

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

La Arbitrabilidad del Derecho de la
Competencia

Trabajo de investigación

HERNÁN AURELIO CHIRIBOGA NOVILLO

Jurisprudencia

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

Quito, diciembre de 2016

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

“La arbitrabilidad del Derecho de la Competencia”

Hernán Aurelio Chiriboga Novillo

Dr. Hugo García
Director del Trabajo de Titulación



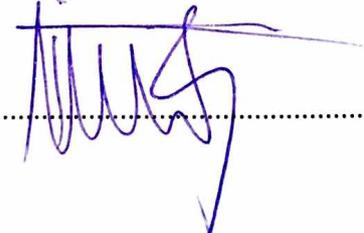
Ximena Bustamante, LLM
Lectora del Trabajo de Titulación



MSc. Oswaldo Santos
Lector del Trabajo de Titulación



Dr. Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, diciembre del 2016

Quito, 10 de noviembre de 2016

Dr.

Farith Simon

Decano de Jurisprudencia

Universidad San Francisco de Quito

Por email.-

Estimado señor Decano,

Me complace remitir el informe aprobando la tesina de Hernán Aurelio Chiriboga Novillo, intitulada “La arbitrabilidad del Derecho de la competencia”. A continuación, un reporte de mi evaluación como director.

1. Importancia del problema presentado

El alumno aborda, en general, el problema de la arbitrabilidad de disputas en materia de competencia dentro del ámbito de la responsabilidad civil contractual. En particular, el alumno analiza (i) el sistema de aplicación privado e incidental en el Derecho de la competencia; (ii) los tipos de responsabilidad que se originan frente actos anticompetitivos; y, (iii) los límites a la competencia de y la relación entre los distintos órganos envueltos en la aplicación del Derecho de competencia.

Los problemas analizados tienen relevancia desde un aspecto académico y desde un aspecto práctico.

Desde el aspecto académico, los problemas estudiados plantean un interesante debate entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia y los objetos tutelados por cada sistema de aplicación. La tesina desmitifica, de manera estructurada, que todo tema relacionado con el Derecho de la competencia pertenece al orden público económico, develando la importancia de la tutela de los intereses patrimoniales particulares a través de la derivación de efectos civiles de un acto anticompetitivo. Finalmente, el alumno, de manera didáctica, esboza una matriz de relaciones entre las distintas decisiones que pueden darse entre los diferentes sistemas de aplicación del Derecho de competencia. Cabe mencionar que el trabajo reviste de alta importancia académica pues es el primer trabajo, que, de manera sistemática, aborda los problemas de la arbitrabilidad del Derecho de competencia bajo la legislación ecuatoriana sin discurrir eternamente por decisiones de otras jurisdicciones con una legislación aplicables poco, sino nada, similar a la nuestra.

Desde la perspectiva práctica, los problemas abordados por el alumno son de gran importancia. En muchos casos, la asesoría de un cliente se centra en la forma más eficiente de proteger sus intereses en términos de costos y tiempos. En el área de solución de controversias suele expresarse, con amplia frecuencia, en la necesidad de ser reparado por daños y perjuicios. La presente tesina ofrece a los practicantes en el área del Derecho de la competencia, una herramienta útil a explorar para satisfacer los intereses patrimoniales de sus clientes cuando para estos, una sanción administrativa, no sea lo más conveniente perseguir.

2. Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador

La hipótesis planteada por el alumno es que en el Ecuador es posible la aplicación privada del Derecho de la Competencia de forma incidental para desplegar efectos jurídicos civiles entre las partes que se encuentran en un proceso arbitral, lo cual parte de la autonomía de la acción civil de daños y de nulidad de los negocios jurídicos. Además, se plantea la inexistencia de un requisito de pre-administrabilidad, con lo cual un Tribunal Arbitral no deberá esperar un pronunciamiento previo por parte de la SRCPM para despachar una causa, lo cual se basa en la falta de ley que imponga este requisito. Por último, se plantea que las determinaciones que realiza un Tribunal Arbitral en cuanto a la validez de un negocio jurídico envuelto en temas del Derecho de la Competencia, o daños derivados de actuaciones contrarias a la LORCPM, no determina un ilícito anticompetitivo de carácter administrativo, el cual solo puede ser determinado por la SRCPM, por lo que cada autoridad ejercerá sus funciones dentro de su esfera de actuación.

Desde esta perspectiva, la hipótesis planteada es trascendente porque da respuesta a los problemas planteados y perfila de manera cuidadosa los límites fenomenológicos donde se desenvuelve.

3. Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados

Sin ser abundantes ni exhaustivas, las fuentes que el alumno refiere en su trabajo son literatura y precedentes jurisprudenciales (i) pertinentes, (ii) suficientes, (iii) representan autoridades en las distintas áreas y (ii) son actualizadas.

4. Contenido argumentativo de la investigación

Sin coincidir en un cien por ciento con los criterios expuestos por el alumno en su tesina, el trabajo está construido de una manera lógica y cada parte está sustentada con argumentos y conclusiones coherentemente estructurados. Para efectos

metodológicos el alumno advierte en la introducción los límites de su investigación (responsabilidad civil de orden contractual derivada de actos anticompetitivos).

La primera sección analiza los sistemas de protección que existen en el Derecho de competencia y concluye que en el Ecuador existen los dos sistemas de aplicación del Derecho de la Competencia: el público y el privado. Por un lado, el sistema público de aplicación, que protege los intereses generales del Derecho de la Competencia, le corresponde a la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado (SRCPM). Por otro lado, el sistema privado de aplicación del Derecho de la Competencia busca proteger los intereses privados de las partes involucradas y corresponde a los órganos que ejercen funciones de carácter jurisdiccional. Concluye también que no existe la aplicación privada del Derecho de la Competencia a título principal sino sólo incidental.

La segunda sección analiza la responsabilidad que tienen los distintos agentes económicos frente a actos anticompetitivos. La sección concluye que los agentes económicos tienen responsabilidad civil, penal y punible administrativamente cuando actúan dentro del mercado. Añade que para cada una de estas responsabilidades existe una autoridad definida con competencias específicas. Concluye además que la revisión de la responsabilidad civil la tendrá una autoridad judicial civil, con el estándar de prueba de preponderancia; mientras que la responsabilidad punible administrativamente la revisará la SRCPM, con la presunción de inocencia con el estándar de prueba, y la responsabilidad penal la revisará un juez de lo penal bajo el estándar mencionado antes.

La tercera sección distingue las funciones de la SRCPM y de los árbitros y analiza, además, la transigibilidad como presupuesto para el arbitraje. Con respecto a la SRCPM, concluye que su función exclusiva de vigilancia, control y sanción en temas relacionados con el Derecho de la Competencia. En cuanto a las facultades de los Tribunales Arbitrales, se concluye que los árbitros desempeñan un servicio público de administración de justicia, similar al de los jueces ordinarios. Por ello, agrega, corresponde a los árbitros conocer y resolver los casos que han sido presentados ante ellos. Sobre la transigibilidad como presupuesto del arbitraje, se concluye que solo los derechos renunciables, que miran únicamente al interés particular, pueden ser arbitrables. Además, se concluye que el orden público es un límite a esta renunciabilidad de derechos, por lo que temas del Derecho de la Competencia que miren a intereses generales no podrán ser arbitrables, como la imposición de sanciones administrativas contenidas en la LORCPM, pero sí se podrá arbitrar la validez de un contrato donde se ventilan temas de Derecho de la competencia, al igual que daños y perjuicios que se deriven de conductas anticompetitivas.

La cuarta sección analiza varios temas particulares que surgen de la posibilidad de que un árbitro conozca un contrato donde se discutan temas de competencia. Sobre la cosa juzgada en el campo civil y administrativo, se concluye que tienen

identidades diferentes, por lo que la decisión del Tribunal Arbitral no afectará a la decisión de la SRCPM, ni viceversa. Se concluye, además, que el Tribunal Arbitral únicamente determina si un contrato es contrario al ordenamiento jurídico, lo cual no significa que se haya determinado la existencia de un ilícito de carácter administrativo, lo cual solo lo puede determinar la SRCPM. En caso de que la SRCPM haya determinado con anterioridad que ha existido un ilícito anticompetitivo, se concluye que el Tribunal deberá reconocer la nulidad del negocio jurídico producto de la nulidad de pleno derecho. En cuanto a la pre-administrabilidad, se concluye que no existe una norma legal que imponga este requisito para poder tramitar estos casos en arbitraje, por lo que las acciones civiles de daños y de nulidad son autónomas de cualquier procedimiento administrativo. Por último, se concluye que no existen posibles decisiones contradictorias entre un Tribunal Arbitral y la SRCPM ya que sus decisiones se encuentran en dos niveles distintos.

