidos a la Convención [PERALES (2013) p. 1231; *OLG Frankfurt a.M.* 16 septiembre 1991; *OLG Koblenz* 31 enero 1997; y *Handelsgericht Kanton Aargau* 26 septiembre 1997; aplica la CISG a un contrato de distribución en exclusiva en EEUU sin mayor discusión, *District Court, Eastern District of Louisiana* 17 mayo 1999]. En todo caso, se incluyen los contratos de distribu-



ción cuya estructura adopte la forma de compraventa. Precisamente es este el contenido del contrato de suministro celebrado entre PARNASO ANDINA y BUSCÓN, que establece con detalle las obligaciones de compra, entrega de los productos y pago del precio, típicas de la compraventa tradicional (contiene las distintas mercancías y los precios), existiendo otra obligación adicional y accesoria de hacer cual es la protección de la imagen del producto, de las partes y de su marca (cláusula X) [Tribunale di Forlì 6 marzo 2012; *vid.* también Corte di Cassazione 20 septiembre 2004; para una aplicación de la Convención a un contrato titulado “Sales and distribution agreement” véase Tribunal de Arbitraje Cámara de Comercio de Serbia 29 enero 2009; o Corte di Cassazione 14 diciembre 1999: “Accordingly, the decision relied on the assumption that the CISG is applicable not only to sales, but also to distribution agreements, provided that these can be construed as accessory clauses to a sale agreement”].

114. La CISG resulta de aplicación también al contrato marco entre PARNASO y MUROS, puesto que sus reglas son de aplicación general a cualquier contrato, siempre que estructure las obligaciones de las partes principalmente en torno a la compraventa [ILLESCAS/PERALES (2003) p. 101; PERALES (2013) pp. 1233 y 1235]. Debe analizarse el contenido del contrato y la intención de las partes siguiendo los criterios del art. 8 CISG. Así, deben tenerse en cuenta para determinar la intención de las partes —siguiendo el art. 8.1 CISG— “la redacción exacta elegida por las partes, así como el contexto sistemático” [Handelsgericht Kanton Aargau 26 noviembre 2008]; o, de acuerdo con el art. 8.3 CISG, todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular, las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, los usos y su comportamiento ulterior, los intereses de cada parte y *la finalidad y el contexto sistemático del contrato* [Handelsgericht Kanton Aargau 5 febrero y 26 noviembre 2008; Obergericht Kanton Thurgau 12 diciembre 2006; Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia 27 de mayo de 2005]. Esto es lo que sucede con el presente contrato marco. Su cláusula 12 expresamente somete el mismo a la CISG; su cláusula 1 establece, entre los objetivos del contrato, el suministro de los productos a PARNASO; y, por último, su cláusula 2 remite la determinación de productos y cantidades y la forma de ejecución del acuerdo marco a los respectivos contratos específicos que se celebren, bien por las partes directamente, bien a través de sus empresas o filiales. Es decir, tanto el tenor del contrato, como su finalidad y el comportamiento posterior de las partes conducen inexorablemente a la conclusión de que éstas han considerado su relación primordialmente como una compraventa/suministro, quedando pues sujeta a la CISG.

115. Además, a ambos contratos les resultan de aplicación los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 2010. En el contrato marco, por cuanto así lo han previsto expresamente las partes (cl. 12) y, en cuanto al contrato específico de suministro, puesto que la finalidad de los Principios es interpretar o complementar los textos internacionales de Derecho uniforme y, por consiguiente, las lagunas de la CISG [MARTÍNEZ CAÑELLAS (2004) pp. 352 y 353; SAN JUAN (2005) p. 88]. De hecho, existe una estrecha relación entre los Principios y la CISG, sobre todo en cuanto al hecho de que aquellos han sido tomados en varias ocasiones como una forma de interpretar y llenar algunos vacíos de ésta [OVIEDO (2002) p. 107].

## II. BUSCÓN ha incumplido sus obligaciones contractuales

116. Esta parte entiende que la codemandada BUSCÓN ha incumplido el contrato de suministro y, en concreto, lo estipulado en la cláusula X, párrafo 3º, que obliga a las partes a no concertar acuerdos o adoptar medidas que afecten a la imagen de la otra parte y, en particular, cualquier acuerdo o medida que suponga una infracción de las normas de la competencia; la obligación de atender a los mejores precios prevista en el Expositivo; la cláusula X, párrafo 2º, al no proporcionar a esta parte *toda información razonable* que sea necesaria para proteger su imagen; y la cláusula X, párrafo 1º que obliga a las partes a coordinar esfuerzos para que la imagen del producto, del suministrador y del distribuidor, así como de la marca de este último se ajusten a las expectativas de ambos.

