



## 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

# VIII Competición Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil

## MOOT Madrid 2016



## ESCRITO DE CONTESTACIÓN

### En representación de:

BUSCÓN CO  
Calle Alifanfarrón, nº77,  
Ciudad de Barataria,  
Cervantia

MUROS DE LA PATRIA MÍA S.A.  
Avenida General Quevedo 45,  
Ciudad de Pampas,  
Pampia

### Contra:

PARNASO ANDINA S.A.  
Avda. Atahualpa, nº 99,  
Ciudad de Yahuarpampa,  
Andina

---

Javier Anaya Castillo  
Raquel Cabrera-Nyst Martos  
María Concepción Camarena  
Jorge Mora Méndez

Alexandre Picón Franco  
Cecilia Pire González-Melendi  
Micaela Sofía Riccillo Hernández

## ÍNDICE

<b><u>LISTA DE AUTORIDADES</u></b> .....	<b>4</b>
<b><u>LISTA DE JURISPRUDENCIA</u></b> .....	<b>12</b>
<b><u>LISTA DE ABREVIATURAS</u></b> .....	<b>17</b>
<b><u>HECHOS</u></b> .....	<b>18</b>
<b><u>NORMATIVA APLICABLE AL PROCEDIMIENTO ARBITRAL</u></b> .....	<b>19</b>
<b><u>ALEGACIONES PROCESALES</u></b> .....	<b>20</b>
<b><u>PRIMERA.- EL TRIBUNAL NO ES COMPETENTE</u></b> .....	<b>20</b>
1.1.- La empresa MUROS no es parte en el presente proceso arbitral .....	20
1.1.1.- Aplicación restrictiva de la teoría que permite extender el convenio arbitral a un no signatario	21
1.1.2.- La teoría del grupo de sociedades no resulta aplicable al presente caso pues no se cumplen sus presupuestos.....	22
1.2.- La presente controversia no es arbitrable .....	24
1.2.1.- El ámbito material de la cláusula arbitral no permite abarcar todas las pretensiones ejercitadas	24
1.2.2.- Las controversias relativas al Derecho de la Competencia no son arbitrables.....	24
<b><u>SEGUNDA.- IMPROCEDENCIA DEL TRÁMITE DE MEDIDAS URGENTES</u></b> .....	<b>27</b>
2.1.- Inaplicabilidad de las disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia y Medidas Urgentes..	27
2.1.1.- La cláusula arbitral pactada no preveía el procedimiento de Medidas Urgentes .....	27
2.1.2.- La aplicación extemporánea del procedimiento del Árbitro de Emergencia es contrario al principio de autonomía de la voluntad.....	28
2.2.- No concurrían los presupuestos necesarios para el otorgamiento de las Medidas Urgentes	28
2.2.1.- PARNASO ANDINA no acreditó la concurrencia de fumus boni iuris .....	29
2.2.2.- PARNASO ANDINA no acreditó la concurrencia de periculum in mora.....	29
<b><u>TERCERA.-INADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS EN EL PROCEDIMIENTO DE URGENCIA</u></b> .....	<b>30</b>
<b><u>CUARTA.- MEDIDAS CAUTELARES</u></b> .....	<b>30</b>
4.1.- El Tribunal tiene competencia pero no se reúnen los requisitos que permitan el decreto de la cautela solicitada.....	30
4.2.- No procede prueba pericial informática sobre los correos electrónicos intercambiados entre MUROS y otras empresas.....	31
4.3.- No debe solicitarse a la AdC de Andina la remisión de archivos obtenidos en el procedimiento de investigación .....	32
4.4.- No procede la petición a MUROS ni a BUSCÓN para que se pronuncien sobre el acogimiento al programa de clemencia.....	32
<b><u>ALEGACIONES DE FONDO</u></b> .....	<b>32</b>
<b><u>PRIMERA.- LEY APLICABLE AL FONDO</u></b> .....	<b>32</b>
1.1.- Contrato de Suministro y Distribución.....	32
1.2.- La Ley de Andina.....	33
1.3.- La Ley 16-2000 de Control de Prácticas Comerciales Restrictivas de Andina .....	33
1.4.- La Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y principios UNIDROIT .....	33
1.5.- Convención de Nueva York de 1974 .....	33

<b><u>SEGUNDA.-</u></b> BUSCÓN HA CUMPLIDO LAS NORMAS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DE ANDINA Y SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES, NO APORTANDO LA DEMANDANTE PRUEBAS QUE DEMUESTREN LO CONTRARIO .....	33
2.1.- BUSCÓN no ha incumplido ninguna norma relativa al Derecho de la Competencia. ....	33
2.1.1.- La conducta llevada a cabo por BUSCÓN no es contraria a la LCPCR.....	34
2.1.2.- No cabe analizar los hechos alegados bajo el esquema del abuso de posición de dominio	35
2.1.3.- La demandante no ha probado suficientemente que BUSCÓN haya incurrido en una práctica de fijación de precios, reparto del mercado o intercambio de información comercialmente sensible	36
2.1.4.- La demandante no ha probado suficientemente que la conducta de BUSCÓN suponga abuso de posición de dominio en el mercado lácteo de Andina .....	36
2.1.5.- No es posible imputar a MUROS la conducta de BUSCÓN .....	36
2.2.- BUSCÓN no incumplió ninguna obligación contenida en el Contrato de Suministro y Distribución suscrito con PARNASO ANDINA.....	37
2.2.1.- Obligación de preservar la imagen.....	37
2.2.2.- Obligación del prestar la información debida .....	37
2.2.3.- Pérdida de confianza .....	38
<b><u>TERCERA.-</u></b> NO APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE VIENA AL CONTRATO MARCO Y AL CONTRATO DE SUMINISTRO Y DISTRIBUCIÓN.....	38
3.1.- Contrato Marco .....	38
3.1.1.- No resulta aplicable el artículo 3.1 al Contrato Marco .....	38
3.1.2.- No se incluyen los elementos esenciales contractuales indicados en el artículo 14 de la CCIM	39
3.1.3.- Incorrecta utilización del artículo 29.1 de la Convención de Viena .....	40
3.1.4.- La no aplicabilidad de la Convención de Viena al Contrato Marco impide que se puedan exigir acciones contra Muros .....	40
3.2.- No aplicación del Convenio de Viena al Contrato de Suministro y Distribución suscrito entre BUSCÓN y PARNASO ANDINA.....	41
3.2.1.- La presente controversia tiene carácter extracontractual .....	41
3.2.3.- La naturaleza de las obligaciones objeto de la controversia no son propias de la compraventa y quedan fuera del ámbito de aplicación de la CCIM .....	41
<b><u>CUARTA.-</u></b> LA ACCIÓN ESTÁ PRESCRITA.....	41
<b><u>QUINTA.-</u></b> APLICACIÓN DEL CONVENIO DE VIENA – NO SE PRODUCE UN INCUMPLIMIENTO ESENCIAL Y NO CABE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO .....	42
5.1.- BUSCÓN cumplió en todo momento con sus obligaciones contractuales .....	42
5.2.- Si el Tribunal entendiera que PARNASO ANDINA incurrió en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, el mismo no revestiría carácter esencial.....	42
5.3.- No cabe la resolución del Contrato de Suministro y Distribución según el art. 49 CCIM, ya que no existe un incumplimiento esencial del art. 25 CCIM, y va en contra del principio <i>favor contractus</i>	43
<b><u>SEXTA.-</u></b> NO PROCEDE LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.....	44
6.1.- No procede la reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas del Derecho de la Competencia Andina .....	44
6.1.1.- BUSCÓN no ha incumplido las normas del Derecho de la Competencia Andina .....	44
6.1.2.- Si el Tribunal entendiera que BUSCÓN ha incumplido las normas del Derecho de la Competencia Andina, se trataría de una responsabilidad extracontractual regulada por el Código Civil de Andina	45

6.1.3.- Si el Tribunal considerase que la responsabilidad por incumplimiento es contractual, debe regularse por las disposiciones relativas a la responsabilidad contractual del Código Civil de Andina.....	45
6.1.4.- Si en último término el Tribunal considerase que la responsabilidad por incumplimiento de las normas del Derecho a la Competencia es contractual y que además debe regularse por la CCIM, no procede la indemnización porque la demandante no prueba con un grado razonable de certeza los daños y perjuicios y su extensión.....	46
6.1.5.- En ninguno de los supuestos contemplados procede la reclamación, ya que el perjuicio lo han soportado los consumidores de PARNASO ANDINA .....	46
6.2.- No procede la indemnización reclamada en cuanto al incumplimiento de las obligaciones del deber de información y del deber de preservar la imagen.....	47
<b>PETITUM.....</b>	<b>48</b>



**LISTA DE AUTORIDADES**

CITADO COMO	REFERENCIA
<i>ALEXY</i>	<i>ALEXY, R., Tres escritos sobre los derechos fundamentales y teoría de los principios</i> , Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003.
<i>AREEDA / HOVENKAMP</i>	<i>AREEDA, P.E., HOVENKAMP, H., Fundamentals of Antitrust Law</i> , New York, 2004.
<i>ARIAS-SCHREIBER</i>	<i>ARIAS-SCHREIBER PEZET, M., Exegesis del Código Civil Peruano de 1984. Contratos: Parte General</i> , Gaceta Jurídica, Lima, 1995.
<i>BARONA VILAR</i>	<i>BARONA VILAR; S., Medidas Cautelares en el Arbitraje</i> , Thomson civitas, 2006.
<i>BENITO</i>	<i>BENITO LLOPIS-LLOMBART, M., El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria</i> . Civitas-Thomson, Madrid, 2010.
<i>BERDEJO LACRUZ</i>	<i>BERDEJO LACRUZ, J.L., Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Vol. 2. Contratos y cuasicontratos</i> , 2013.
<i>BÖCKSTIEGEL</i>	<i>BÖCKSTIEGEL, K.H., “Powers and Duties of Arbitrators”, en Competition and Arbitration Law</i> , nº 480/3, París, 1993.
<i>BOUAMRA-MECHEMACHE / RÉQUILLART / SOREGAROLI / TRÉVISIOL</i>	<i>BOUAMRA-MECHEMACHE, RÉQUILLART, SOREGAROLI, TRÉVISIOL, Demand for dairy products in the EU</i> , 2007.
<i>CAIVANO</i>	<i>CAIVANO, R., “Arbitraje y grupo de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo a quien no ha sido signatario”, en: Lima Arbitration nº 1</i> , 2006.

---

<i>CAMARGO</i>	CAMARGO GARCÍA, A.: “Medidas interinas de protección en arbitraje CIADI”, ACDI, Bogotá, Vol. 4, 2011.
<i>CAÑIZARES / DOMÍNGUEZ</i>	CAÑIZARES, DOMÍNGUEZ, “Perspectiva Económica de la Colusión”, en MARTINEZ, S., PETITBÒ, A., <i>Los acuerdos horizontales entre empresas</i> , pp. 23-46, Fundación Rafael del Pino, 2009.
<i>CARBONNEAU</i>	CARBONNEAU, T.E., “The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements”, en: <i>Vanderbilt Journal of Transnational Law</i> , Vol. n° 36, 2003.
<i>CIANCIARDO</i>	CIANCIARDO, J., <i>El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad</i> , Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004.
<i>DAVIS / BLAYNEY / COOPER / YEN</i>	DAVIS, BLAYNEY, COOPER, YEN, <i>An analysis of demand elasticities for fluid milk products in the U.S.</i> , 2009.
<i>DE LA MADRID ANDRADE</i>	DE LA MADRID ANDRADE, M., <i>La conexividad contractual en los principios UNIDROIT</i> , Disponible en: <a href="http://goo.gl/m71VdJ">http://goo.gl/m71VdJ</a> (Consultado el 05/02/2016).
<i>DE LA PUENTE</i>	DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., <i>El contrato en general</i> , Biblioteca para leer el Código Civil, Vól. XV, Segunda Parte, Tomo IV, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.
<i>DE NOVA</i>	DE NOVA, G., “Dal principio di conservazione al favor contractus”, en <i>Clausole e principi generali nell’argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta</i> . Milano. 1998.
<i>DERAINS / SCHWARTZ</i>	DERAINS, Y., y SCHWARTZ, E.A., “A guide to ICC Rules of Arbitration”, <i>Kluwer Law Arbitration</i> , 2005.

---

---

<i>FERNÁNDEZ 2005</i>	FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización”, <i>Revista Española de Derecho Internacional</i> , vol. LVII, 2005, pp. 605-637. ISSN: 0034- 9380.
<i>FERNÁNDEZ 2008</i>	FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., <i>Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina</i> , Iustel, Madrid, 2008.
<i>FERRARIO</i>	FERRARIO, P., “The group of companies doctrine in International Commercial Arbitration: Is there any reason for this doctrine to exist?”, en: <i>Journal of International Arbitration</i> . Vol. 26, 2009. Issue 5.
<i>GALLUCCIO / MORI</i>	GALLUCCIO TONDER, G. y MORI BREGANTE, P., “Desenmascarando la realidad: La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, el caso de los grupos de sociedades”, en: <i>Advocatus. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima</i> , n° 21.
<i>GHARAVI (citado de CALVO CARAVACA)</i>	GHARAVI, H.G., “EC Competition Law and the Proper Scope of Arbitration”, <i>Arbitration</i> , Vol. 63, 1997 (citado de CALVO CARAVACA A.L. y RODRÍGUEZ RODRIGO, J., “Arbitraje y Derecho Europeo de la Competencia: Viejos problemas y nuevos dilemas”, <i>Estudios de Deusto</i> , vol. 53/2, 2004.).
<i>GIPPINI-FOURNIER (citado de LAMADRID, BALCELLS)</i>	GIPPINI-FOURNIER, E., “The Elusive Standard of Proof in Competition Cases”, <i>World Competition</i> , Vol. 2, 2010 (citado de LAMADRID A. y BALCELLS, A., “La prueba de los cárteles en Derecho Español”, BENEYTO, MAILLO (Dirs.), <i>La lucha contra los cárteles en España</i> , Aranzadi, 2015, p. 11.).
<i>GONZALO</i>	GONZALO QUIROGA, M., “Arbitraje y Derecho de la Competencia”, <i>El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho (Primera Parte)</i> , Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 3, Lima, 2007.
<i>GUILLAUME</i>	GUILLAUME LEMENEZ, P.Q., “El procedimiento del árbitro de urgencia del CIRDI en acción”, 2008, EEUU, <i>Revista Internacional de Arbitraje</i> n°11, jul.-dic./2009, pp. 187-214.

---

---

<i>HANOTIAU</i>	HANOTIAU, B., “Groups of companies and groups of contracts: A general introduction”, en: <i>Contemporary issues in International Arbitration and Mediation</i> , ROVINE, A. W. (Editor) The Fordham Papers. Martinus Nijhoff Publishers 2011, Netherlands, 2012.
<i>HANOTIAU / DEN TANDT</i>	HANOTIAU, B. y DEN TANDT, B., “Back to basics. Or why the group of companies doctrine should be disregarded once and for all”, <i>The Practice of arbitration. Essays in honour of Hans Van Houtte</i> , WAUTELET, P., KRUGER, T. y COPPENS, G. (eds.), Oxford, Hart Publishing, 2012.
<i>HULEATT-JAMES/GOULD</i>	HULEATT-JAMES, M. y GOULD, N.: “International Commercial Arbitration: a Handbook”, LLP, London, 1999.
<i>KOMNINOS</i>	KOMNINOS, A.P., <i>Arbitration and EU Competition Law</i> , University College London, Department of Law, 2009.
<i>LANDOLT</i>	LANDOLT, P., <i>Modernised EC Competition Law in international arbitration</i> , The Hague, 2006.
<i>LOPEZ FRIAS</i>	LOPEZ FRIAS, A., <i>Los contratos conexos: Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal</i> , Bosch, Barcelona, 1994.
<i>LORENZETTI</i>	LORENZETTI, R.L., <i>Tratado de los Contratos. Parte General</i> . Segunda Edición. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, 2010.
<i>MULLERAT</i>	MULLERAT, R., “Arbitration and Competition Law: A basic summary of the debate”, <i>Anuario de Justicia Alternativa: Derecho Arbitral</i> , nº 11, Barcelona, 2011.
<i>MURILLO CRUZ</i>	MURILLO CRUZ, D.A. “Opinión escrita sobre la consulta presentada por el Estado de Panamá sobre la interpretación y el alcance del artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” Disponible en: <a href="http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/panama/24.DavidAndresMurilloCruz.pdf">http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/panama/24.DavidAndresMurilloCruz.pdf</a> (Consultado el 02/03/2016).

---

<i>NAHID / RODRÍGUEZ</i>	NAHID CUOMO, M.A. y RODRÍGUEZ GIAVARINI, M., “El arbitraje comercial internacional en Argentina”, COLLANTES, J.L. (Dir.), <i>Arbitraje comercial internacional en Latinoamérica</i> , Biblioteca de arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 1, Lima, 2010.
<i>ORTIZ</i>	ORTIZ BAQUERO, I., “La aplicación privada del Derecho Antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la competencia (I parte): La trasgresión de las normas de libre competencia como fundamento de la responsabilidad civil”, <i>Revist@ e-Mercatoria</i> , Vol. 7, nº 1, 2008.
<i>ORTIZ II</i>	ORTIZ BAQUERO, I., “La aplicación privada del Derecho Antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la competencia (II parte): La trasgresión de las normas de libre competencia como fundamento de la responsabilidad civil”, <i>Revist@ e-Mercatoria</i> , Vol. 7, nº1, 2008.
<i>PALACIOS</i>	PALACIOS MARTÍNEZ, E., “Comentario al artículo 1428 del Código Civil Peruano”, <i>AUTORES VARIOS: CÓDIGO CIVIL COMENTADO, T. VII. Contratos en General</i> , Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
<i>PERALES VISCASILLAS</i>	PERALES VISCASILLAS, M.P., <i>International commerce and arbitration: Current issues in the CISG and arbitration</i> , Vol 15.
<i>POUDRET</i>	POUDRET, F., “L’originalité du droit francais de l’arbitrage au regard du droit comparé”, <i>Bulletin d’information de la Cour de Cassation</i> , nº 589, 15/12/2003.
<i>POUDRET/BESSON</i>	POUDRET, Jean-François y BESSON, Sébastien. “Comparative Law of International Arbitration”. Sweet & Maxwell Ltd, 2007.
<i>PRAT, ENRICH, CAMPO</i>	PRAT, C., ENRICH, V., CAMPO, C., <i>Global Guide to Competition Litigation</i> , Baker & McKenzie, Spain, 2012

---

<i>REDFERN/HUNTER/ BLACKABY/PARTASIDES</i>	REDFERN, A.; HUNTER, M.; BLACKABY, N. y PARTASIDES C., “ <i>Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional</i> ”, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.
<i>RODRÍGUEZ</i>	RODRÍGUEZ MATEOS, P., “Sistema de mercado y tráfico internacional de mercancías”, Madrid, <i>La Ley</i> , 1992.
<i>SAVAGE / GAILLARD</i>	SAVAGE, J. y GAILLARD, E. (eds.), FOUCAHRD, P., GAILLARD, E., GOLDMAN, B., <i>International Commercial Arbitration</i> , Kluwer Law International, 1999. p. 289.
<i>SHELKOPLYAS</i>	SHELKOPLYAS, N., <i>The application of EC Competition Law in arbitration proceedings</i> , Groningen, 2003.
<i>SILVA</i>	SILVA ROMERO, E., “Una obligación de no hacer: No someter los litigios a la jurisdicción estatal”, en SILVA ROMERO, E. (Dir.) y MANTILLA ESPINOSA, F. (Coord.), <i>El Contrato de Arbitraje</i> , Universidad del Rosario, Ed. Legis, Colombia, I Ed. 2005.
<i>STEMPEL (citado de GONZALO QUIROGA)</i>	STEMPEL, J.W., “Pitfalls of Public Policy: The Case of Arbitration Agreements”, <i>St. Mary’s Law Journal</i> , 1990, pp. 333-336. (Citado de GONZALO QUIROGA, M., “Arbitraje y Derecho de la Competencia”, <i>El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho (Primera Parte)</i> , Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 3, Lima, 2007, pp. 313-356).
<i>STERNLIGHT</i>	STERNLIGHT, J.R., “Rethinking the constitutionality of the Supreme Court’s preference for binding arbitration: A fresh assessment of Jury Trial, Separation of Powers, and Due Process concerns”, <i>Tulane Law Review</i> , Vol 72, n° 1, 1997.
<i>SUÁREZ</i>	SUÁREZ ANZORENA, C. I., “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”, <i>Revista Internacional de Arbitraje</i> , n°2, Universidad Sergio Arboleda: Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, enero-junio de 2005.

