

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Los límites al resarcimiento de daños y perjuicios
derivados de una conducta anticompetitiva**

Juan Andrés Pazmiño Mejía

Jurisprudencia

Trabajo de titulación como requisito para la obtención de título de
Abogado

Quito, 20 de noviembre de 2022

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Juan Andrés Pazmiño Mejía

Código: 00206171

Cédula de identidad: 1718863721

Lugar y Fecha: Quito, 20 de noviembre de 2022

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>

LOS LÍMITES AL RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE UNA CONDUCTA ANTICOMPETITIVA.¹

THE LIMITS TO COMPENSATION FOR DAMAGES DERIVED FROM AN ANTICOMPETITIVE CONDUCT.

Juan Andrés Pazmiño Mejía²
jandrespazmino@gmail.com

RESUMEN

El presente trabajo, mediante una metodología deductivo-analítica, tiene como propósito discutir acerca de la necesidad de establecer una prejudicialidad previo a que se habilite la posibilidad de ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios derivados de una conducta anticompetitiva. Esta prejudicialidad es la investigación a manos de la agencia de competencia. La legislación ecuatoriana que trata sobre este asunto muestra contradicciones y deficiencias para el ejercicio del derecho a ser indemnizado por un menoscabo resultado de un acto anticompetitivo. Ante esto, el trabajo analiza la normativa vigente y los factores que deben tomarse en consideración para adoptar medidas que faciliten el efectivo ejercicio del derecho a ser resarcido y garanticen el cumplimiento de las políticas de competencia ecuatorianas.

ABSTRACT

This paper, through a deductive-analytical methodology, has the purpose of discussing the need to establish a prejudiciality prior to enabling the possibility of exercising an action for compensation of damages derived from an anticompetitive conduct. This prejudiciality is the investigation at the hands of the antitrust authority. The Ecuadorian legislation that deals with this matter shows contradictions and deficiencies for the exercise of the right to be compensated after having suffered impairment as a result of an anticompetitive conduct. Given this, this paper analyzes the current regulations and the factors that must be taken into consideration to adopt measures that facilitate the effective exercise of the right to be compensated and guarantee compliance with Ecuadorian competition policies.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Esteban Pérez Medina.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Organica de Educación Superior.

PALABRAS CLAVE

Prejudicialidad, daños y perjuicios, conductas anticompetitivas, agencia de competencia.

KEYWORDS

Prejudiciality, damages, anticompetitive conduct, antitrust authority.

Fecha de lectura: 20 de noviembre de 2022

Fecha de publicación: 20 de noviembre de 2022

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO NORMATIVO.- 4. RESTRICCIÓN AL DERECHO A SER RESARCIDO Y ANTINOMIA NORMATIVA.- 5. CUESTIONES PRÁCTICAS DE LA ACCIÓN DE RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS Y LAS INVESTIGACIONES EN SEDE ADMINISTRATIVA.- 6. CONCLUSIONES.- 7. RECOMENDACIONES.

1. Introducción

Conforme las normas del derecho común, no existen dudas respecto de la necesidad de resarcir los daños y perjuicios que una persona, ya sea natural o jurídica, pueda provocar a otra. Esto con la finalidad de devolver al afectado a la situación en la que se encontraba previo al hecho que provocó el daño en cuestión.³ Incluso cuando hablamos de hechos que no son contrarios a la Ley en sentido expreso, pero que igual producen un menoscabo, se genera esta obligación de resarcimiento. Es decir, a pesar de que no se encuentre tipificada una conducta de manera específica, el simple hecho de que provoquen un daño hace que el responsable de dicha conducta sea obligado a resarcir los daños y perjuicios que provocó la misma.

Dicho esto, el Derecho también tiene la obligación de proveer los medios adecuados para garantizar que los afectados no se queden en indefensión una vez que hayan sufrido un menoscabo. Por esta razón, los ordenamientos jurídicos han planteado mecanismos que se adecuan a las diversas formas en las que se podrían presentar los daños. No solo existen un sin fin de hechos que pueden conllevar un daño, sino que existen múltiples situaciones alrededor de estos hechos que podrían afectar tanto la responsabilidad de los involucrados como el nexo entre los actos y los daños. Considerar estos factores es lo que ha obligado al Derecho a encontrar diferentes maneras, en base a las circunstancias que envuelven a cada situación, para crear procesos que sean más adecuados para un determinado conflicto.

La separación del Derecho en distintas ramas ha ayudado a la efectiva consolidación de dichos mecanismos, como por ejemplo, la creación de procedimientos específicos para causas Civiles, Penales o Administrativas. Siendo el Derecho Civil y Penal los principales

³ Machado López *et al.*, “Reparación integral en el sistema jurídico ecuatoriano; ¿derecho público o privado?”, *Revista Espacios* Vol. 39 (2018), 14.

referentes al momento de referirnos al Derecho de Daños, es claro que es aquí en donde existe un mayor desarrollo sobre la materia. En el Ecuador, las normas que regulan el derecho a ser resarcido, tanto para las causas estrictamente civiles como aquellas ligadas al ámbito penal, se encuentran claramente establecidas en el Código Civil. Sin embargo, existen vínculos con varias ramas del Derecho dentro de las cuales los mecanismos eficaces para el resarcimiento de daños y perjuicios no han sido analizados y desarrollados de manera suficiente. Siendo este el caso del Derecho de la Competencia,⁴ rama dentro de la cual no se ha discutido exhaustivamente la manera más eficiente para conocer las acciones de daños y perjuicios que se deriven de actos anticompetitivos, más aún dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En el presente trabajo se emplea el método deductivo, ya que partimos del análisis de las normas ecuatorianas que regulan el ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios derivado de una conducta anticompetitiva. Estas, y todas las normas que atañen al Derecho de la Competencia, se encuentran contempladas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) y su respectivo reglamento. Es a partir de estas normas, esencialmente procesales, que revisamos cuales son las diferentes aristas que se deben tomar en consideración para regular el ejercicio de la acción antedicha. Entre estas aristas se analiza el respeto a principios sobre los cuales se basa la Función Judicial, posibles problemas probatorios en un proceso civil de indemnización por actos contrarios a la libre competencia y, entre otros, decisiones discrepantes entre las instancias civiles y administrativas.

A través de esta metodología se pretende exponer por qué el régimen de resarcimiento de daños y perjuicios derivados de actos anticompetitivos debe tener una prejudicialidad administrativa, por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), previo a que se pueda abrir un proceso ante la Función Judicial. El presente trabajo también se desarrolla mediante el uso de las metodologías dogmáticas y cualitativas que pretenden explicar las falencias de permitir que se acuda a un juez de lo civil sin antes existir una resolución ejecutoriada por parte del órgano público encargado de investigar y sancionar estas conductas.

⁴ Ver, María Guillem, “El Derecho de la Competencia”, *Revista Jurídica Facultad de Jurisprudencia Universidad Católica de Santiago de Guayaquil* (2010), (explicando las nociones generales del Derecho de la Competencia).

2. Estado del arte

En el marco del Derecho de la Competencia, nos encontramos con que su aplicación no se ve limitada al órgano estatal encargado de investigar y sancionar actos anticompetitivos. Por el contrario, es doctrinariamente reconocido que existen dos sistemas de aplicación distintos: el público y el privado.⁵ Cada sistema persigue fines específicos, pero convergen en el objetivo general que persigue el Derecho de la Competencia como rama del Derecho. Los elementos de este objetivo han sido sujetos a un sin fin de discusiones académicas, siendo sus principales referentes la Escuela de Chicago y la Escuela de Harvard, que finalmente han derivado en la Escuela post-Chicago.⁶ Sin embargo, con el afán de no adentrarnos en las minucias del debate doctrinario, en términos generales, el objetivo del Derecho de la Competencia se puede establecer como la protección al proceso competitivo. Es importante mencionar que especificar qué exactamente involucra el “proceso competitivo” también ha sido tema de debate dentro del ámbito económico.⁷ La escuela de economía austriaca es la que más frecuentemente ha desarrollado sobre este tema.

Los sistemas de aplicación tanto público como privado, más allá del objetivo general que persigue el Derecho de la Competencia, también buscan cumplir con objetivos específicos como los son prevenir conductas anticompetitivas, sancionarlas e indemnizar daños derivados de estas conductas.⁸ La existencia de distintos sistemas de aplicación del Derecho de la Competencia son a su vez una respuesta a la existencia de dos tipos de responsabilidades vinculadas a una conducta anticompetitiva: la responsabilidad civil y la responsabilidad administrativa. Vale mencionar que también existe la responsabilidad penal, aunque esta no concierne al presente análisis. A continuación una breve explicación de cada una de las responsabilidades vinculadas a un acto anticompetitivo.

⁵ Patricia Pérez-Fernández, “¿Aplicación pública o aplicación privada del Derecho de la Competencia?”, *Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Castilla-la Mancha* (Seminario permanente de ciencias sociales, 2011).

⁶ David Quinteros-Ríos, “La aplicación pública del derecho de la competencia en las escuelas de Chicago y de Harvard: Evolución y aplicación en Colombia.” *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia* (2021).