117. De cuanta prueba obra en autos resulta acreditado —y así lo reconoce la representación de las CODEMANDADAS— que la limitación de las ayudas a la producción de la leche y productos lácteos llevadas a cabo en Andina ha supuesto una concentración del sector de productores, llegándose a una situación en la que el 80% de la cuota de mercado es controlada por tres empresas, entre las que se encuentra BUSCÓN, y que entre 2012 y 2014 los precios de la leche se han visto incrementados en un 40%, y un 100% en los últimos diez años (**Doc. n° 4 y 5 de la Solicitud**). Como se ha demostrado (**5ª Cuestión**), dicha subida de precios no ha sido aleatoria, sino causada por un cártel en el que ha venido participando la codemandada BUSCÓN.

118. Esta actuación de BUSCÓN, que ha ocasionado una injustificada subida de precios, supone un incumplimiento del contrato de distribución celebrado con mi representada y, en concreto, de la cláusula X, párrafo 3º, que obliga a las partes a “*no concertar acuerdos o adoptar medidas que afecten a la imagen de la otra parte. A tales efectos de considerarán especialmente graves cualquier acuerdo o medida que suponga una infracción de*

las normas [...] relativas al derecho de la competencia ; así como de la obligación de atender a los mejores precios prevista en el Expositivo (**Doc. n° 3 de la Solicitud**).

119. BUSCÓN ha incumplido también la cláusula X, párrafo 2º, al no proporcionar a esta parte *toda información razonable* que sea necesaria para proteger su imagen. En efecto, conocedora de la situación y de la investigación que se estaba llevando a cabo por la Autoridad de Competencia de Andina (**Doc. n° 6 de la Solicitud**), se ha negado a proporcionar a PARNASO ANDINA la más mínima explicación. Así lo demuestran las distintas respuestas a los correos electrónicos enviados por Dª Clío Lisi, Consejera Delegada, a Dª Aldonza de San Pedro (BUSCÓN) y al Sr. Pablos Segoviano de la matriz MUROS, en los que sin rodeos y con total claridad manifiestan que: “el grupo ha declarado una política de sin comentarios”, “impiden el intercambio honesto de información y opiniones”, “ojalá pudiésemos hablar más” (**Doc. n° 8 de la Solicitud**); “No os hemos dado explicaciones porque no estimamos que hubiese ningún motivo para darlas” (**Doc. n° 9 de la Solicitud**).

120. Además, el párrafo 1º de la Cláusula X del contrato de suministro obliga a las partes a coordinar esfuerzos para que la imagen del producto, del suministrador y del distribuidor, así como de la marca de éste se ajusten a las expectativas razonables de ambos. Pues bien, difícilmente puede concluirse que BUSCÓN haya coordinado esfuerzos, dada la total ausencia de información proporcionada a esta parte. Por el contrario, el significativo incremento de precios (40% en sólo dos años) y las noticias aparecidas en la prensa, calificándolo de “desvergonzado” (**Doc. n° 4 de la Solicitud**) e informando de las acciones llevadas a cabo por la Agrupación de Asociaciones de Consumidores y Usuarios advirtiendo de la posible concertación, han repercutido negativamente en PARNASO ANDINA, al suponer un desprestigio para su imagen, así como para la de su producto y su marca blanca MUSA. La noticia publicada en la prensa el 20 de enero de 2015 informando de las investigaciones iniciadas en el sector por parte de la Autoridad de Competencia de Andina (**Doc. n° 6 de la Solicitud**) expresamente señalan a BUSCÓN, integrante del grupo MUROS y fabricante de los productos de la marca blanca MUSA de PARNASO ANDINA, como así consta en los envases y, por tanto, es de conocimiento de los consumidores.

121. Así lo reconoce expresamente la representación de las CODEMANDADAS en su escrito de respuesta a la solicitud (par. 6) al afirmar que cuando las asociaciones de consumidores lanzan una campaña contra un sector de actividad —como aquí sucede— conduce “*al deterioro irreversible de la reputación de empresas de referencia, debido a una política de no hacer prisioneros, y que prima la estética y el impacto, sobre la sustancia y la veracidad de los datos*”. Qué duda cabe que si PARNASO ANDINA hubiese recibido de las CODEMANDADAS la información reiteradamente solicitada nada más aparecer la campaña contraria al sector en la prensa hubiese podido contrarrestar las distintas afirmaciones e insinuaciones vertidas, protegiendo así su imagen.