5. Conclusión

Por lo expuesto anteriormente, señor Decano, recomiendo que la presente tesina sea presentada para su defensa oral.

Atentamente,


Hugo García Larriva

© 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 Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma: -----
Nombre: Hernán Aurelio Chiriboga Novillo
Código del estudiante: 00126898
Cédula de identidad: 171483741-4
Fecha: Quito, 14 de diciembre de 2016.

Agradecimiento:

A mis padres, hermanos y abuelos por su apoyo y amor incondicional.

A mi tía Emma por su enorme apoyo, cariño y ser mi ejemplo a seguir.

A mis maestros por sus grandes conocimientos brindados.

A Hugo García por su guía como director de este trabajo de titulación.

A Sophia Espinosa por su guía como directora metodológica.

A Vladimir Villalba por transmitirme su pasión por el Derecho.

A Jorje Zalles por enseñarme que todo conflicto tiene solución.

RESUMEN

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado fue adoptada en el año 2011 con el objetivo de brindar una regulación clara en temas de Derecho a la Competencia. Sin embargo, falta mucho por profundizar en diversos temas de esta rama del Derecho, en especial su aplicación dentro de un procedimiento arbitral. Existen dos sistemas de aplicación del Derecho de la Competencia: uno público y uno privado. El sistema público lo lleva a cabo la autoridad administrativa que vigila el orden público económico, como lo es la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado ('SRCPM'); mientras que el sistema privado lo llevan a cabo los particulares a través del sistema de justicia en donde éstos alegan el Derecho de la Competencia para proteger sus intereses particulares. A pesar que nuestra legislación no ha establecido de forma expresa los distintos tipos de aplicación del Derecho de la Competencia, tanto el sistema público como el privado son posibles en el Ecuador. La aplicación privada tiene dos formas, una principal y otra incidental. En el Ecuador solo es posible la aplicación privada incidental de la normativa *antitrust* en un procedimiento arbitral debido a que un Tribunal Arbitral utilizará la normativa de Competencia con el propósito de revisar la validez de un negocio jurídico o de desprender daños y perjuicios por actuaciones anticompetitivas. Estas acciones civiles en sede arbitral no requerirán de una decisión previa de la SRCPM debido a que estas acciones civiles son autónomas y no existe una norma legal que establezca este requisito de pre-administrabilidad. Por último, no existirán decisiones contradictorias entre un Tribunal Arbitral y la SRCPM ya que estas autoridades se encuentran en esferas distintas. Por un lado, un Tribunal Arbitral se encuentra en la esfera civil en la que se determinará la validez de un negocio jurídico o daños y perjuicios, mientras que la SRCPM está en un ámbito administrativo y tiene la potestad exclusiva de determinar ilícitos anticompetitivos y establecer sanciones administrativas, de ser el caso.

ABSTRACT

The Organic Law for Regulation and Control of Market Power was adopted in 2011. This Law intended to provide clear regulations on issues of Competition Law. However, various topics of this branch of Law have yet to be explored in depth, especially its application in arbitration proceedings. There are two systems of enforcement of Competition Law: one public and one private. The public system is carried out by the administrative authority which monitors economic public policy, such as the Superintendency of Regulation and Control of Market Power ('SRCPM'); while the private system is carried out through the judicial system where individuals apply Competition Law to protect their private interests. Although our legislation has not explicitly established these different types of enforcement of Competition Law, both systems are possible under Ecuadorian Law. Private enforcement of antitrust rules can be applied in an incidental manner during an arbitral proceeding. Arbitral Tribunals can use Competition Law in order to check the validity of a contract or establish damages due to anticompetitive actions. These civil actions do not require a prior decision of the SRCPM because these civil actions are autonomous and there is no legal rule that establishes this pre-administrability requirement. Finally, there will be no contradictory decisions between an Arbitral Tribunal and the SRCPM given that each of these authorities are in different areas. On the one hand, an Arbitral Tribunal is in the civil area in which it will determine the validity of a legal transaction or damages, while the SRCPM is in an administrative area and has the exclusive power to determine anti-competitive conducts that harm the market and establish administrative sanctions, if applicable.

Tabla de Contenido

A. Introducción.....	14
1. El Derecho de la Competencia y sus Sistemas de Protección.....	17
1.1. El Derecho de la Competencia y sus Objetivos	18
1.2. Sistemas de Aplicación del Derecho de la Competencia: Público y Privado	21
1.3. Sistema de Aplicación del Derecho de la Competencia en el Ecuador.....	25
1.4 Conclusión de la Primera Sección.....	33
2. Las Distintas Responsabilidades de los Agentes Económicos.....	34
2.1. Responsabilidad Civil	34
2.2. Responsabilidad Penal.....	37
2.3. Responsabilidad Punible Administrativamente	38
2.4. Conclusión de la Segunda Sección.....	40
3. Las Competencias y Funciones de la SRCPM y de los Árbitros; y la Transigibilidad como Presupuesto para Arbitraje	41
3.1. Las Potestades de la SRCPM	41
3.2. Las Funciones de los Árbitros	46
3.3. La Transigibilidad como Presupuesto para la Aplicación Privada del Derecho de la Competencia.....	50
3.4. Conclusiones de la Tercera Sección.....	56
4. Cuestiones Especiales sobre la Arbitrabilidad del Derecho de la Competencia	58
4.1. La Cosa Juzgada.....	59
4.2. La Pre-Administrabilidad.....	63
4.3. Circunstancias de Posibles Decisiones Contradictorias	66
4.4. Conclusiones de la Cuarta Sección	69
B. Conclusiones.....	70
C. Referencias	74
C.1. Doctrina	74

C.2. Jurisprudencia..... 78

C.3. Plexo Normativo..... 78

ABREVIATURAS

ABREVIATURA	EXPLICACIÓN
Antitrust	Derecho de la Competencia, ley de Competencia, normativa <i>antitrust</i>
Art. / Arts.	Artículo / Artículos.
COFJ	Código Orgánico de la Función Judicial
COIP	Código Orgánico Integral Penal
Constitución	Constitución de la República del Ecuador.
LAM	Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador.
LORCPM	Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado.
Reglamento LORCPM	Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado
SRCPM	Superintendencia de Regulación y Control del Poder del Mercado.
Tribunal	Forma genérica para referirse a un Tribunal Arbitral en Derecho o árbitros en Derecho de forma general.

A. Introducción

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (en adelante LORCPM), fue expedida en el Registro Oficial el 13 de octubre de 2011 con el objetivo de brindar una regulación clara en temas de Derecho a la Competencia. Sin embargo, luego de cinco años de desarrollo, hace falta profundizar sobre la aplicación de las normas *antitrust* en el arbitraje cuando las partes intentan resolver un tema contractual en la que se ve involucrado el Derecho de la Competencia.

No será extraño que cada vez más los agentes económicos se encuentren en un proceso arbitral e invoquen normas del Derecho a la Competencia para resolver temas comerciales en el que exista un contrato de por medio. Sin embargo, hace falta claridad en cuanto a la aplicación de esta rama del Derecho en procesos arbitrales, cómo debe proceder un Tribunal Arbitral ante estas pretensiones, los límites que tienen los árbitros al aplicar la LORCPM y el rol de las normas *antitrust* dentro de un proceso arbitral.

Habrán posturas que nieguen la aplicación del Derecho de la Competencia por parte de un Tribunal Arbitral argumentando que esta autoridad no se encuentra con la capacidad técnica ni sofisticación para determinar contravenciones a esta rama del Derecho, y que la única autoridad competente para ver estos temas es la autoridad administrativa. Frente a esto, habrá otras posturas que acepten la aplicación del Derecho de la Competencia dentro de un arbitraje ya que esta rama del Derecho es parte del ordenamiento jurídico que debe ser revisado por todo juzgador dentro de una causa.

En el Ecuador, la LORCPM ha establecido el ámbito de aplicación de esta ley en su artículo 2 en los siguientes términos:

Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que

sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.¹

Adicionalmente, el artículo 3 de la LORCPM establece que “[p]ara la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. [...]”².