⁷ Herbert Hovenkamp. “The Slogans and Goals of Antitrust Law.” *Faculty Scholarship at Penn Carey Law* (2022), 44-51.

⁸ David Sperber. “¿Un tribunal arbitral puede resolver daños a la libre competencia entre particulares en Ecuador?” *Foro: Revista de derecho Nro. 26* (2016), 56.

La responsabilidad administrativa es aquella que nace cuando se contravienen las normas de competencia cuya potestad sancionadora recae sobre la Administración Pública. A su vez, la responsabilidad civil tiene su origen de dos formas, contractual y extracontractual. A través de ambas podrían configurarse actos anticompetitivos. En estos casos, la responsabilidad tiene su origen en las normas del Código Civil que introducen el principio de “alterum non laedere” que se traduce como el deber general de no dañar.⁹ Como se puede deducir, por un lado, la responsabilidad administrativa es aquella que está ligada con el sistema de aplicación público y, por el otro, la responsabilidad civil es aquella que está ligada con el sistema de aplicación privado.

Ahora, en concordancia con lo comentado anteriormente, acorde a las palabras de Horacio Vedia, el sistema público es el que funciona y se ejerce desde una institución del Estado.¹⁰ Esta institución u organismo estatal será el encargado de investigar posibles conductas anticompetitivas, así como sancionarlas en caso de que se encuentren tipificadas y se hayan configurado. Según la página oficial de la autoridad de competencia ecuatoriana, al exponer cuales son los objetivos que persiguen, y por ende aquellos que tiene el sistema de aplicación público, estipulan que la SCPM tiene la finalidad de:

Garantizar la libre competencia [...] mediante la prevención, corrección, eliminación y sanción de todas aquellas prácticas anticompetitivas que afecten el mercado, buscando la eficiencia económica, el comercio justo y el bienestar del consumidor.¹¹

En otras palabras, desde la esfera de la administración pública la finalidad es la de proteger el mercado como tal; proteger intereses generales. Respecto de esta, cabe mencionar que una de las características que más diferencia al sistema de aplicación público del privado es que el proceso se lleva de forma vertical entre la agencia de competencia y el operador económico investigado. Esta verticalidad corresponde al hecho de que la agencia de competencia tendrá varias atribuciones que la ayudaran en su investigación, mientras que el operador económico no las tendrá.¹² En el Ecuador, dentro de este sistema de aplicación, nos

⁹ *Alterum non laedere*. Definición, *Real Academia Española*. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/alterum-non-laedere> (Último acceso 16 de octubre 10 de 2022).

¹⁰ Horacio Vedia. “*Competition Law Enforcement & Compliance across the World: Systems, Institutions and Proceedings*” (tesis doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2014), 40.

¹¹ Superintendencia de Control del Poder de Mercado, “*Hablemos de competencia*”, SCPM, acceso el 18 de octubre de 2022, www.scpm.gob.ec/sitio/hablemos-de-competencia-seccion.

¹² Hernán Aurelio Chiriboga, “*La Arbitrabilidad del Derecho de la Competencia*” (tesis de grado, Universidad San Francisco de Quito, 2016), 21.

encontramos con que los procesos de investigación nacen, como regla general, de dos fuentes: a petición de parte y de oficio por parte de la autoridad de competencia.¹³

En contraste, el sistema de aplicación privado del Derecho de la Competencia ocurre ante los jueces que forman parte de la Función Judicial. Este nace y se desarrolla con base en los intereses particulares de las partes, tanto aquellas que han sido afectadas por una conducta anticompetitiva, como por el operador económico al cual se está acusando.¹⁴ El sistema privado tiene como finalidad proteger los intereses particulares de aquellos que se han visto afectados por un acto anticompetitivo. Su desarrollo se da a través de un proceso judicial. La mayor diferencia que existe entre el sistema privado, en comparación con el sistema público, es que este proceso será horizontal. La razón de esto es que en los procesos judiciales no formará parte la Administración Pública, sino que las partes involucradas serán ambas privadas.¹⁵ Ninguna de las partes tendrá las atribuciones especiales de la agencia de competencia para investigar y probar los hechos relevantes para el caso.

Ahora, para lo que concierne al presente trabajo, es necesario mencionar que dentro del sistema de aplicación privado existen diversas formas de aplicación del Derecho de la Competencia. No nos limitamos a una general como podría pensarse. Doctrinariamente, estas diferentes aplicaciones se han categorizado dependiendo del contexto en el que se presentan, no tanto por la naturaleza de las mismas. Dicho esto, en el sistema de aplicación privado nos encontramos que las formas de aplicación pueden clasificarse de tres formas. La primera será mediante lo que se conoce como argumentos de escudo o espada; las segundas con aplicaciones a título principal o incidental; y, la tercera, mediante acciones dependientes o independientes.¹⁶ En ninguno de estos casos, las clasificaciones son excluyentes.

Para el presente análisis, resulta suficiente limitarnos a la distinción que existe entre las acciones independientes en contraste con las acciones dependientes. Las primeras, también conocidas como “*stand-alone actions*”, tienen como elemento característico el hecho de que no haya pronunciamiento ni investigación previa por parte de la autoridad de competencia, ya sea nacional o regional. Esto querrá decir que las partes serán las encargadas

¹³ Artículo 38, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [LORCPM]. Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011.

¹⁴ Hernán Aurelio Chiriboga. “*La Arbitrabilidad del Derecho de la Competencia*”, 22.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ Horacio Vedia. “*Competition Law Enforcement & Compliance across the World: Systems, Institutions and Proceedings*”, 201-202.

de descubrir y probar los actos anticompetitivos por su cuenta dentro de un proceso judicial.¹⁷ En contraste, las acciones dependientes se dan en aquellos procesos judiciales que se inician posterior a un proceso administrativo llevado por la autoridad de competencia.¹⁸

Es necesario entender esta distinción para posteriormente analizar por qué razones es necesario limitar al ordenamiento jurídico ecuatoriano a las acciones dependientes. En otras palabras, comprender la diferencia entre las acciones dependientes e independientes nos permitirá analizar cómo el sistema de aplicación privado del Derecho de la Competencia debe necesariamente ir posterior al sistema de aplicación público. Al decir esto, planteamos que dentro del sistema de aplicación privado, no debe haber acciones independientes ya que es necesario que exista un pronunciamiento previo por parte de la SCPM, es decir, una prejudicialidad.

3. Marco normativo

Como se comentaba anteriormente, el régimen ecuatoriano de Competencia se encuentra regulado, de manera especializada, desde octubre de 2011 en la LORCPM. Este es el código que legitima la existencia del sistema de aplicación público del Derecho de la Competencia ecuatoriano. Como contraparte, para el sistema de aplicación privado, el régimen de resarcimiento de daños y perjuicios se encuentra normado en el Código Civil. A continuación, se presentarán las normas que versan sobre el régimen de indemnización de daños y perjuicios procedentes de una conducta anticompetitiva en el Ecuador, enfocándonos primordialmente en aquellas que regulan el procedimiento para la resolución de dichas causas. Esto con el fin de determinar por qué en el Ecuador debe existir prejudicialidad administrativa previo a una reparación por daños y perjuicios por actos anticompetitivos.

3.1 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

Con su entrada en vigor en octubre de 2011, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado regula, por primera vez en un cuerpo normativo interno, los actos de operadores económicos nocivos o potencialmente nocivos para el mercado. Estas conductas, como se puede apreciar dentro del artículo 1 de la Ley donde establece el objeto

¹⁷ Horacio Vedia. “*Competition Law Enforcement & Compliance across the World: Systems, Institutions and Proceedings*”, 202.

¹⁸ *Ibíd.*

que persigue, serían los abusos del poder de mercado, los acuerdos colusorios u otras prácticas restrictivas, las prácticas desleales y las concentraciones económicas.¹⁹

Como establece la LORCPM en el artículo 38, la regulación de estas conductas abre dos caminos para la aplicación de medidas y sanciones que serían aquellas impulsadas a petición de parte, por los mismos operadores económicos, y aquellas iniciadas por la autoridad de competencia actuando de oficio. En el mismo artículo la LORCPM presenta una lista de atribuciones que ejercerá la SCPM en busca de cumplir con los objetivos planteados por la Ley. Entre estos, para el presente trabajo, vale mencionar la realización de estudios e investigaciones, así como también la sustanciación de los procedimientos en sede administrativa.²⁰

En lo que concierne a la responsabilidad civil por daños y perjuicios derivados de cualquier conducta anticompetitiva prohibida por la LORCPM, encontramos que esto se encuentra regulado en el artículo 71. Este artículo habilita a las personas, jurídicas o naturales, que se vean afectadas por aquellas conductas a “ejercer la acción de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común.”²¹ Finalmente, establece que esta prescribirá en el lapso de cinco años contados a partir desde “la ejecutoria de la resolución que impuso la respectiva sanción.”²²

3.2 Código Civil

El Código Civil ecuatoriano, reformado por última vez el 14 de febrero de 2022, se encarga de regular y facultar a las personas jurídicas y naturales para que ejerzan la acción de resarcimiento de daños y perjuicios por daños contractuales y extracontractuales. En el artículo 2214 del Código Civil se materializa el principio “*alterum non laedere*” entendido como el deber de no dañar.²³ Doctrinariamente, se entiende que este principio abarca cualquier tipo de daño ya que consagra que cualquiera que ha sufrido un daño debe ser resarcido por el culpable del mismo, simplemente por haber vulnerado el deber objetivo de cuidado.²⁴ A su vez, el artículo 2229 complementa lo mencionado al establecer que la persona

¹⁹ Artículo 1, LORCPM.