---

---

<i>TWEEDDALE/TWEEDDALE</i>	TWEEDDALE, A; TWEEDDALE, K.: “Arbitration of Commercial Disputes”, Oxford, Nueva York, 2005.
<i>ULOTH / RIAL III</i>	ULOTH, J., RIAL III H., “Equitable estoppel as a basis for compelling nonsignatories to arbitrate – A bridge too far?”, <i>Review of Litigation</i> . Summer 2002, Vol. 21 Issue 3.
<i>URRUTIA RUIZ</i>	URRUTIA RUIZ, S.L. <i>Análisis de elasticidades de alimentos y productos agrícolas chilenos y proyecciones de consumo para el sector pecuario</i> , Chile, 2006.
<i>VAITKUTE/ ČERNIAUSKĖ</i>	VAITKUTE PAVAN, V., ČERNIAUSKĖ, G., Lituania, en COLLANTES, J.L., CREMADES, A.C. (Dirs.), <i>Arbitraje comercial internacional en Europa</i> , Biblioteca de arbitraje Mario Castillo Freyre, Vol. 22, Lima, 2013.
<i>VARAS BRAUN</i>	VARAS BRAUN, J.A; <i>Revista de Derecho</i> (Valdivia), Vol 10, Valdivia, 1999, pp.135-152.

---

**OTROS TEXTOS DE INTERÉS**

CITADO COMO	REFERENCIA
<i>CEAS</i>	CEAS CONSULTING, “Desktop study into demand for dairy products”, <i>Final Report for the Dairy Supply Chain Forum</i> , 2004.
<i>DGCCRF</i>	Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, Abus de position dominante, <i>Les fiches pratiques de la concurrence et de la consommation</i> , 2014. Disponible en: <a href="http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Publications/Vie-pratique/Fiches-pratiques/Abus-de-position-dominante">http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Publications/Vie-pratique/Fiches-pratiques/Abus-de-position-dominante</a> (Consultado el 27/02/2016).
<i>OCDE</i>	OCDE Roundtable on prosecuting cartels without direct evidence of agreement, Global Forum on Competition, 2006, DAF/COMP/GF(2006).



**LISTA DE JURISPRUDENCIA****LAUDOS ARBITRALES****CCI**

CCI n° 1512/1971	CCI 1512/1971
CCI n° 2272/1972	CCI 2272/1972
CCI n° 4131/1982	CCI 4131/1982
CCI n° 4504/1985- 1986	CCI 4504/1985- 1986
CCI n° 6519 /1991	CCI 6519 /1991
CCI n°. 7604 /1995	CCI 7604 /1995
CCI n° 7610 /1995	CCI 7610 /1995

**CLOUT**

Caso CLOUT n° 187	Caso CLOUT n° 187, Federal District Court, Southern District of New York, United States, 23 de julio de 1997.
Caso CLOUT n° 328	Caso CLOUT n° 328, Kantonsgericht des Kantons Zug, Suiza, 21 de octubre de 1999.
Caso CLOUT n° 166	Caso CLOUT n° 166
Caso CLOUT n° 171	Caso CLOUT n° 171, Bundesgerichtshof, Alemania, 3 de abril de 1996.

**TRIBUNALES JURISDICCIONALES****CITADO COMO****INFORMACIÓN DEL CASO****Tribunal General de la Unión Europea**STGUE Asunto *PVC-II*Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 12 de abril de 2013, Asunto *PVCII*, Caso T-442/2008.

**Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

STJCE Asunto <i>Continental Can</i>	Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE de 21 de febrero de 1973, Asunto <i>Europemballage Corporation &amp; Continental Can Company Inc. c. Comisión</i> , Caso 6-72.
STJCE Asunto <i>Imperial Chemical Industries</i>	Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE de 14 de julio de 1972, Asunto <i>Imperial Chemical Industries c. Comisión</i> , Caso 48-69.
STJCE Asunto <i>Wood Pulp II</i>	Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE de 31 de marzo de 1993, Asunto <i>Wood Pulp II</i> , Joined cases C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85.

**Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas**

STPICE Asunto <i>Bayer</i>	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 26 de octubre de 2000, asunto <i>Bayer</i> .
----------------------------	---

**Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Case Pine valley development Ltd and Others Vs. Ireland	ECHR. Case Pine valley development Ltd and Others Vs. Ireland, Application No. 12742/87, 29 november 1991.
Case <i>Niemitz c. Alemania</i>	ECHR Case <i>Niemitz c. Alemania</i> de 16 de diciembre de 1992.

**Alemania**

<i>Sentencia del Oberlandesgericht Dresden</i>	Sentencia del Oberlandesgericht Dresden, de 20 de abril de 2005 (11 Sch 01/05).
--	---

**Colombia**

<i>Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-022/96.</i>	Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, No. C-022/96 de 23 de enero de 1996.
<i>Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-1436</i>	Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-1436 de 25 de octubre de 2000.

*Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de 1 de septiembre de 1984*

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de 1 de septiembre de 1984

## **Francia**

*Sentencia de la Corte de Apelación de París 22/02/2006*

Sentencia de la Corte de Apelación de París de 22 de febrero de 2006.

*Sentencia de la Corte de Apelación de París 22/10/2009*

Sentencia de la Corte de Apelación de París de 22 de octubre de 2009.

*Peugeot v. Eco System*

Decisión de la Corte Comercial de Paris de 22 de octubre de 1996.

## **India**

Sentencia del Tribunal Supremo de India 26/04/2007

Sentencia del Tribunal Supremo del 26 de abril de 2007, Caso n°4467: Jagdish Chander vs Ramesh Chander & Ors

## **España**

### **Tribunal Supremo**

STS de 9 de diciembre de 1966

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 9 de diciembre de 1966, núm. 5707/1966.

STS de 24 de mayo de 1977

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 24 de mayo de 1977

STS de 3 de diciembre de 1990

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 3 de diciembre 1990.

STS de 8 de junio de 2012

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 8 de junio de 2012, núm. 5462/2012.

STS de 7 de noviembre de 2013

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 7 de Noviembre de 2013, núm. 651/2013.

STS de 9 de enero de 2015

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 9 de enero de 2015, núm. 191/2015.

**Audiencia Nacional**

SAN de 2 de abril de 2013	Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de abril de 2013
SAN de 28 de junio de 2013	Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de junio de 2013
SAN de 8 de julio de 2013	Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de julio de 2013

**Estados Unidos**

<i>Passalacqua Builders v. Resnick Developers</i>	US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Passalacqua Builders, Inc. v. Resnick Developers S., Inc., 933 F.2d, 131, 138-39, 2d Cir., 1991
<i>Bagwell v. Middle S. Energy</i>	US Court of Appeals for the Fifth, in re Bagwell v. Middle S. Energy, 797 F.2d p.1298, 1986.
<i>Locke v. ESTADOS UNIDOS</i>	US Court of Claims, in re Locke v. ESTADOS UNIDOS, 283 F.2d p. 521, 1960.

**México**

<i>Amparo 2160/2009 (Suprema Corte de Justicia de la Nación)</i>	Amparo en Revisión 2160/2009, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 8 de septiembre de 2010.
--	--

**Países Bajos**

<i>Marketing Displays International v. Van Raalte Reclame</i>	<i>Marketing Displays International v. Van Raalte Reclame</i> , Corte de Apelación de La Haya, Países Bajos, 27 de mayo de 2004.
<i>Decisión del Hoge Raad de 11 de Noviembre de 1983.</i>	Decisión del Hoge Raad de 11 de Noviembre de 1983.

**Reino Unido**

<i>Wireless Group plc v. Radio Joint Audience Research Limited</i>	Decision of the English Court of Chancery of 16 December 2004, <i>Wireless Group plc v. Radio Joint Audience Research Limited</i> , [2004] EWHC (Ch.).
<i>Caparo v. Fagor</i>	Commercial Court, Queen's Bench Division, 7 August 1998, in re Caparo Group Ltd. v. Fagor Arrastate Sociedad Cooperativa.
<i>Peterson Farms Inc v. C &amp; M Farming Ltd</i>	English High Court, in re Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd., EWHC, 121, Comm., 4 february, 2004.
<i>Yeveskel Arkin v. Borchard Lines Ltd &amp; Ors</i>	Commercial Court, 10 April 2003, <i>Yeveskel Arkin v. Borchard Lines Ltd &amp; Ors</i> , EWHC 687 (Comm Court).
<b><u>Suiza</u></b>	
<i>Cartier</i>	Decisión del Tribunal suizo en el caso Cartier, 10 de octubre de 1979

**AUTORIDADES NACIONALES DE LA COMPETENCIA****España**

Res. TDC de 12 de septiembre de 1994.	Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 12 de septiembre de 1994, Expte. 310/92, <i>Retransmisión por TV de fútbol extranjero</i> .
Res. CNC de 31 de julio de 2010	Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/08, <i>Transitarios</i> .
Res. CNC de 2 de marzo de 2011	Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de marzo de 2011, Expte. S/0086/08, <i>Peluquería profesional</i> .
Res. CNC de 27 de mayo de 2011	Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de mayo de 2011, Expte. S/0128/09, <i>Fabricantes de Envases Hojalata</i> .
Res. CNC de 12 de enero de 2012	Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de enero de 2012, Expte. S/0179/09, <i>Hormigón y productos relacionados</i> .

**LISTA DE ABREVIATURAS**

<b>AACU</b>	Asociaciones de Consumidores y Usuarios de Andina	<b>OP</b>	Orden Procesal
<b>AdC</b>	Autoridad de Competencia de Andina	<b>Párr./ Párrs.</b>	Párrafo/Párrafo
<b>art./arts.</b>	Artículo / Artículos	<b>Pr.A.</b>	Pregunta de Aclaración
<b>CAM</b>	Corte de Arbitraje de Madrid	<b>RCAM (2009)</b>	Reglamento de la Corte Arbitral de Madrid (2009)
<b>CCI</b>	Cámara de Comercio Internacional	<b>RCAM/RCAM (2015)</b>	Reglamento de la Corte Arbitral de Madrid (2015)
<b>CIRD</b>	Centro Internacional para la Resolución de Disputas	<b>Reglas de la IBA</b>	Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial
<b>CLOUT</b>	Sentencias y laudos sobre textos de la CNUDMI	<b>UNIDROIT</b>	Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales
<b>CSD</b>	Contrato de Suministro y Distribución	<b>Vid.</b>	Ver
<b>Doc. Sol</b>	Documento de la Solicitud de Arbitraje		
<b>DRSA</b>	Documento de Respuesta a la Solicitud de Arbitraje		
<b>FAIL</b>	Federación Andina de Industrias Lácteas		
<b>IBA</b>	International Bar Association		
<b>LMU</b>	Ley Modelo CNUDMI Arbitraje Comercial Internacional, 1985 con enmiendas adoptadas en 2006, art. 7, op. II y art. 5 apartado tercero (Madre Patria).		
<b>LCPCR</b>	Ley de Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas de Andina		
<b>n°</b>	Número		

## HECHOS

1. La demandante incurre en numerosas omisiones e imprecisiones en su exposición de los hechos. Únicamente resulta ajustado a la realidad la identificación de las partes: PARNASO ANDINA S.A. (“**PARNASO ANDINA**”), como parte demandante domiciliada en Andina, y cuyo objeto social consiste en distribuir de forma minoritaria por medio de la explotación de la cadena de supermercados conocida en el territorio de Andina como PARNASO. Por otra parte se encuentra la empresa PARNASO S.A. (“**PARNASO**”), que no es parte del presente arbitraje pero es la sociedad matriz de la misma, con domicilio en Luzonia cuyas principales áreas de negocio son la distribución minorista mediante la explotación de supermercados así como la explotación y gestión de hoteles de lujo. También interviene MUROS DE LA PATRIA MIA S.A. (“**MUROS o GRUPO MUROS**”), con domicilio en Pampia, grupo multinacional dedicado a la transformación de productos lácteos encontrándose entre sus filiales BUSCÓN CO (“**BUSCÓN**”), con domicilio en Cervantia, dedicada al suministro de productos lácteos y de los productos de MUROS en Cervantia, Andina y Pampia. Ambas son demandadas en el presente asunto.
2. El 18 de diciembre de 2008 y, después de diez años de relaciones comerciales, PARNASO y MUROS suscribieron un Contrato Marco con la finalidad de fortalecer la distribución de los productos y mejorar la percepción del producto por el público [Doc. Sol. n° 2].
3. El 2 de febrero de 2009 se celebró un Contrato de Suministro y Distribución entre PARNASO ANDINA y BUSCÓN [Doc. Sol. n° 3], en el cual se acordaba la obligación de BUSCÓN de suministro suficiente de productos lácteos a PARNASO ANDINA, así como la creación y suministro de una línea específica de productos lácteos para la marca blanca MUSA. A su vez, PARNASO ANDINA quedaba obligado a la distribución de tales productos.
4. Entre los años 2005 y 2011, en el sector de la alimentación en Andina se han retirado los subsidios estatales, promoviendo así el incremento de control del volumen de producción por las principales empresas productoras.
5. El día 10 de diciembre de 2014, los días 7 y 20 de enero de 2015 tuvieron lugar tres notas de prensa en las que la AGRUPACION DE ASOCIACIONES DE CONSUMO (“**AACU**”) de Andina señalaba una subida de precios de la leche como consecuencia de una supuesta concertación de precios y prácticas anticompetitivas, haciendo referencia en la tercera de dichas publicaciones a mi representada BUSCÓN [Doc. Sol. n° 4 y 5]. La AACU ya ha actuado con anterioridad de la misma forma, señalando a determinados sectores diferentes al lácteo de supuestas prácticas anticompetitivas sin que al día de la fecha se hayan pronunciado las autoridades competentes al respecto.
6. Existe una relación causal económica entre la subida de precios, señalada por la AACU, y la retirada de los subsidios que ha estado suministrando el Gobierno de Andina al sector lácteo.
7. El 20 de enero de 2015, el presidente de la AUTORIDAD DE COMPETENCIA de andina (“**AdC**”) anunció la intensificación de la vigilancia sobre el sector lácteo por una posible política de precios anticompetitiva [Doc. Sol. n° 6], señalando a mi representada BUSCÓN como una de las supuestas empresas que se encontraban inmersas en la investigación administrativa.
8. PARNASO ANDINA y el GRUPO PARNASO han querido aprovecharse de esta situación para tener una mejor posición en la negociación de las prórogas de los contratos, lo que la llevó, incluso, a iniciar este procedimiento arbitral. Asimismo, al momento en que se ha iniciado este procedimiento, no existe pronunciamiento alguno de la AdC que permita establecer que BUSCÓN es responsable las supuestas infracciones anticompetitivas, sino que son meramente indiciarias.
9. El 29 de enero de 2015, BUSCÓN se comunica por correo electrónico con PARNASO ANDINA reiterando el tratamiento incorrecto de los productos de las marcas de BUSCÓN [DRSA n° 1].

Como consecuencia de ello, BUSCÓN advierte que el incumplimiento por parte de PARNASO ANDINA de lo pactado en las planificaciones de las políticas de ventas podría llevar aparejado la interrupción del suministro de MUSA.

10. PARNASO ANDINA y el GRUPO PARNASO han querido aprovecharse de esta situación para tener una mejor posición en la negociación de las prórrogas de los contratos, lo que la llevó, incluso, a iniciar este procedimiento arbitral. Asimismo, al momento en que se ha iniciado este procedimiento, no existe pronunciamiento alguno de la AdC que permita establecer que BUSCÓN es responsable las supuestas infracciones anticompetitivas, sino que son meramente indiciarias.
11. Mis representadas han puesto de manifiesto que la relación con PARNASO es importante para el comercio [DRSA nº 1] y que siempre han actuado con buena fe para que la relación entre ambas empresas sea beneficiosa. A mayor abundamiento, ha estado durante todo este tiempo dispuestas a dar explicaciones a los representantes de PARNASO ANDINA y GRUPO PARNASO y a colaborar para que este asunto llegue a buen término, lo que evidencia aún más la intención de la parte demandante de querer aprovechar de esta situación en beneficio de fortalecer su posición contractual.
12. Asimismo, desde la celebración del Contrato de Suministro y Distribución hasta el día de hoy BUSCÓN ha estado cumpliendo con lo establecido en el mismo. Esto implica: el suministro de los productos pactados con la calidad establecida; la entrega en tiempo y forma de los productos, sin retraso alguno; así como el resto de obligaciones recogidas en el CSD [Vid. Doc. Sol nº 3] (Cláusula X).
13. En este escrito no se seguirá el orden establecido por la parte demandante, la cual trata los puntos controvertidos de manera desordenada, utilizando términos oscuros e ideas contrapuestas entre sí. Es por ello que esta parte no se ciñe al discurso seguido por la demandante, sin perjuicio de las diferentes referencias que se hagan a lo largo del presente escrito.

