

¿Un tribunal arbitral puede resolver daños a la libre competencia entre particulares en Ecuador?

*David Sperber Wilhelm**

RESUMEN

El presente ensayo plantea la interrogante de si es posible resolver en un proceso arbitral una controversia de daños y perjuicios por actos de abuso de poder de mercado entre dos particulares. Para ello analizamos la legislación vigente en arbitraje y en Derecho de la libre competencia en Ecuador y la doctrina relevante. Además, se presenta la jurisprudencia que trata las dos tesis a favor y en contra a este tema en varios países. Al finalizar se presentan las conclusiones del caso hipotético tratado.

PALABRAS CLAVE: abuso de poder de mercado, arbitraje, convenio arbitral, daños y perjuicios, Derecho de arbitraje, Derecho de la competencia, orden público, principio *Kompetenz-Kompetenz* (Competence-Competence), responsabilidad civil, responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual, Tribunal arbitral.

ABSTRACT

This essay presents the question of whether private parties can arbitrate damages for abuse of market power (dominant position). We analyzed Ecuadorian arbitration and antitrust legislation. Also, we discussed the relevant doctrine and jurisprudence of the two opposing positions in different countries. Afterward we explore the hypothetical case and its conclusions.

KEYWORDS: abuse of dominance, arbitration, arbitration agreement, arbitral tribunal, competition law, contractual responsibility, damages and liability, non-contractual liability. Principle *Kompetenz-Kompetenz* (Competence-Competence), public order, right to arbitration.

FORO

* Socio en AntiTrust Consultores & Abogados.

Colaboración del Ab. José E. Álvarez Ñ. abogado asociado en Antitrust Consultores y Abogados.

INTRODUCCIÓN

Este ensayo analiza y profundiza si el régimen jurídico ecuatoriano vigente de un Tribunal Arbitral es o no competente, en razón de la materia para conocer los daños y perjuicios contractuales y extracontractuales entre dos operadores económicos particulares a consecuencia de un acto de uno de ellos de abuso de posición de dominio (o poder de mercado).

Hoy en día existen a nivel internacional dos doctrinas sobre la arbitrabilidad de daños emanados de la legislación de libre competencia. La primera rechaza la arbitrabilidad de cuestiones de Derecho de la competencia, aun cuando las partes contractuales lo acordaron de manera expresa. Esta es la denominada doctrina *American Safety*,¹ que expone que la materia de Derecho de libre competencia está regida por normas de orden público y su aplicación está destinada de forma exclusiva a una autoridad especializada (en el caso de Ecuador, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en adelante SCPM) encargada de investigar y sancionar la violación a la libre competencia; por tanto, esta materia no es de libre disposición conforme a derecho para los particulares.²

Por el contrario, la segunda doctrina, que nace a partir de los años de 1980, favorece la arbitrabilidad del Derecho de la libre competencia, como consecuencia de la evolución legislativa y jurisprudencial de los Estados Unidos de América que admite que las disputas privadas relativas a la competencia económica sean arbitrables, conforme el principio *Kompetenz-Kompetenz*,³ el cual consiste en la posibilidad que tienen los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia frente a excepciones de las partes referidas a la existencia, validez o alcances del convenio arbitral incluyendo asuntos de libre competencia. El convenio arbitral es independiente y autónomo del

-
1. EE. UU. Sentencia del Tribunal de Apelación de 20-III-1968, caso *American Safety Equipment Corp. y Maguire & Co.* (2d Cir. 1968).
 2. Luis Velasco, *La aplicación privada del Derecho de la competencia* (Valladolid: Grafotex, 2011), 361.
 3. Alegría Jijón, “Reconciliando el principio *Kompetenz-Kompetenz* con la autoridad supervisora de las cortes nacionales”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6 (2014): 180. *Kompetenz-Kompetenz* “es es un principio alemán que proporciona una solución abstracta a la circularidad. *Kompetenz-Kompetenz* significa literalmente competencia para determinar la competencia. [...] Las razones prácticas para *Kompetenz-Kompetenz* son, entre otras, las siguientes: evitar prácticas dilatorias, aliviar la carga de las cortes nacionales, y la ventaja de la experiencia de los árbitros en comparación con la mayoría de las cortes locales que no están familiarizadas con el arbitraje internacional”.

contrato principal, de manera que los árbitros tienen autoridad para determinar su propia competencia y la validez o existencia del contrato.⁴

Empero, si el Derecho de la competencia es arbitrable, surgen varias interrogantes: ¿Pueden normas de orden público estar sujetas al arbitraje? ¿El arbitraje es una alternativa al procedimiento administrativo establecido en la legislación ecuatoriana?