²⁰ Artículo 38, LORCPM.

²¹ Artículo 71, LORCPM.

²² Artículo 71, LORCPM.

²³ Artículo 2214, Código Civil [CC]. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio del 2005.

²⁴ Flores; Izquierdo; Guzmán, “La vigencia del *alterum non laedere* en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ¿un principio general o un deber jurídico?”, *USFQ Law Review* Vol. 8, núm. 1 (2021), 168-170.

a la que se le pueda imputar un daño, ya sea por malicia o negligencia, estará en la obligación de repararlo.²⁵

3.3 Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado

El Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado entra en vigencia en mayo del 2012 para establecer las normas necesarias para la aplicación de la LORCPM. En lo que concierne al presente trabajo, respecto de la responsabilidad civil derivada de conductas anticompetitivas, el RLORCPM en el artículo 79 hace alusión a la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, misma que comenta la LORCPM en su artículo 71. En este, el reglamento establece que el juez en sede judicial que conozca y deba pronunciarse sobre la acción civil de daños y perjuicios “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.”²⁶ Es decir, el juez de lo civil deberá fundamentar su decisión en base al criterio que la autoridad de competencia tenga al respecto de los hechos y la calificación de la conducta anticompetitiva que se le ha presentado previamente.²⁷ De esta forma, este artículo impone una prejudicialidad.

3.4 Código Orgánico de la Función Judicial

El Código Orgánico de la Función Judicial presenta en sus primeros artículos los principios y disposiciones fundamentales respecto de las que deberá basarse la Función Judicial en el Ecuador. En el artículo octavo de este Código nos encontramos con la materialización del principio de independencia judicial. Este principio consagra que los jueces de la República únicamente están sometidos a la Constitución, instrumentos internacionales favorables a los derechos humanos y a la Ley, declarando así su total independencia respecto de las demás instituciones del Estado, incluso el resto de órganos que conforman a la Función Judicial.²⁸ Esto resultará importante al analizarse el posible impacto que nace de la sujeción establecida por el artículo 79 del RLORCPM respecto de la acción de la que habla el artículo 71 de la LORCPM, donde el juez civil deberá basar su fallo en lo establecido por la autoridad de competencia.

²⁵ Artículo 2229, CC.

²⁶ Artículo 79, Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [RLORCPM]. Registro Oficial 697 de 7 de mayo de 2012.

²⁷ Artículo 79, RLORCPM.

²⁸ Artículo 8, Código Orgánica de la Función Judicial [COFJ]. Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009.

4. Restricción al derecho a ser resarcido y antinomia normativa

El RLORCPM, en su artículo 79 nos presenta con la necesidad de que el juez de lo civil fundamente “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.”²⁹ Esto establece una prejudicialidad para el accionante que busca hacer efectivo su derecho a ser indemnizado por el daño que ha sufrido. Según la Real Academia Española, en su diccionario panhispánico del español jurídico, las cuestiones prejudiciales deben ser entendidas como aquellas que deben ser resueltas previo al pronunciamiento, ya que este pronunciamiento se basará en lo resuelto con anterioridad al mismo.³⁰

El artículo 79 del RLORCPM ordena al juez de lo civil que fundamente su fallo en la resolución de la SCPM, estableciendo así que este deba esperar hasta que, en efecto, exista una resolución ejecutoriada para conocer la causa. A su vez, esto querrá decir que de presentarse una acción de resarcimiento por daños y perjuicios la demanda será desechada por el juez aunque luego pueda admitirse una nueva cuando exista una resolución ejecutoriada por la autoridad de competencia. Esto, en el supuesto de que aún no la haya, donde simplemente se admitirá la demanda y la decisión de los jueces se fundamentará en esta.

Esta subordinación que plantea el artículo 79 del RLORCPM nos presenta con una manifiesta restricción al derecho a ser resarcido por actos anticompetitivos, como, en un principio, busca establecer el artículo 71 de la LORCPM. Esto es aún más evidente cuando consideramos que el artículo 71 de la LORCPM menciona que la acción de resarcimiento por daños y perjuicios derivada de actos prohibidos por la LORCPM, será tramitada por vía sumaria.³¹ Establecer que dicha acción deba llevarse a cabo dentro de un proceso sumario deja en evidencia que la intención del legislador era la de proporcionar al afectado por actos anticompetitivos una reparación acelerada en comparación con aquella que pueda obtenerse por vía ordinaria. A partir de estas consideraciones es posible establecer que existe una

²⁹ Artículo 79, RLORCPM.

³⁰ Cuestión prejudicial. Definición, Real Academia Española. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/cuesti%C3%B3n-prejudicial> (Último acceso 22 de septiembre de 2022).

³¹ Artículo 79, LORCPM.

restricción al derecho a ser resarcido por daños y perjuicios, contemplado por las normas del Código Civil y la LORCPM.

De igual modo, lo planteado por el artículo 79 del RLORCPM representa una antinomia normativa con las normas de dos diferentes cuerpos normativos. En primer lugar, como se ha comentado, con lo establecido por la LORCPM, pero también con el Código Orgánico de la Función Judicial. Ante esto, deberá tomarse en consideración lo establecido por el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador.³² En este artículo no solo se encuentra el orden jerárquico de aplicación de las normas, sino que su segundo inciso establece el criterio que deberá ser empleado para solucionar antinomias: criterio jerárquico.³³

Ahora, empezamos con la antinomia que existe entre el RLORCPM y una de las normas del Código Orgánico de la Función Judicial. Este código en su artículo 8 consagra la independencia para los jueces en su ejercicio de la potestad jurisdiccional respecto de cualquier influencia externa. Este artículo establece que “ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial.” Por esta razón, se puede argumentar que condicionar la decisión del juez a la resolución de la SCPM es establecer que haya una intervención directa por parte de los funcionarios de la SCPM hacía las funciones del juez en el ejercicio de su potestad jurisdiccional; específicamente, la de decidir acerca de los hechos y calificación jurídica de los mismos. Considerando esto, la aplicación del artículo 79 del reglamento representa una potencial vulneración al principio de independencia consagrado en el Código Orgánico de la Función Judicial.

Ahora, a pesar de esto, no se debe dejar a un lado que lo pretendido por el RLORCPM pueda encontrar su fundamento en consideraciones que el Órgano Legislativo no percibió al momento de legislar la LORCPM. El juez de lo civil, al momento de analizar y emitir un juicio sobre temas que no son su área de experticia, puede encontrarse con ciertos problemas que dificultan una decisión apegada a la realidad de los hechos. Entre estos, encontramos que el punto preponderante para que exista una necesidad para el juez de basar

³² Artículo 425, Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

³³ Ver, Juan Francisco Guerrero, “La Derogación de Normas Jurídicas y Principios de Solución de Antinomias”, *Revista Ruptura Asociación Escuela de Derecho PUCE* (2020), 227-252, (sobre los criterios de solución de antinomias).

su decisión en los establecido previamente por la SCPM son el acceso a la prueba y la valoración de los hechos. Por un lado, mientras que en la instancia administrativa, en el sistema de aplicación público, la autoridad de competencia cuenta con facultades de investigación que facilitan el acceso a la prueba, la instancia judicial se basará en lo proporcionado por las partes. Por otro lado, la calificación y valoración de los hechos por parte de la SCPM será más técnica y profunda que aquella que un juez de lo civil será capaz de realizar por su falta de experiencia.³⁴

Continuando en esta línea, también es evidente que existe una antinomia entre el artículo 71 de la LORCPM y el artículo 79 de su reglamento. Esto a raíz de que la LORCPM plantea que el afectado por una conducta anticompetitiva podrá ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios con arreglo a las normas de derecho común, esas normas no exigen prejudicialidad.³⁵ Por el otro lado, el artículo 79 del RLORCPM claramente impone una prejudicialidad para hacer uso de la acción de resarcimiento al establecer que los jueces deben fundamentar su fallo en base a ciertos criterios previamente establecidos mediante resolución por la SCPM.³⁶

Por último, vale mencionar que ambas antinomias se pueden resolver fácilmente siguiendo el criterio de solución de antinomias establecido en el artículo 425 de la Constitución.³⁷ Esta aplica únicamente en aquellos casos en donde las normas contradictorias se encuentran en distintos niveles jerárquicos. En este análisis, la norma que provoca la antinomia es un reglamento, mientras que los cuerpos normativos con los que existe contradicción tienen ambos rango de ley orgánica. Consecuentemente, el artículo que debe ser aplicado en estos casos por orden jerárquico es el 71 de la LORCPM por encima del artículo 79 del reglamento. Esto no necesariamente es lo adecuado para resolver estos casos.