Con base en estos dos artículos, habrá posturas que argumentarán que para todo caso que caiga dentro del Derecho de la Competencia, la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado (en adelante SRCPM)³ deberá determinar previamente la naturaleza de las conductas investigadas antes de que la LORCPM sea aplicada por ésta u otras autoridades. Esta postura adicionalmente argumentará que el artículo 49 del reglamento a la LORCPM establece que “[e]l juzgamiento y sanción de las infracciones establecidas en la Ley corresponderá exclusivamente a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado [...]”⁴, enfatizando que el juzgamiento de conductas anticompetitivas le corresponde únicamente a la SRCPM, por lo que un Tribunal Arbitral no podría revisar si alguna conducta ha sido contraria a la LORCPM. Sin embargo, toda autoridad judicial, incluyendo a los árbitros, tienen el deber de vigilar que los actos jurídicos no sean contrarios al ordenamiento jurídico, por lo que en su análisis la autoridad judicial deberá revisar el Derecho de la Competencia.

Dado estas dos posiciones, se vuelve necesario realizar el estudio de la aplicación de las normas *antitrust* por parte de los Tribunales dentro de un procedimiento arbitral. Por ello, el problema jurídico que se analiza en este trabajo se enmarca en tres preguntas fundamentales: [i] ¿Existe la aplicación privada del Derecho de la Competencia en el Ecuador en sede arbitral por responsabilidad contractual? [ii] Si la respuesta es afirmativa,

¹ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículos 2. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

² Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 3. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

³ La SRCPM es la autoridad administrativa encargada de velar por el orden público económico conforme a los artículos 36, 37 y 38 de la LORCPM.

⁴ Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 49. Registro Oficial No. 697 de 07 de mayo de 2012.

¿se requiere una decisión previa por parte de la SRCPM antes de iniciar un procedimiento arbitral? [iii] Por último, ¿qué efectos tiene una decisión de un Tribunal Arbitral en un proceso administrativo ante la SRCPM; y, del mismo modo, qué efectos tiene una decisión de la SRCPM en un proceso arbitral?

Ante esto, la hipótesis que se plantea es que en el Ecuador es posible la aplicación privada del Derecho de la Competencia de forma incidental para desplegar efectos jurídicos civiles entre partes contractuales que se encuentran en un proceso arbitral, lo cual parte de la autonomía de la acción civil de daños y de nulidad de los negocios jurídicos. Además, se plantea la inexistencia de un requisito de pre-administrabilidad, con lo cual un Tribunal Arbitral no deberá esperar un pronunciamiento previo por parte de la SRCPM para despachar una causa, lo cual se basa en la falta de ley que imponga este requisito. Por último, se plantea que las determinaciones que realiza un Tribunal Arbitral en cuanto a la validez de un negocio jurídico envuelto en temas del Derecho de la Competencia, o daños derivados de actuaciones contrarias a la LORCPM, no determina un ilícito *antitrust*⁵, el cual solo puede ser determinado por la SRCPM, por lo que cada autoridad ejercerá sus funciones dentro de su esfera de actuación.⁶ Si antes de un proceso arbitral la SRCPM ha determinado violaciones al artículo 11 de la LORCPM, el negocio jurídico será nulo, el cual deberá ser reconocido como tal por el Tribunal Arbitral dada la nulidad de pleno derecho establecida en esta normativa, y el Tribunal Arbitral podría determinar daños y perjuicios civiles por actuaciones dañosas de una de las partes.

Para llegar a estas conclusiones, en este trabajo se estudiaron los sistemas de aplicación del Derecho de la Competencia, las distintas responsabilidades de los agentes económicos, las potestades y competencias de las distintas autoridades, la transigibilidad en el arbitraje, la cosa juzgada y la pre-administrabilidad.

⁵ Como se analiza en este trabajo de titulación, los ilícitos *antitrust* solo los podrá determinar la SRCPM.

⁶ La SRCPM velará por el interés general, el cual se encuentra por encima del interés particular, el cual es protegido a través del arbitraje. *Cfr.* Constitución de la República del Ecuador. Artículo 83, numeral 7. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Cabe aclarar que este trabajo se enmarca dentro de ciertos presupuestos, sin perjuicio que este análisis pueda ser extendido a consideraciones más amplias dentro del Derecho de la Competencia, el arbitraje o incluso a otras ramas del Derecho. Es por ello que este análisis parte del presupuesto de una relación jurídica contractual en la que existe una cláusula arbitral válida, plenamente ejecutable y lo suficientemente amplia para abarcar toda controversia relativa a, o que tenga relación con un contrato. Además parte del presupuesto de que los agentes económicos son plenamente capaces para entrar en negocios jurídicos comerciales, en la que una de las partes busca desplegar consecuencias jurídicas civiles⁷ alegando normas del Derecho de la Competencia dentro de un arbitraje doméstico en Derecho.⁸

Una vez hecha esta aclaración, procedemos a desarrollar nuestro trabajo de titulación analizando los siguientes puntos: [1] el Derecho de la Competencia y sus sistemas de aplicación; [2] las distintas responsabilidades de los agentes económicos [3] las competencias y facultades de la SRCPM y de los árbitros, junto con la transigibilidad como presupuesto para la aplicación arbitral privada del Derecho de la Competencia; y [4] la pre-administrabilidad, cosa juzgada y posibles decisiones contradictorias.

1. El Derecho de la Competencia y sus Sistemas de Protección

Iniciamos nuestro trabajo de titulación con una aproximación sobre el objeto de protección del Derecho de la Competencia y los distintos sistemas que se han formado para hacer efectiva esta rama del Derecho. Por esta razón, en esta sección analizaremos [1.1] los objetivos del Derecho de la Competencia; [1.2] el sistema público y privado de

⁷ A lo largo de este trabajo de titulación se utilizarán las expresiones ‘consecuencias civiles’ o ‘efectos civiles’, los cuales se refieren a la nulidad, cumplimiento y/o daños y perjuicios derivados de la relación contractual objeto del litigio arbitral.

⁸ Este trabajo de titulación se enfoca en arbitraje doméstico ecuatoriano, sin perjuicio de que las conclusiones y consideraciones dentro éste puedan ser extendidos a consideraciones dentro del arbitraje internacional.

protección del Derecho de la Competencia; [1.3] el sistema de aplicación del Derecho de la Competencia en el Ecuador; y, [1.4] conclusiones de esta primera sección.

1.1. El Derecho de la Competencia y sus Objetivos

Para empezar esta sección utilizamos la definición de Jorge Witker sobre el Derecho de la Competencia en la que resalta que:

[e]l derecho de la competencia puede conceptualizarse como aquella rama del derecho económico que tiene por objeto la ordenación de los mercados, tutelando la competencia como sistema en el que se protegen los intereses de los competidores, consumidores y los del interés público.⁹

De esta primera aproximación queda claro que esta rama del Derecho protege, en una primera instancia, intereses generales de los competidores, consumidores y público en general.¹⁰ En una segunda instancia, esta rama del Derecho también protegerá intereses particulares de todos los actores económicos basado en la idea fundamental de que nadie tiene porqué soportar un daño.¹¹

Entre los objetivos que tiene el Derecho de la Competencia se encuentran: (i) la maximización del bienestar económico, entendido como la suma total del excedente del consumidor y del productor; (ii) la defensa de los pequeños productores con el objetivo de que existan más agentes en el mercado y se diversifique la oferta; (iii) la promoción de la integración de los mercados, como lo que ocurre en la Unión Europea; (iv) la libertad económica, para que los agentes económicos desarrollen actividades comerciales sin limitaciones; (v) el combate contra la inflación; (vi) la justicia y equidad; y (vii) otras

⁹ Witker, Jorge. Derecho de la Competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México. Chile: Fondo de Cultura Económica. 2000. p. 21.

¹⁰ *Cfr.* Constitución de la República del Ecuador. Artículo 83, numeral 7. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹¹ Este fundamento se puede encontrar en disposiciones de nuestro Código Civil, tanto para el ámbito contractual como extracontractual. *Ver.* Código Civil. Artículos 1453, 2214 y 2216. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

razones dentro de lo social, político, medioambiental o estratégico.¹² Cabe recalcar que dependiendo de la política pública que busque el Estado, estos objetivos pueden complementarse o excluirse mutuamente.