122. A la vista está que tales incumplimientos por parte de BUSCÓN no han pasado inadvertidos para su matriz MUROS. Antes al contrario, es el propio Vicepresidente Ejecutivo de MUROS, D. Pablo Segovianos, quien afirma, no sólo estar al tanto de los hechos, sino que la decisión de negar cualquier tipo de explicación partía, precisamente, de la matriz del Grupo (**Doc. n° 9 de la Solicitud**).

123. Ahora bien, frente al reproche de incumplimiento, BUSCÓN manifiesta que “*sospecha, desde hace tiempo, que el Grupo PARNASO, y por ende también PARNASO ANDINA [...] desean potenciar sus marcas blancas, en detrimento de las marcas de los productores*” (**Respuesta a la Solicitud de Arbitraje, párr. 10 y 11**), y apoya este argumento en los resultados de una poco rigurosa investigación sobre el posicionamiento de sus productos en los lineales de los supermercados de PARNASO (**Doc. n° 1 de la Respuesta**). Esta defensa, sin embargo, carece de fundamento sólido. En primer lugar, a la representación de las DEMANDADAS parece “traicionarle el subconsciente” cuando califica su preocupación como “sospecha”, es decir, como una mera conjetura. Además, cuesta creer que BUSCÓN ignore que la potenciación de la marca propia (*private label*) no es una estrategia maliciosa concebida originalmente por PARNASO ANDINA, sino un fenómeno global en el sector de la distribución y, muy especialmente, en el de alimentos [vid. entre muchos ORTEGA (2011) pp. 270-272]. Se trata de una tendencia beneficiosa para los consumidores, pues incrementa la competencia en el mercado, y precisamente por ello no ha sido objetada hasta la fecha por las autoridades de la competencia [vid. FONT (2009) p. 318, quien apunta que no existen sanciones de la Comisión Europea a supermercados por abuso de posición dominante, y menos aún por el impulso de las marcas blancas]. En fin, la representación de la parte DEMANDADA sobrevalora la importancia de la colocación de los productos en los lineales, porque este factor podría ser relevante en el caso cada vez más extraño de compradores sin criterio definido o “aleatorios” (*random buyers*), pero no en la mayoría de consumidores de un producto básico como la leche, que suelen tener clara la opción por una u otra marca.

## **7 Cuestión: Los anteriores incumplimientos son esenciales y justifican la resolución del contrato de suministro entre PARNASO ANDINA y BUSCÓN, dejando sin efecto el contrato marco celebrado entre PARNASO y MUROS**

124. Los incumplimientos señalados en la Cuestión anterior son esenciales (*sub I.*), con las siguientes consecuencias (*sub II.*): concurre justa causa para declarar resuelto el contrato de suministro celebrado entre PARNASO ANDINA y BUSCÓN (*sub 1.*), por lo que debe dejarse sin efecto y valor el contrato marco celebrado entre PARNASO y MUROS (*sub 2.*).

### **I. Los anteriores incumplimientos son esenciales**

125. Como se sigue de los arts. 45, 49.1.a) y 64.1.a) CISG, el comprador está facultado para resolver el contrato si el vendedor “no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato” y este incumplimiento es “esencial”. Es el art. 25 CISG el que califica el incumplimiento como esencial cuando el mismo “cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”. Aun cuando el término “incumplimiento esencial” se ha venido interpretando de forma restrictiva, incluso el incumplimiento de obligaciones contractuales accesorias (distintas a la entrega y pago del precio) puede calificarse como esencial [LG Frankfurt a.M. 16 septiembre 1991; Cour d’Appel de Grenoble 22 febrero 1995; OLG Frankfurt a.M. 17 septiembre 1991; en la doctrina, VÁZQUEZ (2000) p. 226; CALVO / CARRASCOSA (2006) p. 277]. En efecto, la existencia de un incumplimiento esencial depende de las circunstancias concretas y de que, de resultas del incumplimiento, la parte perjudicada pierda el beneficio principal del contrato y su interés en el mismo [BGH 3 abril 1996]. Es decir, debe atenderse a la voluntad de las partes, para lo cual será determinante en los contratos mixtos, como lo es el de suministro y distribución celebrado entre las partes, la importancia de las obligaciones contenidas en las distintas cláusulas, ponderándola dentro del intercambio de prestaciones contractuales. Así, puede acontecer que el incumplimiento leve de una obligación principal no se considere esencial y, por el contrario, el incumplimiento grave de una obligación accesoria o irrelevante sea considerado como esencial [MARTÍNEZ CAÑELLAS (2001) p. 290; LAUROBA (2013) p. 1431]. El precepto se centra, pues, en el contrato en su conjunto, dado que el incumplimiento requiere que la parte agraviada se vea privada sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, y la calificación de sustancial no ha de ser necesariamente medida de forma cuantitativa, ni relacionarse con el daño realmente sufrido [PERALES (2001) ap. 29]: la CISG centra su atención en la (in)satisfacción del acreedor o en sus expectativas [LAUROBA (2013) p. 1431].