### **NORMATIVA APLICABLE AL PROCEDIMIENTO ARBITRAL**

14. Las partes tienen la libertad de elegir el Derecho por el cual se regirá el arbitraje<sup>1</sup>. En ausencia de tal elección, se aplica la *lex loci arbitri*, ley del lugar del arbitraje<sup>2</sup>. En consecuencia, resulta aplicable al procedimiento arbitral la **Ley de Arbitraje de Madre Patria**, que adoptó en su integridad la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil (“CNUDMI”) sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006, y optando por la Opción II del art. 7 de “LMU”.
15. La normativa rectora del procedimiento será el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid (“RCAM”). La cláusula arbitral nº XVI del CSD expone que “[...] 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”. En concreto, según lo dispuesto en el art. 2.3 RCAM, será de aplicación el reglamento vigente desde el 1 de marzo de 2015, dado que la Solicitud de Arbitraje se presentó el pasado 9 de marzo de 2015. No obstante, no será de aplicación a este procedimiento las disposiciones relativas al Árbitro de emergencia y las medidas urgentes recogidas en el Anexo II del RCAM [Vid. Alegaciones Procesales 2.1].
16. El Tribunal podrá aplicar las Reglas de la International Bar Association (“IBA”) sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional (“Reglas de la IBA”) sobre las cuales existe consenso en los sistemas *civil* y *common law* para determinar la admisión de la prueba solicitada.

<sup>1</sup> HULEATT-JAMES/GOULD, p. 16; TWEEDDALE/TWEEDDALE, párr. 6.05.

<sup>2</sup> REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, párr. 2.13; POUURET/BESSON, párr. 145; CCI nº1512/1971; CCI nº2272/1975; en ellos, el arbitraje se condujo bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI.



17. Finalmente, respecto al reconocimiento y ejecución del laudo, será de aplicación la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (“**Convención de Nueva York**” o **CNY**), ya que todos los Estados involucrados en esta controversia la han ratificado sin reservas [OP n°3, Pr.A.2].

### **ALEGACIONES PROCESALES**

18. En esta parte BUSCÓN demostrará que (**PRIMERA**) este Tribunal no es competente para dirimir sobre la presente controversia ya que no procede la intervención del grupo MUROS en el proceso arbitral y la misma no resulta arbitrable; (**SEGUNDA**) no procede el trámite de medidas urgentes; (**TERCERA**) las pruebas obtenidas en el mismo son inadmisibles, y, por último, (**CUARTA**) el resto de medidas cautelares solicitadas no reúnen los requisitos exigidos por la ley.

#### **PRIMERA.- EL TRIBUNAL NO ES COMPETENTE**

19. Aun cuando la cláusula arbitral contenida en el CSD, firmado por PARNASO ANDINA y BUSCÓN, es válida, tal como se deduce del RCAM, no es posible considerar al Tribunal arbitral competente para la presente controversia ya que (**1.1**) MUROS no es parte en el proceso arbitral; y (**1.2**) la controversia no es arbitrable porque el ámbito material de la cláusula arbitral contenida en el CSD no permite abarcar las pretensiones ejercitadas, y las controversias relativas al Derecho de la Competencia no son arbitrables.

#### **1.1.- La empresa MUROS no es parte en el presente proceso arbitral**

20. De acuerdo con el art. 7 de la Ley de Arbitraje de Madre Patria (Opción II del art. 7 de LMU), el *convenio arbitral* debe expresar la voluntad de las partes<sup>3</sup>, pues son ellos quienes deciden libremente someter a arbitraje su controversia. Ello es así por cuanto la base del arbitraje es el principio de la *autonomía de la voluntad*, en tanto las partes, de común acuerdo y en igualdad de condiciones, son quienes legítimamente definen el procedimiento que ha de seguir el tribunal arbitral en sus actuaciones (art. 19 de “LMU”).
21. Sin embargo, la demandante desconoce la normativa antes mencionada, pues pretende incorporar en el presente proceso arbitral a un tercero que no ha prestado su *consentimiento*. En efecto, no existe un *convenio arbitral* entre PARNASO ANDINA y MUROS, dado que este último, ni ha suscrito el CSD -del cual se alega el supuesto incumplimiento-, ni ha realizado actos o conductas que evidencien la existencia de un consentimiento implícito.
22. No obstante ello, y pese a la ausencia de una base legal sólida<sup>4</sup> que justifique su posición, la demandante ha invocado una teoría de origen jurisprudencial que permite extender el convenio arbitral a una *parte no signataria*. Sin embargo, no ha tomado en cuenta que también la propia la práctica arbitral internacional<sup>5</sup> y la doctrina<sup>6</sup>, vienen admitiendo con recelo esta construcción teórica, cuyo uso sería restrictivo y condicionado al cumplimiento de requisitos específicos. Además, como

<sup>3</sup> En la Sentencia del Tribunal Supremo de India 26/04/2007 se sostuvo que: “*The words used should disclose a determination and obligation to go to arbitration and not merely contemplate the possibility of going for arbitration. Where there is merely a possibility of the parties agreeing to arbitration in future, as contrasted from an obligation to refer disputes to arbitration, there is no valid and binding arbitration agreement*”.

<sup>4</sup> En la demanda, se ha invoca la definición de empresa prevista en el art. 2 de la Ley 16-2000 de Andina, como fundamento de derecho para justificar la extensión del convenio arbitral a un no signatario. Sin embargo, este dispositivo no reconoce dicha figura.

<sup>5</sup> Entre los casos que podemos mencionar estarían: CCI n° 6519 /1991, CCI n° 7604 /1995, CCI n° 7610 /1995, entre otras.

<sup>6</sup> En términos generales, entre los autores que rechazan la posibilidad de extender el proceso arbitral a un no signatario tenemos: STERNLIGHT quien sostiene que la actual política pro-arbitraje deja de lado el principio de consentimiento contractual y, a menudo, conduce a la violación de los derechos constitucionales. También puede verse: ULOTH / RIAL III, p. 593.

prueba de esta reticencia y cautela en su aplicación, está el hecho de que las distintas *legislaciones*<sup>7</sup> de los sistemas jurídicos han optado por no prever esta figura.

23. En atención a lo señalado, consideramos que al no haber suscrito MUROS el contrato específico de suministro y distribución, y por tanto, serle inoponible la cláusula XVI (cláusula arbitral) de dicho contrato, su participación estaría excluida en el presente proceso arbitral. Por ello, su no condición de parte, y por tanto, su no participación en este arbitraje, ocurre a partir de las siguientes consideraciones: **(1.1.1)** la extensión del convenio arbitral a un no signatario es una teoría que debe ser aplicada en forma *restrictiva* y con *cautela* por cuanto si se incorpora a un no signatario: **a)** se estaría afectando el principio de relatividad de los contratos (*res inter alios acta*), o **b)** se podría vulnerar el derecho fundamental al *juez natural*; por otro lado, **(1.1.2)** la teoría del *grupo de sociedades* o empresas incorporada por la jurisprudencia y desarrollada por la doctrina, no resultan aplicables al presente caso pues no se cumplen con sus presupuestos. A continuación, exponemos nuestros argumentos sobre cada uno de estos puntos.

### **1.1.1.- Aplicación restrictiva de la teoría que permite extender el convenio arbitral a un no signatario**

24. Si bien algunos tribunales arbitrales, y ciertas cortes estatales, han admitido la recepción de distintas construcciones teóricas que permiten extender los efectos de un acuerdo arbitral a partes *no signatarias*, es importante tener en cuenta que estas teorías solo se han aplicado cuando las *circunstancias* del caso así lo justificaban<sup>8</sup>. Es decir, su uso no es irrestricto sino por el contrario mesurado y reflexivo, pues la aplicación inapropiada de estas teorías afectaría el principio del efecto relativo de los contratos y el derecho al juez natural del no signatario.

#### **a) Si se incorpora a un no signatario, se estaría afectando el principio del efecto relativo de los contratos (*res inter alios acta*)**

25. El *contrato* juega un rol vital en la regulación del arbitraje<sup>9</sup>. Pues como vimos en puntos anteriores, el acuerdo entre las partes –*autonomía de voluntad*– proporciona las normas más importantes para la reglamentación y la realización del arbitraje. De ese modo, visto el convenio arbitral como un *contrato*<sup>10</sup>, resulta adecuado que se le puedan aplicar los principios del derecho contractual.
26. Uno de estos principios es el de la *relatividad de los contratos*, por el cual, los efectos del contrato solo recaen sobre las partes contratantes y no se extiende hacia *terceros* (art. 1.3 de UNIDROIT). Su razón dogmática se basa en que el contrato es un acto jurídico bilateral con fuente en la *autonomía privada* y solo causa obligaciones para quienes lo celebran<sup>11</sup>.
27. Así, en virtud del principio *res inter alios acta*, el convenio arbitral únicamente surte efectos para quienes hayan prestado su adhesión al mismo, pues ello demuestra su intención de acudir a la vía arbitral<sup>12</sup>. Y es que como prevé el art. 7 de LMU, para que sea viable un proceso arbitral se requiere la voluntad manifiesta de las partes para que los árbitros sean competentes.
28. En atención a este principio, la posición según la cual es posible extender el convenio arbitral a un no signatarios *no es unánime* y son diversos los casos en los cuales los tribunales la han rechazado por estas consideraciones<sup>13</sup>. Así, por ejemplo, en el caso *Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá vs.*

<sup>7</sup> Solo se conoce el caso del sistema arbitral peruano, cuyo art. 14 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo del Arbitraje, ha recogido en forma expresa la posibilidad de extender el laudo a una parte no signataria.

<sup>8</sup> SUÁREZ, pp. 57-58.

<sup>9</sup> CARBONNEAU, pp. 1189-1191.

<sup>10</sup> BENITO, p. 39.

<sup>11</sup> LORENZETTI, p. 492.

<sup>12</sup> SAVAGE/GAILLARD, p. 289.

<sup>13</sup> Así, por ejemplo Caivano citando a Poudret señala que en“(…) *casos del Tribunal Federal suizo y de los tribunales alemanes y británicos*, [en donde] *rechazaron los intentos de extender la cláusula arbitral a la matriz de una sociedad y se negaron a levantar el velo de la personalidad societaria, manteniendo la independencia de la filial*”. CAIVANO, p. 137.

*Estruco Ltda.*<sup>14</sup> se sostuvo que la pretensión de vincular a una compañía aseguradora debe ser rechazada por entenderse que era un *ente ajeno al contrato*, constituyendo un tercero arbitral que no estaba legitimado para una intervención litisconsorcial o de coadyuvancia. Del mismo modo, en el caso *Procter & Gamble Inc. vs. Agencia Almadena S.A.*<sup>15</sup> se sostuvo que el arbitraje solo puede producir efectos para las partes que lo han convenido, ya que son ellas las que han concurrido al pacto. En similar sentido, en el caso CCI n° 6519<sup>16</sup> se resolvió que la cláusula arbitral solo se aplica a la parte que intervino en el negocio y no se la extiende a otras partes relacionadas por no haber tenido una participación efectiva en este.

29. La razón de ser de este principio es evitar que alguien, sin haber expresado su consentimiento, sea forzado a someter sus determinadas controversias a arbitraje, siendo paralelamente obligado a resignar la competencia de los tribunales de la justicia ordinaria. Por tanto, siendo limitados los efectos jurídicos de un contrato, y por ello no pueden ser opuestos a *terceros*, sería desproporcionado e ilegal incorporar a MUROS en el presente proceso arbitral.

**a) Si se incorpora a un no signatario se está aproximando a la posibilidad de vulnerar el derecho al juez natural**

30. Introducir una cláusula de arbitraje implica, en un primer momento, una obligación de no hacer<sup>17</sup>. Es decir, ante la posibilidad de presentarse un conflicto, la parte que pretenda demandar a la otra se ve impedida de formular su demanda ante el juez competente (renuncia del juez natural) para que sea un árbitro o un tribunal arbitral quien resuelva el conflicto puesto a *litis*.
31. El derecho fundamental al *juez natural*, supone que los particulares no pueden ser despojados de su derecho a que sus conflictos o controversias sean *prima facie* ventilados ante la jurisdicción ordinaria, de manera que solo en situaciones excepcionales, nacidas de su propia voluntad, se habilita el ejercicio de la jurisdicción arbitral.
32. De ese modo, cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta ilícitamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona (esto es, sin su autorización), como fórmula de solución de sus conflictos o de las situaciones que le incumben, se estaría vulnerando el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.
33. Por tanto, si se pretende incorporar a un no signatario, que no ha prestado su consentimiento al convenio arbitral, se estaría vulnerando el *derecho al juez natural* de un no signatario, esto es de MUROS, y consecuentemente a la vulneración de su derecho fundamental del acceso a la tutela jurisdiccional efectiva.

**1.1.2.- La teoría del grupo de sociedades no resulta aplicable al presente caso pues no se cumplen sus presupuestos**

34. A falta de fundamentos legales, la demandante ha señalado que MUROS es una parte no signataria del CSD, en aplicación de la teoría del “*grupo de sociedades*”. Esta teoría es de origen jurisprudencial, pues fue concebida a partir del caso DOW CHEMICAL<sup>18</sup>, permitiendo extender los efectos de la cláusula arbitral a otros componentes del grupo empresarial. Así, en forma sesgada, se ha dicho que esta teoría utiliza el criterio de la “*réalité économique unique*” (*realidad económica única*), el cual presupone la existencia de un control (directo o indirecto) y una orientación o dirección económica unificada, ejercidos ambos por la *matriz* sobre todas las filiales.

<sup>14</sup> *Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá c. Estruco Ltda.*, Laudo de 15 de agosto de 1964, citado por FERNÁNDEZ 2008, p. 622.

<sup>15</sup> *Procter & Gamble Inc. c. Agencia Almadena S.A.*, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, 2 de junio 1999, citada por FERNÁNDEZ 2008, p. 619.

<sup>16</sup> CCI n° 6519/1991.

<sup>17</sup> De acuerdo con SILVA ROMERO “*Dado que el contrato de arbitraje es (...) un “contrato bilateral”, la obligación de no hacer resultante del contrato de arbitraje impone*”. SILVA, pp. 695-696.

<sup>18</sup> CCI n° 4131/1982.

35. Sin embargo, la demandante ha omitido señalar que la teoría del *grupo de sociedades* también ha sido rechazada por la doctrina<sup>19</sup> y sobre todo por la jurisprudencia<sup>20</sup>. Así, por ejemplo, en la sentencia de anulación parcial del laudo emitido en el caso *Peterson Farms Inc. V. C&M Farming Ltd.*<sup>21</sup>, el Juez inglés Langley J., sostuvo que en Derecho Inglés es imperativo constatar que las partes hayan dado de manera fehaciente el consentimiento al acuerdo que las vincula. Ello impediría, en todo caso, reconocer la extensión del convenio por el simple hecho de que una sociedad sea parte del mismo grupo que una de las partes en el contrato<sup>22</sup>. Asimismo, en el caso *Cartier*<sup>23</sup>, un tribunal suizo<sup>24</sup> reconoció los vínculos de propiedad y la influencia decisiva que una sociedad ejercía sobre la otra que era signataria del acuerdo arbitral. Sin embargo, también consideró que no se había demostrado que tales vinculaciones no suponían que la parte no signataria fuese un órgano de la sociedad signataria, ni tampoco que actuase con poderes para concluir actos jurídicos que la comprometiesen personalmente.
36. En efecto, el *grupo de sociedades*, entendido como un conjunto de entidades unidas entre sí por vínculos comunes de control en la propiedad y administración, efectivamente no constituye un elemento suficiente por sí solo<sup>25</sup> para demostrar que ha habido consentimiento de las distintas entidades que componen dicho grupo para someterse a un arbitraje pactado solo por alguna de ellas. Esta ausencia de dicho consentimiento, atenta seriamente contra el principio de *independencia de la personalidad jurídica* y de *separación de patrimonios*.
37. Esta teoría parte de los siguientes presupuestos o elementos<sup>26</sup>: (i) *la pertenencia de la sociedad a un grupo de sociedades* (elemento objetivo), para lo cual se deberá acreditar la vinculación económica o empresarial en un conjunto de sociedades; (ii) *la existencia de un consentimiento implícito* (elemento subjetivo), que supone demostrar la participación efectiva de la sociedad no suscriptora en la relación contractual litigiosa requerida para la extensión; y (iii) *la voluntad de fraude*<sup>27</sup> (elemento causal), que debe ser común a todas las empresas involucradas y supone probar la existencia de una única voluntad fraudulenta con el fin de perjudicar a su contraparte, causada por el incumplimiento<sup>28</sup>.
38. Sin embargo, la demandante no ha acreditado la concurrencia de todos estos presupuestos. En efecto, se ha limitado a señalar que la responsabilidad de BUSCÓN debe extenderse a la sociedad MUROS en tanto ambos deben ser consideradas como una sola empresa, es decir, como una “unidad económica”. Sin embargo, bajos sus propios argumentos esgrimidos, no se ha logrado probar que MUROS posea el 100% de las acciones de la filial BUSCÓN, o que ejerza en forma efectiva un poder o influencia sobre dicha empresa. Además, de los hechos no se infieren conductas o

<sup>19</sup> Entre los autores que cuestionan esta teoría tenemos a: FERRARIO, pp. 647–673; HANOTIAU/DEN TANDT, pp. 125-132; HANOTIAU, p. 125.

<sup>20</sup> Entre los casos ingleses tenemos: *Caparo v. Fagor / Peterson Farms v. C & M Farming Ltd.* Especial reticencia también es percibida en el Derecho Suizo, por ejemplo a través del caso CCI n° 4504/1985 - 1986. En: *Journal de Droit International (Clunet)*, 113, p. 1118.

<sup>21</sup> Las partes celebraron un contrato por el que *Peterson* vendería a *C&M* aves vivas para su comercialización. Las aves se infectaron con la gripe aviaria y *C&M* demandó a *Peterson* reclamando daños sufridos por aquella y por otras sociedades del grupo *C&M*. El tribunal arbitral concedió los daños reclamados y *Peterson* recurrió en anulación la parte del laudo relativa a la inclusión de las sociedades del grupo *C&M* que no habían firmado el convenio arbitral.

<sup>22</sup> En este caso, Langley afirmó sutilmente que la teoría del grupo de sociedades, simplemente no existe en Derecho Inglés.

<sup>23</sup> El caso *Cartier* de 10 de octubre de 1979 ha sido citado en: POUURET.

<sup>24</sup> En Suiza, los tribunales también han sido reacios a acuñar una teoría del *grupo de sociedades* para incluir a una parte no signataria y han preferido reconocer dicha posibilidad sobre la base de una participación efectiva en la ejecución del contrato.

<sup>25</sup> DERAIS/SCHWARTZ, p. 90.