Para dar respuesta a las referidas interrogantes, materia de este ensayo, y para que sea más fácil su comprensión, lo ejemplificaremos con un caso hipotético. En 2017, dos compañías —operadores económicos— ecuatorianas acuerdan la compraventa de una materia prima P; la primera es ACME, siendo el único en Ecuador con este producto; y, el segundo es el comprador MANCEPS. Dicho contrato celebrado de manera válida y en cumplimiento de las solemnidades esenciales contiene una cláusula arbitral de sometimiento a un Centro de Arbitraje (en adelante CEA) en el cual las partes renuncian fuero, domicilio y competencia, convinieron someter sus disputas o controversias, sus daños contractuales y extracontractuales que se deriven del referido acuerdo a la decisión de un Tribunal Arbitral de tres árbitros y en derecho. ACME, durante la vigencia del contrato, deja de despachar P a MANCEPS, quien estima que por este acto ha sufrido un acto de abuso de poder de mercado por negativa injustificada de venta de ACME. Como consecuencia de ello, MANCEPS plantea dos acciones de manera simultánea:

1. Arbitraje por daños y perjuicios por abuso de poder de mercado ante la CEA; y
2. Denuncia ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM).

Del análisis de este caso hipotético surgen las siguientes cuestiones:

1. ¿El Tribunal Arbitral es competente para conocer esta demanda o debe esperar a la resolución de la SCPM?
2. Si la SCPM resuelve que sí existe abuso de poder de mercado por parte de ACME, ¿esta resolución es vinculante para el Tribunal Arbitral para la determinación de daños y perjuicios?
3. Si la SCPM resuelve que sí existe abuso de poder de mercado por parte de ACME, ¿la resolución de la SCPM es suficiente reparación o no?
4. ¿Cuál es el criterio y los parámetros para determinar el daño por el Tribunal Arbitral que declara que sí existió un daño a MANCEPS por parte de ACME?

En vista de lo señalado, este documento inicia con la legislación aplicable, luego analiza la doctrina y jurisprudencia relacionadas. A posteriori, conforme el análisis del

4. Roger Rubio Guerrero, “El Principio Competence-Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”, *Lima Arbitration*, No. 4 (2010-2011): 101.

caso hipotético planteado, desarrolla cada una de las interrogantes sobre la competencia arbitral y los daños generados como consecuencia del abuso de poder de mercado, finalizando con las conclusiones.

LEGISLACIÓN APLICABLE EN ECUADOR

El presente acápite expone y analiza la legislación en materia de arbitraje y libre concurrencia en Ecuador y su evolución histórica.

ARBITRAJE

La primera normativa de arbitraje en el país, denominada Ley de Arbitraje Comercial,⁵ fue promulgada en 1963. Este cuerpo normativo permitía someter las controversias que se deriven solo de relaciones comerciales a los Tribunales de Arbitraje de las Cámaras de Comercio, y a los Tribunales o comisiones nacionales o internacionales de arbitraje. A posteriori, en 1997 se publicó la Ley de Arbitraje y Mediación (que derogó la Ley de Arbitraje Comercial) y permitió someter a un tribunal arbitral cualquier controversia susceptible de transacción, lo cual se mantiene en la actual Ley de Arbitraje y Mediación promulgada en 2006.⁶ Además de ella, legislación relevante en materia de arbitraje es la siguiente:

- Constitución de la República del Ecuador.⁷
- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.⁸
- Convención de Eficacia de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.⁹
- Código Orgánico General de Procesos (COGEP).¹⁰

5. Decreto Supremo No. 735 de 23 de octubre de 1963, publicado en el *Registro Oficial* No. 90 de 28 de octubre de 1963.

6. *Ley de Arbitraje y Mediación*. *Registro Oficial* 417 de 14 de diciembre de 2006.

7. *Constitución de la República del Ecuador*, art. 190.

8. *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*. *Registro Oficial Suplemento* 153 de 25 de noviembre de 2005.

9. *Convención de Eficacia de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros*. *Registro Oficial Suplemento* 153 de 25 de noviembre de 2005.

10. *Código Orgánico General de Procesos*. *Registro Oficial* 506 de 22 de mayo de 2015.

LIBRE COMPETENCIA

En Ecuador no existía una ley nacional de libre competencia o *antitrust*, por lo que el art. 2 de la Decisión 616 de la Comunidad Andina determinó que: “a más tardar el 1 de agosto de 2005, Ecuador debe nombrar su Autoridad Nacional de la Competencia, quien estará encargada de hacer cumplir la Decisión 608 de la Comunidad Andina”. Ante ello, se presentó una acción de incumplimiento ante la Secretaria General de la Comunidad Andina por incumplir esta disposición.¹¹ Como resultado de esta acción, el gobierno ecuatoriano promulgó el Decreto Presidencial 1614.¹² El art. 1 de la Decisión 616 de la Comunidad Andina especifica que Ecuador puede aplicar como ley nacional la Decisión 608 de la Comunidad Andina hasta que tengan su propia Ley *antitrust*. El referido Decreto 1614 determina, entre otras cosas, un procedimiento especial para las conductas de abuso de posición de dominio y prácticas anticompetitivas. El Ministerio de Industrias y Productividad (en adelante MIPRO) es la autoridad interina de competencia.