126. En todo caso es esencial el incumplimiento de una obligación, incluso accesoria, contenida en una cláusula que las partes hayan dejado claro que es esencial [Handelsgericht Kanton Aargau 26 septiembre 1997; LAUROBA (2013) p. 1435]. Así lo recoge expresamente el art. 7.3.1.b) de los Principios UNIDROIT, y ello es lo que sucede en el contrato de suministro celebrado por PARNASO ANDINA con BUSCÓN, cuya cláusula X, párrafo 3º, literalmente califica de “*especialmente graves cualquier acuerdo o medida que suponga una infracción [...] de las normas relativas al derecho de la competencia*”.

127. Además, la conculcación acumulada de varias obligaciones contractuales hace más probable que haya un incumplimiento esencial, siempre que la parte perjudicada pierda el beneficio principal del contrato y su interés en el mismo [BGH 3 abril 1996]. Como se ha expuesto, la codemandada BUSCÓN no sólo ha incumplido la cláusula X, párrafo 3º, al infringir las normas de competencia, sino también la obligación de atender a los mejores precios prevista en el Expositivo (**Doc. nº 3 de la Solicitud**); la cláusula X, párrafo 2º, al no proporcionar a esta parte *toda información razonable* que sea necesaria para proteger su imagen; y la cláusula X, párrafo 1º, que obliga a las partes a coordinar esfuerzos para que la imagen del producto, del suministrador y del distribuidor, así como de la marca de este último se ajusten a las expectativas de ambos. Y precisamente la protección de la imagen constituye una obligación calificada de esencial en los contratos de distribución. Además, no puede perderse de vista que el menoscabo de la imagen de la marca o del prestigio comercial del proveedor es considerado incumplimiento esencial que faculta a la resolución del contrato de distribución por diversas normas proyectadas en el Ordenamiento español [art. 16.3 del Proyecto de Ley de Contratos de Distribución; art. 543-11 del Anteproyecto de Código Mercantil] que, sin duda, pueden servir de criterio interpretativo [ALONSO (2015) p. 1173; RONCERO (2010) p. 523].

128. Pues bien, los anteriores incumplimientos son esenciales y han privado sustancialmente a esta parte —como requieren la CISG y los Principios UNIDROIT (art. 7.3.1.a) de los resultados esperados del contrato. No puede perderse de vista que se trata de un contrato de distribución y suministro cuya base común que es “la mutua colaboración” [SAP Barcelona 1 diciembre 1999] y la “confianza recíproca” entre las partes [QUINTÁNS (1997) p. 599]. Es

por ello por lo que, sin duda alguna, BUSCÓN, con su actuación contraria a la buena fe que debe presidir los contratos, ha conducido a esta parte a una total pérdida de confianza, frustrando, en consecuencia, las legítimas expectativas de nuestra representada [STS 2 octubre 1995] o el fin normal del contrato [STS 22 mayo 2003].

## **II. Dichos incumplimientos justifican la resolución del contrato de suministro y distribución entre PARNASO ANDINA y BUSCÓN, dejando sin efecto y valor el contrato marco celebrado entre PARNASO y MUROS**

129. Calificados de esenciales los incumplimientos, procede declarar resuelto el contrato de suministro y distribución (*sub 1.*), dejando sin efecto el contrato marco, dada la conexión existente entre ambos (*sub 2.*).

### **1. Procede declarar resuelto el contrato de suministro y distribución celebrado con BUSCÓN**

130. De conformidad con el art. 64.1.a) CISG, esta parte está facultada para resolver el contrato de distribución y suministro al incumplir BUSCÓN sus obligaciones contractuales calificadas de esenciales. Por un lado, por cuanto el incumplimiento es “esencial” conforme a lo previsto expresamente en la cláusula X, párrafo 3º, que literalmente califica como “*especialmente graves*” la vulneración de las normas *antitrust*. Es pacífica la doctrina y la jurisprudencia que, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, requieren que ese incumplimiento, para que pueda desembocar en la resolución contractual tenga naturaleza de verdadero, relevante, esencial [STS 14 marzo 2008], de modo que frustre las expectativas legítimas de los contratantes [STS 2 octubre 1995] o el fin normal del contrato [STS 22 mayo 2003], revista cierta entidad, caracterizado como “verdadero y propio” [SsTS 7 marzo y 15 noviembre 1994], grave [SsTS 30 abril y 18 noviembre 1994; 23 enero 1996], esencial [SsTS 6 octubre 1997; 11 abril 2003] o que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados [STS 19 abril 1989] o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes [STS 24 septiembre 1986], o bien genere la frustración del fin del contrato [STS 15 octubre 2002; SAP Valencia 18 junio 2014].