<sup>26</sup> SUÁREZ, p. 63.

<sup>27</sup> GALLUCCIO/MORI, p. 200.

<sup>28</sup> En ese sentido, se ha sostenido en forma categórica que: “Sin embargo, debe señalarse que la utilización de esta doctrina, en tanto implica aniquilar el principio de la personalidad jurídica de las sociedades, ha sido conceptuada como un remedio de excepción, cuyo objeto es evitar la consumación de un fraude a terceros.”. CAIVANO, p.133. De igual modo, en la casuística norteamericana, por ejemplo el caso *Passalacqua Builders v. Resnick Developers*, se admite la penetración del velo societario si se prueba la existencia de un fraude.

circunstancias que impliquen un virtual abandono de la separación de las identidades societarias de MUROS o BUSCÓN.

39. De todos modos, en el hipotético caso de que MUROS y BUSCÓN constituyan una unidad económica en los términos alegados por la demandante, debe tenerse presente nuevamente que el hecho de pertenecer a un grupo corporativo, no es elemento suficiente para justificar su inclusión en un arbitraje en ausencia de su consentimiento. De ese modo, al no existir los demás requisitos, esto es, un *consentimiento implícito* por parte de MUROS que evidencie su intención de ser parte en el contrato específico, o una voluntad de fraude común entre MUROS y BUSCÓN que haya merituado el supuesto incumplimiento, no resultaría aplicable al presente caso la teoría del *grupo de sociedades*.

## **1.2.- La presente controversia no es arbitrable**

40. Esta parte rechaza el arbitraje [DRSA, alegación núm. 21] ya que lo referente al Derecho de la Libre Competencia no es arbitrable, debiendo resolver la AdC de Andina. Asimismo, como se analizará en este apartado, el ámbito material de la cláusula de resolución de controversias no permite abarcar todas las pretensiones ejercitadas por PARNASO ANDINA (1.2.1); y la controversia es no arbitrable (1.2.2).

### **1.2.1.- El ámbito material de la cláusula arbitral no permite abarcar todas las pretensiones ejercitadas**

41. La cláusula arbitral incluida en el CSD en ningún momento hace referencia expresa al ejercicio de la acción de rescindir dicho contrato a través del procedimiento arbitral. Tal como dispone la parte actora en su párrafo 42, la cláusula XVI del CSD está redactada de la siguiente forma: “toda controversia relativa a la interpretación y ejecución del contrato [...]” [Doc. Sol. nº 3]. De esta manera, se pone de manifiesto que las controversias que podrán ser arbitrables son simplemente las relativas a la interpretación y ejecución del CSD, no así la resolución del contrato.
42. La parte actora en su demanda, párrafo 51, hace referencia a que el convenio arbitral contenido en el CSD “estipula (...) las cuestiones relativas a la existencia, validez o terminación de los contratos”. No obstante, esto no es así, tal como se desprende de la cláusula XVI del contrato, donde solo figura la interpretación y la ejecución del contrato. En todo caso, ese contenido se corresponde con la cláusula arbitral del Contrato Marco y no al CSD. A mayor abundamiento, en la cláusula arbitral no se hace referencia al ejercicio de la acción de rescindir el contrato como consecuencia de la posible vulneración del Derecho a la Competencia de Andina. Por ello, no es posible interpretar, como lo hace la parte actora en el párrafo 51 de la demanda, que la cláusula arbitral utiliza conceptos amplios que abarcan la terminación del contrato.
43. La controversia en la interpretación de un contrato consiste en cualquier conflicto que pueda surgir entorno a la redacción del mismo y sus posibles interpretaciones. Por otra parte, la ejecución del contrato solo abarca cómo se lleva a cabo lo dispuesto en el contrato, es decir de qué forma se cumple con ello. Por último, la rescisión o resolución del contrato abarca la competencia para determinar que el mismo deja de tener efectos para las partes y desaparece la relación contractual constituida a través del contrato.
44. Por consiguiente, no es posible englobar dentro de la ejecución, la resolución del contrato tal como manifiesta la parte demandante. De la redacción de la cláusula XVI se desprende que solo es posible acoger los asuntos que dimanen del contrato relacionados con la interpretación y la ejecución del mismo. Por lo tanto, dados los términos utilizados en la cláusula arbitral, esta no cubre las pretensiones planteadas por la parte demandante con respecto a la resolución del CSD.

### **1.2.2.- Las controversias relativas al Derecho de la Competencia no son arbitrables**

45. La presente controversia plantada por PARNASO ANDINA no es arbitrable ya que (a) tiene carácter extracontractual; y (b) la competencia para determinar la infracción de las normas del Derecho de la

Libre Competencia, y su correspondiente sanción, corresponden a la AdC de Andina, por ser una materia de orden público.

**a) La presente controversia tiene carácter extracontractual**

46. Las controversias relativas a la infracción de las normas del Derecho de la Competencia tienen un carácter extracontractual y no resultan amparadas por los convenios arbitrales de los que trae causa, a juicio de la demandante, el presente procedimiento arbitral.
47. Por lo tanto, las controversias surgidas, dentro del marco del Derecho de la Competencia, entre PARNASO ANDINA y BUSCÓN no se encuentran amparadas por el CSD, y como consecuencia de ello, tampoco por el convenio arbitral contenido dentro del mismo.
48. En el hipotético caso de que el Tribunal arbitral aprecie que posee competencia para resolver la controversia planteada por PARNASO ANDINA, igualmente la doctrina ha señalado que la responsabilidad por violación del Derecho de la Competencia es de carácter extracontractual, aún en los casos en que el comportamiento restrictivo genere el incumplimiento de una obligación que hace parte de un contrato<sup>29</sup>. En estos casos, el fundamento de la demanda de responsabilidad no es el comportamiento anticoncurrencial, sino los efectos que dicha conducta tuvo sobre las obligaciones asumidas por las partes dentro de un negocio jurídico.

**b) No arbitrabilidad de las controversias relativas al Derecho de la Competencia**

49. La controversia que trae causa del presente procedimiento se basa en una supuesta infracción del Derecho de la Competencia. Sin embargo, dichos asuntos no son, con carácter general, arbitrables, puesto que (i) el Derecho de la Competencia de Andina es una materia de aplicación reservada a un órgano administrativo; y (ii) existe un riesgo claro de que el laudo arbitral no sea finalmente reconocido y ejecutado por no hacer una aplicación correcta de la normativa anticártel. Añadir que, para resolver de forma efectiva este tipo de reclamaciones, (iii) es necesario un conocimiento fuertemente especializado en estas materias, en ausencia del cual se generan sesgos que dificultan el cumplimiento de la finalidad de las normas de interés público.

**i) El Derecho de la Competencia de Andina es una materia de aplicación reservada a un órgano administrativo**

50. El Derecho de la Competencia es un mecanismo estatal cuya función es restringir las conductas privadas inapropiadas en el mercado con el fin de maximizar la eficiencia de la actividad económica empresarial, todo ello en beneficio del bien común. En este ámbito, la autonomía privada está sujeta al control del interés público, y ello explica, como ha señalado la doctrina<sup>30</sup>, la naturaleza de orden público de dichas normas. Se trata, por tanto, de un asunto que por su naturaleza está reservado al Estado, a través de sus distintos órganos. Ante ello, la amplia expresión de autonomía de las partes en el arbitraje parece poco adecuada para servir a estos intereses<sup>31</sup>.
51. Es por este motivo que en diversos Estados la arbitrabilidad de las controversias relativas al Derecho de la Competencia se encuentra vetada por mandato legal. Tal es el caso de Argentina<sup>32</sup> o Lituania<sup>33</sup>. De igual modo, en Colombia las normas relativas a esta disciplina se consideran de orden público y, en consecuencia, su aplicación por parte de los árbitros no sería procedente<sup>34</sup>.
52. Por otra parte, es la autoridad nacional habilitada para aplicar el Derecho de la Competencia la que tiene la competencia para pronunciarse sobre ello y tomar las medidas necesarias<sup>35</sup>. En este sentido,

<sup>29</sup> ORTIZ II, pp. 3-5.

<sup>30</sup> KOMNINOS, p. 2.

<sup>31</sup> LANDOLT, p. 93.

<sup>32</sup> NAHID/RODRÍGUEZ, pp. 23-92.

<sup>33</sup> VAITKUTE/ČERNIAUSKĖ, pp. 843-894.

<sup>34</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-1436.

<sup>35</sup> RODRÍGUEZ, pp. 62-65.

bajo el régimen legal vigente en Andina, la aplicación de la normativa de la competencia está confiada esencialmente a autoridades de carácter administrativo, la AdC de Andina (art. 6 LCPCR) y excepcionalmente a los jueces (art. 12.1 LCPCR), por lo que no sería aceptable que mediante un pacto arbitral los particulares alteraran este orden competencial.

53. La aplicación de este tipo de normas no puede confiarse a quienes sólo aplican justicia de forma transitoria, sino que debe reservarse a las entidades administrativas capacitadas para ello por mandato legal. En este sentido, el arbitraje sólo procedería si la infracción de las normas de libre competencia ha sido definida previamente por la entidad competente o a través de una decisión definitiva de la jurisdicción administrativa<sup>36</sup>.

**ii) Existe un riesgo claro de que el laudo arbitral no sea finalmente reconocido y ejecutado por realizar una aplicación incorrecta de la normativa anticártel**

54. El hecho de que el Tribunal Arbitral no disponga de los medios suficientes ni de la especialización necesaria para hacer frente a una controversia relativa a las normas de la competencia genera un importante riesgo de error en su aplicación. Así se aprecia entre la jurisprudencia comparada, que se ha negado a ejecutar laudos sobre la base de que los árbitros habían errado en la aplicación del Derecho de la Competencia<sup>37</sup>. En este sentido, se ha llegado a señalar que si el laudo arbitral errase o se desatendiese de la aplicación de este debería ser anulado como una violación del orden público<sup>38</sup>.
55. La doctrina también ha señalado que un laudo arbitral que contradice lo establecido por la Comisión Europea, como garante del Derecho Europeo de la Competencia, sería altamente vulnerable a su anulación<sup>39</sup>. Del mismo modo, en Francia cabe la posibilidad de anular un laudo cuya ejecución o reconocimiento resultase contrario al orden público internacional, dentro del cual se encuentra incluido el Derecho de la Competencia<sup>40</sup>. Está claro que el Tribunal no puede y, de hecho, no debe continuar con el procedimiento, pues de esta forma se comprometería no solo la efectividad del laudo, sino también la credibilidad de los árbitros y del propio arbitraje como un medio respetable de resolución de disputas.
56. A mayor abundamiento, cabe destacar que la investigación a BUSCÓN por la AdC de Andina se encuentra en fase de instrucción, por lo que existe un riesgo de obtener pronunciamientos contradictorios entre el Tribunal Arbitral y la AdC de Andina, que supone una inseguridad jurídica para las partes. Asimismo, la decisión del órgano administrativo constituye “res judicata” ante los órganos judiciales, y por extensión también a los tribunales arbitrales, teniendo efectos vinculantes para los mismos<sup>41</sup>.
57. Debido a la mayor capacidad y especialidad, así como la competencia exclusiva de la AdC de Andina sobre la materia, se hace necesario paralizar el presente procedimiento arbitral con el fin de evitar un perjuicio irreparable a esta parte. Así, de nuevo, la doctrina<sup>42</sup> se ha pronunciado en el sentido de que una separación en el laudo de la valoración realizada por el órgano administrativo supondría el riesgo de mala aplicación de las normas anticártel y la consiguiente violación del orden público.

**iii) Es necesario un conocimiento fuertemente especializado en estas materias, en ausencia del cual se generan sesgos que dificultan el cumplimiento de la finalidad de las normas de interés público**

58. La aplicación del Derecho de la Competencia plantea numerosas dificultades y obstáculos asociados

<sup>36</sup> ORTIZ, pp. 11-50.

<sup>37</sup> *Marketing Displays International v. Van Raalte Reclame*.

<sup>38</sup> Sentencia del Oberlandesgericht Dresden.

<sup>39</sup> KOMNINOS, p. 29.

<sup>40</sup> Sentencias de la Corte de Apelación de París 22/02/2006 y 22/10/2009.

<sup>41</sup> STS de 9 de enero de 2015.

<sup>42</sup> MULLERAT, p.101.



a la práctica de pruebas<sup>43</sup> que pueden hacer que la apreciación por parte de un Tribunal Arbitral no sea la correcta. Por ello, algunos autores han considerado que en los casos donde la aplicación de las normas imperativas y el orden público presentan especiales problemas, debido a la dificultad de la materia, únicamente deberían ser órganos jurisdiccionales los encargados de aplicar dicha normativa<sup>44</sup>.

59. Como ha señalado la doctrina<sup>45</sup>, dicha aplicación implica complejas determinaciones económicas, no solo sobre una o dos empresas sino también sobre fenómenos generales en los mercados. En este sentido, la falta de conocimiento especializado debe ser un obstáculo para la efectiva resolución de reclamaciones basadas en derecho antitrust<sup>46</sup>. Por ello, una parte de la doctrina sostiene que el árbitro debe abstenerse del conocimiento de la controversia si no es un experto en la materia o no puede disponer de los medios probatorios necesarios para determinar la infracción de las normas de la competencia<sup>47</sup>.
60. Por otro lado, los árbitros tienen medios limitados para establecer los hechos<sup>48</sup> y las partes deben ellas mismas incurrir en elevados gastos para ello. En una materia tan delicada como el Derecho de la Competencia, parece evidente que la prudencia aconseja que sea el órgano administrativo especializado el que se ocupe de esclarecer la controversia.
61. **Conclusión:** Este Tribunal Arbitral no es competente para resolver las disputas planteadas por PARANASO ANDINA dado que MUROS no puede ser parte y las pretensiones ejercitadas contra BUSCÓN no quedan cubiertas por el ámbito de las cláusulas contractuales.

## **SEGUNDA.- IMPROCEDENCIA DEL TRÁMITE DE MEDIDAS URGENTES**

62. La demandante, en el OTROSÍ DIGO primero, se centra en rebatir la desestimación de las medidas contra MUROS. Sin embargo, parece obviar la necesidad de justificar la procedencia de las medidas urgentes otorgadas contra BUSCÓN, a las que apenas hace alusión.
63. A pesar de la falta de argumentación en contra, esta parte va a demostrar que la orden de entrada y registro de las instalaciones de BUSCÓN ha de ser declarada improcedente porque (2.1) las disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia y Medidas Urgente son inaplicables; y (2.2) no concurrían los requisitos necesarios para su otorgamiento.

### **2.1.- Inaplicabilidad de las disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia y Medidas Urgentes**

64. El Árbitro de Emergencia no debió intervenir en la presente controversia porque (2.1.1) la cláusula arbitral pactada por las partes no preveía un procedimiento de medidas urgentes y (2.1.2) el hecho de imponer la figura del Árbitro de Emergencia a convenios arbitrales anteriores al RCAM (2015) es contrario al respeto de la voluntad de las partes, principio fundamental del arbitraje.

#### **2.1.1.- La cláusula arbitral pactada no preveía el procedimiento de Medidas Urgentes**

65. El acuerdo arbitral del CSD es de fecha 2 de febrero de 2009. En esta fecha, las partes convinieron someter a arbitraje las futuras disputas que pudieran surgir de dicho contrato y decidieron encargar la administración del mismo a la Corte de Arbitraje de Madrid (CAM). A tal fecha ya existían instituciones arbitrales que preveían en sus reglamentos la figura del árbitro de emergencia<sup>49</sup> y, sin

<sup>43</sup> BÖCKSTIEGEL, p. 206.

<sup>44</sup> STEMPEL (citado de GONZALO QUIROGA, pp. 313-356), pp. 333-336.

<sup>45</sup> LANDOLT, p. 93.

<sup>46</sup> SHELKOPLYAS, pp. 254-256.

<sup>47</sup> GONZALO, pp. 313-356.

<sup>48</sup> GHARAVI (citado de CALVO CARAVACA), pp. 59-66.

<sup>49</sup> Apareció por primera vez en 1990 en el Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que continúa en vigor. También en 2006 se introdujo de forma definitiva en el Reglamento del Centro Internacional para Resolución de Disputas (CIRD).



embargo, las partes optaron por un arbitraje administrado por la CAM y regulado por su RCAM (2009) en el cual no se incluía.

66. No se puede exigir que las partes, en un acto propio de adivinación, hubieran excluido la competencia a un árbitro de emergencia futuro que ni siquiera estaba previsto en el RCAM (2009). Puestos a pronosticar, las partes podrían esperar que de incorporarse en el RCAM se haría dándoles la potestad de someterse al mismo por medio de un acuerdo expreso. En ningún caso podían suponer que este les sería impuesto de forma imperativa.

### **2.1.2.- La aplicación extemporánea del procedimiento del Árbitro de Emergencia es contrario al principio de autonomía de la voluntad**

67. Al igual que otras instituciones arbitrales de relevancia internacional<sup>50</sup>, la CAM ha incorporado la figura del Árbitro de Emergencia a la última versión de su reglamento. Concretamente, en su art. 37 RCAM (2015), el cual se desarrolla en el Anexo II.
68. Tal y como se concluye de la tendencia internacional, la única forma posible de incorporar una modificación sustancial como ésta es limitando su aplicación a los convenios arbitrales de fecha posterior. Dicha limitación tipo excluye la aplicabilidad de las disposiciones relativas al Árbitro de Emergencia a aquellos arbitrajes fruto de acuerdos arbitrales celebrados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del reglamento que contenga tal novedosa modificación<sup>51</sup>.
69. Esta es la fórmula por la que han optado, hasta el momento, todas las instituciones que han incluido la figura del árbitro de emergencia en sus reglas de procedimiento. De hecho, toda institución arbitral que se precie de seriedad y prestigio debería articularlo de esta forma. De otro modo, al imponer un procedimiento ajeno a los sujetos arbitrables, atentaría contra el respeto a la voluntad de las partes, principio fundamental del arbitraje.
70. El rasgo fundamental del arbitraje es la flexibilidad del procedimiento. Las partes disponen del mismo al pronunciarse en el convenio arbitral sobre el derecho adjetivo aplicable. El RCAM (2009)<sup>52</sup>, en su art. 20.3 concedía a las partes la posibilidad de modificar “a su conveniencia” las normas procedimentales recogidas en el Título V. La extensión de la autonomía de la voluntad es puramente privada<sup>53</sup>, y por ello se exige que se pacte de mutuo acuerdo y por escrito. Por tanto, no es aceptable que la CAM haga uso de la disponibilidad de las partes incluyendo e imponiendo unilateralmente el art. 37 sobre el Árbitro de Emergencia.
71. La aplicación extemporánea sólo sería válida si con anterioridad a la solicitud se hubiera acordado con la contraparte, expresamente y por escrito<sup>54</sup>, el sometimiento al art. 37 RCAM (2015). Es decir, para administrar un procedimiento de urgencia sería necesario un pacto complementario que ampliara el acuerdo arbitral suscrito en 2009.