Junto a esta lista de objetivos, se puede observar el énfasis en la protección del interés general y en la búsqueda del bienestar común, conceptos que dependerán del significado que cada sociedad les dé a estos, que pueden ir desde la maximización de bienestar económico, pasando por la reducción de la inflación, permitir que actores de su economía crezcan para que sean competitivos a nivel mundial o a significados más amplios de justicia y equidad. Por lo mismo, en un ámbito general, el desarrollo de la legislación y políticas públicas encaminadas a desarrollar el Derecho de la Competencia buscarán la protección del interés general. Es así como lo ha entendido nuestro legislador ecuatoriano al incluir en el párrafo sexto de motivaciones de la LORCPM lo siguiente:

Que, el artículo 284 de la Constitución de la República establece los objetivos de la política económica, entre los que se encuentran: el asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional; incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional; y, mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo.¹³

En base a esta motivación, la Asamblea Nacional adoptó el artículo 1 de la LORCPM al siguiente tenor:

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.¹⁴ (El subrayado es nuestro)

¹² Cfr. Motta, Massimo. Competition Policy. United States of America: Cambridge University Press. 2004. pp. 17-30.

¹³ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Cláusula sexta de la exposición de motivos. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

¹⁴ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

Junto a la protección del interés general, que se enfoca especialmente en proteger el orden público económico,¹⁵ el Derecho de la Competencia también protege al interés particular. Así lo ha entendido nuestra Corte Provincial de Pichincha al señalar que:

[en] el campo del derecho de la competencia se debe distinguir tres áreas: una civil, otra administrativa y una tercera de índole penal. **[E]n el ámbito civil** lo que se pretende es que se repare el daño que el perjudicado ha sufrido como consecuencia de la actuación del agente dañoso [...] No se busca tutelar el orden público si no que **se persigue proteger un interés privado** que ha sido afectado por la actuación de quien ha violentado las normas de libre competencia. [...] **Por su parte, en el ámbito administrativo se dirige a proteger el orden público económico**, por lo que se le faculta a la correspondiente autoridad administrativa para que se encargue de vigilar que los agentes económicos no incurran en prácticas que impidan o distorsione la libre competencia y en caso de que tales agentes incurran en este tipo de prácticas, la autoridad administrativa deberá intervenir para corregir las distorsiones que se produzcan en el mercado, e incluso podrá sancionar a quienes han incurrido en la comisión de tales actos contrarios a la libre competencia.¹⁶ (el resaltado es nuestro).

Por lo mismo, queda claro que el Derecho de la Competencia tiene un objetivo amplio de protección a la eficiencia de los mercados, a un comercio justo, al bienestar general y al orden público económico;¹⁷ pero además protege el interés particular de los agentes económicos, intereses que se encuentran entrelazados con el bienestar general económico dentro del mercado.¹⁸ Para hacer efectiva esta rama del Derecho, se han desarrollado dos sistemas para su aplicación: el público y el privado.

¹⁵ A lo largo de este trabajo nos referiremos al orden público en general, el cual consideramos ser un género, y el orden público económico como una de sus especies.

¹⁶ Corte Provincial de Pichincha Primera Sala de lo Civil Mercantil Inquilinato y Materias Residuales. Sentencia de Segunda Instancia de la causa 1140-2011 del 23 de septiembre de 2011.

¹⁷ Cae Egaña, citado por Ferrada Bórquez, define al orden público económico como “el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad estatal para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulada en la Constitución.” (José Luis Cae Egaña en: Ferrada Bórquez, Juan Carlos. La Constitución Económica de 1980. Revista de Derecho, Vol. XI, diciembre 2000, pp. 47-54. Página web: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502000000100005&script=sci_arttext&tlng=es#n8. (Acceso: 26/feb/2016).

¹⁸ Cabe mencionar que a pesar que los intereses particulares se encuentran entrelazados con los intereses generales, estos últimos tienen prevalencia sobre los primeros, conforme a nuestra Constitución.

1.2. Sistemas de Aplicación del Derecho de la Competencia: Público y Privado

De forma general, los sistemas de aplicación del Derecho de la Competencia tienen tres objetivos que se los puede resumir en: preventivo, sancionatorio y compensatorio. El primer objetivo se basa en la aplicación del Derecho de la Competencia para prevenir que nuevas o futuras infracciones ocurran, resultando así en un efecto disuasivo para los agentes económicos.¹⁹ Por su lado, el objetivo sancionatorio busca castigar al agente económico que ha causado algún tipo de distorsión en el mercado como una forma de retribución por el mal causado.²⁰ Por último, el objetivo compensatorio busca remediar el daño causado a los particulares por la actividad anticompetitiva a través de reparaciones civiles a las partes afectadas.²¹ Cabe aclarar que estos objetivos no necesariamente se excluyen mutuamente, sino que se los ha dividido de esta manera para su mejor comprensión y estudio.

Para cumplir con estos objetivos, existen principalmente dos sistemas de aplicación del Derecho de la Competencia: el público y el privado. El sistema público, como bien lo expone Vedia Jerez, es aquel en que se ha designado un órgano estatal para la vigilancia y aplicación de la norma del Derecho de la Competencia. Su característica más significativa es la verticalidad de la disputa, entre la administración, provista de amplias facultades, y una parte privada.²²

El sistema público tiene cuatro ventajas principalmente. La primera ventaja es la existencia de un órgano estatal encargado de la vigilancia y aplicación del Derecho de la Competencia, la cual desarrolla una gran especialización en esta rama del Derecho que

Cfr. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 83, numeral 7. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁹ *Cfr.* Vedia Jerez, Horacio. *Competition Law Enforcement and Compliance across the World*. USA: Kluwer Law International. 2015. pp. 74-75.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² *Id.*, p. 73.

permite el avance y sofisticación de la normativa *antitrust*.²³ La segunda ventaja tiene que ver con la eficiencia con la que se investigan estos casos ya que a la administración se le entrega amplios poderes investigativos para descubrir y probar infracciones a la normativa de la Competencia.²⁴ La tercera ventaja resulta del hecho que la administración tiene facultades sancionatorias, con las que puede establecer los correctivos necesarios de manera efectiva y sin recurrir en mayores costos, como ir ante un juez u otra autoridad para la aplicación de dichas sanciones.²⁵ La cuarta ventaja tiene que ver con la protección al interés general ya que al ser un órgano administrativo encargado del Derecho de la Competencia no vela por intereses particulares, atendiendo de mejor manera al orden público económico, sin interferencias ni distorsiones que puedan traer intereses particulares.²⁶ Por lo mismo, el sistema público atenderá de mejor manera el objetivo preventivo dado los recursos y facultades especiales para investigar y sancionar distorsiones al mercado.

Por otro lado, el sistema privado de aplicación del Derecho de la Competencia permite que sean los particulares quienes apliquen este Derecho dentro de un proceso judicial en búsqueda de protección de sus intereses particulares.²⁷ Este sistema, a diferencia del público, se caracteriza por la horizontalidad de la disputa dado que las dos partes discuten el Derecho ante el juez sin que ninguna de ellas tenga prerrogativas especiales de investigación o indagación. El sistema privado, al momento de aplicar el Derecho de la Competencia, puede manifestarse de tres maneras distintas: (i) siendo argumentos de escudo o espada; (ii) siendo acciones independientes y dependientes; y, (iii) siendo una aplicación a título principal o incidental.²⁸

²³ *Id.*, pp. 75-76.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Id.*, pp. 59-60.

²⁸ *Id.*, p. 237.

Empecemos por la modalidad de escudo y espada. Un litigante puede utilizar el Derecho de la Competencia dentro de un proceso civil ante una autoridad judicial como un escudo cuando se defiende de un demandante que busca desplegar efectos civiles, por cumplimiento o incumplimiento de un contrato. En este caso, el demandado puede utilizar el Derecho de la Competencia para buscar la nulidad del acuerdo y así evitar las obligaciones del contrato por ser contrario a esta normativa. Adicionalmente, un litigante también puede utilizar el Derecho de la Competencia como espada, en el que actúa como demandante y busca compensación por daños, nulidad del acuerdo o medidas cautelares dada la actuación contraria a las normas de competencia.²⁹ Cabe resaltar que esta manifestación de escudo y espada son dos caras de una misma moneda, pero su distinción permite resaltar la posibilidad de que el Derecho de la Competencia pueda ser utilizado en un proceso judicial para desprender efectos civiles sobre un acto jurídico que se ve envuelto en temas de Competencia.