131. Pero además, tanto este como los restantes incumplimientos conllevan la pérdida de la confianza de esta parte, que también es elemento esencial del contrato. En efecto, nadie puede ser obligado a estar permanentemente vinculado contractualmente, y menos cuando pierde la confianza que dio lugar a la firma del contrato [QUINTÁNS (1997) p. 609]: cuando se producen uno solo o varios incumplimientos que destruyan la confianza debe entrar en juego el mecanismo de la resolución, dada la inseguridad de que la contraparte siga cumpliendo lo acordado [PABLO-ROMERO (2015) p. 1629]. De hecho, en el presente contrato (cl. X, párr. 3º) ambas partes, y de modo expreso, se comprometieron a no concertar acuerdos o adoptar medidas que afectaran a la imagen de la otra parte, y a proporcionarse toda información razonable que fuera necesaria para proteger su respectiva imagen.

132. El contrato de suministro pertenece a la categoría de los llamados “contratos de duración” o “tracto sucesivo” [vid. STS 21 marzo 2012: “paradigma” de los contratos de tracto sucesivo], cuya principal característica es que no se agotan en un intercambio instantáneo de prestaciones, sino que implican la realización de una prestación de modo continuado o de una serie de prestaciones de modo repetido durante un cierto periodo de tiempo. Por este motivo, en la ejecución de estos contratos es imprescindible que exista una notable confianza entre las partes [LARENZ (1987) p. 32; KLEIN (1997) p. 71]. De ello se sigue que, cuando dicha confianza se vea seriamente afectada por alguna circunstancia grave, se deberá reconocer a las partes el derecho a no proseguir la relación [LARENZ (1987) p. 32; SANTORO (1957) p. 1109]. En esta misma línea, el borrador de una nueva Sección 6.3 de los Principios UNIDROIT que se dedicará a la terminación de los *long-term contracts*, prevé que “[a] contract entered into for an indefinite or definite period of time may be terminated for just cause by either party at any time in exceptional circumstances (...)” (art. 6.3.1.) y añade que “there is a just cause (...) in particular (...) in case of lost of trust between the parties, if that trust is an important component of the lasting contractual relationship” (art. 6.3.2) [vid. DESSE-MONTET (2009) pp. XV-XVI]. Más aun, de forma específica respecto del contrato de suministro, en España la Propuesta de Código Mercantil de 2013 establece que las partes tendrán derecho a resolver el contrato cuando se produce un “*incumplimiento esencial del contrato o disminuye la confianza en la exactitud de los sucesivos incumplimientos*” (art. 513-9).

### **2. Procede dejar sin efecto el contrato marco entre PARNASO y MUROS**

133. No puede obviarse que estamos ante dos contratos conexos entre los que existe un indiscutible vínculo funcional [STS 31 marzo 2015]. Se trata de un “complejo negocial, relación jurídica compleja, relación contractual compleja o entramado contractual, que aun consistiendo en una sucesión de diversos negocios jurídicos, cada uno con una causa propia, son contratos conexos, responden a una misma una finalidad, comparten una misma

base del negocio y su consideración global determina el equilibrio de las prestaciones [STS 10 marzo 2015]. Así lo ha venido entendiendo también la doctrina [RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2000) p. 280: “habrá conexión contractual cuando, celebrados varios convenios, deba entenderse que no pueden ser considerados desde un punto de vista jurídico como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza o estructura así lo determinen, o bien, porque entonces quedarían sin sentido desde la perspectiva de la operación económico-jurídica que a través de ellos quiera articularse. La finalidad propia de al menos uno de los contratos, o el fin perseguido por las partes en un supuesto dado, ha de exigir la celebración de más de un acuerdo de voluntades. La vinculación debe estar, por tanto, en la naturaleza de alguno de los contratos concluidos o en el propósito global que a través de ellos se pretende conseguir”]. Es decir, el supuesto de hecho se configura cuando hay varios contratos que tienen su propia tipicidad, su propia causa y objeto, pero hay una operación económica superior a ellos que les da un sentido único, no pudiendo convivir uno sin el otro [LORENZETTI (2004) pp. 715 y 720].