### **2.2.- No concurrían los presupuestos necesarios para el otorgamiento de las Medidas Urgentes**

72. La inaplicabilidad de las disposiciones sobre medidas urgentes ha quedado válidamente acreditada (*Vid. Supra* 2.1) y debería bastar para declarar la improcedencia de las medidas adoptadas. Sin embargo, si el Tribunal Arbitral estima la competencia del Árbitro de Emergencia, cabe recordar que

<sup>50</sup> Cámara de Comercio Internacional (CCI), Centro Internacional de Resolución de Disputas (CIRD), Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) y Centro Internacional de Singapur (SIAC), entre otras.

<sup>51</sup> A modo de ejemplo, señalaremos la regulación que la CCI incluye en el art. 29.6 de su Reglamento de 2012: “*Las Disposiciones sobre el Arbitro de Emergencia no serán aplicables si: a) el acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento fue concluido antes de la fecha en la cual el Reglamento entro en vigor.*”

<sup>52</sup> De igual forma se expresaba el art. 20.2 del RCAM (2015).

<sup>53</sup> FERNÁNDEZ 2005, p. 624.

<sup>54</sup> GUILLAUME, pp.188-189.

no está vinculado por sus decisiones<sup>55</sup>. Con todo, se insta al Tribunal Arbitral para que declare improcedente las medidas urgentes otorgadas puesto que no concurrían los requisitos del art. 17.A.1) a) y b) LMU (2006) y el art. 36.1 RCAM. La contraparte no acreditó, estando obligada a ello, la existencia de *fumus boni iuris* (2.2.1), ni el *periculum in mora* (2.2.2). Por último, haremos una breve referencia a la caución prestada por la contraparte (2.2.3).

### 2.2.1.- PARNASO ANDINA no acreditó la concurrencia de *fumus boni iuris*

73. La orden de entrada y registro a las instalaciones de BUSCÓN otorgada por el Árbitro de Emergencia no aguanta el más mínimo escrutinio. Nada en la información aportada permite acreditar la concurrencia de *fumus boni iuris*.
74. La AACU, en su particular batalla contra las empresas, trata de ejercer presión sobre las autoridades. Con un objetivo claramente comercial, la prensa aprovecha el revuelo del sector para hacerse eco de ello con titulares socarrones y jocosos [Doc. Sol. n° 4 y 5]. La estrategia, lejos de ser íntegra, tampoco consiguió que la AdC de Andina iniciara un expediente formal. Es llamativo que lo que el propio presidente de la AdC de Andina calificó de conjeturas<sup>56</sup> sirviera de base al Árbitro de Emergencia para otorgar una orden de entrada y registro.
75. Las medidas urgentes otorgadas se han sustentado únicamente en presunciones, sin prueba ni fundamento. No es aceptable que bajo sospechas y rumores de comportamientos irregulares se entienda implícita la existencia de conductas de concertación de precios. Avalar una orden de entrada y registro en notas de prensa sensacionalista, cuestiona su validez y hace que las pruebas obtenidas sean inadmisibles.

### 2.2.2.- PARNASO ANDINA no acreditó la concurrencia de *periculum in mora*

76. PARNASO ANDINA no demostró que el no otorgamiento de la medida urgente constituyera peligro por mora procesal<sup>57</sup>. A mayor abundamiento, tampoco acreditó debidamente la concurrencia de las circunstancias de (a) riesgo de destrucción de pruebas y (b) urgencia. De igual modo, no consiguió justificar (c) el innegable daño sufrido por BUSCÓN.
77. (a) La demandante respalda la existencia de riesgo en un inconsistente intercambio de correos electrónicos. Dña. Clío sosteniéndose en una “información confidencial” de dudosa procedencia, acusa a mi representada de un presunto acuerdo de precios. Ante la infundada acusación Dña. Aldonza respondió con la prudencia que se exige en estos casos. Por otro lado, de un mero correo de respuesta automática<sup>58</sup> deducen que Dña. Aldonza ha sido despedida. La capacidad inventiva de la demandante le lleva a concluir no sólo la existencia de pruebas, sino la intención de BUSCÓN de destruirlas. Esta justificación del peligro basada en “información confidencial”, silencio e imaginación, es la que utiliza el Árbitro de Emergencia para otorgar las medidas urgentes.
78. (b) La urgencia que la demandante alega para justificar la necesidad de la intervención del Árbitro de Emergencia<sup>59</sup> no es tal. Desde que aprecian el supuesto riesgo (fecha de los últimos correos intercambiados: 9 de febrero de 2015) se deja transcurrir más de un mes para interponer la solicitud de arbitraje (20 de marzo de 2015). La preparación de un escrito de interposición no requiere de un periodo tan extenso, por lo que de haber existido una urgencia real se hubiera acudido inmediatamente a la asistencia de los tribunales competentes en lugar de esperar hasta que el RCAM

<sup>55</sup> Art. 37.2 RCAM (2015): “Las decisiones adoptadas por un Árbitro de Emergencia, así como las razones en las que se basan no serán vinculantes para el tribunal arbitral. El tribunal arbitral podrá revocar o modificar cualquier decisión tomada por el Árbitro de Emergencia”.

<sup>56</sup> D. Pedro Girón, presidente de la AdC, expresamente dijo que “no es posible proceder sólo sobre la base de conjeturas” [Doc. Sol. n° 6].

<sup>57</sup> CAMARGO, p.73; art. 17A 1) a) LMU.

<sup>58</sup> El supuesto despido de Dña. Aldonza lo sustenta la contraparte en un correo de respuesta automática [Doc. Sol. n° 12] cuyo contenido ha sido maliciosamente sacado de contexto: “*That e-mail account is no longer active*”.

<sup>59</sup> GUILLAUME, p. 193.

(2015) entrara en vigor.

79. (c) El fin perseguido con la solicitud de orden de entrada y registro no era el de obtener las pruebas necesarias para garantizar el correcto desarrollo del procedimiento arbitral, como intentar hacer ver la demandante. Se perseguía conseguir cualquier elemento de presión que le diera una posición dominante en la renegociación del CSD. El objetivo nunca fue el arbitraje, sino alcanzar una solución negociada, tal y como se demuestra con la Solicitud de Suspensión del Procedimiento de fecha 10 de mayo de 2015. Todo ello, sumado a la presión de la opinión pública, es el resultado de una calculada estrategia que causa un evidente daño a la reputación de mi representada.

### **TERCERA.-INADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS EN EL PROCEDIMIENTO DE URGENCIA**

80. De apreciar este Tribunal su competencia, podrá decidir sobre la admisibilidad de las pruebas (arts. 19.2 LMU y 29.3 RCAM). Al hilo de todo lo anteriormente argumentado [Vid. Alegaciones Procesales, SEGUNDA], se solicita la inadmisión de las pruebas obtenidas a través de la entrada y registro, así como la destrucción de las mismas y la prohibición de su revelación pública. La prueba solicitada constituye una *fishing expedition* por cuanto supone una intromisión injustificada en la información confidencial de BUSCÓN. El acceso a la correspondencia electrónica de mi representada no supera el test de razonabilidad y proporcionalidad<sup>60</sup>, y vulnera el derecho a la inviolabilidad domiciliaria de las personas jurídicas. PARNASO ANDINA no ha justificado que esta prueba sea necesaria e idónea<sup>61</sup> y se hace evidente que con ella busca obtener algo de información con la que respaldar su insostenible demanda.

### **CUARTA.- MEDIDAS CAUTELARES**

#### **4.1.- El Tribunal tiene competencia pero no se reúnen los requisitos que permitan el decreto de la cautela solicitada**

81. En el caso que nos ocupa, el Tribunal debe observar los requisitos referidos en la ley para llegar a la conclusión de que no es posible decretar la cautela solicitada. Esto supone que (a) MUROS no es parte de la presente controversia por los argumentos ya expuestos con anterioridad, y el asunto objeto de litigio reviste un interés general que puede afectar a terceros. Asimismo, (b) no existe apariencia de buen derecho, ni (c) se cumplen los parámetros para determinar la existencia del riesgo de la demora. Además (d) se trata de unas medidas cautelares desproporcionadas en las que no se ha establecido la correspondiente caución. Por último, (e) la medida cautelar llevada a cabo es la más gravosa por violar los derechos fundamentales a la intimidad y al debido proceso de MUROS.
82. (a) Al intentar hacer partícipe a un tercero no signatario como parte del procedimiento y centrar el debate entorno al cumplimiento de la normas de competencia, es necesario que el Honorable Tribunal evalúe el cumplimiento de todos los requisitos que deben tenerse en cuenta para otorgar las medidas cautelares. Si bien es cierto que el art. 17 numeral 2 de la LMU no establece que los árbitros obligatoriamente deben tener estos criterios presentes cuando se trate de preservar elementos de prueba que pudieren ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia, no es menos cierto que la misma ley modelo señala que dichos requisitos solo serán tenidos en cuenta en la medida en que el tribunal arbitral lo consideré oportuno.
83. (b) Los arts. 17<sup>a</sup>.1.b) de la LMU y 36 del RCAM exigen “una posibilidad razonable de que la demanda prospere”. En este sentido, para cumplir este requisito se necesita que exista un cierto juicio positivo por parte del juzgador de que el resultado del proceso podría ser favorable para el

<sup>60</sup> Colombia Asunto C-022/96.

<sup>61</sup> CIANCIARDO, p. 98-99.

actor. Dicha situación ha sido olvidada por la demandante en su escrito, toda vez que la cautela está dirigida no sólo en contra de quien no es parte en el proceso y sin que existan indicios que señalen a MUROS como directamente responsable de los hechos alegados. Además, en todo caso, se trata de indicios que al momento de contestar esta demanda no existen, pues la parte demandante ha querido hacer conjeturas sin ningún tipo de fundamento.

84. En efecto, la justificación de la parte demandante está en el procedimiento iniciado por la AdC de Andina en contra de varias empresas y en un supuesto procedimiento de clemencia del cual no se tiene ninguna certeza, ya que en el expediente del proceso arbitral no se da cuenta de dicha situación. A mayor abundamiento, la propia demandante solicita una declaración por parte de mis representadas sobre dicho procedimiento.
85. Esta parte quiere recordar que el cumplimiento del *fomus boni iuris* resulta fundamental para que la medida cautelar no sea anulada. Si este Tribunal Arbitral decidiera decretar la medida cautelar sobre la base de simple conjeturas, se podría estar configurando una causa de anulación parcial del laudo por haberse adoptado de manera arbitraria y desproporcionada, como bien lo ha expuesto la doctrina especializada<sup>62</sup>.
86. (c) De conformidad con el art. 17 de la LMU, las medidas cautelares son útiles para preservar elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia, siempre y cuando exista un peligro en que puedan desaparecer durante la resolución de la controversia.
87. En este sentido, en la presente controversia no existe ninguna conducta por parte de MUROS que genere un indicio de interés en destruir pruebas de importante valor para el proceso. De igual forma, es importante aclarar que el posible perjuicio sería inexistente, pues al momento de contestar esta demanda el Tribunal cuenta con elementos materiales probatorios suficientes. Además, la parte demandante no ha argumentado cuál es la razón de la urgencia de dicha medida cautelar, pues en este aspecto debería haber demostrado que MUROS estaba poniendo en riesgo material probatorio que pudiera resultar útil en el proceso. Al no existir dicha conducta, se vuelven nulas las argumentación dadas por PARNASO ANDINA. Por lo tanto, debemos concluir que no existen indicios que den cuenta del peligro de la demora, tal y como lo pretende ver la parte demandante.
88. (d) A pesar de que la fijación de la caución no es un requisito para decretar las medidas cautelares en el proceso arbitral, dada la falta de proporcionalidad y al ser la medida más gravosa, resulta violatorio del debido proceso que no se haya solicitado. La caución debería haberse establecido para reparar los perjuicios que podría sufrir MUROS, que no es parte del proceso, en caso de decretarse la medida cautelar.
89. (e) Con el decreto de la medida cautelar se están violando de manera injustificada, y sin criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad<sup>63</sup>, los derechos fundamentales a la intimidad y al debido proceso de MUROS<sup>64</sup>.

#### **4.2.- No procede prueba pericial informática sobre los correos electrónicos intercambiados entre MUROS y otras empresas**

90. La parte demandante ni siquiera argumenta las razones por las cuales la práctica de prueba pericial informática resulta no invasiva, legítima y proporcionada. Por tal motivo, esta parte quiere colocar de presente por cuanto a) MUROS no es parte del proceso; y b) la medida afecta a sus derechos

<sup>62</sup> BARONA VILAR, p. 216.

<sup>63</sup> ALEXY.

<sup>64</sup> Las personas jurídicas también son titulares de derechos fundamentales, tal como ha sido reconocido en el Sistema Europeo, a partir del Caso *Pine Valley Developments and Others Vs. Irlanda*, como por la doctrina especializada. MURILLO CRUZ, p. 11.

fundamentales como así también a los de sus empleados y aliados comerciales, que nada tienen que ver en la presente controversia. Asimismo, c) su ejecución sería prácticamente inviable ya que sería necesario obtener autorización de un tercer país, lo que alargaría el proceso arbitral en beneficio de los intereses ocultos de la parte demandante. Además, (d) Los perjuicios que puede generar la medida en MUROS afectaría su reputación frente a los consumidores y a sus aliados comerciales, lo que puede llevar a ocasionar una inestabilidad económica empresarial. propiciar un riesgo de quiebra de la empresa a largo plazo. Por último, cabe destacar que (e) la medida resulta totalmente innecesaria, muy gravosa y de difícil reparación.

#### **4.3.- No debe solicitarse a la AdC de Andina la remisión de archivos obtenidos en el procedimiento de investigación**

91. No es posible acceder a la solicitar a la AdC para la remisión de los archivos obtenidos en el procedimiento de investigación, tal y como lo requiere la parte demandante, por cuanto (a) MUROS no es parte en la presente controversia; y (b) se trata de una información confidencial de conformidad con el art. 6 de la Ley 16-2000 de Andina. Asimismo, tampoco sería posible ya que (c) en dicho expediente se vincula a otras sociedades a las que se les vulneraría su derecho fundamental a la intimidad, buen nombre y debido proceso sin justificación alguna. Además, (d) el procedimiento ante la AdC no ha concluido y el Tribunal Arbitral no puede interferir solicitando la remisión de mismo.

#### **4.4.- No procede la petición a MUROS ni a BUSCÓN para que se pronuncien sobre el acogimiento al programa de clemencia**

92. No es procedente la petición a MUROS y a BUSCÓN para que se pronuncien sobre si se han acogido al programa de clemencia por cuanto (a) no existe certeza, ni prueba alguna, por parte de la demandante de si tuvo lugar o no dicho procedimiento. Además, (b) de existir certeza de que se han acogido a dicho programa, igualmente los participantes del mismo gozan del carácter confidencial que les proporciona el Ordenamiento Jurídico de Andina. A mayor abundamiento, (c) obligar a MUROS y a BUSCÓN a realizar dicho acto estaría contrariando el derecho fundamental mediante el cual se consagra que nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo.

### **ALEGACIONES DE FONDO**

93. A continuación, esta parte demostrará (**PRIMERA**) la normativa que resulta aplicable a la controversia; (**SEGUNDA**) que BUSCÓN ha cumplido con sus obligaciones contractuales y las derivadas de las normas del Derecho de la Competencia Andina; (**TERCERA**) la inaplicabilidad de la Convención de Viena al Contrato Marco y al Contrato de Suministro y Distribución; (**CUARTA**) la acción se encuentra prescrita; (**QUINTA**) que de entenderse que existe incumplimiento por parte de BUSCÓN, en ningún caso puede ser calificado como esencial, y por tanto no procede la solicitud de resolución del contrato; (**SEXTA**) la improcedencia de la reclamación de daños y perjuicios.

#### **PRIMERA.- LEY APLICABLE AL FONDO**

94. La presente controversia se rige por (**1.1**) el Contrato de Suministro y Distribución, y (**1.2**) la Ley de Andina. En ningún caso resultarán de aplicación: (**1.3**) la Ley 16-2000 de Control de Prácticas Comerciales Restrictivas de Andina, (**1.4**) la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, junto con los Principios UNIDROIT, (**1.5**) ni la Convención de Nueva York de 1974.

#### **1.1.- Contrato de Suministro y Distribución**

95. La Ley de Andina es la que rige entre las parte en virtud del principio general *pacta sunt servanda* y, junto con los usos aplicables a la controversia, deberá ser tenida en cuenta en todo caso.

## 1.2.- La Ley de Andina

96. El Derecho sustantivo de Andina es aplicable al fondo de la controversia porque (a) es el elegido por las partes en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, la cual rige en la determinación de la normativa aplicable al fondo, y (b) porque la remisión al Derecho de Cervantia se refiere a su Derecho sustantivo y no al conflictual, en ausencia de indicación en contrario.

## 1.3.- La Ley 16-2000 de Control de Prácticas Comerciales Restrictivas de Andina

97. La LCPCR no puede resultar de aplicación a este asunto debido a que nos encontramos ante una materia que por su naturaleza se debe entender como no arbitrable [Vid. Párr. 40 y ss.].

98. Subsidiariamente, de entenderse que la materia puede resultar arbitrable, dado que la aplicación de la misma se encuentra reservada a una autoridad administrativa, podríamos entender que el acto emanado de dicho órgano o la sentencia contenciosa firme pueden ser considerados como un requisito de procedibilidad de la acción civil<sup>65</sup> y, por tanto, no podría ser de aplicación a este concreto asunto.

99. Si, a pesar de ello, el Tribunal apreciase que la aplicación no está reservada a un órgano administrativo, la Ley no podría ser aplicable por cuanto el art. 12.1 en lo relativo a las reclamaciones de daños y perjuicios no hace referencia alguna a los procedimientos arbitrales, sino a acciones ejercidas ante una autoridad judicial, carácter que no posee el Tribunal Arbitral<sup>66</sup>.

## 1.4.- La Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y principios UNIDROIT

100. El Ordenamiento Jurídico de Andina ha incorporado la CCIM y, en consecuencia, la normativa uniforme es directamente aplicable al CSD. No obstante, la CCIM, así como los Principios UNIDROIT no resultan aplicable al caso concreto como posteriormente se desarrollará.

## 1.5.- Convención de Nueva York de 1974

101. Para las materias que no cubra la CCIM y los principios generales de los contratos internacionales es aplicable subsidiariamente al CSD la Convención sobre la prescripción en materia de Compraventa internacional de Mercaderías de 1974.