En cuanto al tipo de acción del sistema privado de aplicación del Derecho de la Competencia, estas pueden ser: independientes o dependientes. Las primeras, a las que denominamos acciones independientes, son aquellas en las cuales la aplicación de la normativa *antitrust* es realizada sin la necesidad de una declaración previa por parte de la autoridad que vigila el mercado. Dentro de este tipo de acciones, serán las partes privadas las que deberán realizar toda la investigación para demostrar que las actuaciones de la otra parte son contrarias al Derecho de la Competencia. En cambio, las acciones dependientes son aquellas que se realizan una vez que la autoridad de Competencia ha determinado una vulneración al Derecho de la Competencia. En este caso, el demandante deberá esperar una decisión previa y se basará en lo determinado por la autoridad competente para llevar a cabo sus pretensiones.³⁰

Finalmente, el sistema privado de aplicación de la normativa *antitrust* también puede manifestarse como una acción a título principal o incidental. Por un lado, la aplicación a título principal del Derecho de la Competencia se refiere a la aplicación directa de este

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ *Ibíd.*

Derecho por parte de la función judicial en la que se aplican todas las normas *antitrust*, incluyendo las normas sancionatorias ya que se le ha entregado a la función judicial³¹ la potestad de corregir directamente fallas del mercado.³² Por otro lado, la aplicación del Derecho de la Competencia a título incidental se refiere a la aplicación de este Derecho de forma coadyuvante a una acción principal, como sería el caso de la nulidad de un contrato que restringe la competencia, en el cual se debe revisar si ha existido actos contrarios a la ley de Competencia para la derivación respectiva de efectos civiles en el caso.³³

Por lo mismo, podemos juntar los objetivos y los sistemas de aplicación del Derecho de la Competencia y señalar que el sistema público:

is mainly intended to achieve deterrence, and in this way, compliance with the Law. From an economic point of view an individual decides rationally whether to commit an infringement of the law if he can perceive a utility from engaging in an illegal activity. In order for an individual to break the law, he will compare rationally the benefits and costs of engaging in illegal activities. Accordingly, **people will only infringe the law if the benefits obtained from their illegal conduct outweigh the cost of the probability of apprehension, conviction and punishment.**³⁴ (El resaltado es nuestro)

³¹ En la Comunidad Europea, se dictó Reglamento 1/2003 que permitió la aplicación directa de los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea por parte de las autoridades judiciales. Ver. Ortiz, Ingrid. La Aplicación Privada del Derecho Antitrust y la Indemnización de los Daños Derivados de Ilícitos contra la libre competencia. Revista e-Mercatoria. Volumen 7, número 1, 2008. p. 3; (CE) No 1/2003 del Consejo Relativo a la Aplicación de las Normas Sobre Competencia Previstas en los Artículos 81 y 82 del Tratado. 16 de diciembre de 2002. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. 4/1/2003. Página web: <https://www.boe.es/doue/2003/001/L00001-00025.pdf>. (Acceso: 26/Sep/2016).

³² "Se habla de aplicación a título principal, cuando tiene lugar a través de las autoridades nacionales encargadas de investigar, de oficio o a instancia de parte, comportamientos de empresas que puedan suponer infracción de las reglas comunitarias de competencia." García, Ricardo Alonso. La aplicación de los artículos 85 y 86 del tratado CEE por órganos administrativos y judiciales españoles. Revista de Instituciones Europeas, Col 17, No. 2, 1990. p. 438.

³³ Cfr. Vedia Jerez, Horacio. Competition Law Enforcement and Compliance across the World. USA: Kluwer Law International. 2015. p. 237.

³⁴ *Id.* pp. 59-60.

En cambio, el sistema privado tiene otro objetivo que se centra en los intereses particulares de las partes, como lo explica Vedia Jerez:

With regard to the objectives of private antitrust enforcement, it is considered that its main purpose is to seek compensation for the harm caused by the infringement of the competition law provisions, provided that awarding compensation for the damages suffered as a consequence of an antitrust violation is outside the field of competence of competition authorities and, as a consequence, of public antitrust enforcement. From an economic perspective, a party who has suffered a loss will sue only when the cost of suit are less than the expected benefits from suit.³⁵

De la lectura de estas dos citas vemos que los dos sistemas son posibles para la aplicación del Derecho de la Competencia, entendiendo que el objetivo principal del sistema público es crear un efecto disuasivo y proteger el mercado en general; mientras que el objetivo del sistema privado es la compensación por el daño sufrido a raíz de una infracción anticompetitiva, sin dejar de lado otras posibles pretensiones dentro de la modalidad de espada y escudo, como lo es la declaración de nulidad. Cabe recalcar que los dos sistemas pueden coexistir siempre y cuando la legislación de un país lo permita, y será el mismo ordenamiento jurídico el que defina el alcance de cada uno de estos sistemas.

1.3. Sistema de Aplicación del Derecho de la Competencia en el Ecuador

Existe una idea generalizada de que en el Ecuador sólo es posible el sistema público de aplicación del Derecho de la Competencia debido a que existe un órgano administrativo especializado que se encarga de investigar y sancionar actividades anticompetitivas.³⁶ En esta subsección estudiaremos los sistemas de aplicación y vigilancia del Derecho de la Competencia en el Ecuador y veremos cómo nuestro ordenamiento jurídico permite la coexistencia de los dos sistemas analizados con anterioridad.

³⁵ *Id.*, pp. 60-61.

³⁶ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículos 37 y 38. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

Empezando por el sistema público, la Constitución del Ecuador, en su Capítulo Quinto sobre la Función de Transparencia y Control Social, establece que:

Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, **con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio** o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley.³⁷ (El resaltado es nuestro.)

Esta norma Constitucional es desarrollada por la LORCPM, en particular por su artículo 36, que crea

la **Superintendencia de Control del Poder de Mercado**, misma que pertenece a la Función de Transparencia y Control Social, como un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa; **la que contará con amplias atribuciones para hacer cumplir a los operadores económicos de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria todo lo dispuesto en la presente Ley [...].**³⁸ (El resaltado es nuestro)

Adicionalmente, el Reglamento de la LORCPM, en su artículo 49, inciso segundo, establece que “[e]l juzgamiento y sanción de las infracciones establecidas en la Ley corresponderá exclusivamente a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado [SRCPM]”³⁹. Por lo mismo, se ve claramente que nuestro legislador, junto con la autoridad administrativa que expidió el reglamento de la LORCPM, han desarrollado un sistema público de aplicación del Derecho de la Competencia ya que se le atribuye a la SRCPM amplias facultades para iniciar investigaciones o procedimientos administrativos a petición de parte o de oficio, con el fin de proteger el orden público económico.⁴⁰ Por

³⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 213. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

³⁸ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 36. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

³⁹ Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 49. Registro Oficial No. 697 de 07 de mayo de 2012.

⁴⁰ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 50. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

lo mismo, será la SRCPM la encargada de sancionar administrativamente a los agentes económicos que distorsionen el mercado, dándole vida así al sistema público antes mencionado.

Junto al sistema público de aplicación del Derecho de la Competencia, en el Ecuador también se reconoce la existencia del sistema privado de aplicación de la normativa *antitrust*, la cual la tiene a cargo el sistema judicial. El fundamento para la aplicación del Derecho de la Competencia por una corte o un Tribunal Arbitral se encuentra anclada en dos pilares: (i) el deber que tiene todo juzgador de vigilar el ordenamiento jurídico y (ii) el principio *alterum non laedere* de la teoría general del derecho mencionado por Ulpiano.⁴¹

En cuanto al primer punto, todo juez o árbitro tiene el deber de analizar si los negocios jurídicos presentados ante él están de acuerdo al ordenamiento jurídico, ya que en caso de no estarlos, deberá declararlos nulos conforme a los artículos 9 y 1699 del Código Civil. Por ello, un árbitro debe revisar la validez de un contrato, para lo cual estudiará si el contrato es contrario a la LORCPM, normativa que es parte de nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto al segundo punto, el deber de no causar daño obliga a indemnizar por los daños y perjuicios causados a otras personas. Este deber de indemnización se encuentra respaldado por los artículos 1453, 1572 y 2214 del Código Civil, los cuales apuntan a las fuentes de las obligaciones y al deber de reparar los daños. En lo referente a los daños causados, nuestro Código Civil dispone que “[l]a 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”,⁴² al igual de que todo acto “que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización”.⁴³

⁴¹ Sarlo, Oscar. Sobre la noción de responsabilidad en teoría del derecho y en dogmática jurídica. Ruptura, Una revista interdisciplinaria de análisis jurídico. Uruguay, Sociedad de Análisis Jurídico. Mayo 2011. p. 164. (*Alterum non laedere* es traducido como no el principio de no causar daño a nadie).

⁴² Código Civil. Artículo 1572. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁴³ *Id.*, artículo 2214.