134. Esto es precisamente lo que deriva de la Cláusula 2 del contrato marco al prever expresamente que: “Este documento representa el acuerdo marco entre ambas empresas. La determinación de los productos [...] y demás especificidades, así como la forma de ejecución de esta alianza se llevarán a cabo mediante el/los acuerdo/s específico/s que a tales efectos, se establecerán bien directamente entre las partes del presente acuerdo o bien a través de las empresas de los grupos filiales”. Pues bien, siendo el móvil determinante para la celebración del contrato marco la del posterior contrato de suministro, el móvil se ha causalizado, por lo que la resolución de uno debe necesariamente conducir a dejar sin efecto el contrato marco [MÁRQUEZ (2007) p. 151]. Ello es así por cuanto el contrato celebrado entre PARNASO y MUROS es un convenio marco en el que la principal obligación que se establece para las partes —o si se prefiere, su finalidad— es precisamente su desarrollo mediante la celebración de acuerdos específicos, como aquí el contrato de suministro entre PARNASO ANDINA y BUSCÓN. En consecuencia, resuelto éste carece de sentido la continuidad del marco. Se solicita, por tanto, que esta Corte no sólo declare resuelto el contrato de suministro con BUSCÓN, sino que además deje sin efecto el contrato marco entre PARNASO y la codemandada MUROS, cuya Cláusula 1 precisamente recoge como fundamento del contrato “la confianza entre las partes”, obligándose éstas a “no adoptar medidas que perjudiquen la imagen de la otra parte y a coordinar esfuerzos para que la imagen de las partes se ajusten a las expectativas razonables de ambas”.

135. Ello no puede ser de otra forma, puesto que la pérdida de confianza no se limita a BUSCÓN, sino que se extiende a todo el Grupo Muros. Como ha quedado probado, dicho Grupo al completo era conocedor de lo que estaba sucediendo. También podemos observar cómo D<sup>a</sup> Aldonza de San Pedro, empleada de BUSCÓN, indica que “*Buscón está bien posicionada. Son las ventajas del tamaño, no sólo de la propia empresa, sino del grupo multinacional del que forma parte, y está implicado en las decisiones operativas y financieras, de modo que, si fuese necesario apoyo intra-grupo, lo obtendríamos*” (Doc. n.º 6 de la Respuesta). De ello se desprende que matriz y filial constituyen una unidad económica, ya que se apoyan en las decisiones operativas (Doc. n.º 3 de la Solicitud: sumisión al control de calidad del Grupo Muros) y financieras. A resultados idénticos llega la jurisprudencia europea cuando se trata de imputar a la matriz las vulneraciones del Derecho de la competencia de la filial (aunque sea a efectos de imponer la correspondiente multa): “*el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte su matriz*”. En estos casos, según los Tribunales comunitarios, matriz y filial forman una “unidad económica” y, por tanto, constituyen una misma “empresa”. Es decir, la empresa matriz será igualmente considerada responsable de las infracciones de la normativa de competencia de sus filiales, salvo en aquellos supuestos en que éstas actúen con autonomía respecto de la primera [STJCEE 14 julio 1972].

### **8ª Cuestión: Los anteriores incumplimientos justifican la condena solidaria de BUSCÓN y MUROS al resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados a esta parte**

136. De conformidad con lo establecido en los arts. 74 CISG y 12.1 LCRPC, esta parte solicita la condena de las CODEMANDADAS al pago de la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de los contratos marco y específico por importe de 2.000.000 euros, tanto por la pérdida sufrida como por el lucro cesante, así como los gastos e intereses (I.), siendo aquéllas solidariamente responsables (II.).

#### **I. PARNASO ANDINA ha sufrido daños como consecuencia de dichos incumplimientos**

137. No cabe duda alguna de que, debido a la conducta colusoria en la que ha participado BUSCÓN y, por ende, el Grupo Muros, PARNASO ANDINA se ha visto seriamente perjudicada. La subida de los precios ha producido una reducción de sus ventas con la consiguiente pérdida de ganancias (lucro cesante), así como un daño emergente por el sobre coste sufrido en el precio de la leche. No puede obviarse que esta parte no sólo suministra