102. Dicha Convención constituye un complemento normativo a la CCIM en materia de prescripción. Por ello, al no resultar la CCIM de aplicación al concreto supuesto, tampoco tiene cabida la aplicación de la Convención de Nueva York de 1974.

## **SEGUNDA.- BUSCÓN HA CUMPLIDO LAS NORMAS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ANDINA Y SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES, NO APORTANDO LA DEMANDANTE PRUEBAS QUE DEMUESTREN LO CONTRARIO**

103. La presente controversia suscitada por PARNASO ANDINA no tiene caso ni fundamento. BUSCÓN jamás incumplió las obligaciones sostenidas por la demandante, ya que, como se demostrará en lo subsiguiente, (1.1) no ha incumplido ninguna norma relativa al Derecho de la Competencia y (1.2) ha atendido a las obligaciones derivadas del CSD actuando siempre conforme a la buena fe.

### **2.1.- BUSCÓN no ha incumplido ninguna norma relativa al Derecho de la Competencia.**

104. De entenderse aplicable al supuesto, BUSCÓN no ha infringido el Derecho de la Competencia de Andina, ya que: (2.1.1) la conducta llevada a cabo por BUSCÓN no es contraria a la LCPCR, (2.1.2) no cabe analizar los hechos alegados bajo el esquema del abuso de posición de dominio, (2.1.3) la demandante no ha probado suficientemente que BUSCÓN haya incurrido en una práctica de fijación

<sup>65</sup> ORTIZ, p. 57.

<sup>66</sup> Amparo 2160/2009 (Suprema Corte de Justicia de la Nación), pp. 35-38.

de precios, reparto del mercado o intercambio de información comercialmente sensible, y (2.1.4) la demandante no ha probado suficientemente que la conducta de BUSCÓN suponga un abuso de posición de dominio en el mercado lácteo de Andina. Asimismo, (2.1.5) no es posible imputar a MUROS la conducta de BUSCÓN.

### 2.1.1.- La conducta llevada a cabo por BUSCÓN no es contraria a la LCPCR

105. En su escrito, la parte demandante se dedica a transcribir la LCPCR de Andina. Resulta llamativa su propia confusión llegando a considerar la supuesta conducta como un hecho [Párr. 96 y 99 Escrito de Demanda], procediendo en todo caso sobre la base de conjeturas, sin aportar a lo largo de su exposición prueba alguna de las conductas de las que acusa a esta parte.
106. Del análisis del contenido fáctico del presente asunto se desprende que BUSCÓN no ha incurrido en ningún caso en una infracción de la LCPCR de Andina ya que: (a) el aumento de precios es consecuencia de la retirada de la política de subsidios estatales y (b) no se ha producido un reparto de mercado o intercambio de información comercialmente sensible.

#### a) *El aumento de precios es consecuencia de la retirada de la política de subsidios estatales.*

107. La demandante entiende que la subida de precios se produce como consecuencia de una supuesta práctica competitiva que achaca a mi representada. No obstante, olvida en todo momento que el sector lácteo de Andina ha atravesado un proceso de profundos cambios en los últimos años. La política de subsidios permitió durante largo tiempo mantener unos precios artificialmente bajos. Con su retirada, necesariamente se tiene que pasar hacia una concentración del sector, que a su vez debe generar ajustes en la oferta y la demanda que hacen variar los precios. Por ello, no se ha producido, como se alega, una práctica anticompetitiva.
108. El hecho de que BUSCÓN haya aumentado sus precios se debe a una respuesta ante las subidas realizadas por sus competidores. Si no podemos condenar a una firma por disminuir sus precios en respuesta a bajadas de precio de los rivales, entonces tampoco podríamos condenar por hacer lo mismo incrementando precios<sup>67</sup>. Con carácter general, llevar a cabo una política de precios idéntica u otro comportamiento paralelo derivado de la observación y reacción por los rivales en el mercado, no es ilegal<sup>68</sup>.
109. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que el Derecho Europeo de la Competencia no imposibilita a los operadores económicos su derecho a adaptarse inteligentemente a la conducta anticipada de sus competidores<sup>69</sup>. Del mismo modo, en el asunto *Wood Pulp II* el Tribunal de Justicia de la sostuvo que cuando el comportamiento paralelo puede ser fácilmente explicable por las tendencias del mercado, no se podrá observar infracción del Derecho de la Competencia<sup>70</sup>. A mayor abundamiento, la Comisión Nacional de Competencia de España<sup>71</sup> ha apreciado que tanto la similitud de los precios como su movimiento paralelo se observan de forma general en cualquier mercado.
110. Por último, es de señalar que no cabe realizar una comparación en términos abstractos entre los precios actuales y los pasados, dado que las ayudas al sector provocaban que el de Andina no fuese en realidad un mercado competitivo. Los subsidios permitieron el mantenimiento de unos precios artificialmente bajos, lo que generó numerosos excedentes que se comercializaban como marca blanca, proporcionando grandes beneficios a las distribuidoras.

<sup>67</sup> OCDE, p. 15.

<sup>68</sup> AREEDA / HOVENKAMP, p. 236.

<sup>69</sup> STJCE Asunto *Imperial Chemical Industries*, párr. 118.

<sup>70</sup> STJCE Asunto *Wood Pulp II*, párr. 126.

<sup>71</sup> Res. CNC de 27 de mayo de 2011, p. 52, señala que “la obtención de los resultados observados en el mercado de referencia puede deberse a un comportamiento económicamente racional por parte de sus protagonistas sin que sea absolutamente imprescindible la coordinación estratégica entre ellos”.

111. A mayor abundamiento, las características del mercado lácteo de Andina y la existencia de una estructura de demanda inelástica verificada empíricamente en la amplia mayoría de mercados internacionales<sup>72</sup> favorece subidas de precios sin que ello redunde en una disminución de la cantidad demandada. Ello, sin duda, permite que las empresas del sector continúen aumentando los precios de forma paulatina, sin que de ello deba derivarse que se esté cometiendo una práctica concertada.

**b) No se ha producido un reparto de mercado o intercambio de información comercialmente sensible**

112. El mero hecho de hayan existido reuniones en el marco la FAIL no puede entenderse, por sí mismo, como indicio de la comisión de una conducta prohibida. Dichos encuentros, conocidos por la demandante [DRS n.º 5 y 6], se dirigían a tratar la situación del sector tras la retirada de los subsidios, así como el mantenimiento en la calidad de los productos.

113. En este sentido, la jurisprudencia ha sostenido que “cuando el contexto en que se celebran las reuniones entre empresas acusadas de haber infringido el Derecho de la Competencia pone de manifiesto que tales reuniones eran necesarias para tratar conjuntamente cuestiones ajenas a las infracciones de ese Derecho, la Comisión no puede presumir que las mencionadas reuniones tuviesen por objeto acordar prácticas contrarias a la competencia”<sup>73</sup>.

114. A mayor abundamiento, no sería suficiente con probar la mera asistencia, sino que es preciso acreditar una participación efectiva en las mismas, y que en la misma se produjo una concertación de voluntades<sup>74</sup>. Lo cierto es que las reuniones celebradas no tuvieron en ningún caso como objetivo la concertación de precios de los mismos, extremo que correspondería probar al demandante y no ha sido acreditado.

**2.1.2.- No cabe analizar los hechos alegados bajo el esquema del abuso de posición de dominio**

115. La caracterización de los hechos que, a lo largo de este procedimiento, se ha realizado en las distintas etapas no encaja en el esquema del abuso de posición dominante tal y como se configura en la LCPCR de Andina. Los hechos alegados, rechazados en su totalidad por esta parte, se refieren en todo caso a prácticas concertadas y, por tanto, no cabría analizarlos desde la óptica del abuso de posición dominante.

116. Tal conducta presupondría que esta parte tiene capacidad, por sí sola, de influenciar los precios en el mercado sin tener en cuenta a sus competidores, proveedores o clientes, criterio definidor de la existencia de una posición dominante según ha señalado jurisprudencia<sup>75</sup> y organismos de competencia<sup>76</sup>. Además de existir otras empresas en situación muy similar con cuotas de mercado equiparables [OP n.º 3], existen numerosos competidores que ofrecen productos casi idénticos, a precios similares y cada uno con una estructura de costes muy diferente.

117. A mayor abundamiento, resulta llamativo que la propia demandante alegue que exista una violación del art. 4 cuando en su propio relato de los hechos hace referencia a un cártel [Escrito de Demanda Párr. 15]. Todo ello no puede sino conducirnos a pensar que lo pretendido por la demandante mediante este procedimiento es conseguir colocarse en una situación de superioridad que le permita renegociar el acuerdo desde una posición de poder, lo que sería claramente contrario a la buena fe que debe regir las relaciones contractuales.

<sup>72</sup> Para Chile: URRUTIA RUIZ; Para EEUU: DAVIS, BLAYNEY, COOPER, YEN; Para la UE: BOUAMRA-MECHEMACHE, RÉQUILLART, SOREGAROLI, TRÉVISIOL; Un análisis multinacional puede encontrarse en: CEAS.

<sup>73</sup> STGUE Asunto *PVC-II*.

<sup>74</sup> SSAN de 8 de julio de 2013 y de 2 de abril de 2013.

<sup>75</sup> STJCE Asunto *Continental Can*.

<sup>76</sup> RTDC de 12 de septiembre de 1994.



### **2.1.3.- La demandante no ha probado suficientemente que BUSCÓN haya incurrido en una práctica de fijación de precios, reparto del mercado o intercambio de información comercialmente sensible**

118. La demandante alega que BUSCÓN ha infringido el art. 3 LCPCR. Sin embargo, no aporta en su escrito evidencia alguna que apoye tal afirmación.
119. Respecto del estándar probatorio requerido para apreciar una violación de las normas anticártel, órganos de defensa de la competencia han requerido la acreditación “indubitada”<sup>77</sup>, “fehaciente”<sup>78</sup>, o la existencia de “evidencia directa y abundante”<sup>79</sup> de la comisión de una práctica anticompetitiva. En sentido similar, la doctrina ha señalado que es exigible un nivel de prueba necesario para que el juzgador alcance en cada caso una convicción firme<sup>80</sup>.
120. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que resulta esencial al concepto de cártel el elemento de consenso o concertación de voluntades exteriorizada, además, en un pacto<sup>81</sup>, del cual no existe constancia alguna en el presente caso.
121. En efecto, es evidente que en el presente procedimiento estos requisitos no se verifican. La demandada no ha hecho más que proceder sobre la base de conjeturas, lanzando falsas acusaciones en un sector, además, propenso a este tipo de descalificaciones. En ningún momento se aporta una sola evidencia real que pueda inculpar a esta parte en una conducta como la alegada.

### **2.1.4.- La demandante no ha probado suficientemente que la conducta de BUSCÓN suponga abuso de posición de dominio en el mercado lácteo de Andina**

122. La demandante acusa a esta parte de una infracción del art. 4 LCPCR por abuso de posición dominante [Párr. 96 Escrito de demanda]. Para que pueda imputarse tal conducta a BUSCÓN es necesario probar que existe posición de dominio y, además, que se ha abusado de la misma<sup>82</sup>. No obstante, ninguno de estos extremos han sido mencionados por la demandante, sobre la cual recae la carga de la prueba<sup>83</sup>.

### **2.1.5.- No es posible imputar a MUROS la conducta de BUSCÓN**

123. La LCPCR en su art. 7 recoge la posibilidad de imputación a la sociedad matriz de las conductas restrictivas de la competencia llevadas a cabo por la matriz cuando aquella determine el comportamiento económico de esta. No obstante, como esta parte ha demostrado [Vid. Párr 34 y ss.], no cabe la aplicación de la teoría del Grupo de Sociedades alegada por la demandante al presente caso, por lo que no es posible llegar a determinar la existencia de un control sobre el comportamiento económico de BUSCÓN.
124. A ello hay que añadir el hecho de que la demandante yerra al señalar que es prueba inequívoca de una supuesta vinculación el hecho de que D. Pablos Segoviano responda a un correo electrónico recibido del GRUPO PARNASO [Párr. 35 Escrito de demanda]. Lo cierto es que D. Pablos debe necesariamente dar respuesta a dicho correo por cuanto actúa en defensa de la propia imagen del GRUPO MUROS, entidad para la cual está empleado. De ello no se puede en ningún caso derivar que haya una influencia determinante en la organización y en la toma de decisiones de BUSCÓN, sino más bien el simple ejercicio por el representante de una sociedad del derecho de información al cual se ha comprometido con motivo del contrato suscrito.

<sup>77</sup> Res. CNC de 12 de enero de 2012.

<sup>78</sup> Res. CNC de 2 de marzo de 2011, FD. 7º.

<sup>79</sup> Res. CNC de 31 de julio de 2010, FD 4º.

<sup>80</sup> GIPPINI-FOURNIER, p. 11 (citado de LAMADRID, BALCELLS, p. 11.).

<sup>81</sup> SAN de 28 de junio de 2013, STPICE Asunto *Bayer*.

<sup>82</sup> *Wireless Group plc v. Radio Joint Audience Research Limited*.

<sup>83</sup> LANDOLT, p. 295; op. cit. *Wireless Group plc v. Radio Joint Audience Research Limited*.

## **2.2.- BUSCÓN no incumplió ninguna obligación contenida en el Contrato de Suministro y Distribución suscrito con PARNASO ANDINA**

125. BUSCÓN cumplió con todas sus obligaciones contractuales y ha actuado conforme a la buena fe y la diligencia debida. No obstante, PARNASO ANDINA alega diversos incumplimientos contractuales recogidos en la Cláusula X del CSD suscrito con BUSCÓN [Párr. 106 ED]. A continuación, se niega cualquier tipo de incumplimiento contractual en cuanto a la obligación de preservar la imagen (2.2.1), prestar información debida (2.2.2) y la pérdida de confianza (2.2.3)
126. En cuanto a las obligaciones incumplidas por MUROS que alega la parte demandante, no tienen caso alguno, ya que MUROS no es parte de la presente controversia.

### **2.2.1.- Obligación de preservar la imagen**

127. PARNASO ANDINA alega que BUSCÓN ha incumplido con el deber de preservar la imagen. La demandante sostiene que las supuestas prácticas anticompetitivas de BUSCÓN suponen un daño irreparable a la imagen de dicho supermercado y en último término a su marca blanca MUSA [Párr. 107-111 ED].
128. No puede estar más equivocada PARNASO ANDINA, ya que BUSCÓN no incumplió las normas del Derecho de la Competencia Andina. Como ya se ha comentado anteriormente, la subida de precios en el mercado lácteo se produjo como consecuencia de la retirada de las subvenciones y de forma generalizada entre las demás empresas del sector. Además, los márgenes de beneficio de PARNASO ANDINA no han oscilado de forma sustancial desde el año 2012 al 2014, incluso se han incrementado. A su vez, la demandante no aporta documento alguno en el que demuestre que sus ventas han descendido, y que a su vez ello sea consecuencia directa de la conducta de BUSCÓN.
129. En todo caso, la subida de precios se venía produciendo desde el año 2012, tal como señaló la AACU el 10 de diciembre de 2014 en la nota de prensa que adjunta la demandante en su solicitud de arbitraje [Doc. 4 Solicitud]. Por ello, no se entiende por qué PARNASO ANDINA ha dejado trascurrir más de tres años para denunciar las hipotéticas conductas de BUSCÓN en contra de estas normas, si no es más que para buscar beneficio u oportunidad en las condiciones de negociación de contratos futuros.
130. Además, la única imagen que se ve dañada y desacreditada es la de BUSCÓN, por medio de las notas de prensa y campañas en su contra.

### **2.2.2.- Obligación del prestar la información debida**

131. La demandante alega que BUSCÓN no ha cumplido con el deber de información, porque no ha dado las explicaciones pertinentes o respuestas razonables a los correos enviados pidiendo explicaciones acerca de la política de precios de BUSCÓN [Párr. 112-115 ED]. Nuevamente, las explicaciones dadas por PARNASO ANDINA en el escrito de demanda se alejan profundamente de la realidad.
132. Desde que ambas empresas han mantenido relación contractual, el intercambio de información sobre los extremos que pudieran afectar a su relación ha sido fluido y constante.
133. Además, el deber de información contenido en el CSD no supone informar sobre toda situación o actividad que realice o vaya a realizar BUSCÓN, sino que únicamente se ciñe a aquellas que afecten la relación contractual de ambas, y en definitiva al objetivo del contrato y el fin perseguido por las partes, esto es, el suministro y distribución de productos lácteos al precio acordado. De este modo, BUSCÓN no tiene el deber de informar acerca de la estrategia comercial adoptada en cuanto a la política de precios, ya que se trata de información privada y privilegiada.
134. En este caso, ante la información solicitada por PARNASO ANDINA, BUSCÓN respondió atentamente al correo enviado. Así, D. Pablos Segoviano, Consejero y Vicepresidente ejecutivo de

MUROS, señaló que la subida de precios era algo normal tras la retirada de los subsidios y que únicamente se trataba de rumores, por lo que podían estar tranquilos. Sin embargo, dicho comunicado no fue suficiente para PARNASO ANDINA. Por tanto, en ningún caso puede tratarse esta actuación como falta de comunicación o de información.

135. En última ratio, tal como establece el apartado III del art. 6 de la Ley 16-2000 de control de las prácticas comerciales restrictivas de Andina, los procedimientos de competencia son de naturaleza confidencial, por lo que no es posible la pronunciación sobre ello.
136. En conclusión, BUSCÓN no incumplió la obligación de informar a PARANSO ANDINA. Cualquier otra empresa en la misma situación que BUSCÓN habría actuado de la misma forma. No se puede pretender dar información sobre aquello que concierne al ámbito privado de la sociedad y más aún, cuando los hechos no están esclarecidos.

### **2.2.3.- Pérdida de confianza**

137. PARNASO ANDINA alega que debido al incumplimiento de las obligaciones referentes a las normas del Derecho de la Competencia de Andina, el deber de preservar la imagen y el deber de información, se produce un quebrantamiento de la confianza en la que se fundamenta el CSD [Párr. 116-121 ED]. Debe reiterarse que esta parte no incumplió ninguno de los anteriores deberes y que por tanto no entiende la pérdida de dicha confianza.
138. BUSCÓN siempre cumplió con todos sus deberes contractuales y actuó de buena fe con esta parte. Nunca adoptó ninguna conducta que hiciera sospechar a la contraria: la mercancía siempre se entregó conforme a las calidades, plazos y precios estipulados. En todo caso, es PARNASO ANDINA quien no cumplió con los acuerdos estipulados en el contrato, al colocar los productos de BUSCÓN en estantes inferiores impidiendo o, al menos, dificultando su venta en ventaja de los productos MUSA.
139. Únicamente podría fundamentarse la pérdida de confianza si se demostrara que BUSCÓN ha actuado en contra de lo estipulado, de mala fe y con intención de causar algún perjuicio a PARNASO ANDINA. Dicho extremo no se da en este caso y en último término, no se demuestra.