Por lo mismo, el axioma de Ulpiano *alterum non laedere* tiene fundamento en nuestra legislación, por lo que se vuelve necesario determinar si vulneraciones a normativas *antitrust* produjeron un daño, dando paso a indemnizaciones civiles.⁴⁴

Por ello, cuando se ventile un caso en arbitraje que lleva envuelto temas del Derecho de la Competencia, el Tribunal Arbitral deberá revisar la normativa *antitrust* para determinar la validez del negocio jurídico, junto con posibles daños y perjuicios que resulten de vulneraciones a la normativa de Competencia. Ortiz resume esta idea de forma muy clara al decir que:

Junto a todos estos efectos derivados de la naturaleza de orden público de las normas de libre competencia, se tiene admitido y establecido que la vulneración de esta normativa acarrea dos efectos que podríamos considerar de carácter civil o privado: (i) la nulidad absoluta del acuerdo restrictivo y, (ii) la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con la conducta.⁴⁵

En otras palabras, la nulidad e indemnización que surja a partir de un negocio jurídico, envuelto en temas del Derecho de la Competencia, tienen necesariamente un ámbito privado y de carácter civil que se desarrolla por el deber del juzgador en velar por el ordenamiento jurídico y por el deber de no causar daño a nadie. “La regla general [...] es que los efectos civiles sólo pueden ser declarados por un órgano jurisdiccional (juez o

⁴⁴ Nuestra jurisprudencia ecuatoriana ha determinado que la responsabilidad civil se encuentra presente en todo acto de las personas, incluso cuando otras ramas del derecho también son aplicables. En el caso Alava contra la Constructora Santos, la demandante exigía una indemnización por la muerte de su hija debido a la negligencia de la constructora en no proveer las seguridades necesarias a las personas que transitaban cerca del edificio que se encontraba en construcción. La defendida alegó que este caso debía ser resultado primero en tribunales penales, pero la Corte Suprema determinó que “la responsabilidad por tales daños, deriva sencillamente de haberse perpetrado un delito o cuasidelito. Consiguientemente es una acción autónoma, independiente de otra acción civil o penal.” Esta jurisprudencia resalta la autonomía de la acción por daños civiles ya que la existencia y aplicación de otra rama del derecho no borra ni elimina las fuentes obligacionales contenidas en el Código Civil. (Ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil Tercera Instancia. Publicada en Gaceta Judicial. Año LXXXIII. Serie XIV. No. 2. Pág. 399. Causa de 21 de enero de 1983.)

⁴⁵ Ortiz, Ingrid. La Aplicación Privada del Derecho Antitrust y la Indemnización de los Daños Derivados de Ilícitos contra la libre competencia. Revista e-Mercatoria. Volumen 7, número 1, 2008. p. 5.

tribunal competente)”,⁴⁶ por lo que la autoridad judicial deberá estudiar si dicho negocio jurídico es contrario a la LORCPM, con lo que se hace evidente la aplicación privada del Derecho de la Competencia.

Una vez que se ha dejado en claro que el Código Civil ecuatoriano viabiliza la existencia del sistema privado de aplicación del Derecho de la Competencia, cabe analizar hasta qué punto nuestro ordenamiento jurídico permite su desarrollo. Para ello analizamos las tres formas de manifestación del sistema privado: la modalidad de espada o escudo, como acciones independientes o dependientes y a título principal o incidental.⁴⁷

Empezamos por la aplicación a título principal y a título incidental del Derecho de la Competencia en el sistema judicial. Junto con las normas Constitucionales y legales que mencionamos anteriormente, queda claro que la autoridad competente para analizar un caso a título principal, y establecer las sanciones administrativas correspondientes, es la SRCPM y no la función judicial. Esto se ve claramente en las potestades exclusivas de la SRCPM, entre las cuales se incluye la investigación, inicio de procedimientos administrativos y sanción a agentes económicos por vulneraciones al Derecho de la Competencia.⁴⁸ Por lo mismo, se puede decir que en el Ecuador no existe el sistema privado a título principal de la aplicación del Derecho de la Competencia ya que las cortes no podrán establecer las sanciones administrativas contenidas en la LORCPM ni iniciar procedimientos de investigación con el solo objetivo de establecer las sanciones administrativas contenidas en esta ley, características básicas de la aplicación a título principal. Sin embargo, la modalidad la aplicación a título incidental si es posible en el Ecuador.

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ *Cfr.* Vedia Jerez, Horacio. *Competition Law Enforcement and Compliance across the World*. USA: Kluwer Law International. 2015. p. 237.

⁴⁸ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículos 37 y 38. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011. (El análisis de las potestades de la SRCPM es desarrollado en la sección **3.1. Las Potestades de la SRCPM.**)

La modalidad del sistema privado a título incidental se refiere a la aplicación del Derecho de la Competencia de forma secundaria en un caso civil con el fin de atender a una situación principal, en la cual las cortes no establecen sanciones para corregir fallas del mercado, sino que utilizan la normativa del Derecho de la Competencia para derivar efectos civiles, como lo son la nulidad o daños y perjuicios. Por ejemplo, si una parte pretende la nulidad de un contrato alegando que este es contrario a la LORCPM, la autoridad judicial deberá analizar si este negocio jurídico es contrario al ordenamiento jurídico y declarar la nulidad del acto jurídico.⁴⁹ El sustento legal para proceder de esta forma por parte de las autoridades judiciales se basa en el Código Civil en los artículos 9, 1483, 1572, 1698 y 1699.⁵⁰

El artículo 9 del Código Civil establece que “[l]os actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor”.⁵¹ Además, el artículo 1483 establece que un acto jurídico con causa ilícita es aquel que contiene un acto prohibido por la ley, contrario a las buenas costumbres o al orden público.⁵² Por último, el artículo 1698 del Código Civil declara la nulidad absoluta como la sanción a actos jurídicos que tengan un objeto o causa ilícita.⁵³ Por ello, en el evento de que una autoridad judicial determine que un contrato fue celebrado en virtud de una transgresión a la LORCPM, esta autoridad podrá declararlo nulo porque aquella actuación sería de aquellas prohibidas por la ley generando así un objeto ilícito y siendo contrario al orden público.

⁴⁹ Se debe dejar a salvo que en base al artículo 1474 del Código Civil, nadie puede beneficiarse de su propio dolo, por lo que si las dos partes del negocio jurídico infringieron el Derecho de la Competencia, ninguna podrá solicitar daños por falta de incumplimiento del negocio convenido.

⁵⁰ Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁵¹ *Id.*, artículo 9.

⁵² “Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.” Código Civil. Artículo 1483. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Cabe resaltar que la concepción del orden público utilizado en este trabajo de titulación es de forma amplia que cubija al orden público económico, concepto fundamental del Derecho de la Competencia revisa en la sección **1.1. El Derecho de la Competencia y sus Objetivos**.

⁵³ Código Civil. Artículos 1483 y 1698. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Esto muestra que al perseguir una acción principal, como la nulidad de un acto jurídico, se deberá analizar de forma incidental el Derecho de la Competencia para derivar efectos civiles de este negocio jurídico. En base a esta línea de argumentación, queda claro que el sistema privado de aplicación del Derecho de la Competencia, a título incidental, es plenamente viable en el Ecuador ya que se deberá aplicar esta normativa para desprender efectos civiles.

Junto a la aplicación incidental de las normas *antitrust*, se desprende la posibilidad de que el Derecho de la Competencia pueda ser utilizado como espada o escudo, sea proponiendo una demanda o como excepciones ante ella alegando transgresiones a la LORCPM. Por último, sobre el punto de la aplicación del Derecho de la Competencia en el sistema privado como acción dependiente e independiente, esto se lo verá con más profundidad en la sección **4.2. La Pre-Administrabilidad**. Sin embargo, cabe señalar que no existe una norma explícita que prohíba a una autoridad judicial la aplicación de los artículos 9, 1453, 1483, 1698 y 1699 del Código Civil, por lo que las acciones civiles ante un Tribunal Arbitral podrán realizarse sin la necesidad de una decisión previa por parte de la SRCPM. Esto no deja de lado que se podrá intentar una acción civil para recuperar daños y perjuicios una vez que la SRCPM ha declarado vulneraciones a la LORCPM. En este caso, dicha acción civil se basará en la decisión de la SRCPM, con lo que se discutirá únicamente temas de daños por afectaciones a una de las partes.