El 13 de octubre de 2011 en Ecuador entró en vigencia la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), que regula la competencia económica en el país. Esta ley se enfoca en cinco áreas: a) acuerdos restrictivos; b) abuso de poder de mercado; c) control de concentraciones; d) ayudas públicas; y e) competencia desleal que afecte a la competencia.

La LORCPM creó la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), organismo técnico con personalidad jurídica propia y potestad investigativa y sancionatoria a los operadores económicos.¹³ Esta autoridad tiene la facultad de controlar el correcto funcionamiento de los mercados, previniendo el abuso de poder de mercado de los operadores económicos nacionales y extranjeros, y todas aquellas prácticas contrarias a la libre competencia que vayan en perjuicio de los consumidores, promoviendo la eficiencia en los mercados, el comercio justo y contribuyendo al bienestar general de los consumidores y usuarios.

11. Secretaría General de la Comunidad Andina. Resolución 03-2009, *G.O.A.C.*, año XXVI, No. 1723, 10 de junio de 2009.

12. Decreto Presidencial 1614, *Registro Oficial* No. 558 de 27 de marzo de 2009.

13. LORCPM, art. 36.

JURISPRUDENCIA DE ARBITRAJE EN CUESTIONES DE DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

Este acápite analiza las dos tendencias jurisprudenciales –a favor y en contra– sobre la arbitrabilidad de cuestiones del Derecho de la competencia. La posición que niega la arbitrabilidad se fundamenta en que la libre concurrencia constituye una norma de orden público, mientras que la posición opuesta la acepta al considerar que los daños particulares son materia transable. A continuación presentamos los principales casos.

MITSUBISHI MOTORS *v.* SOLER CHRYSLER-PLYMOUTH MITSUBISHI¹⁴

Mitsubishi Motors y Soler Chrysler-Plymouth Inc. (Soler) firmaron un contrato de distribución de automóviles. Soler se comprometió a vender un número determinado de automóviles Mitsubishi al año en el territorio de Puerto Rico. En el contrato, las partes acordaron someterse a arbitraje en caso de surgir alguna controversia en relación con su interpretación y ejecución.

Soler notó que no podía mantener el volumen de ventas al cual se comprometió en el contrato de distribución y solicitó vender los automóviles fuera del territorio predefinido, pero la petición fue denegada. Por lo tanto, esto originó un procedimiento judicial que llegó al Tribunal Supremo de los EE. UU. sobre la competencia material de quién era competente para conocer el caso, si un juez federal o un Tribunal Arbitral. El Tribunal Supremo resolvió a favor de la arbitrabilidad de cuestiones de Derecho de la competencia, lo cual puso fin a la doctrina que prohibía la aplicación de cláusulas contractuales de arbitraje en disputas de libre competencia.

D. JUAN B.C. *v.* HARDI INTERNATIONAL¹⁵

La Audiencia Provincial de Barcelona resolvió el recurso de anulación contra un laudo arbitral entre D. Juan B.C. y la sociedad Hardi International. El principal argumento para la solicitud de la nulidad del laudo giraba respecto de las cláusulas de

14. EE. UU. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1985, caso *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth Mitsubishi*. 473 U.S. 614 (1985).

15. España. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia de 7 de junio de 2000, sección 15a. rec. 1408/9196.

prohibición de ventas activas fuera del territorio acordado contenida en el contrato celebrado entre las partes.

El Tribunal Arbitral resolvió que D. Juan B.C. incumplió el contrato y ordenó la indemnización a dicho operador económico. Sin embargo, el Tribunal Civil que conoció del recurso de anulación declaró que la materia de libre competencia no puede ser resuelta a través de un arbitraje, por lo que estimó el recurso “por considerarse que el laudo es contrario al orden público, en la medida en que lo son las restricciones a la competencia de la naturaleza de la que es objeto el procedimiento arbitral”.

SERVEI ESTACIO REGENCOS, SA V. TOTALFINA ESPAÑA, SAU¹⁶

SERVEI ESTACIO REGENCOS, SA (SERVEI) y la sociedad TOTALFINA ESPAÑA, SAU suscribieron un contrato de distribución de carburantes, en el cual se sometieron a un arbitraje administrado en caso de controversia. El Tribunal Arbitral debía interpretar normas generales del Derecho de la competencia.

La actora, SERVEI, argumentó que el contrato de sometimiento al arbitraje era de adhesión, puesto que no tenía otra opción que someterse al mismo. Por consiguiente, SERVEI alegó que no era procedente el arbitraje en aquellos supuestos en que las partes no tienen disposición sobre la materia a transigir y presentó un recurso de anulación al laudo arbitral, ya que a su criterio contravenía la normativa de libre competencia.