### **TERCERA.- NO APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA AL CONTRATO MARCO Y AL CONTRATO DE SUMINISTRO Y DISTRIBUCIÓN**

140. Si el Tribunal entendiera que la acción no está prescrita, no sería de aplicación la Convención de Viena ni al Contrato Marco suscrito con MUROS (3.1), ni al Contrato de Suministro y Distribución firmado con PARNASO ANDINA (3.2), por los motivos que se exponen a continuación.

#### **3.1.- Contrato Marco**

141. En este apartado se procederá a rechazar la aplicación de la Convención de Viena al Contrato Marco alegada por la demandante debido a (3.1.1) la equivocada aplicación del art. 3.1; (3.1.2) la falta de los elementos esenciales señalados en el art. 14 de la CCIM; (3.1.3) la incorrecta utilización del art. 29.1 de la Convención de Viena. Por ende, (3.1.4) no podrán exigirse acciones contra Muros, parte firmante del Contrato Marco pero que en ningún supuesto suscribió el CSD.

#### **3.1.1.- No resulta aplicable el artículo 3.1 al Contrato Marco**

142. El precepto mencionado tiene por finalidad ampliar el ámbito de aplicación de la CCIM a los contratos de suministro cuando estos revistan el conjunto de características previstas en el propio artículo.
143. Ahora bien, el caso de estudio no puede ni debe considerarse en ningún caso como un contrato de suministro puesto que la finalidad del mismo no es la determinación de las “futuras ventas y

entregas de mercaderías” como alega la parte demandante, sino que se trata de un mero marco de colaboración donde las partes reflejan su interés de una futura alianza de suministro y distribución.

144. En primer lugar, hemos de entender el concepto de entregas sucesivas, rasgo distintivo de los contratos de suministro, como la entrega de una cosa a cambio de un precio<sup>84</sup>. Mecanismo que no es especificado en el Contrato Marco como se demostrará en el apartado 3.1.2.
145. En este sentido, la doctrina<sup>85</sup> hace hincapié en la necesaria distinción entre los contratos marco y los contratos de compraventa que de ellos derivan, entendiendo que los primeros no entran dentro del ámbito de aplicación de la CCIM incluso cuando el contenido de los contratos de compraventa esté parcialmente determinado por el Contrato Marco.
146. Esta idea queda reflejada en la jurisprudencia<sup>86</sup>, donde los tribunales también distinguen entre los contratos con entregas sucesivas y los contratos marco puesto que este último no necesariamente ha de regular materias relacionadas con las ventas y, por tanto, no resultaría de aplicación la Convención para la regulación del mismo.
147. Por último, respecto al caso de la CLOUT nº 630 que la parte demandante emplea como fundamento a la aplicación del art. 3.1. Es resaltable que el contrato, aunque denominado marco, actuaba como un contrato de suministro puesto que en él se regulaban elementos tales como la calidad de las mercaderías objeto de entrega o las cantidades en que las mismas habían de ser entregadas. Es por la regulación de estos elementos esenciales, que el tribunal consideró que resultaba de aplicación la Convención de Viena. No obstante, este caso no resulta en ningún supuesto análogo al nuestro puesto que como se enunciará a continuación el Contrato Marco no recoge ninguno de los elementos esenciales necesarios para internarse en el ámbito de aplicación de la Convención.

### 3.1.2.- No se incluyen los elementos esenciales contractuales indicados en el artículo 14 de la CCIM

148. El art. 14 de la CCIM establece qué requisitos ha de cumplir una oferta para que la misma sea considerada oferta de compraventa internacional y, por tanto, para que entre dentro del ámbito de regulación de la Convención de Viena. Los requisitos que toda oferta precisa ha de incluir son: la descripción clara del tipo de mercadería objeto del contrato, la cantidad (expresa o tácita) de las mismas y el precio o método para determinarlos.
149. La doctrina<sup>87</sup> acepta el cumplimiento de tales requisitos aun cuando se realice una mención puramente genérica. No obstante, si estas condiciones no se presentan, es entendible que no nos encontraremos ante una oferta sino ante una mera invitación para negociar. A tales efectos, resulta necesario remitirse a la lectura del Contrato Marco [Doc. Sol. nº 2] (Vid cláusula 2) donde se estipula claramente que *la determinación de los productos y demás especificidades se llevará a cabo mediante el acuerdo específico*. Es decir, el propio contrato reconoce la falta de incorporación de los elementos necesarios para que el mismo sea regulado por la Convención de Viena.
150. La no inclusión en el ámbito de la CIM de los contratos que no abarcan los elementos esenciales ha sido reiterada por la jurisprudencia<sup>88</sup>. Además, se ha entendido que la esencia de todo contrato de compraventa es el intercambio de mercaderías por dinero,<sup>89</sup> y no la mera colaboración que se pretende con el contrato objeto de examen.

<sup>84</sup> BERDEJO LACRUZ, p. 319.

<sup>85</sup> PERALES VISCASILLAS, p. 48.

<sup>86</sup> CASO CLOUT nº 166.

<sup>87</sup> VARAS BRAUN, pp. 135-152.

<sup>88</sup> Caso CLOUT nº 187.

<sup>89</sup> Caso CLOUT nº 328.

151. Asimismo, hemos de rechazar la argumentación dada por la demandante donde expone que el Contrato Marco ha de entenderse gobernado por la Convención al estructurar las obligaciones de las partes, en sentido amplio, entorno a la compraventa. Es cierto que tal fundamento es aclamado por una parte de la doctrina, no obstante es necesario comprender que para que esto concurra, debe de configurarse un contrato donde se recojan las obligaciones de las partes y que éstas se identifiquen con la entrega, recepción y pago de las mercancías<sup>90</sup>. Finalidad que no se refleja en el Contrato Marco, puesto que la misma ha de identificarse necesariamente con el ánimo de constituir una alianza entre las partes firmantes, alianza que posteriormente desembocará en un contrato de suministro donde sí se regulen las obligaciones mencionadas.

### 3.1.3.- Incorrecta utilización del artículo 29.1 de la Convención de Viena

152. El precepto en cuestión regula la posibilidad de la que disponen las partes para modificar o extinguir el contrato por mero acuerdo entre las partes. Sin embargo, la demandante emplea dicho artículo como fundamento con el fin de alegar que el Contrato Marco se encuentra gobernado por la Convención de Viena al entender que “*los contratos que modifican un contrato de compraventa también corresponden al ámbito de aplicación sustantivo de la misma*”.

153. No obstante, los argumentos dados por la parte actora respecto a la aplicación del mencionado artículo, no pueden más que calificarse de estériles. Asimismo, de la lectura de tal artículo carece de sentido la mención del mismo como un fundamento a la extensión del ámbito de aplicación de la Convención.

154. En conclusión, por lo reseñado en los tres apartados anteriores resulta más que evidente la falta de aplicación del principio *in dubio pro conventione*, alegado por la demandante, pues ninguna duda queda que el Contrato Marco no puede regirse en ningún caso por la Convención de Viena.

### 3.1.4.- La no aplicabilidad de la Convención de Viena al Contrato Marco impide que se puedan exigir acciones contra Muros

155. Con el fin de demostrar la imposibilidad ante la que se enfrenta la demandante de resolver el Contrato Marco, se hará referencian a (i) el principio de relatividad de los contratos; y a (ii) la inaplicabilidad de la doctrina de los contratos conexos.

#### (i) Principio de relatividad de los contratos

156. Esta idea ha sido profundizada con anterioridad en las alegaciones procesales [Vid Párr. 1.1.1 a)] por lo que será enunciada brevemente en este apartado.

157. En virtud de tal principio, se establece que los efectos de un contrato son “relativos”, es decir solo afectan a aquellos que han prestado su consentimiento en obligarse<sup>91</sup>. Es por ello, que respetando tal principio, el CSD no puede más que generar efectos entre las partes firmantes del mismo, entre las que MUROS no se halla. Asimismo, no es poca la jurisprudencia que aboga por la aplicabilidad de tal principio, impidiendo que se extiendan a terceros los efectos del contrato<sup>92</sup> o que los legitimados activa y pasivamente para el ejercicio de una acción contractual sea partes de convenios distintos.<sup>93</sup>

#### (ii) La imposibilidad de emplear la teoría de los contratos conexos

158. Esta doctrina sostiene la existencia de una pluralidad de contratos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí, bien por razón de su propia naturaleza, o de la finalidad global que les informa<sup>94</sup>. De tal manera, la resolución de uno implicará necesariamente la de sus conexos

<sup>90</sup> PERALES VISCASILLAS, p. 49.

<sup>91</sup> LOPEZ FRIAS, p. 56.

<sup>92</sup> STS de 5 de marzo de 1992, entre otras.

<sup>93</sup> STS de 3 de diciembre de 1990.

<sup>94</sup> LOPEZ FRIAS, p. 273.

puesto que constituye una unidad indivisible. Esta última idea determina que no podremos estar hablando de contratos conexos cuando puedan ser estos considerados, desde el punto de vista jurídico, como absolutamente independientes<sup>95</sup>. Es decir, al encontrarnos ante un supuesto de supervivencia de un contrato sin la necesidad de la existencia del otro no podríamos hablar en ningún caso de contratos conexos.

159. Dos son los requisitos exigidos para que nos encontremos ante un supuesto de contratos conexos: la pluralidad contractual, requisito que indudablemente se consolida, y un nexo funcional, vinculación que en el caso concreto no resulta suficiente para justificar la concurrencia de conexidad.
160. El caso que nos ocupa, si bien presenta una clara vinculación contractual, se caracteriza por la falta de reciprocidad existente entre los contratos puesto que el Contrato Marco no puede más que caracterizarse como un contrato accesorio en relación al CSD, donde su relación es de naturaleza vertical y unilateral. Es decir, la extinción del Contrato Marco no supone la extinción del CSD que podrá seguir siendo ejecutado. Esto se deriva de la falta de regulación en el Contrato Marco de los elementos esenciales enumerados en el art. 14 de la CCIM ya que su finalidad es la de establecer un simple marco de colaboración entre las partes firmantes. En otras palabras, si bien no son contratos independientes en el sentido amplio de la palabra, no es posible deducir la existencia de un nexo funcional ya que la operación económico-jurídica que quiere articularse (el suministro y la distribución) no queda sin sentido si el Contrato Marco no se hubiese celebrado. En definitiva, la intención de crear unas obligaciones de suministro y distribución no queda desprovista de causa ya que la contrapartida de las obligaciones no es la mera constitución de una alianza.

### **3.2.- No aplicación del Convenio de Viena al Contrato de Suministro y Distribución suscrito entre BUSCÓN y PARNASO ANDINA**

161. En este apartado se fundamenta la inapropiada aplicación de la CCIM a la presente controversia debido a los siguientes motivos: el carácter extracontractual de la misma (3.2.1); la no arbitrabilidad de las controversias relativas al Derecho de la Competencia (3.2.2); y la naturaleza de las obligaciones supuestamente incumplidas (3.2.3).

#### **3.2.1.- La presente controversia tiene carácter extracontractual**

162. Las controversias relativas a la infracción de las normas del Derecho de la Competencia tienen un carácter extracontractual y no resultan amparadas por los convenios arbitrales de los que trae causa, a juicio de la demandante, el presente procedimiento arbitral.
163. Aún en el caso de que el Tribunal aprecie que la controversia sí tiene cabida en la cláusula arbitral, la doctrina ha señalado que la responsabilidad por violación del Derecho de la Competencia es siempre de carácter extracontractual, como hemos señalado *ut supra*.

#### **3.2.3.- La naturaleza de las obligaciones objeto de la controversia no son propias de la compraventa y quedan fuera del ámbito de aplicación de la CCIM**

164. Las obligaciones relativas al cumplimiento de las normas de competencia, y aquellas referidas al deber de preservar la imagen, prestar información y mantener la confianza, se encuentran fuera de las obligaciones del comprador y/o vendedor que la CCIM recoge.

### **CUARTA.- LA ACCIÓN ESTÁ PRESCRITA**

165. Si el Tribunal entendiera que BUSCÓN ha incumplido el Derecho de la Competencia, y a consecuencia de ello, alguna de sus obligaciones contractuales, la acción estaría prescrita.

---

<sup>95</sup> DE LA MADRID ANDRADE, p. 5.

166. Como se ha explicado en el apartado anterior, nos hallamos ante una controversia puramente extracontractual, por lo que de acuerdo al art. 7 de la Ley de prescripción de Andina “*El plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad con base diferente a un contrato será de un año, a contar desde el momento en que se pudo ejercitar la acción*”, plazo que se halla claramente agotado puesto que la demandante tuvo conocimiento de las reuniones de MUROS con los competidores del sector desde principios del año 2010 [DRS nº 4, 5 y 6], no siendo hasta 2015 cuando decidió ejercitar acciones. En cualquier caso, dichas reuniones en ningún supuesto constituyeron indicios suficientes de una conducta anticompetitiva, como ya ha sido contundentemente resaltado [Vid Párrs. 112-113]
167. Asimismo, PARNASO ANDINA no puede, bajo ningún pretexto, alegar la aplicabilidad de la Convención de Nueva York de 1974 sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías. La negativa a tal aplicación se debe a que la mencionada Convención es un complemento a la Convención de Viena, cuyo empleo en el caso concreto no tiene cabida como se ha argumentado en el apartado anterior [ Vid apartado Segundo alegaciones fondo].
168. No obstante, de entender el Tribunal pertinente la aplicación de la Convención de Viena y necesariamente con ello de la Convención de Nueva York (1974), las acciones están prescritas. Bien es cierto que la Convención de 1974 amplía el plazo de prescripción a 4 años desde el momento en que la acción pueda ser ejercitada. Sin embargo, PARNASO ANDINA era conocedora de las reuniones que MUROS mantuvo con sus competidores del sector lácteo en el año 2010 y mantenía una relación comercial con BUSCÓN desde el año 2009, de tal manera que de haber existido indicios de conducta anticompetitiva PARNASO ANDINA habría sido necesariamente conocedora de ellos mucho antes de marzo de 2014. Es por ello, que su pretexto de no tener constancia de las presuntas conductas anticompetitivas hasta la nota de prensa de la AACU presentada a finales de 2014, resulta inverosímil.

#### **QUINTA.- APLICACIÓN DEL CONVENIO DE VIENA – NO SE PRODUCE UN INCUMPLIMIENTO ESENCIAL Y NO CABE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO**

169. En caso que el Tribunal considerase que BUSCÓN incumplió sus obligaciones, que la acción no está prescrita y que cabe la aplicación de la CCIM, porque la controversia no tiene carácter extracontractual, en ningún caso puede llegar a ser caracterizado tal incumplimiento como esencial a efectos del art. 25 CCIM, ya que BUSCÓN no incumplió sus obligaciones derivadas del Contrato de Suministro y Distribución (5.1), ni puede llegar a revestir carácter esencial, en caso que se considerase que hay incumplimiento de obligaciones (5.2), ni, por tanto, puede dar lugar a la resolución del Contrato de Suministro y Distribución (5.3).

##### **5.1.- BUSCÓN cumplió en todo momento con sus obligaciones contractuales**

170. La demandante alega que BUSCÓN incumplió las obligaciones fijadas en el CSD suscrito con BUSCÓN en lo referente al Derecho de la Competencia, el daño a la imagen, el deber de información, y la pérdida de confianza en la que se fundamentó el mismo, y que ello constituye un incumplimiento esencial [Párrs. 106-121 ED].
171. El primero de los requisitos del incumplimiento esencial, es el incumplimiento de alguna obligación, y como ha quedado demostrado en líneas anteriores BUSCÓN no incumplió ninguna de ellas, sino que cumplió en todo momento [Vid. *Supra* 2].

##### **5.2.- Si el Tribunal entendiera que PARNASO ANDINA incurrió en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, el mismo no revestiría carácter esencial**

172. En el hipotético caso que el Tribunal entendiera que BUSCÓN incumplió las obligaciones contractuales anteriormente mencionadas, en ningún caso podría ser considerado el mismo como

esencial a efectos del art. 25 CCIM y art. 7.3.1 UNIDROIT, tal como alega la parte demandante [Párr. 76 y ss. ED]. Ello se debe a que no se cumple con ninguna de las premisas que exige el art. 25 CCIM: no se causa un perjuicio tal que prive sustancialmente a PARNASO ANDINA de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, ni BUSCÓN ni otra persona razonable de la misma condición previó tal resultado.

173. En caso que el Tribunal finalmente considerara aplicables los Principios UNIDROIT, el incumplimiento esencial tampoco puede fundamentarse en el art. 7.3.1, ya que no se cumple con ninguna de las premisas.
174. En cuanto al primer requisito del incumplimiento esencial que enuncia el art. 25 CCIM, que se cause un perjuicio tal que prive sustancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato. la demandante no argumenta de forma suficiente el perjuicio causado, ni la gravedad del mismo, ni la privación de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato. Por el contrario, PARNASO ANDINA únicamente alega que el incumplimiento es esencial en virtud de meras definiciones del mismo [Párrs. 77, 87, 89, 90 y 91 ED].
175. En todo caso, BUSCÓN no causó ningún perjuicio y, además, el incumplimiento de obligaciones que pudiera llegar a reconocer el Tribunal no llegaría a revestir tal gravedad como para frustrar el propio fundamento o fin del contrato, basado, según PARNASO ANDINA, en la confianza. En todo caso, la pérdida de confianza derivada de los incumplimientos de obligaciones no es suficiente para calificar a los anteriores de esenciales y resolver el contrato.
176. Así, se reconoce en el ámbito internacional que cualquier incumplimiento no puede ser calificado de esencial y dar lugar a la resolución unilateral del contrato, al ser esta una medida de última ratio<sup>96</sup>. Es necesario que el incumplimiento de una obligación sea de entidad tal que frustre el fin práctico del negocio, considerado desde un punto de vista objetivo. Por ello, la pérdida de confianza, elemento totalmente subjetivo, no es suficiente ni puede suponer la esencialidad del incumplimiento<sup>97</sup>.
177. En segundo lugar, BUSCÓN no previó el resultado porque en ningún caso quiso incumplir con el contrato.