5. Cuestiones prácticas de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios y las investigaciones en sede administrativa

³⁴ Horacio Vedia. *“Competition Law Enforcement & Compliance across the World: Systems, Institutions and Proceedings”*, 202.

³⁵ Artículo 71, LORCPM.

³⁶ Artículo 79, RLORCPM.

³⁷ Artículo 425, Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Como se ha mencionado en el anterior apartado, la necesidad o no de una cuestión prejudicial para el resarcimiento de daños y perjuicios por actos anticompetitivos debe ser analizada para medir los efectos que esto tendría en la práctica, tanto desde la perspectiva del afectado como para el juez que resolverá sobre la causa. En principio, vale la pena dividir las cuestiones entre aquellas que se dan durante la sustanciación de la causa y aquellas que se dan anterior o posterior a esta. Concretamente, las primeras se originan durante el iter probatorio y están vinculadas con el estándar que se maneja en cada una de las sedes y con la capacidad de obtención de pruebas. Por el otro lado, las segundas guardan relación con las decisiones de las autoridades competentes y la eficiencia administrativa al momento de investigar posibles conductas contrarias a la LORCPM.

5.1 Cuestiones que surgen durante la sustanciación de la causa

5.1.1 Régimen probatorio

Mientras que el sistema de aplicación público del Derecho de la Competencia en Ecuador se sustancia en sede administrativa, a cargo de la SCPM, el sistema de aplicación privado, específicamente los procesos iniciados para el resarcimiento de daños y perjuicios, se lleva a cabo frente a los jueces que forman parte de la Función Judicial. Esto implica que en ambos procedimientos habrá diferencias al momento de probar los hechos que configuran o no una determinada conducta anticompetitiva, empezando por el ya mencionado hecho de que la carga probatoria en sede judicial estará a cargo de las partes involucradas, mientras que en sede administrativa esta carga recae sobre la autoridad de competencia. A continuación, se presentarán algunos de los puntos a que nuestro criterio se debería tomar en consideración para determinar por qué en el contexto ecuatoriano debería haber prejudicialidad.

a) Estándar de prueba

Como primer punto, es menester entender lo que implica el concepto de estándar de la prueba dentro de un proceso para ver si existen diferencias en la instancia administrativa y la judicial. Erróneamente, este suele ser concebido como el nivel de confianza o persuasión que un tribunal tendrá sobre determinados hechos.³⁸ Esto no es cierto, en realidad “[...] lo

³⁸ Andrés Fuchs Nissim. “El estándar de prueba aplicable en casos de carteles: una propuesta de debate para la denominada Agenda Anti-Abusos”, *Centro de Competencia: Universidad Adolfo Ibáñez* (2020), 4.

que el estándar de prueba determina no es un grado de convicción, convencimiento o persuasión sobre el estado mental del juzgador, sino que lo que realiza es establecer si ese grado de corroboración es suficiente para tener por probada la hipótesis o no.”³⁹ En otras palabras, los estándares de prueba deben ser entendidos como umbrales.

En el sistema jurídico ecuatoriano, y en general en los sistemas jurídicos de derecho civil, el estándar de la prueba en la rama de lo civil no ha sido establecido de manera detallada, por no decir de manera objetiva. En contraste, en el Derecho Penal es conocido que el estándar de la prueba es el de “la duda razonable”, donde la prueba debe llevar al juez a un convencimiento “más allá de toda duda razonable.”⁴⁰ En esta, juega un papel fundamental la del “beneficio de la duda,” cuyo fundamento parte de que es “mucho más grave una condena falsa que una absolución falsa.”⁴¹ Esta diferencia entre estándares de prueba corresponde al hecho de que “[...] usualmente ese grado de corroboración dependerá de la naturaleza del proceso de que se trate.”⁴² Precisamente esa diferencia en la naturaleza de los procesos es lo que nos lleva a analizar el estándar dentro de las investigaciones administrativas por las agencias de competencia y los procesos judiciales.

En el Derecho Civil, la doctrina habla de la “preponderancia de la evidencia”.⁴³ Sobre este estándar, se han propuesto dos teorías. La primera considera que la probabilidad de que se haya dado X suceso deba ser “[...] simplemente más probable que su negación; y la [segunda] implica determinar que [la probabilidad de X] es 50% más probable que su negación.”⁴⁴ La teoría respecto de la preponderancia de la evidencia que establece que el estándar de prueba deba ser que la probabilidad de X sea mayor a su negación, o entendido de otra manera el de 50+1%, es la comúnmente adoptada por los países con sistemas jurídicos de Derecho Civil; en los sistemas anglosajones prepondera la teoría contraria.⁴⁵ Como se desprende de ambas teorías sobre el estándar de la preponderancia de la evidencia, no existe realmente un criterio objetivo con el cual la Función Judicial pondera la prueba aportada para

³⁹ *Ibíd.*, 5.

⁴⁰ Edgar R. Aguilera. “El concepto de estándar de la prueba”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Vol. 4 (2008), 99.

⁴¹ *Ibíd.*, 95.

⁴² Andrés Fuchs Nissim. “El estándar de prueba aplicable en casos de carteles: una propuesta de debate para la denominada Agenda Anti-Abusos”, 5.

⁴³ Edgar R. Aguilera. “El concepto de estándar de la prueba”, 100.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ Edgar R. Aguilera. “El concepto de estándar de la prueba”, 100.

probar los hechos del caso. Considerando que el juez que conocerá la causa no tiene una preparación o experticia en el área del Derecho de la Competencia, este estándar, que se podría decir que resulta algo tenue, podría ser perjudicial para los acusados de cometer conductas anticompetitivas dado que este será mucho menos riguroso.

En el Ecuador la LORCPM no hace mención del tema, pero el RLORCPM alude a este en su artículo 4. Titledo “criterio general de evaluación”, este menciona que para valorar si es que un determinado acto o conducta efectivamente es anticompetitiva la autoridad de competencia:

[...] Analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tiene por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.⁴⁶

Empero, “[...] el sistema de valoración de la prueba no es lo mismo que el estándar de prueba.”⁴⁷ Esto quiere decir que el ordenamiento jurídico ecuatoriano no contempla un estándar probatorio para los casos de competencia que se sustancian en sede administrativa. Ni la jurisprudencia ecuatoriana, ni las guías o resoluciones de la SCPM, han dado luz sobre un posible estándar de prueba aplicable en el marco del Derecho de la Competencia nacional. No obstante, podemos encontrar una referencia en el artículo 17 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea donde se determina que los Estados miembros deben garantizar que ninguno de sus estándares de prueba imposibiliten o dificulten de manera excesiva la determinación de una conducta anticompetitiva.⁴⁸ Esto se puede interpretar de manera tal que parecería tener una mayor similitud con el estándar de lo civil, con mayor flexibilidad, en comparación con el penal cuyo estándar aplicado al Derecho de la Competencia podría, efectivamente, dificultar la prueba de los hechos. Dicho esto, nada se comenta sobre un estándar, solo se menciona que este no deberá ser excesivo.

Más cercano a nuestro entorno, podemos mencionar una de las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia chileno realizada sobre casos de carteles. La sentencia TDLC No. 119/2012 del tribunal chileno, por primera vez se refiere al estándar de

⁴⁶ Artículo 4, RLORCPM.

⁴⁷ Andrés Fuchs Nissim. “El estándar de prueba aplicable en casos de carteles: una propuesta de debate para la denominada Agenda Anti-Abusos”, 5.

⁴⁸ Directiva 2014/104/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, Directiva, 26 de noviembre de 2014, artículo 17.

prueba que debería utilizarse en los casos en los que se investigan conductas anticompetitivas. Este, vagamente, queda establecido al momento en que el tribunal dice que el estándar probatorio del Derecho Penal es “[...] superior al que exige esta sede.”⁴⁹ Como se logra desprender de esto último, en principio, el Tribunal solo define al estándar de la prueba en sentido negativo; como lo que no es. Sin embargo, posteriormente en la Sentencia TDLC No. 160/2017, siguiendo la misma línea de pensamiento, aclaran que el estándar utilizado es el de la “prueba clara y concluyente.”⁵⁰ Luego de esto, algunos miembros del Tribunal mencionan que el estándar probatorio debe ser realizado mediante un “estudio dogmático, económico e institucional.”⁵¹

Adicional a esto, resulta pertinente mencionar el efecto que tiene la incorporación de la distinción de las conductas por objeto y por efecto anticompetitivas para los casos de carteles en nuestra legislación nacional. Las conductas por objeto anticompetitivas se encuentran contempladas en el artículo 8 del reglamento de la LORCPM y establece que determinadas actuaciones están cobijadas bajo una presunción de práctica restrictiva. Esto implica que la autoridad de competencia “[...] presumirá que tiene por objeto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia.”⁵² Esto tiene como consecuencia que la única prueba relevante sea aquella que pruebe que se suscribió un acuerdo entre partes sobre cualquiera de los supuestos contemplados en los numerales del artículo 8 del RLORCPM, dejando a un lado la necesidad de pruebas enfocadas en los efectos de dicho acuerdo o en el mercado como tal.⁵³

Recapitulando, podemos comentar que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no existe una referencia legal o jurisprudencial respecto de lo que se refiere a un estándar de la prueba aplicable al Derecho de la Competencia. De igual forma, parecería que la Unión Europea tiende a igualar al estándar a aquel que existe en el área civil. Dicho esto, para esta investigación adoptamos el criterio que se expone en la Sentencia TDLC No. 160/2017 de Chile que propone el estándar de lo “claro y concluyente.”