Junto a estas normas del Código Civil, hay que señalar dos artículos de la LORCPM: el artículo 71, sobre las acciones civiles, y el artículo 11 sobre la nulidad de los actos jurídicos contrarios al Derecho de la Competencia. El artículo 71 de la LORCPM establece que:

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.⁵⁴

⁵⁴ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 71. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

En cuanto al artículo 71 de la LORCPM, este debe ser entendido en armonía con el ordenamiento jurídico y en especial con las normas del Código Civil antes señaladas. Por ello, a este artículo se lo debe entender en sus dos partes fundamentales que se encuentran separadas por el punto seguido entre ellas. La primera parte hace alusión a lo señalado por los artículos 9, 1453, 1483, 1698 y 1699, permitiendo el sistema privado de aplicación del Derecho de la Competencia a título incidental conforme al derecho civil o común. En cambio, la segunda parte se refiere a la prescripción de los daños y perjuicios que podrían derivarse una vez que la SRCPM declare transgresiones a la LORCPM por parte de un agente económico. Esta determinación de vulneraciones a la LORCPM por parte de la SRCPM hace que las partes ya no tengan que alegar el Derecho de la Competencia ante la autoridad judicial, sino que directamente reclamarán los daños y perjuicios derivados de esta determinación previa. Cabe resaltar que esto no interfiere con las normas civiles antes señaladas y que permiten una aplicación independiente del Derecho de la Competencia de forma secundaria ante una autoridad judicial debido a la autonomía de la acción por daño civil y del deber del juez en velar por el ordenamiento jurídico.

Por su lado, el artículo 11, último inciso de la LORCPM, establece que “[s]on nulos de pleno derecho los acuerdos, prácticas, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en este artículo, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.”⁵⁵ Se ha argumentado que la nulidad de pleno derecho es de aquellas nulidades que no requieren ser declaradas como tales por una autoridad judicial ni ser impugnadas ya que estas nunca produjeron ningún efecto.⁵⁶ Sin embargo, en la práctica, siempre se requerirá de algún tipo de pronunciamiento por parte de una autoridad que hará que dicho acto jurídico sea nulo, el cual tendrá un carácter declarativo y no constitutivo. De lo contrario, se estaría bajo una presunción de ineficacia de los negocios jurídicos, atentando contra la seguridad jurídica y el principio de eficacia de los negocios jurídicos reconocido por nuestro Código Civil.

⁵⁵ *Id.*, artículo 11. La nulidad de pleno derecho aplica a los acuerdos restrictivos únicamente, no a abusos de poder de dominio, en los que el árbitro podría declarar la nulidad absoluta del negocio jurídico.

⁵⁶ *Cfr.* Lohmann Luca De Tena, Juan Guillermo. El negocio jurídico. Lima: Studium, 1986, pp. 405 y 406.

1.4 Conclusión de la Primera Sección

A modo de conclusión, queda claro que en el Ecuador existen los dos sistemas de aplicación del Derecho de la Competencia. Por un lado, el sistema público de aplicación protege los intereses generales del Derecho de la Competencia y la SRCPM es la entidad encargada de velar por el correcto funcionamiento del mercado, según el artículo 213 de la Constitución, 36 de la LORCPM y 49 de su reglamento. Por otro lado, el sistema privado de aplicación del Derecho de la Competencia busca proteger los intereses privados de las partes involucradas. Señalamos que no existe la aplicación privada del Derecho de la Competencia a título principal en el Ecuador ya que la potestad exclusiva de sancionar administrativamente por transgresiones a la LORCPM pertenece a la SRCPM y no a las autoridades judiciales. Adicionalmente, señalamos que la aplicación a título incidental si es posible conforme a los artículos 9, 1453, 1483, 1572, 1698, 1699 y 2214 del Código Civil, al igual que el artículo 71 de la LORCPM, los cuales parten de la idea general del Derecho de no causar daño a nadie, de las fuentes de las obligaciones y del deber del juez de vigilar el ordenamiento jurídico. Una vez establecido esto, se abre la posibilidad de aplicar del Derecho de la Competencia como espada o escudo y que las acciones que se pueden presentar ante una autoridad judicial pidiendo la aplicación incidental del Derecho de la Competencia sean independientes debido a la autonomía de las acciones del daño civil y del deber del juez de vigilar que todo negocio jurídico este acorde al ordenamiento jurídico.

A continuación analizamos las distintas responsabilidades que tienen los agentes económicos cuando realizan sus actividades en el mercado, con el fin de señalar cuál es la autoridad encargada de revisar cada una de ellas. Este estudio permitirá una mejor distinción entre el sistema público y privado de la aplicación del Derecho de la Competencia en el Ecuador.

2. Las Distintas Responsabilidades de los Agentes Económicos

En esta sección se exploran las distintas responsabilidades que tienen los agentes económicos cuando desarrollan sus actividades comerciales. Para ello, se debe reconocer que en “el campo del derecho de la competencia [...existen...] tres áreas: una civil, otra administrativa y una tercera de índole penal.”⁵⁷ Por ello, en esta sección analizamos la responsabilidad civil, penal y la que denominamos ‘responsabilidad punible administrativamente’.⁵⁸ Estas responsabilidades se encuentran de forma expresa en el Capítulo 5, Sección 4, de la LORCPM, y se estudian a continuación siguiendo la siguiente estructura: [2.1] la responsabilidad civil, [2.2] la responsabilidad penal, [2.3] la responsabilidad punible administrativamente; y, [2.4] conclusiones de esta sección.

2.1. Responsabilidad Civil

En cuanto a la responsabilidad civil, se debe reconocer que este tipo de responsabilidad la tienen todas las personas por sus actuaciones frente a terceros y responde a la protección de los derechos individuales de los particulares, dado los artículos del Código Civil referentes a las fuentes de las obligaciones y al deber de indemnización por daños causados a terceras personas.⁵⁹

Dentro del derecho contractual, la responsabilidad es uno de los elementos de la obligación típica. Los elementos jurídicos de la obligación típica son: el débito y la responsabilidad. En cuanto al débito, este elemento “consiste en lo que el deudor debe cumplir en beneficio de su acreedor [y es la] pura vinculación personal que compromete

⁵⁷ Corte Provincial de Pichincha Primera Sala de lo Civil Mercantil Inquilinato y Materias Residuales. Sentencia de Segunda Instancia de la causa 1140-2011 del 23 de septiembre de 2011.

⁵⁸ Este tipo de responsabilidad surge desde el Derecho Administrativo Sancionador, que es parte del *ius puniendi* que tiene el Estado para velar por el interés general. Esto se desarrollará con más detalle en la sección **2.3. Responsabilidad Punible Administrativamente**.

⁵⁹ Código Civil. Artículos 1453, 1572 y 2214. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

al deudor.”⁶⁰ Por su lado, la responsabilidad tiene que ver con la “afectación que experimenta el patrimonio del deudor como garantía del cumplimiento de la obligación.”⁶¹ En este trabajo de titulación nos enfocamos en la responsabilidad civil como afectación patrimonial por un vínculo contractual en el que existe un acuerdo arbitral. Por ello, el lector deberá entender, que al mencionar ‘responsabilidad civil’ nos referimos a la responsabilidad contractual, conforme a los presupuestos descritos dentro de la sección **A. Introducción**.

Además de este planteamiento general sobre la responsabilidad civil, la LORCPM hace una mención explícita sobre esta responsabilidad cuando se actúa contrariamente al Derecho de la Competencia. Su artículo 71 establece que:

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.⁶²

Este artículo es explícito al decir que todos los agentes económicos que causaren daño se encontrarán en la obligación de resarcir daños y perjuicios conforme al derecho común a través de la justicia ordinaria, siendo competentes los jueces de lo civil, según su división correspondiente en cuanto a la materia, grado y territorio de su competencia.⁶³ Sin menoscabo de lo dicho con anterioridad, las partes pueden llevar sus pretensiones civiles a arbitraje, siendo éste un método alternativo de solución de conflictos reconocido por la Constitución y la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante ‘LAM’).⁶⁴

⁶⁰ Parraguez, Luis. Manual de Derecho Civil Ecuatoriano - Libro Cuarto, Volumen I. Loja. Universidad Técnica Particular de Loja. 2000. p. 25.

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 71. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

⁶³ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 289 y siguientes. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

⁶⁴ “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

Por ello, cuando las partes así lo han convenido, un Tribunal Arbitral será competente para conocer temas de responsabilidad civil, incluso los derivados por transgresiones a la ley de Competencia.⁶⁵ Cabe destacar que el artículo 71 de la LORCPM establece de forma expresa la responsabilidad civil por actuaciones contrarias a la normativa *antitrust*. Sin embargo, la responsabilidad civil en esta rama del Derecho operaría incluso sin la existencia de este artículo de la LORCPM. Esto se debe a las normas generales de las fuentes obligacionales y de los daños civiles contenidos en el Código Civil. El artículo 1453 del Código Civil establece que las obligaciones nacen de los contratos, de hechos voluntarios, de los cuasicontratos y por consecuencia de haber causado daño a otra persona.⁶⁶ Junto a esto, los artículos 1572 y 2214 del Código Civil establecen el deber de reparar los daños y perjuicios causados a otras personas, sea que medie una relación contractual o extracontractual.⁶⁷ Por lo mismo, incluso en la ausencia del artículo 71 de la LORCPM, la responsabilidad civil seguiría presente en transgresiones al Derecho de la Competencia ya que las normas del Código Civil cobijan todas las actuaciones de las personas en los diferentes campos en los que éstos desenvuelven sus actividades.