### **5.3.- No cabe la resolución del Contrato de Suministro y Distribución según el art. 49 CCIM, ya que no existe un incumplimiento esencial del art. 25 CCIM, y va en contra del principio *favor contractus***

178. La demandante concluye que dado el incumplimiento esencial del art. 25 CCIM procede la resolución del CSD suscrito entre PARNASO ANDINA y BUSCÓN en virtud del art. 49 CCIM [Párr. 123 ED].
179. La resolución del CSD sería la consecuencia lógica que deriva del incumplimiento esencial, bastando que sea calificado como tal para poder exigir la parte afectada la resolución del mismo. Por ello, si el supuesto incumplimiento no es esencial, como ha quedado sobradamente justificado en las líneas anteriores, no cabe la resolución del contrato en virtud del art. 49 CCIM.
180. Además la resolución unilateral del CSD por PARNASO ANDINA contraviene las causas generales de resolución de los contratos reconocidas internacionalmente, esto es, el principio *favor contractus*. Este principio presenta una especial importancia en la contratación internacional, dado que existen multitud de dificultades relacionadas con la extinción de los contratos, la regulación de sus efectos y los costes de renegociación de la relación contractual, aspectos especialmente farragosos en el comercio internacional<sup>98</sup>.

<sup>96</sup> Caso CLOUT nº 171.

<sup>97</sup> STS 5707/1966 de 9 de diciembre de 1966; STS 2138/1977 de 24 de mayo de 1977.

<sup>98</sup> DE NOVA, pp. 306.



181. Además, este principio de conservación de los contratos queda reflejado en la mayoría de ordenamientos jurídicos nacionales. Así, el art. 1.455 del Código Civil italiano precisa que el contrato no podrá resolverse si el incumplimiento de una parte ha tenido escasa importancia atendiendo a los intereses de la otra; igualmente, el Código Civil peruano incorpora el requisito de la esencialidad del incumplimiento a través de amplia doctrina en relación al desarrollo de sus preceptos correspondientes<sup>99</sup>.
182. A su vez, la jurisprudencia internacional sostiene que el incumplimiento por el cual se resuelve unilateralmente un contrato ha de ostentar una especial relevancia. Así, distintas fundamentaciones ahondan en la idea de que *“en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes no es de importancia, en atención al interés de la otra”*<sup>100</sup>.

## **SEXTA.- NO PROCEDE LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS**

183. La demandante exige, sin fundamento alguno, que BUSCÓN indemnice por los daños y perjuicios derivados de los supuestos incumplimientos expuestos por la misma. Según PARNASO ANDINA, dichos incumplimientos han afectado al precio, al volumen de ventas, margen de beneficios y, en definitiva, a su competitividad en el mercado y a su imagen [Párr. 124-128 ED].
184. En las próximas líneas se exponen los motivos por los que en ningún caso procede tal indemnización. En primer lugar, se expone la improcedencia de la indemnización por el hipotético incumplimiento de las normas del Derecho de la Competencia Andina (6.1). En segundo término, se expone la inconveniencia de la indemnización por daños y perjuicios por el supuesto incumplimiento de las obligaciones contenidas en el CSD: deber de preservar la imagen, deber de prestar la información debida y pérdida de confianza (6.2).

### **6.1.- No procede la reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas del Derecho de la Competencia Andina**

185. A continuación se explica la improcedencia de la indemnización por los daños referentes a la infracción de las normas de la competencia. En primer lugar, BUSCÓN no ha incurrido en ningún tipo de incumplimiento (6.1.1); subsidiariamente, si el Tribunal entendiera que BUSCÓN ha incumplido las normas del Derecho de la Competencia, la reclamación de daños y perjuicios deberá ser regulada por las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual del Código Civil de Andina (6.1.2); en defecto de ello, si el Tribunal considerara que la responsabilidad por incumplimiento de dicha norma es contractual, debe regularse por las disposiciones relativas a la responsabilidad contractual del Código Civil de Andina (6.1.3); subsidiariamente, si el Tribunal considerara que la responsabilidad por incumplimiento es contractual y debe regularse por la CCIM, la indemnización también sería improcedente (6.1.4).

#### **6.1.1.- BUSCÓN no ha incumplido las normas del Derecho de la Competencia Andina**

186. El derecho a reclamar a la otra parte daños y perjuicios por un incumplimiento, requiere que haya habido un incumplimiento previo. Como ha quedado sobradamente demostrado en las líneas anteriores del presente escrito, BUSCÓN no incurrió en ningún incumplimiento susceptible de generar responsabilidad por daños y perjuicios (*Vid. Supra 2.1*).
187. En todo momento, esta parte actuó conforme a las normas de competencia. Por tanto, no procede la reclamación de daños y perjuicios del art. 12 de la Ley de Competencia de Andina, en el que se sostiene la demandante [Párr. 128 ED], ni en ninguna otra norma a la que pudiera hacerse referencia, ya que no hubo incumplimiento.

<sup>99</sup> ARIAS SCHREIBER, p. 223; PALACIOS, p. 509; DE LA PUENTE, p. 323.

<sup>100</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia, de 1 de septiembre de 1984.

**6.1.2.- Si el Tribunal entendiera que BUSCÓN ha incumplido las normas del Derecho de la Competencia Andina, se trataría de una responsabilidad extracontractual regulada por el Código Civil de Andina**

188. Si el Tribunal entendiera que se ha producido un daño por infracción de las normas del Derecho de la Competencia, se trataría de una reclamación de tipo extracontractual<sup>101</sup> (*Vid Supra*. 3.2.1). Por ello, sería de aplicación el Código Civil de Andina en lo relativo a las disposiciones sobre responsabilidad extracontractual, en concreto el art. 1275 apartado tercero, que dispone que “toda persona que, de un modo contrario al orden público, cause deliberadamente daño a otra persona deberá compensar a la otra por el daño causado”.
189. Así, en este caso, PARNASO ANDINA debe probar: (i) la realización de una conducta o comportamiento contrario a los normas de libre competencia (ilícito antitrust); (ii) la causación de un daño injusto; (iii) la relación causal entre el ilícito antitrust y el daño padecido; (iv) un título de imputación del daño y (v) los perjuicios materiales y no materiales padecidos por la víctima<sup>102</sup>. Además, tal como dispone el mencionado artículo, es necesario que medie culpa por parte del demandado.
190. En ningún momento quedan probados con cierto grado de certeza los anteriores elementos estructurales y, en todo caso, el perjuicio sería para los clientes de PARNASO ANDINA y no para esta (*Vid infra* 6.1.5). Por ende, no procede la reclamación por daños y perjuicios.

**6.1.3.- Si el Tribunal considerase que la responsabilidad por incumplimiento es contractual, debe regularse por las disposiciones relativas a la responsabilidad contractual del Código Civil de Andina**

191. En el hipotético caso que el Tribunal, además de considerar que BUSCÓN incumplió con las normas relativas al Derecho de la Competencia, entendiera que la responsabilidad derivada es contractual, la indemnización por daños y perjuicios deberá regularse por el Código Civil de Andina en referencia a las disposiciones sobre responsabilidad contractual, y en ningún caso por la CCIM, ya que el incumplimiento deriva de obligaciones que no son propias de la compraventa internacional.
192. En su art. 1277 dispone que “toda persona que, en el cumplimiento de sus obligaciones, contravenga el contenido de éstas, o incurra en dolo o negligencia, deberá compensar a la otra parte por los perjuicios causados, en un importe que deberá tener en cuenta tanto el daño emergente como el lucro cesante, con el límite del importe que se haya podido prever al tiempo de constituirse la obligación”.
193. En este caso, y a diferencia de la responsabilidad extracontractual, puede mediar dolo o negligencia. Sin embargo, también deben probarse los elementos señalados en el apartado anterior. Dicho extremo no queda demostrado de forma alguna en la demanda presentada por PARNASO ANDINA, alegando meras conjeturas en cuanto a su descenso en el volumen de ventas y pérdida de clientela. Además, nuevamente, el perjuicio recaería sobre los compradores y no sobre PARNASO ANDINA (*Vid. Infra*. 6.1.5). Por tanto, en este caso, tampoco procedería la reclamación por daños y perjuicios.

<sup>101</sup> La doctrina europea y la de EEUU reafirman que las reclamaciones de cárteles son de tipo extracontractual. Asimismo, la STS de 8 de junio de 2012 estableció: “*Así pues, a los efectos de identificar el régimen de prescripción extintiva de la acción, ante la dualidad de responsabilidades, la contractual y la extracontractual - a las que los anglosajones se refieren como " the law of contract " y " the law of torts " -, hay que entender con la recurrente que nos hallamos en el ámbito de la segunda*”.

<sup>102</sup> *Yeheskel Arkin v. Borchard Lines Ltd & Ors*, Commercial Court, 10 April 2003, EWHC 687 (Comm Court); *Peugeot v. Eco System*, Decisión de la Corte Comercial de París de 22 de octubre de 1996.

**6.1.4.- Si, en último término, el Tribunal considerase que la responsabilidad por incumplimiento es contractual y que se regula por la CCIM, no procede tampoco la reclamación por daños y perjuicios**

194. Finalmente, si el Tribunal entendiera que existe incumplimiento y la responsabilidad derivada del mismo debe regularse por el art. 74 CCIM, no procede bajo ningún caso la indemnización reclamada por la demandante por falta de prueba del daño causado y de la extensión del mismo.
195. Reiterada jurisprudencia ha incidido en esta cuestión, y ha afirmado que la parte que alega el supuesto perjuicio debe probar el daño y la pérdida sufrida con un grado razonable de certeza<sup>103</sup>, si bien no es necesaria la exactitud matemática, proveyendo al Tribunal la base sobre la cual pueda estimar razonablemente la extensión y cuantificación del daño. Para ello, la parte perjudicada puede presentar informes de peritos, información financiera y económica, análisis y sondeos de mercado o reportes de negocios similares<sup>104</sup>.
196. Ninguno de los anteriores documentos, ni ninguna otra prueba cierta han sido presentados por PARNASO ANDINA, y todo su alegato se basa en conjeturas y suposiciones. De este modo, su reclamación no puede sostenerse, y de aceptarse, se estaría colocando a la parte inicial, y aparentemente perjudicada, en una situación mejor que aquella en la que se habría encontrado si el contrato se hubiera cumplido fielmente (Vid. Infra. 6.1.5).
197. Por tanto, no procederá la indemnización por ninguno de los siguiente extremos: por los daños directos, los gastos ocasionales en los que la demandante hay tenido que incurrir en razón del teórico incumplimiento que alega y de las medidas que haya tomado para mitigar la pérdida, por la ganancia dejada de obtener, como por ejemplo la pérdida en el volumen de las ventas, por la pérdida patrimonial derivada de reclamaciones de terceros, por la pérdida de valor del fondo de comercio, ni mucho menos por los gastos asociados con el presente litigio.

**6.1.5.- En ninguno de los supuestos contemplados procede la reclamación ya que el perjuicio lo han soportado los consumidores de PARNASO ANDINA**

198. Cabe resaltar que en ninguno de los supuestos anteriores sería procedente la reclamación de daños, no solo porque PARNASO ANDINA no demuestra con un grado razonable de certeza los mismos, sino porque, en cualquier caso, perjudicaría a los consumidores de PARNASO ANDINA.
199. Esto es lo que comúnmente se denomina “passing-on”, o traslado del daño aguas abajo, consistente en repercutir el sobre coste del aumento de precio de un producto a los consumidores<sup>105</sup>. Es decir, si una empresa vende sus productos a precios elevados, los compradores directos sufrirán un perjuicio por la parte del sobreprecio pagado para la adquisición de los productos que exceda del precio competitivo. Estos compradores directos, sin embargo, podrían repercutir la totalidad o parte de este exceso a sus propios clientes, los consumidores. De esta forma, PARNASO ANDINA, como compradora directa del producto lácteo, mitigó el daño sufrido por los aumentos trasladándolo a los consumidores.
200. De este modo, se puede observar en la OP n° 3, que los márgenes de beneficios de PARNASO ANDINA en la comercialización de los productos de BUSCÓN oscilan entre el 2% y 3% desde el año 2010 hasta la actualidad. A mayor abundamiento, el margen de beneficio obtenido durante el año 2014, es decir durante el año donde los productos lácteos aumentaron de precio, fue del 2,7%, 0,5% más que el año anterior. Esto demuestra que PARNASO ANDINA no se ha visto perjudicada y que el aumento de los precios fue directamente repercutido a los consumidores de los productos. En caso contrario, es decir en el hipotético supuesto en que PARNASO ANDINA

<sup>103</sup> Decisión del Hoge Raad de 11 de Noviembre de 1983.

<sup>104</sup> *Bagwell v. Middle S. Energy*, US Court of Appeals for the Fifth, in re *Bagwell v. Middle S. Energy*, 797 F.2d p.1298, 1986; *Locke v. Estados Unidos*, US Court of Claims, in re *Locke v. ESTADOS UNIDOS*, 283 F.2d p. 521, 1960 PRAT/ENRICH/CAMPO, p. 7.

<sup>105</sup> PRAT/ENRICH/CAMPO, p. 7; LANDOLT, p. 345.

hubiera soportado todo o parte del aumento de los precios de los productos lácteos, los márgenes de beneficios deberían haber bajado, y haberlo demostrado.

201. Así, le corresponde a PARNASO ANDINA probar que la conducta de BUSCÓN le ha ocasionado efectivamente un daño debido a un incremento de los precios contrario a la competencia. Es decir que PARNASO ANDINA, como consecuencia del sobreprecio que tuvo que pagar a BUSCÓN, debería haber demostrado que ha sufrido una pérdida patrimonial cierta al ver indebidamente incrementados sus costes. Dicho extremo no queda demostrado en la demanda por PARNASO ANDINA <sup>106</sup>.
202. En conclusión, se puede confirmar que la demandante, PARNASO ANDINA, no sufrió pérdidas ni daño alguno como resultado del incremento del precio de los productos lácteos, ya que en vez de asumir dichos incrementos, los trasladó a sus clientes incorporándolo al precio del producto comercializado en el eslabón de la cadena de suministro del cual PARNASO ANDINA forma parte. De no aceptar esta teoría, entonces se está otorgando un poder y beneficio extraordinario a PARNASO ANDINA. Es decir, PARNASO ANDINA estaría enriqueciéndose injustamente.

## **6.2.- No procede la indemnización reclamada en cuanto al incumplimiento de las obligaciones del deber de información y del deber de preservar la imagen**

203. Finalmente, se niega la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones del deber de información, del deber de preservar la imagen, y de la pérdida de confianza.
204. En primer lugar, y como ha quedado demostrado, BUSCÓN no incumplió con ninguna de estas obligaciones contenidas en el CSD a causa de la supuesta infracción de las normas del Derecho de la Competencia (*Vid. Supra* 2.2).
205. En segundo lugar, si el Tribunal entendiera que se ha incumplido alguna de ellas, la responsabilidad debería regularse por el Código Civil de Andina en lo relativo a las disposiciones referentes a la responsabilidad contractual, en concreto el art. 1277, y en ningún caso por la CCIM, ya que se trata de obligaciones que no son propias de la compraventa. Además en todo caso, debería probar el daño y su extensión, extremo que de nuevo no queda demostrado, basándose en conjeturas, suposiciones en cuanto al daño a su imagen, pérdida de clientes y de futuras ventas.
206. Si subsidiariamente el Tribunal entendiera que es de aplicación la CCIM, de nuevo cabe alegar que no se prueba el daño ni su extensión.
207. Por tanto, no procede en ningún caso de los contemplados en la demanda la indemnización de 2.000.000 de euros que reclama PARNASO ANDINA.

---

<sup>106</sup> Tal como expresa la STS de 7 de noviembre de 2013: “*Aunque en ocasiones, de un modo reduccionista, se habla del "passing-on" como simple repercusión de precios en el sentido de incremento del precios en el mercado "aguas abajo" en proporción al incremento de precios sufrido en el mercado "aguas arriba", en realidad lo que debe haberse repercutido a los clientes no es el tal incremento del precio sino el perjuicio económico derivado del mismo, el daño. La elevación de los precios de los productos que elaboraban las demandantes, que a su vez habían sufrido una elevación ilícita de los precios del azúcar utilizado para fabricarlos, es un requisito necesario para que la repercusión del daño haya tenido lugar, pero no es suficiente. Lo determinante es que el comprador directo frente al que se opone la defensa no haya sufrido daño porque lo haya logrado repercutir a terceros no demandantes*”.

### PETITUM

Por todo lo expuesto solicitamos al Tribunal Arbitral:

1. Que declare que carece de jurisdicción para decidir de la controversia planteada por PARNASO ANDINA.
2. Que se declare incompetente para conocer del presente procedimiento arbitral incoado contra MUROS, puesto que la misma no es parte de la presente controversia.
3. Que declare que la naturaleza de la presente controversia no es arbitrable, por tratarse de una reclamación extracontractual basada en normas de Derecho de la Competencia, no amparadas por el convenio arbitral.
4. Si entendiéndose el tribunal que es competente respecto de todas las partes y declarase arbitrable la controversia, solicitamos al mismo que se desestime todas las pretensiones de la Demandante y, en concreto, que:
  - 4.1. Que declare que el nombramiento del árbitro de emergencia fue inválido, debido a la inaplicabilidad de las disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia y medidas urgentes del vigente RCAM (2015).
  - 4.2. Subsidiariamente, que declare que la adopción de medidas urgentes fue incorrecta y, con ello, declare inadmisibles en el presente procedimiento las pruebas obtenidas como resultado de la entrada y registro ilegales en las instalaciones de BUSCÓN, así como también la destrucción de las mismas, y la prohibición de su revelación pública.
  - 4.3. Que en ningún caso autorice la práctica de una prueba de entrada y registro en las instalaciones de MUROS, por contravenir los derechos fundamentales de la misma.
  - 4.4. En su caso, que declare que dicha prueba no puede incluir la aprehensión de registros informáticos, y en ningún caso extenderse a aquellos que se encuentren en la nube, con domicilio social en Amazonia.
  - 4.5. Que declare improcedente la solicitud de los archivos obtenidos en el procedimiento de investigación a la AdC de Andina.
  - 4.6. Que declare improcedente la solicitud de información sobre el acogimiento al programa de clemencia.
  - 4.7. Que declare que la reclamación se encuentra prescrita, de acuerdo con lo establecido *ut supra* respecto de la ley aplicable.
  - 4.8. Que declare que BUSCÓN en ningún momento incumplió los deberes contractuales que le eran inherentes.
  - 4.9. Que declare que no ha existido infracción de las normas de Derecho de la Competencia y que de ello no puede derivarse un incumplimiento contractual que otorgue derecho a PARNASO ANDINA a la resolución del contrato.
  - 4.10. Aun cuando el Tribunal estimase que existió un incumplimiento contractual, que no se admita la esencialidad del mismo, por lo que PARNASO ANDINA carece de derecho para resolver el Contrato de Suministro y Distribución.
  - 4.11. Que declare la no procedencia de la indemnización a PARNASO ANDINA por los daños y perjuicios resarcibles.
  - 4.12. Que condene a la DEMANDANTE, PARNASO ANDINA, al pago de las costas de este procedimiento, incluidos los gastos de representación.

En Madre Patria, a 4 de marzo de 2016.