⁴⁹ Caso Fiscalía Nacional Económica v. Cadenas de Farmacias. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile. Sentencia No. 119/2012 de 31 de enero de 2012, párr. 167.

⁵⁰ Caso Fiscalía Nacional Económica v. CMPC Tissue S.A. y SCA Chile S.A. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile. Sentencia No. 160/2017 de 28 de diciembre de 2017, pág. 18.

⁵¹ *Ibíd*, pág. 89.

⁵² Artículo 8, RLORCPM.

⁵³ José Manuel Santibáñez, “Colusión, contrariedades de su tipificación con relación al estándar de prueba y los fines del derecho de la competencia”, *Opinión Jurídica Revista Científica* (2020), 251-254.

Como vimos anteriormente, la preponderancia de la evidencia simplemente implica que la probabilidad de X sea mayor a su negación, es decir 50+1%⁵⁴, pero consideramos que el estándar de lo “claro y concluyente” es mayor que esto porque no se limita a probar un daño, sino que se debe probar que este daño se deriva de una conducta tipificada en el ordenamiento jurídico. Este definitivamente será mayor considerando que lo “claro y concluyente” resulta más riguroso que “lo más probable”. La Sentencia TDLC No. 160/2017 ahonda en esto al mencionar que la prueba “prueba clara y concluyente” está en “[...] un intermedio de 60% a 70% [...]” y suele identificarse como probabilidad alta.⁵⁵

Por estos motivos, concluimos que los estándares de prueba utilizados en una investigación por parte de la agencia de competencia son mayores que los de un juez de lo civil al conocer la misma causa. Consecuentemente, no resultaría prudente ni eficaz para el cumplimiento de las normas de competencia dejar la determinación de una conducta anticompetitiva ante un juez de lo civil que poco o nada conoce sobre el Derecho de la Competencia y no maneja estándares probatorios adecuados a una conducta de esta naturaleza.

b) Acceso y desclasificación de pruebas contenidas en un expediente de la SCPM

Continuando con el régimen probatorio, resulta necesario hablar sobre cuáles son las normas para desclasificar documentos desde la agencia de competencia para ser utilizados como prueba en un proceso judicial. Como se ha comentado anteriormente, una de las grandes diferencias entre el sistema de aplicación privado y el sistema de aplicación público es, primero, sobre quien recae la carga probatoria y, segundo, las facilidades para recabar elementos probatorios. Por un lado está la autoridad de competencia (SPCM), revestida de facultades para investigar y conseguir la prueba necesaria para emitir un juicio. Por el otro, las partes de un proceso civil que deberán buscar los medios probatorios sin las prerrogativas de la administración. Es por esto que la información que ha recabado la agencia de competencia le puede ser útil al interesado en demandar una indemnización por daños y

⁵⁴ Edgar R. Aguilera. “El concepto de estándar de la prueba”, 100.

⁵⁵ Caso Fiscalía Nacional Económica v. CMPC Tissue S.A. y SCA Chile S.A. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile. Sentencia No. 160/2017 de 28 de diciembre de 2017, pág. 90.

perjuicios en caso de que se trate de acciones dependientes.⁵⁶ Esto solo sería posible con la existencia de una prejudicialidad.

El tema de fondo en esta situación recae en que en sede administrativa no existe problema al momento de recabar información, pero en sede civil los particulares tendrán un mayor grado de dificultad para probar la existencia de una conducta anticompetitiva. Esto ocurre como resultado de que los artículos 38 y 39 de la LORCPM otorgan a la SCPM un conjunto significativo de facultades para solicitar que se le entregue información.⁵⁷ No solo esto, sino que el artículo 50 enfatiza en la obligación que tendrán las personas requeridas a colaborar con la entrega de dicha información. Sin ninguna de las facultades de investigación de la SCPM, las partes deberán por su propia cuenta buscar la forma de recopilar la información necesaria para probar sus alegaciones mediante herramientas probatorias comunes al proceso civil. No obstante, en el presente apartado se pretende analizar la posibilidad de que ambos sistemas de aplicación converjan de manera que los particulares que busquen un resarcimiento de daños y perjuicios por actos anticompetitivos puedan recurrir a las pruebas recabadas por la SCPM.

En el régimen probatorio civil, es común que los jueces puedan solicitar ayuda en forma de medidas cautelares o en base a la necesidad de la prueba. El sistema jurídico ecuatoriano contempla esta posibilidad en los artículos 219, 228 y 229 del Código Orgánico General de Procesos.⁵⁸ En el marco del Derecho de la Competencia, el artículo 47 de la LORCPM en su último inciso menciona que la SCPM podrá informar sobre determinados hechos y/o actuaciones en caso de que un órgano competente de la Función Judicial expresamente lo disponga.⁵⁹ La normativa mencionada nos da a entender que estas disposiciones le serán aplicable a la SCPM en caso de que se les solicite información por parte de un juez.

Ahora, el artículo 47 de la LORCPM consagra el deber de secreto y reserva para aquellas personas que formen parte en la realización de una investigación, procedimiento o

⁵⁶ Wouter Wils, “*The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages*”. *King's College London, World Competition Vol. 32* (2009), 21.

⁵⁷ Artículos 38 y 39, LORCPM.

⁵⁸ Artículo 219, 228 y 229, Código Orgánico General de Procesos [COGEP]. Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015.

⁵⁹ Artículo 47, LORCPM.

expediente.⁶⁰ Consecuentemente, la duda que surge es en qué medida es posible desclasificar documentos obtenidos y aportados durante una investigación por parte de la SCPM. La doctrina y la jurisprudencia suele considerar que, para los casos en general, existen tres límites a la desclasificación de información: 1) secretos por profesión, 2) secretos comerciales y 3) información privilegiada en documentos públicos.⁶¹ Ante esto, es necesario recurrir a la doctrina y casos del extranjero para buscar las soluciones que se han propuesto o implementado en distintos ordenamientos.

Como punto de partida, la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea establece en el artículo 5 que los jueces podrán ordenar la desclasificación de la prueba contenida en un expediente, pero esto los obliga a proteger la confidencialidad de dichos documentos mediante mecanismos adecuados.⁶² En España, para dar cumplimiento a dicha Directiva se expidió el Real Decreto Ley 9/2017 que en su artículo 283 bis.i contempla los lineamientos a seguir para la desclasificación de prueba contenida en un expediente de la autoridad de competencia. En este artículo se contemplan, como punto primordial, que la posibilidad de exhibición únicamente existe en caso de que ya exista una resolución ejecutoriada por parte de la autoridad.⁶³ Es decir, no puede estar en fase de investigación.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, Horacio Vedia plantea que ante una solicitud de acceso a pruebas clasificadas, que forman parte del expediente de la agencia de competencia, existirán dos situaciones distintas. La primera ocurre en los ordenamientos rigurosos, con un alto grado de exigencia, en donde la parte interesada deberá concretamente especificar qué documento requiere de la autoridad. El segundo ocurre en ordenamientos con mayor flexibilidad donde el grado de especificidad del documento requerido será menor.⁶⁴ De igual manera, se ha comentado que el juez deberá ponderar la necesidad de dicha prueba con el fin de que la solicitud no sea maliciosa, por ejemplo para dilatar el procedimiento o

⁶⁰ Artículo 47, LORCPM.

⁶¹ Horacio Vedia. “*Competition Law Enforcement & Compliance across the World: Systems, Institutions and Proceedings*”, 230-232.

⁶² Directiva 2014/104/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, Directiva, 26 de noviembre de 2014, artículo 5.

⁶³ Artículo 283 bis.i, Real Decreto Ley 9/2017. Boletín Oficial del Estado de 27 de mayo de 2017.