Sin embargo, el Tribunal Provincial señaló que el carácter imperativo del Derecho de la competencia no impide que la controversia sea resuelta por arbitraje, sin perjuicio de que el laudo pueda ser anulado, si contraviniera a la norma de competencia.

El Tribunal Constitucional español ha considerado al arbitraje “un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada”.¹⁷

Por ello, en España y a nivel internacional, la tendencia a permitir la arbitrabilidad de ciertos elementos del derecho de la libre competencia no está resuelta, pues no existe un consenso sobre la aceptación de la arbitrabilidad de temas relativos al Derecho de la competencia.

16. España. Audiencia Provincial de Girona. Sentencia 292/2002 (sección 1a.) de 29 de mayo de 2002.

17. España. Tribunal Constitucional. Sentencias de 15/1989 (RTC 1989, 15) y 62/1991 (RTC 1991, 62).

Sin embargo, parecería que el arbitraje no es una alternativa o sustitución al procedimiento administrativo sancionador para la determinación general de si existe o no una afectación al mercado y al orden público, pues esta resolución solo puede llevarse a cabo ante la SCPM,¹⁸ debido a que no está permitido en nuestra legislación “que los árbitros puedan prohibir erga omnes comportamientos anticompetitivos, imponer multas ordinarias o coercitivas, ni autorizar ni prohibir una operación de concentración económica o una ayuda del Estado...”.¹⁹ En cambio, el reconocimiento de daños y perjuicios a un particular derivados de conductas *antitrust* no constituye una potestad estatal de orden público; por ende, sí pueden estar sometidos al arbitraje como veremos a continuación.

BIOPLASTECH LIMITED V. ABENGOA BIOENERGÍA NUEVAS TECNOLOGÍAS S. A. Y BEFESA GESTIÓN DE RESIDUOS INDUSTRIALES S. L.²⁰

BIOPLASTECH LIMITED (en adelante, BIOPLASTECH) presentó una demanda ante el juez de lo Mercantil por competencia desleal y libre concurrencia en contra de BEFESA GESTIÓN DE RESIDUOS INDUSTRIALES S. L. y ABENGOA BIO-TECNOLOGÍA NUEVAS TECNOLOGÍAS S. A. (en adelante BEFESA). El juez de lo Mercantil se declaró incompetente por considerar que, al incumplir una cláusula de confidencialidad estipulada contractualmente, debía aplicarse lo determinado en este mismo instrumento legal, es decir, someterse a arbitraje.

BIOPLASTECH apeló este auto con fuerza de sentencia afirmando que demandó a estas empresas por competencia desleal y la libre competencia son de orden público, por lo que considera que no sería eficaz una cláusula arbitral en esta materia. Asimismo señala BIOPLASTECH que las acciones que ha ejercitado no son contractuales sino extracontractuales, por lo que no debe aplicarse una estipulación convencional.

-
18. LORCPM. “Art. 37.- Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación”.
 19. Jesús Olavarría, “Defensa de la Competencia y Arbitraje”, en *La aplicación privada del Derecho de la competencia* (Valladolid: Grafolex, 2011), 363.
 20. España. Audiencia Provincial de Madrid. Recurso de Apelación No. 319/2015, de 25 de septiembre de 2015.

Al respecto, la Audiencia Provincial de Madrid resolvió que, a pesar de que es perfectamente posible que un derecho subjetivo sea disponible y susceptible de renuncia o transacción, “La cláusula de sumisión, pese a la amplitud de su redacción, no puede ser considerada sino como llamada a surtir efectos en el contexto de polémicas interpartes que desemboquen en el ejercicio de acciones de índole contractual, pues tal es el recto entender del texto de la condición”.

Por tanto, la Audiencia Provincial de Madrid revocó el auto del juez *aquo* al considerar que la libre concurrencia no es de índole contractual y por ello no tiene su respaldo en el contrato celebrado entre las partes.

ANÁLISIS DE UN CASO HIPOTÉTICO

En el caso hipotético mencionado en la Introducción de este ensayo, MANCEPS se ve afectada por abuso de poder de mercado por negativa injustificada de venta de P por parte de ACME, quien plantea dos acciones simultáneas e independientes:

1. Denuncia ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM); y
2. Arbitraje por daños y perjuicios por abuso de poder de mercado ante la CEA.

La LORCPM tiene por objeto prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de poder de mercado de los operadores económicos.²¹ Dentro de los tipos de conductas que puede conocer y sancionar la SCPM se encuentra la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, conducta desarrollada por ACME.²²

La denuncia presentada ante la SCPM se sustancia conforme el procedimiento administrativo al tenor de lo establecido en el art. 53 y siguientes de la LORCPM.²³ Una vez concluida la investigación y el procedimiento administrativo sancionador,

21. LORCPM. “Art. 1. El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”.

22. LORCPM. “Art. 9.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general. En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son: (...) 9.- La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios”.