leche (producto de primera necesidad), sino otros productos lácteos (yogures, quesos y helados) que carecen de esta cualidad (cláusula III del contrato de suministro y distribución). Por ello, se solicita de este Tribunal que admita la presente reclamación de indemnización por daños y no acoja la conocida defensa *passing-on*, alegada —parece ser— por las CODEMANDADAS. Pues bien, PARNASO ANDINA en modo alguno se ha aprovechado de dicha práctica restrictiva de la competencia. Por el contrario, ha sufrido los perjuicios derivados de una reducción de sus beneficios, y ello no sólo por la notable caída de la demanda, sino por cuanto no ha incrementado el precio de sus productos repercutiendo el sobreprecio en su clientela. Así lo reconocen las propias CODEMANDADAS en su escrito de respuesta a la solicitud (párr. 10) al constatar que lo que ha hecho PARNASO ANDINA ha sido incrementar las ventas de su marca blanca MUSA en detrimento de otras, “lo que representa menor margen”. En todo caso, para que la defensa del *passing-on* prospere, no sólo las CODEMANDADAS deben probar que ese “supuesto” daño fue repercutido a terceros, concretamente a los clientes [lo que en la terminología del Derecho de la competencia suele denominarse como mercados “aguas abajo”], sino que no se han producido otros daños, lo que aquí no sucede. Como ha quedado acreditado, la demanda de lácteos ha caído y se ha producido un considerable perjuicio para la imagen de esta parte, con la consiguiente pérdida de clientela. En definitiva, no sólo no se ha repercutido a los clientes tal incremento del precio, sino ni siquiera el perjuicio económico derivado del mismo, el daño [SsTJCE 14 enero 1997; 21 septiembre 2000; 2 octubre 2003; STJUE 6 septiembre 2011]. Así lo establece expresamente la STS 7 noviembre 2013: “Si el aumento de precio no ha logrado repercutir todo ese daño porque se ha producido una disminución de las ventas (debido a que otros competidores no han sufrido la actuación del cártel y han arrebatado cuota de mercado, nacional o internacional, a quienes sí la han sufrido, o a que la demanda se ha retraído ante el aumento del precio, etc.), no puede estimarse la defensa del ‘*passing-on*’ o no puede hacerse en su totalidad” [en la doctrina, véase ALFARO (2009) pp. 9 y ss.; Díez ESTELLA (2015) pp. 664 y 665; SOTO (2014)].

138. Subsidiariamente, caso de que este Tribunal estime que no se han producido estos perjuicios, se solicita la inaplicación de la defensa del *passing-on*, como así lo ha hecho la jurisprudencia, entre otros casos, en Estados Unidos [Supreme Court 17 junio 1968; 9 junio 1977; o 18 abril 1989], en el Reino Unido [Queen’s Bench Hussey v. Eels (1990) 2 Q.B. 227] o en Alemania [LG Dortmund 1 abril 2004]. Debe tenerse en cuenta que la finalidad de la indemnización es también la prevención (o función punitiva) y disuasión de comportamientos anticoncurrenciales [WHISH / BAILEY (2015) pp. 317 y 318; ROBLES (2015) pp. 1113 y 1144; Giudice di Pace di Bitonto 21 mayo 2007, comentada por ORTIZ (2011) pp. 231 y 232]. Pero, sobre todo, hay que tener presente, por un lado, que pesa sobre el perjudicado el deber de mitigar los daños sufridos como consecuencia de las exigencias de la buena fe y, por otro, que no existe —como aquí acontece— una conexión necesaria o *relación de causalidad* entre los “no probados posibles” beneficios que ha obtenido PARNASO ANDINA al haber incrementado sus precios (como pretende hacer ver la representación de las CODEMANDADAS) al consumidor final y los acreditados daños que ha sufrido en forma de aumento de costes. Por el contrario, “el mayor precio que pueda conseguir de los consumidores el fabricante víctima del cártel es un beneficio que ha obtenido mercedamente si se encuentra en competencia en el mercado descendente donde vende sus productos” [VELASCO / HERRERO (2011) pp. 602 y 603; ALFARO (2009) pp. 10 y 11; MARCOS (2011) p. 328].

## 2. La responsabilidad de BUSCÓN y MUROS es contractual y solidaria

139. Como se ha tenido ocasión de señalar al analizar la supuesta prescripción de la presente acción, ésta es de naturaleza claramente contractual, por cuanto la conducta anticompetitiva perpetrada por BUSCÓN, con el conocimiento y la connivencia de MUROS, infringe las Cláusulas 1 del contrato marco y X del contrato de suministro. Por mucho que, además del contrato, se vulnere una norma legal (la LCPCR andina), ello no convierte una acción por incumplimiento netamente contractual en otra de naturaleza aquiliana [cfr. ORTIZ (2011) pp. 168 y s.].