⁶⁴ Horacio Vedia. “*Competition Law Enforcement & Compliance across the World: Systems, Institutions and Proceedings*”, 227.

acceder a información confidencial útil para un competidor, o que existan otros medios probatorios que puedan llevar a la misma conclusión.⁶⁵

En el presente apartado, también debe tomarse en consideración que ocurre cuando la información contenida en un expediente es el resultado de un programa de clemencia. En nuestra opinión, en caso de que la SCPM opte por desclasificar documentos se vulneraría la naturaleza del programa de clemencia y, sobre todo, el objetivo que persigue. Esto considerando que el atractivo del programa de clemencia son las prerrogativas que se le otorgan al operador económico delator. Esta idea ha sido recogida en diversos ordenamientos, por ejemplo el español, en donde el Real Decreto Ley 9/2017 establece que ningún tribunal puede ordenar la exhibición de pruebas “en el marco de un programa de clemencia.”⁶⁶ De no ser así, la doctrina menciona que esto podría impedir el descubrimiento de las conductas anticompetitivas en cuestión y disminuir la cantidad de indemnizaciones que se dan por estas conductas.⁶⁷

Por último, vale mencionar que aunque la solicitud de desclasificación de la prueba puede hacerse de oficio por parte del juez, esto generalmente no ocurre, es decir, dependerá de la iniciativa de la parte interesada.⁶⁸ Asimismo, la información que se maneja en casos de competencia suele ser sensible y de carácter privado por temas, precisamente, de competencia en un determinado mercado. A pesar de que existen 3 límites a la desclasificación, el que prepondera en estos casos es el de los secretos comerciales, aunque la información privilegiada en documentos públicos está estrechamente vinculada con la anterior porque esta información suele ser privilegiada por tratarse de secretos comerciales.⁶⁹ Por tal razón, se deberá dar garantías de confidencialidad en caso de que se solicite. Dicho esto, podemos concluir que la recopilación de la prueba en el sistema de aplicación privado

⁶⁵ James Withrow; Richard Larm, “*Big Antitrust Case 25 Years of Sisyphean Labor*”, *Cornell Law Review* (1976), 27.

⁶⁶ Artículo 283 bis.i, Real Decreto Ley 9/2017. Boletín Oficial del Estado de 27 de mayo de 2017.

⁶⁷ Caroline Cauffman, “*Access to Leniency Related Documents after Pfleiderer*”, *Maastricht Faculty of Law Working Papers* (2012), 13.

⁶⁸ Horacio Vedia. “Competition Law Enforcement & Compliance across the World: Systems, Institutions and Proceedings”, 227-232.

⁶⁹ James Pooley. “El secreto comercial: el otro derecho de la propiedad intelectual”. *Organización Mundial de la Propiedad Intelectual: Revista* (2013).

del Derecho de la Competencia es uno de los puntos que más debilita su efectiva aplicación en los países con sistemas jurídicos de derecho civil.⁷⁰

Lo expuesto en este acápite nos permite concluir que determinar una prejudicialidad para las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios podría resultar beneficioso para la parte afectada. Esto como resultado de que esta podrá acceder a información que por sus propios medios no podría obtener. No obstante, se debe procurar que ante una posible desclasificación de la prueba se respete el marco de la confidencialidad que el ordenamiento ha establecido para los operadores económicos involucrados. Por último, con el afán de analizar si es que una parte privada podría suplir el alcance de investigación que tiene la SCPM, a continuación se comentará brevemente qué posibles medios existen para llegar a determinar una conducta anticompetitiva.

c) Herramientas supletorias

Dentro del contexto del iter probatorio de un proceso que se suscita en el sistema de aplicación privada del Derecho de la Competencia, es decir en sede judicial, hemos visto que las facultades para recabar elementos probatorios por parte de los privados no se acercan a aquellas que posee la administración pública. Ante esto, las partes se ven en la obligación de buscar medios alternos para llevar al juez al convencimiento de los hechos. Descartando la posibilidad de solicitar ayuda a la SCPM a través de la desclasificación de pruebas contenidas en su expediente, los particulares podrían optar por otras herramientas supletorias a la prueba de la autoridad como lo son un análisis o valoración económica de los hechos, o pericias que den luz sobre los efectos de una conducta posiblemente anticompetitiva.

Aunque no exista desclasificación de la prueba, en otras legislaciones se proponen diferentes soluciones que involucran a la agencia de competencia. Por ejemplo, la legislación española en el artículo 76.4 de la Ley de Defensa de la Competencia propone como posibilidad que la agencia de competencia intervenga como *amicus curiae* para ayudar a la determinación de la conducta y sus daños.⁷¹ Esto, a nuestro criterio, resulta ineficiente considerando que se emplearán recursos administrativos para dicha acción. Es preferible que la investigación primero sea realizada por la agencia de competencia en el marco de sus facultades para investigar y sancionar, de modo que en caso de que se encuentre que la

⁷⁰ Horacio Vedia. “*Competition Law Enforcement & Compliance across the World: Systems, Institutions and Proceedings*”, 267.

⁷¹ Artículo 76.4, Ley de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado de 3 de julio de 2007.

conducta esté tipificada pueda sancionarse directamente y que posterior a aquello se conceda acceso a la información necesaria para determinar los daños en sede judicial. Hacerlo al revés sería un desperdicio de tiempo y de recursos, asumiendo que posterior a su participación como *amicus curiae* recién empezará el procedimiento para la sanción administrativa.

De igual forma, emplear otros mecanismos como pueden ser las pericias por parte de expertos, ya sea en forma de economistas o alguna profesión afín al análisis de mercados,⁷² será ineficiente por la incapacidad que tendrá el experto para acceder a la información necesaria para realizar un análisis que resulte pertinente y útil para la determinación de una conducta anticompetitiva. Asimismo, el acceso a información en poder de terceros, incluida la contraparte, es de igual dificultad porque se debe tener cierto grado de conocimiento acerca de la prueba a la que se pretende acceder, las partes afectadas difícilmente tendrán conocimiento sobre los documentos o información concreta que les será útil para la determinación de una conducta y, más aún, para la cuantificación de su daño.⁷³

Por esto, establecer que las acciones de daños y perjuicios no puedan ser independientes a los procesos de investigación administrativos resultaría beneficioso para las partes interesadas. No solo porque se protege a las partes involucradas al sujetarse al criterio de una institución capacitada para la valoración de la prueba en materia de derecho de la competencia, sino también por las atribuciones que esta institución tendrá para recabar información. Establecer una prejudicialidad administrativa, sería eficiente en cuestión de tiempo y recursos para la administración pública en su conjunto, además que les permitirá a las partes obtener la prueba necesaria de manera eficaz.

5.2 Cuestiones que surgen anterior o posterior a la causa

5.2.1 Decisiones administrativas y judiciales discrepantes

En principio, la dualidad de sistemas de aplicación del Derecho de la Competencia introduce la posibilidad de que una misma causa sea tratada por dos autoridades distintas, una siendo la SCPM y otra la Función Judicial. Esto a su vez, abre la posibilidad de que existan decisiones discrepantes entre sí, en donde una considera que el ilícito se configuró

⁷² Julia Suderow, “Guía sobre la cuantificación de daños y perjuicios y efecto passing on”. *Osservatorio permanente sull'applicazione delle regole di concorrenza* (2017).

⁷³ Woulter Wils, “Procedural rights and obligations of third parties in antitrust investigations and proceedings by the European Commission”, *Concurrences* Issue No. 2-2022 (2022), 7.

mientras que la otra considera que no. La restricción que plantea el Art. 79 del RLORCPM es una solución a dicho problema ya que desautoriza a los jueces civiles de determinar la existencia o no de una conducta anticompetitiva y los limita a basarse en el criterio de la SCPM.

Sobre esto, Pozo Vintimilla ha comentado que un “[...] aspecto interesante de las acciones “*follow on*”, es que el juez civil no pueda emitir una sentencia que sea contradictoria con la resolución o sentencia [de la autoridad de competencia].”⁷⁴ De igual manera, mencionan que el interesado en que se le compense por daños y perjuicios pueda usar “los mismos medios probatorios” que utilizó la autoridad de competencia para la determinación de una conducta anticompetitiva.⁷⁵ Esto resulta sumamente práctico para el ordenamiento porque no habrá roces entre las decisiones de las distintas autoridades. En momentos determinados, esto podría llevar a la inseguridad jurídica.

Sin embargo, lo que nos concierne aquí es la posibilidad de que haya un pronunciamiento discrepante ya sea porque se trata de acciones independientes o porque las acciones dependientes no han utilizado los mismos medios de prueba de los que utilizó la autoridad de competencia. Respecto de esta cuestión, la Sala Primera del Tribunal Constitucional de España ha repetido en diferentes ocasiones que la existencia de decisiones discrepantes “[...] no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica, sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva [...]”⁷⁶

Siguiendo este mismo razonamiento, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional de España ahonda respecto de este criterio y lo justifica diciendo que:

Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica [...].⁷⁷

Más importante, el Tribunal ha precisado que esto no implica que “[...] en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por

⁷⁴ Patricio Pozo Vintimilla, “La reclamación de daños derivados de un cartel en Ecuador: Un sistema de contradicciones”, *Revista LawyersEc* (2022), 75.

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ Sentencia 192/2009, Sala Primera del Tribunal Constitucional de España, 28 de septiembre de 2009, pág. 30.

⁷⁷ Sentencia 109/2008, Sala Segunda del Tribunal Constitucional de España, 22 de septiembre de 2008, pág. 41-42.

otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada.”⁷⁸ Es por esta razón que cuando un órgano resuelva de manera que pueda resultar contradictoria con la de otro órgano del Estado, esta deberá justificar “las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio.”⁷⁹ Es decir, es posible alejarse de decisiones previas, siempre y cuando se fundamente la razón detrás de esto.