23. LORCPM. “Art. 53.- El procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano de la Ad-

la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la SCPM resuelve la existencia y sanción de la conducta de abuso de poder de mercado por negativa injustificada a satisfacer la demanda de compra o adquisición.

Este abuso de posición de dominio afecta al bienestar general y al mercado, por ende al orden público económico²⁴ entendido como “el conjunto de normas marco o generales contenidas en la Constitución Política que regulan los derechos y libertades de orden económico de las personas, la actividad económica del Estado y las relaciones de carácter económico entre ellos”.²⁵

Además, el abuso de ACME habría ocasionado un perjuicio directo y concreto a un particular –MANCEPS–, perjuicio que no ha sido resarcido por la imposición de una sanción contenida en la resolución de la SCPM. Por este motivo, la propia LORCPM establece en su art. 71²⁶ la posibilidad de que las personas que hayan sufrido algún tipo de perjuicio por la comisión de conductas prohibidas por esta Ley, incluyendo el abuso de poder de mercado, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas de derecho común. Incluso, el art. 79 del Reglamento para la Aplicación a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (RALORCPM)²⁷ indica que el juez que conozca de los daños y perjuicios particulares “fundamentará su fallo en los hechos y calificación jurídica ya establecidos en la resolución que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado”. Aquí existe un problema de jerarquía normativa ya que el art. 8 del Código Orgánico de la Función Judicial²⁸ exige la independencia entre la SCPM y el Poder Judicial. La diferencia

ministración Pública, por denuncia formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo”.

24. La mayoría de la doctrina considera que el carácter de las normas del Derecho de competencia son normas de orden público debido a que afectan principios generales del Estado y de la sociedad. Ver Alberto Dalla Via, *Derecho constitucional económico* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006), 155.
25. Sergio Diez Arzúa, *Personas y valores, su protección constitucional* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999), 182.
26. LORCPM. “Art. 71.- Responsabilidad civil.- Las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de actos o conductas prohibidas por esta Ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común. La acción de indemnización de daños y perjuicios será tramitada en vía verbal sumaria, ante el juez de lo civil y de conformidad con las reglas generales y prescribirá en cinco años contados desde la ejecutoria de la resolución que impuso la respectiva sanción”.
27. RALORCPM. “Art. 79.- Responsabilidad civil.- El juez que dictamine sobre las acciones civiles previstas en el artículo 71 de la Ley, fundamentará su fallo en los hechos y calificación jurídica ya establecidos en la resolución que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado emita respecto a los asuntos que hubiere conocido”.
28. Código Orgánico de la Función Judicial. “Art. 8.- Las juezas y jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de dere-

estaría en si la demanda arbitral se plantea una vez que exista el acto en firme de la SCPM o no.

Ello, por ejemplo, no sigue el criterio europeo que reseña la prejudicialidad administrativa antes de acudir ante los jueces y tribunales incluyendo el resarcimiento de daños y perjuicios.²⁹ En cambio, la Decisión 608 comunitaria andina y la LORCPM no exige la prejudicialidad u obligatoriedad de seguir lo resuelto por el órgano administrativo.

Por lo tanto, la resolución a ser dictada por la SCPM que determina el abuso de poder de mercado es insuficiente para resarcir los daños del afectado –MANCEPS– y constituir adecuada reparación de su detrimento particular,³⁰ en vista de que la LORCPM busca la reparación de los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores; mas no el resarcimiento de daños y perjuicios a los particulares derivados del cometimiento de conductas prohibidas anticompetitivas.

En el caso hipotético la cláusula arbitral convino someter las controversias entre ACME y MANCEPS incluyendo daños contractuales y extracontractuales a la decisión del Tribunal Arbitral. Al ser un caso especial de análisis, por la naturaleza de la relación que existe entre ACME y MANCEPS, se verá en el siguiente acápite que la responsabilidad de ACME respecto de MANCEPS podría ser contractual y extracontractual.

Por esta razón, el arbitraje en esta materia aparece en nuestra legislación como medio de solución de conflicto alternativo a la jurisdicción civil, es decir, se podrá acudir a los órganos arbitrales con relación a los aspectos patrimoniales que se deriven de conductas o infracciones contrarias al Derecho de la competencia.

chos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial. Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal, de acuerdo con la ley”.

29. Comisión Europea. Libro Blanco de Competencia (2008). El sistema para el resarcimiento de daños y perjuicios derivados de una práctica contraria al derecho de la competencia, solo es posible solicitar la nulidad y los daños y perjuicios derivados de un acto o acuerdo anticompetitivo tras acudir previamente a los órganos administrativos, con competencia exclusiva para la declaración de la existencia de conducta prohibida, obtener su resolución en el plazo que corresponda y esperar a que cobre firmeza lo que supone, si es recurrida, esperar a que se agote la vía judicial.
30. Código Civil. “Art. 1572.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente”.