140. Ambas CODEMANDANDAS deben ser solidariamente condenadas al pago de la indemnización solicitada. En efecto, como se ha visto en la 1ª y en la 2ª Cuestiones, BUSCÓN (filial) y MUROS (matriz) pertenecen al Grupo Muros, careciendo BUSCÓN de autonomía de decisión y existiendo, por el contrario, una unidad de comportamiento. De ahí que la responsabilidad de ambas sea, además de contractual, solidaria. Es decir, la actuación externa de BUSCÓN incumpliendo el contrato al vulnerar las normas de competencia genera corresponsabilidad en la dominante [GIRGADO (2002) pp. 129, 132 y 136; RUIZ PERIS (2004) p. 209]. Esta conclusión es acorde con el art. 7 LCPCR al prever que “[a] los efectos de aplicación de esta Ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas”, y en idéntico sentido se pronuncia la jurisprudencia comunitaria [STJUE 18 julio 2013, que parte de la presunción de ejercicio de una influencia determinante por una sociedad matriz sobre la filial, siendo de competencia de las entidades que deseen destruirla aportar todo tipo de pruebas relativas a los vínculos económicos, organizativos y jurídicos existentes entre la filial y la sociedad matriz y que consideren apropiadas para demostrar que no constituyen una única entidad económica, sino que la filial se comporta de manera autónoma de la matriz en el mercado]. Ciertamente, las referencias que en la

normativa *antitrust* suelen hacerse a la responsabilidad solidaria de matriz y filial vienen referidas, principalmente, a la solidaridad en el pago de las sanciones económicas impuestas por las autoridades de competencia. Sin embargo, constituye un fuerte indicio de que, en caso de que exista —como es el caso aquí— una unidad económica entre ambas sociedades, la responsabilidad ha de ser solidaria también en el ámbito iusprivatista.

141. Pero además, puede obtenerse la misma conclusión acudiendo a la doctrina del levantamiento del velo. Aunque en España es la solución adoptada preferentemente por la jurisprudencia laboral [SsTS 6 marzo 2002 y 20 enero 2003], también ha sido aplicada por la civil [SAP Islas Baleares 29 junio 2011]. Esta es precisamente la solución aportada por el laudo CCI nº 5103 de 1988 en el que el tribunal sostuvo “*que se cumplen las condiciones que llevan a reconocer la unidad del grupo económico, ya que todas las sociedades que lo componen tienen la misma participación, tanto real como aparente, en una relación contractual internacional compleja, en la cual los intereses del grupo prevalecen sobre el de cada una de ellas. La seguridad de las relaciones económicas internacionales que se tome en cuenta esa realidad económica y que todas las sociedades del grupo respondan conjunta y solidariamente por las deudas de las que ellas, directa o indirectamente, sacaron provecho*”.

### **PETICIÓN AL TRIBUNAL ARBITRAL**

142. Por todo lo expuesto, esta parte solicita al Tribunal Arbitral:

- Que se declare competente para conocer de la totalidad de la presente demanda y frente a ambas CODEMANDADAS.
- Que, una vez constatada la competencia del árbitro de emergencia, declare la validez de las Medidas Urgentes otorgadas por él y admita las pruebas obtenidas en la entrada y registro en la fase probatoria del presente procedimiento.
- Que otorgue las restantes medidas cautelares solicitadas por esta parte, distintas de las adoptadas por el árbitro de emergencia, concretamente: (1) Que emita una orden de entrada y registro en las instalaciones de MUROS; (2) Que solicite una prueba pericial informática de los correos entre MUROS y Lácteos Polifemo SA, Soledades-Industrias Lácteas SA (SILSA) y la Federación Andina de Industrias Lácteas (FAIL), con independencia de dónde se hallen almacenados tales correos; (3) Que solicite de BUSCÓN y MUROS que declaren si se han acogido o no al programa de clemencia; y (4) Que requiera de la Autoridad de Competencia de Andina toda aquella información relativa a la conducta colusoria reclamada que no sea confidencial.
- Que declare que la acción interpuesta por esta parte no se encuentra prescrita.
- Que declare la existencia de una infracción de las normas de defensa de la competencia, concretamente, una conducta colusoria consistente en un acuerdo de fijación de precios y/o de intercambio de información.
- Que dicha infracción constituye, junto a otras conductas realizadas por BUSCÓN y MUROS, un incumplimiento de los contratos marco y de suministro celebrados con sociedades del Grupo Parnaso.
- Que tales incumplimientos merecen la calificación de esenciales y facultan, por ello, para declarar resuelto el contrato de suministro y dejando sin efectos el contrato marco.
- Que condene solidariamente a BUSCÓN y a MUROS al pago de la indemnización de los daños y perjuicios causados a esta parte, por importe de 2.000.000 de euros más los intereses devengados.
- Que imponga las costas del procedimiento íntegramente a BUSCÓN y a MUROS, siguiendo el principio establecido en el art. 39.6 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, en virtud del cual la condena en costas debe reflejar proporcionalmente el éxito y fracaso de las respectivas pretensiones de las partes (principio de vencimiento objetivo).