No obstante, la posibilidad de decisiones discrepantes, en donde, por un lado la autoridad de competencia afirme o niegue que existe una conducta anticompetitiva, mientras que por el otro lado los jueces en sede civil opten por dictar lo contrario, podría llevar a un sin fin de contradicciones legales. Por ejemplo, si una autoridad decretó que no existe una conducta anticompetitiva y, por ende, el operador económico no deberá cambiar su forma de accionar, pero el juez de lo civil posterior o simultáneamente declara que existe una conducta anticompetitiva que conlleva daños y deberá cesar esa conducta, entonces el operador económico no sabrá qué decisión es la que deberá seguir. En sentido contrario, si es que la autoridad decretó que sí existe una conducta anticompetitiva y el tribunal civil decreta que no la hay, entonces esto podría conllevar a que el operador económico, con sustento en la sentencia civil, opte por algunos de los recursos a los que legitima la LORCPM. Estos podrían ser los recursos reposición, de apelación, extraordinario de revisión o una acción contenciosa.⁸⁰

Este problema tan solo puede suscitarse cuando existe la posibilidad de que haya dos procesos independientes entre sí. En los casos en donde nos limitamos a las acciones dependientes dentro del sistema de aplicación privado del Derecho de la Competencia, este problema se eliminaría por completo dado que las autoridades judiciales basarán su decisión en lo establecido por la agencia de competencia, evitando así caer en contradicciones. Esta prejudicialidad sería beneficiosa no solo para las partes involucradas, sino para el sistema jurídico en general, ya que se estaría garantizando la seguridad jurídica y la coherencia entre actuaciones por parte de la Administración Pública.

5.2.2 Precedentes jurisprudenciales

⁷⁸ Sentencia 34/2003, Sala Primera del Tribunal Constitucional de España, 25 de febrero de 2003, pág. 8.

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ Artículos 66-69, LORCPM.

Siguiendo la misma línea de lo comentado en el anterior apartado, existe otra cuestión que deberá ser considerada al momento de analizar la influencia que tienen las decisiones judiciales en la práctica del derecho a ser resarcido por daños y perjuicios derivados de actos anticompetitivos. Esta es la posibilidad de que los jueces sienten un precedente negativo para la efectiva aplicación del régimen de Derecho de la Competencia ecuatoriano. Como acertadamente menciona Pozo Vintimilla:

[...] al juez civil le corresponde la tarea de valorar de forma correcta la modalidad, mercados afectados y/o efectos de un cartel, sin embargo, si no ha sido debidamente capacitado en la materia, se podrían emitir precedentes negativos para la consolidación del régimen de competencia. A modo de ejemplo, se cita el caso RECAPT que trató sobre un acuerdo colusorio horizontal en contratación pública, y en el que la autoridad jurisdiccional fundamentó el fallo en una norma de derecho penal, inobservando claramente el artículo 11 de la LORCPM, así como la naturaleza jurídica del procedimiento administrativo sancionatorio.⁸¹

Resulta evidente que el establecimiento de precedentes jurisprudenciales que no vayan de la mano con los objetivos y criterios planteados por la LORCPM es perjudicial para el correcto desarrollo de la materia. No solo podría resultar perjudicial para las partes involucradas, sino que también vulnera la seguridad jurídica de los operadores económicos o los afectados por estos según corresponda en cada caso. Finalmente, vale agregar que sentar un precedente que contradiga la intención de la Ley es contraproducente para cumplir con sus objetivos ya sea por la creación de estándares de valoración de la prueba o calificaciones jurídicas erróneas.

El Examen Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de la Competencia realizado para Ecuador indica expresamente como la falta de experiencia de los jueces en materia de competencia es uno de los dos retos principales que afronta el país.⁸² Continúa mencionando que para el Ecuador, debido a que los tribunales que conocen los casos de competencia son de jurisdicción general, es primordial que se fomente la capacidad de los jueces sobre la materia. A esto se le suma el hecho de que el régimen de competencia

⁸¹ Patricio Pozo Vintimilla, “La reclamación de daños derivados de un cartel en Ecuador: Un sistema de contradicciones”, *Revista LawyersEc* (2022), 78.

⁸² Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de la Competencia: Ecuador, Informe. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos; Banco Interamericano de Desarrollo, 31 de marzo de 2021, pág. 96.

es relativamente nuevo y, por tanto, es posible que los jueces no hayan tenido formación académica especializada al respecto.

Por estos motivos, la OCDE y el BID recomiendan al Ecuador que se creen tribunales de jurisdicción especializada para que los jueces ganen “experiencia en materia de leyes de competencia, lo que podría conducir a una mayor eficiencia, una mayor uniformidad de las decisiones y una mejor calidad de las mismas.”⁸³ Esto con el fin evitar que se sienten precedentes jurisprudenciales que puedan perjudicar la correcta práctica y aplicación del Derecho de la Competencia como está contemplado en la LORCPM. A su vez, una mejora en este ámbito conlleva a una mejor complementación del sistema de aplicación privado al público. Estas consideraciones permiten concluir que el Ecuador actualmente no se encuentra en condiciones para permitirse que existan acciones independientes en el sistema de aplicación privado, porque no tiene jueces capacitados para hacerlo de manera que se garantice el efectivo desarrollo de las normas de competencia.

5.2.3 Recursos administrativos

Por último, una de las ventajas que manifiestamente se desprenden del sistema de aplicación privado es su habilidad de abarcar casos que la autoridad de competencia no está en la capacidad de investigar. Es evidente que ni una autoridad de competencia con una gran cantidad de recursos será capaz de investigar todas las posibles conductas anticompetitivas dentro de los distintos mercados.⁸⁴ Dicho esto, la ventaja que presenta el ejercicio del sistema de aplicación privado mediante acciones independientes es la posibilidad de funcionar complementariamente con el sistema de aplicación público. De esta manera, aunque no se aliviane la carga que tendrá la autoridad de competencia, obligada a dar prioridad a determinadas conductas o casos, la aplicación del Derecho de la Competencia en sede judicial representa una ayuda para el sistema de competencia como tal.

Sin embargo, no debe dejarse a un lado la consideración de que abarcar un mayor número de casos no necesariamente implica una efectiva aplicación del régimen de competencia, que debería ser lo primordial para el ordenamiento. Aunque la cantidad de casos resueltos aumente, de nada sirve si estos no se resuelven en concordancia con los

⁸³ Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de la Competencia: Ecuador, pág. 96.

⁸⁴ Horacio Vedia. “*Competition Law Enforcement & Compliance across the World: Systems, Institutions and Proceedings*”, 202.

objetivos que busca la LORCPM. Por esto, consideramos que en principio el sistema de aplicación privado de competencia en el Ecuador debe limitarse únicamente a las acciones dependientes hasta que se creen tribunales especializados para conocer las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios derivados de conductas anticompetitivas.

6. Conclusiones

En conformidad con lo que se ha comentado a lo largo de esta investigación, consideramos que existen una multiplicidad de razones que nos llevan a determinar que, en el marco del Derecho de la Competencia ecuatoriano, resulta necesaria la imposición de una prejudicialidad. Esta prejudicialidad implica que aquellos casos en donde se busque una indemnización de daños y perjuicios derivados de conductas anticompetitivas primero se deberá solicitar a la SCPM que inicie una investigación, en caso de que aún no haya una investigación iniciada de oficio. Entre algunas de las aristas a considerarse al momento de analizar por qué una prejudicialidad conlleva más beneficios que la posibilidad de que se ejerzan acciones independientes destacan la capacidad de las partes para obtener medios probatorios, la necesidad de un desarrollo efectivo de los objetivos propuestos por la LORCPM y la seguridad jurídica.

En aquellas cuestiones que surgen durante o dentro de la sustanciación de la causa nos es posible determinar que la principal razón para optar por un sistema de competencia restrictivo es por las grandes dificultades del régimen probatorio en sede judicial. Como se comentó anteriormente, no consideramos que el estándar de prueba que se maneja en los tribunales civiles sean los adecuados para conocer y resolver casos de derecho de la competencia. El estándar debe ser más riguroso considerando que determinar la existencia de una conducta anticompetitiva acarrea multas significativas para los operadores económicos involucrados y, por sobre esto, el reconocimiento de una afectación al mercado y a los intereses generales. A esto se le suma la falta de conocimiento de los jueces sobre materia de competencia, que de cierto modo imposibilita que se aplique eficazmente un estándar más cercano a la naturaleza del Derecho de la Competencia como lo es el de lo “claro y concluyente.”⁸⁵ Adicional a esto, de esta prejudicialidad se derivaría una

⁸⁵ Caso Fiscalía Nacional Económica v. Cadenas de Farmacias. Tribunal de Defensa de la Libre competencia de Chile. Sentencia No. 160/2017 de 28 de diciembre de 2017, pág. 18.

uniformidad en los estándares de prueba aplicados a los casos de competencia en sede judicial.