Por ello, al tenor del art. 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación,³¹ el Tribunal Arbitral de la CEA sí es competente para conocer sobre la demanda de resarcimiento de daños y perjuicios planteada por MANCEPS a ACME.

Se recalca que la inexistencia, nulidad o ineficacia de un contrato que contiene un convenio arbitral no implica *ipso facto* la inexistencia, nulidad o ineficacia del convenio arbitral. Por consiguiente, el Tribunal Arbitral es competente para decidir la controversia así como para pronunciarse sobre estos supuestos que afectan al contrato.³² Por ende, la existencia y validez del convenio arbitral guarda directa vinculación con el principio Kompetenz-Kompetenz de los árbitros citado *supra*.

DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

La normativa ecuatoriana destaca que la responsabilidad civil o patrimonial puede nacer del dolo o la culpa conforme el título XXXIII del libro IV del Código Civil que trata sobre los delitos y cuasidelitos.³³

En el caso NIFA S. A. (hoy PROPHAR) *versus* MERCK SHARP DOHME INTER AMERICAN, la Corte Nacional de Justicia resolvió que:

conforme los artículos 244, numeral 3, de la Constitución Política de 1998, y artículos 2214 y 2229 del Código Civil, por el cuasidelito civil de negativa de venta por actos de desorganización del competidor dentro del Derecho de la Competencia Desleal, condena a la demandada, al pago de un millón quinientos setenta mil dólares de los Estados Unidos de América, por todo concepto indemnizatorio.³⁴

En consecuencia, la responsabilidad en la cual ha incurrido ACME es reconocida por la doctrina, y ha sostenido que:

-
31. Ley de Arbitraje y Mediación. Art. 7.- El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria. Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días.
 32. Guerrero, “El Principio Competence-Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”, 108.
 33. Código Civil. *Registro Oficial Suplemento* 46 de 24 de junio de 2005, establece el art. 2229 que, “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta”.
 34. Corte Nacional de Justicia. *Gaceta Judicial*, año CXIII, serie XVIII, No. 12. 4336. Quito, 21 de septiembre de 2012.

en Derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor. En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar el daño. En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede definírsela diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra.³⁵

De esta definición se desprende que la responsabilidad está vinculada de manera directa con aquella que define a la obligación, la cual, como bien lo menciona la doctrina y la jurisprudencia, no se encuentra definida por la intención o el propósito del autor al momento de realizar un acto u omisión, sino por el resultado o consecuencias que esta acción en concreto genera para otra persona.

El Código Civil al tratar las fuentes de obligaciones sigue esta línea al determinar en su art. 1453 que: “Las obligaciones nacen, [...] ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.

Desde este punto de vista, por el tipo de vínculo de la responsabilidad, se clasifica en contractual y extracontractual. Al tratar la primera, Alessandri, Somarriva y Vodanovic manifiestan que es aquella que se da como resultado de una sanción por el cometimiento de un ilícito contractual, entendiendo por ilícito el “daño causado a otro por la infracción de una obligación o relación jurídica específica preestablecida, sea que derive ella de un contrato, un cuasicontrato o de una disposición de la ley...”³⁶ Por tanto, este tipo de responsabilidad presupone la existencia de un contrato anterior a esta, el cual crea un vínculo entre dos o más personas imponiéndoles obligaciones determinadas. Empero, este contrato, si bien es el presupuesto para la existencia de este tipo de responsabilidad, no constituye su fuente en sí, ya que esta se genera inmediatamente después del incumplimiento, el cual se considera un hecho ilícito por vulnerar el ordenamiento jurídico.

En lo que respecta a la responsabilidad extracontractual, esta nace de un hecho ilícito como la responsabilidad contractual donde no existe un contrato de por medio, sino que vulnera directamente el principio *neminem laedere* el cual determina, “que el hombre, debe actuar de tal forma que sus actos no ocasionen daño a los demás”.³⁷ Por su parte, Alessandri, Somarriva y Vodanovic sobre esta responsabilidad extracontractual

35. Arturo Alessandri, *De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno*, 2a. ed. (Santiago de Chile: Imprenta Universitaria, 1943), 12.

36. *Ibid.*, 251.

37. Luis Parraguez, *Manual de Derecho civil ecuatoriano. Personas y familia* (Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2004), 160.

tual reconocen el deber genérico “de no infligir un daño injusto a alguien y su sanción es la obligación de indemnizarlo”.³⁸

Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido que para que se configure este tipo de responsabilidad civil además del vínculo contractual deben conjugarse tres elementos esenciales: el daño, la culpa y el nexo causal entre estos.³⁹

La jurisprudencia nacional, al tratar el daño como uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, ha declarado que:

El daño material existirá siempre que se cause a otro, un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades. Es aquel que se ocasiona al patrimonio material de la víctima, como conjunto de valores económicos. El daño material, con menoscabo del patrimonio material en sí mismo, puede dividirse en daño emergente y lucro cesante.⁴⁰

Por otro lado, al tratar el segundo elemento constitutivo de la responsabilidad civil, la jurisprudencia ha manifestado que:

La culpa consiste en no precaver aquello que ha podido precaverse o evitar; en una negligencia, es decir, un no haber previsto las consecuencias dañosas de la propia conducta. La culpa extracontractual, pues se traduce en una negligencia del hecho, que como consecuencia, origina el evento dañoso. Se concluye que la culpa consiste en la falta de previsión o cuidado, caracterizado siempre (ya se trate de culpa penal o civil, contractual o extracontractual) por la falta de cuidado o diligencia, descuido o imprudencia que produce un daño, sin intención de causarlo.⁴¹

Por último, con respecto al tercer elemento de la responsabilidad civil, la doctrina sostiene que en este tipo de responsabilidad “es necesaria la existencia de un vínculo causa-efecto, en donde por un lado se encuentra el perjuicio sufrido por uno de los contratantes, y por otro el hecho que lo genera, que consiste en el incumplimiento

38. Alessandri, Somarriva y Vodanovic, *Tratado de las obligaciones*, 2a. ed. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 252.

39. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Ex-Corte Suprema de Justicia. *Gaceta Judicial* No. 5 de 16 de noviembre de 2007. “Son presupuestos materiales para la procedencia de la responsabilidad civil extracontractual: la existencia de un daño material o moral, la culpabilidad del sujeto, y una relación de causa-efecto entre el hecho ilícito y el daño producido”.

40. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la antigua Corte Suprema de Justicia. *Gaceta Judicial* No. 10 de 29 de octubre de 2011.

41. Juzgado Octavo de lo Civil de Pichincha. Resolución No. 252-12. *Gaceta Judicial* 12 de 25 de julio de 2012.

doloso o culposo por parte del deudor. Este vínculo causal es lo que determinará el carácter indemnizable del daño.⁴²

Con ello se prueba el nexo entre la conducta del operador económico y el daño, de forma que la culpabilidad se formula y obliga a una compensación patrimonial peticionada por MANCEPS.

En este caso se conjugan los cuatro (4) elementos constitutivos de la responsabilidad contractual, y a su vez los tres (3) elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual en la actuación de ACME por lo siguiente:

- a) Existencia de vínculo contractual: ACME suscribió con MANCEPS un contrato válido, a través del cual se acordó la provisión de la materia prima P.
- b) El daño: ACME se rehusó a proveer la materia prima P de manera injustificada, ocasionando como resultado que MANCEPS no pueda obtenerla.
- c) La culpa: Al momento que ACME se negó en proveer la materia prima de manera injustificada, vulneró el derecho a realizar actividades económicas.⁴³
- d) El nexo causal: El acto por el cual ACME negó la entrega de la materia prima P le inhibió a MANCEPS a utilizarla y necesitaba hacerlo.

Por consiguiente, una vez que se demuestre la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad contractual y extracontractual, ACME podría ser declarado responsable de daños y perjuicios a MANCEPS por sus actos y omisiones por abuso de poder de mercado e incumplimiento contractual, lo cual genera como consecuencia la obligación de resarcir los daños y perjuicios causados a MANCEPS, para lo cual el Tribunal Arbitral considerará los daños de carácter patrimonial que abarca el daño emergente y el lucro cesante.⁴⁴

Al momento de cuantificar los daños se debe considerar que la indemnización no debe sobrepasar el objetivo esencial de la misma que es *reponer las cosas a su estado anterior*. Si esta reposición no es posible, se deberá hacerlo a través de medios económicos que permitan al perjudicado atenuar su detrimento, proporcionándole inclusive los recursos que ya no podrá obtener.

42. Marcela Castro, *Derecho de las obligaciones* (Bogotá: Temis, 2011), 22.

43. *Constitución de la República del Ecuador*. Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas (...) 15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

44. *Código Civil*. Art. 1572. “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”. Ecuador no posee la figura de daños punitivos.

Debe resaltarse que, por tratarse de un daño causado por una conducta que constituye una infracción a una norma de orden público, el Tribunal Arbitral deberá considerar esta circunstancia al momento de determinar el valor del daño, ya que el daño emergente y lucro cesante pueden ser insuficientes para la conducta de abuso de poder de mercado.

La afectación negativa de la actividad económica de MANCEPS podría generar un daño patrimonial, como es la pérdida de clientela, reducción de ventas e inclusive una disminución de cuota de mercado. Asimismo, la pérdida de ganancias de MANCEPS que fue frustrada a consecuencia de la conducta anticompetitiva. Por eso, la obligación del infractor (ACME) de resarcir los perjuicios ocasionados a las víctimas por su conducta ilícita es la consecuencia que se desprende de su responsabilidad civil.

Por su parte, en el supuesto de que la resolución administrativa de la SCPM se resolviera antes del laudo arbitral, el Tribunal deberá analizar los criterios y fundamentos al momento de fijar los daños.