Asimismo, se evidencia que la capacidad de recabar pruebas se ve sustancialmente limitada en los procedimientos judiciales en comparación con las investigaciones de la SCPM. Principalmente, por tratarse de información comercialmente sensible. Recordemos que la asimetría de información es una de las condiciones sobre las cuales se da la competencia en los mercados.⁸⁶ Esta dificultad para conseguir medios probatorios obliga al interesado a buscar herramientas supletorias para la determinación de la conducta y también para la cuantificación del daño, pero estimamos que estas no son igual de efectivas como las atribuciones que tiene la SCPM por lo comentado en el acápite 5.1.1 c). De igual manera, en el caso de que se permitan las acciones dependientes, simplemente no habría la posibilidad de desclasificación de la prueba, factor que no ayudaría a los intereses de los afectados.

Esto nos lleva a establecer que en el Ecuador, es necesario reglamentar el acceso y desclasificación de información contenido en los expedientes de la SCPM. Considerando que los jueces estarán facultados a solicitar acceso a esta información, la necesidad de reglamentar esta desclasificación corresponde al hecho de que se deberá proporcionar garantías de confidencialidad sobre aquella información que así lo requiera. Un régimen eficaz de desclasificación de documentos permitiría a los afectados por una conducta anticompetitiva probar su pretensión con más facilidad y apego a la realidad de los hechos. Sobre esto, hay que tomar en cuenta que también deberá establecerse cuál es el efecto que tiene la resolución de la SCPM en las decisiones judiciales. Al respecto, coincidimos con lo que la Corte de Apelaciones de Milán establece en la resolución No. 3640 de febrero de 2009 donde declara que las resoluciones de la agencia de competencia deben ser consideradas “prueba privilegiada”.⁸⁷

Determinar como prueba privilegiada a las resoluciones de la SCPM supera la antinomia normativa aparentemente existente entre el artículo 79 del reglamento a la

⁸⁶ Ver, Jochen Runde, “*Information, Knowledge and Agency: The Information Theoretic Approach and the Austrians*”. *Review of Social Economics* Vol. 60 (2002), pp. 183-208, (Sobre los distintos acercamientos del impacto de la asimetría de información en los mercados. La Escuela Austriaca es el principal referente al momento de establecer que la asimetría de información es el presupuesto que conduce a la existencia de un proceso competitivo).

⁸⁷ *INAZ Paghe srl v. Associazione Nazionale dei Consulenti del Lavoro. Corte d’Appello di Milano*. Resolución Nro. 3640 de 13 de febrero de 2009, pág. 1902-1925.

LORCPM y el principio de independencia judicial consagrado en el artículo 8 del COFJ. Esto, porque a pesar de que el tribunal fundamentará su fallo en lo determinado por la resolución administrativa, éste será un medio probatorio para determinar y cuantificar un daño, no la conducta *per se*. Es decir, no afecta directamente la decisión de los jueces, sino que simplemente se trata de un medio que servirá para la valoración de los hechos. La fundamentación a la que se refiere el artículo nada tiene que ver con la determinación y cuantificación de un daño, sino con la calificación jurídica de los hechos.

También es necesario mencionar los beneficios de una prejudicialidad que existen por fuera de la investigación administrativa o el procedimiento judicial. Estos son que las acciones dependientes superan todo problema relacionado con decisiones discrepantes entre los diferentes órganos de la Administración Pública y ayudan a los jueces a sentar precedentes positivos para casos posteriores. Así también se supera el problema de la falta de especialización de los jueces en materia de competencia porque la SCPM de algún modo suple esta falta de conocimiento al proporcionar la calificación jurídica de los hechos; lo que limita a los jueces a la cuantificación de daños. A pesar de esto, no debe dejar de considerarse la posibilidad de crear tribunales especializados en materia de competencia.

En concordancia con todo lo presentado en este capítulo, en el Examen Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de la Competencia realizado para Ecuador estas instituciones concluyen que algunas de las acciones que el Ecuador puede realizar para el desarrollo de la política de competencia son las de otorgarle un valor probatorio adecuado a las decisiones de la SCPM y facilitar el acceso al expediente garantizando la protección de información privilegiada.⁸⁸ Ambas recomendaciones parten de un sistema en donde existe prejudicialidad, caso contrario, no podría existir acceso a un expediente de investigación y tampoco una valoración de una sentencia que no existe.

Estimamos pertinente analizar los efectos de imponer una prejudicialidad previo a que se pueda abrir un proceso judicial. Esto serían, básicamente, la dilatación de posibles procesos de indemnización para los afectados por conductas anticompetitivas en sede

⁸⁸ Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de la Competencia: Ecuador, Informe. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos; Banco Interamericano de Desarrollo, 31 de marzo de 2021, pág. 98.

judicial.⁸⁹ Sin embargo, esto a su vez viene con varios beneficios para los afectados como lo son un mayor nivel de medios probatorios al poder solicitar acceso a la información ya existente en el expediente de la SCPM. Sobre esto, lo fundamental es el hecho de que en las acciones dependientes los afectados no se ven en la necesidad de probar la configuración de una conducta anticompetitiva y pueden enfocar sus recursos en la cuantificación del daño.

La razón que a nuestro criterio prepondera para establecer una prejudicialidad es que se evitan problemas sistemáticos como lo son las decisiones contradictorias y los precedentes jurisprudenciales negativos. Evitar estos problemas promoverá el correcto desarrollo de las políticas de competencia. Esto también se traducirá en un mayor número de investigaciones iniciadas a petición de parte ya que tendrán como incentivo una posterior indemnización de carácter pecuniario. Un aumento en el número de denuncias servirá para que la SCPM pueda abrir un mayor número de investigaciones y logre identificar posibles conductas contrarias a la LORCPM. Indirectamente, también es posible que ante la resolución de la SCPM algunas personas se den cuenta que han sido afectados y que previamente no se habían percatado de aquello.

Adicionalmente, consideramos que el régimen de resarcimiento de daños y perjuicios derivados de actos anticompetitivos necesariamente debe tomar en cuenta casos específicos que podrían requerir o funcionar de manera distinta a las reglas de prejudicialidad antes establecidas. Por un lado, los supuestos contemplados en el artículo 8 del RLORCPM donde se establece una presunción de práctica restrictiva. Por el otro, la desclasificación de documentos en los programas de clemencia.

Sobre el primer supuesto, creemos que se puede excepcionar la necesidad de una prejudicialidad en casos donde se declare una conducta anticompetitiva por su objeto, es decir, carteles. Esto corresponde al hecho de que la carga probatoria será sustancialmente menor que en el resto de las conductas anticompetitivas contempladas en la LORCPM porque estas requerirán un análisis de sus efectos de mercado. La parte afectada que busca ser resarcida deberá probar que existió un determinado acuerdo sin tener que realizar un análisis exhaustivo de las condiciones de mercado. Por esta razón consideramos que resulta pertinente

⁸⁹ Horacio Vedia. “*Competition Law Enforcement & Compliance across the World: Systems, Institutions and Proceedings*”, 202-203.

analizar la posibilidad de incluir una excepción en estos casos de modo que se agilice la indemnización de los daños provocados por estas conductas.

Sobre el segundo supuesto, consideramos que debe haber un trato especial a aquella información que ha sido obtenida en el marco de un programa de clemencia, especialmente la información que ha sido aportada por el operador económico que busca beneficiarse de la delación compensada. Esto bajo el fundamento de que la desclasificación de información en un programa de clemencia sería un desincentivo para los operadores económicos en un futuro. Conceder acceso a la información sería vencer el atractivo de este programa.

7. Recomendaciones

De lo analizado se evidencia que en el contexto jurídico ecuatoriano resultaría beneficioso establecer una prejudicialidad administrativa para las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios derivados de actos anticompetitivos. Un análisis de las diferentes circunstancias que rodean al procedimiento a seguir para ser indemnizado por una conducta anticompetitiva nos permitió determinar que las ventajas de establecer una prejudicialidad y limitarnos al ejercicio de acciones dependientes, en el sistema de aplicación privado del Derecho de la Competencia, son muy superiores que las posibles desventajas.

Para que esto sea una posibilidad dentro del contexto ecuatoriano, es necesario compaginar lo establecido en los artículos 71 de la LORCPM y el artículo 79 de su reglamento, dado que las normas de solución de antinomias jerárquicamente anteponen lo establecido por la Ley. Sin embargo, interpretamos que el artículo 71 de la LORCPM, al establecer que el ejercicio de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios deba darse “conforme las normas del derecho común”, imposibilita la existencia de la prejudicialidad en sede administrativa.

Esto resulta contrario a las conclusiones de nuestra investigación, por lo cual a modo de epílogo recomendamos que se reformule el artículo 71 de la LORCPM para que verse de la siguiente manera:

“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 [**lo establezca el respectivo Reglamento**]. 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”

De esta forma, se supera todo tipo de antinomia y queda establecida una prejudicialidad para el ejercicio de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, conforme lo establece el artículo 79 del RLORCPM. De igual forma, a la par con esta reforma normativa, se recomienda expedir un reglamento o decreto que regule detalladamente: 1) principios y disposiciones para la valoración de la prueba en materia de competencia, 2) las reglas para el acceso y desclasificación de información contenida en los expedientes de la SCPM, 3) garantías de protección para la información desclasificada y sus respectivas sanciones en caso de que se vulnere, 4) el valor probatorio que deba darse a las resoluciones de la SCPM, y 5) excepciones.