CONCLUSIONES

1. En la legislación ecuatoriana solo la Superintendencia de Control del Poder de Mercado es competente para investigar, juzgar y sancionar conductas de abuso de poder de mercado que afecten al bienestar general, al mercado y a los consumidores. Esta resolución de la autoridad puede ser insuficiente para el agraviado de un acto de abuso de poder de mercado. Esta Superintendencia no es competente para determinar los daños directos a operadores económicos particulares.
2. Las personas naturales o jurídicas que se consideren vulneradas en sus derechos por un acto de abuso de poder de mercado tienen el derecho de acudir ante la jurisdicción ordinaria o a un Tribunal Arbitral –en el caso hipotético ante un Centro de Arbitraje– para ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios directos.
3. Hemos analizado si un Tribunal Arbitral debe o no esperar a la resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (prejudicialidad) antes de conocer y resolver sobre la acción de daños y perjuicios planteada ante ella. Según nuestro criterio, el Tribunal Arbitral no debe esperar y supeditarse a la resolución de la referida Superintendencia de declaración de existencia o inexistencia de abuso del poder de mercado, así como sus conclusiones no le son vinculantes.
4. En el caso hipotético analizado para la determinación de los daños y perjuicios ocasionados por un acto de abuso de poder de mercado, el Tribunal Arbitral deberá analizar los hechos, los actos, las pruebas y demás elementos para cuan-

tificar el daño particular producido por el infractor —el Demandado ACME—, es decir, como expusimos, sí es competente el Tribunal para resolver sobre el daño emergente y el lucro cesante del operador económico particular.

BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno*, 2a. ed. Santiago de Chile: Imprenta Universitaria, 1943.
- Alessandri, Arturo, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic. *Tratado de las obligaciones*, 2a. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- Castro, Marcela. *Derecho de las obligaciones*. Bogotá: Temis, 2011.
- Dalla Via, Alberto. *Derecho constitucional económico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006.
- Diez Urzúa, Sergio. *Personas y valores, su protección constitucional*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- Guerrero, Roger Rubio. “El Principio Competence-Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”. *Lima Arbitration*, No. 4 (2010-2011).
- Jijón, Alegría. “Reconciliando el principio Kompetenz-Kompetenz con la autoridad supervisora de las cortes nacionales”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6 (2014).
- Luis Parraguez. *Manual de Derecho civil ecuatoriano. Personas y familia*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2004.
- Medina, Graciela. *Cuantificación del daño*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2001.
- Olavarría, Jesús. *Defensa de la Competencia y Arbitraje*. En *La aplicación privada del Derecho de la competencia*. Valladolid: Grafotex, 2011.
- Velasco, Luis. *La aplicación privada del Derecho de la competencia*. Valladolid: Grafotex, 2011.

JURISPRUDENCIA

- Sala de lo Contencioso Administrativo de la Ex-Corte Suprema de Justicia. *Gaceta Judicial* No. 5 de 16 de noviembre de 2007.
- Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Ex-Corte Suprema de Justicia. *Gaceta Judicial* No. 10 de 29 de octubre de 2011.
- Corte Nacional de Justicia. *Gaceta Judicial*. Año CXIII. Serie XVIII, No. 12. 4336. Quito, 21 de septiembre de 2012.
- EE. UU. Sentencia del Tribunal de Apelación de 20 de marzo de 1968, caso *American Safety Equipment Corp. y Maguire & Co.* (2d Cir. 1968).
- EE. UU. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1985, caso *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth Mitsubishi*. 473 U.S. 614 (1985).

España. Tribunal Constitucional. Sentencias de 15/1989 (RTC 1989, 15) y 62/1991 (RTC 1991, 62).

España. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia Sección 15a. rec. 1408/9196, de 7 de junio de 2000.

España. Audiencia Provincial de Girona. Sentencia 292/2002 (Sección 1a.) de 29 de mayo de 2002.

España. Audiencia Provincial de Madrid. Recurso de Apelación No. 319/2015, de 25 de septiembre de 2015.

NORMATIVA

Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009.

Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Registro Oficial Suplemento 153 de 25 de noviembre de 2005.

Convención de Eficacia de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. Registro Oficial Suplemento 153 de 25 de noviembre de 2005.

Decisión 608 de la Comunidad Andina. Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina. *Registro Oficial Edición Especial* de 25 de febrero de 2008.

Decisión 616 de la Comunidad Andina. Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador, de 15 de julio de 2005.

Decreto Presidencial 1614 de 2009, *Registro Oficial* No. 558 de 27 de marzo de 2009.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de marzo de 2011.

Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial 697 de 7 de mayo de 2012.

Resolución 03-2009 de la Secretaría General de la Comunidad Andina. *G.O.A.C.* Año XXVI, No. 1723, 10 de junio de 2009.

Fecha de recepción: 20 de abril de 2017

Fecha de aprobación: 31 de mayo de 2017