Dando un paso más en la responsabilidad civil, cabe mencionar que el estándar de prueba en un proceso civil es distinto al estándar de prueba en procedimientos punitivos. En un proceso civil, el estándar de prueba no debe vencer la presunción de inocencia contenida en el artículo 76, numeral 2, de la Constitución,⁶⁸ sino que es un estándar de prueba de preponderancia.⁶⁹ Este estándar es la regla general del derecho civil y no exige

judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje.” Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 7. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

⁶⁵ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 71. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

⁶⁶ Código Civil. Artículo 1453. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁶⁷ Código Civil. Artículos 1572 y 2214. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁶⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76, numeral 2. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁶⁹ Benabentos, Omar. Derecho Procesal Civil y Comercial. Editorial Juris. Argentina. 1996. pp. 85-88.

romper la presunción de inocencia, sino que se fija en el nivel de convencimiento que una prueba tiene frente otra presentada en un litigio.⁷⁰ Por ello, el estándar de prueba en el ámbito civil es menor que en ámbito punitivo. Este elemento sobre el estándar de la prueba de la responsabilidad civil es importante ya que indicará al juzgador cómo debe proceder en su toma de decisiones y es un factor de distinción que diferenciará la decisión emitida por un Tribunal Arbitral y la SRCPM.

2.2. Responsabilidad Penal

En cuanto a la responsabilidad penal derivada de infracciones a la LORCPM, a pesar de no ser un tema central de este trabajo de titulación, hacemos una breve aproximación para dejar por sentado que este tipo de responsabilidad también se encuentra presente en el Derecho de la Competencia. La responsabilidad penal se enmarca dentro de la teoría del delito, para lo cual deben confluír los tres elementos constitutivos del: el elemento típico, antijurídico y culpable.⁷¹ El artículo 72 de la LORCPM resalta la responsabilidad penal que deben enfrentar las personas que infrinjan normas contenidas en la LORCPM, para lo cual la SRCPM deberá enviar una copia del expediente a la Fiscalía General del Estado para las investigaciones correspondientes, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que conlleve las acciones de los sujetos económicos.⁷²

⁷⁰ *Cfr. Id.*, pp. 86-86.

⁷¹ El elemento típico se refiere a que la conducta sancionada deba estar establecida previa y expresamente en el ordenamiento jurídico; el elemento antijurídico se refiere a que dicha conducta afecte un bien jurídico penalmente protegido, y; el elemento culpable se refiere a que dicha actuación pueda ser imputada y reprochada a quien la ha cometido. *Cfr.* Código Orgánico Integral Penal. Artículos 25, 5 y 34. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 febrero 2014; Ernesto Albán. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Quito: Impresiones Legales, 2009, p. 109-115; y, *Cfr.* Código Orgánico Integral Penal. Artículo 18. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 febrero 2014.

⁷² Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 72. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

Adicionalmente, solo un juez de lo penal, y ninguna otra autoridad, podrá revisar si los tres elementos constitutivos del delito se encuentran presentes en un acto y si se desprende de su conjunto alguna responsabilidad penal. Así lo ha determinado nuestra Constitución, dentro del debido proceso, en la que se señala que “[s]ólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.”⁷³ Esto es expandido por el Código Orgánico Integral Penal (COIP) en su artículo 398, la LORCPM en su artículo 78 y por el COFJ en su artículo 225. Por lo mismo, esto nos ayuda a resaltar las competencias exclusivas que tiene cada una de las distintas autoridades. Por último, el estándar de prueba en el ámbito punitivo es el de la presunción de inocencia,⁷⁴ el cual no solo requiere que los argumentos sean convincentes ante el juzgador, sino además que sobrepasen cualquier duda razonable sobre la culpabilidad del imputado.⁷⁵ Este concepto es importante ya que este mismo nivel de prueba es requerido a la SRCPM en cuanto a la responsabilidad punitiva administrativamente que revisamos a continuación.

2.3. Responsabilidad Punible Administrativamente

La responsabilidad punible administrativamente se asemeja en gran medida a la responsabilidad penal, sin que con esto afirmemos que ésta sea igual o dependiente de esta última o viceversa. Es importante destacar que la responsabilidad punible administrativamente se desprende del Derecho Administrativo Sancionador, el cual está dentro del *ius puniendi* del Estado, pero tiene sus propias características que lo diferencian del Derecho Penal. Esto lo ha resumido Nieto señalando que:

⁷³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76, numeral 3. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁷⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76, numeral 2. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁷⁵ *Cfr.* Benabentos, Omar. Derecho Procesal Civil y Comercial. Editorial Juris. Argentina. 1996. pp. 87-88.

la potestad sancionadora de la administración forma parte, junto con la potestad penal de los Tribunales, de un *ius puniendi* superior del Estado, que además es único, de tal manera que aquéllas no son sino simples manifestaciones concretas de éste. [...] El Derecho Penal, desde la perspectiva en que aquí se contempla, es un Derecho garantista, exclusivamente preocupado por el respeto a los derechos del inculcado; mientras que en el Derecho público estatal [del cual se desprende el Derecho Administrativo Sancionador], sin menosprecio de las garantías individuales, pasa a primer plano la protección y fomento de los intereses generales y colectivos.⁷⁶

Para hacer respetar la LORCPM, nuestros legisladores han nombrado a la SRCPM como el agente sancionador por transgresiones a la LORCPM, según su artículo 38, numeral 8, y según el Reglamento de la LORCPM, artículo 49. Además, el artículo 70 de la LORCPM da claras directrices en cuanto a la facultad de la SRCPM de iniciar un procedimiento administrativo y expedir sanciones administrativas cuando haya una vulneración a la LORCPM.⁷⁷ Cabe mencionar que la responsabilidad punible administrativamente, al igual que la responsabilidad penal, tiene un estándar de prueba alto. El sancionar a una persona conlleva una gran responsabilidad por parte del Estado, el cual debe asegurarse que la persona efectivamente cometió un ilícito, más allá de duda razonable, y debe ser sancionado. Por ello, para sancionar a un agente económico, la administración deberá tener presente el principio de presunción de inocencia, contenida en la Constitución⁷⁸ con el fin de resguardar los derechos y garantías que protegen a las personas. Este principio es aplicable tanto en procesos judiciales penales como dentro del derecho administrativo sancionador, por lo que la SRCPM tiene la presunción de inocencia como su estándar de prueba,⁷⁹ el cual es distinto al estándar de prueba de la preponderancia como lo visto para los procesos civiles. Junto a esto, se encuentra el

⁷⁶ Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Madrid: Tecnos. 1994. p. 22.

⁷⁷ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 70. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

⁷⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76, numeral 3. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁷⁹ Carmona Ruano, Miguel. Revista Jueces para la Democracia. Artículo: Prueba de la infracción administrativa y derecho fundamental a la presunción de inocencia. No. 9. España. 1990. Página web: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2531910>. (Acceso: 5/Sep/2016). p. 29.

principio de tipicidad, el cual exige que la conducta a ser sancionada se encuentre de forma previa y expresa en la ley, ya que sin ella, no existirá una infracción administrativa y no se podrá establecer una sanción.⁸⁰

2.4. Conclusión de la Segunda Sección

A modo de conclusión, queda claro que los agentes económicos tienen responsabilidad civil, penal y punible administrativamente cuando actúan dentro del mercado. Para cada una de estas responsabilidades existe una autoridad específica con competencias definidas. Dejando de lado la responsabilidad penal, la revisión de la responsabilidad civil la tendrá una autoridad judicial civil, con el estándar de prueba de preponderancia; mientras que la responsabilidad punible administrativamente la revisará la SRCPM, con la presunción de inocencia como el estándar de prueba.

En cuanto a la preponderancia en materia civil, este estándar de prueba tiene que ver con intereses particulares de las partes, por lo que no se requiere nada más que el convencimiento del juzgador de que el derecho le asiste a una parte y no a la otra. En cambio, la presunción de inocencia requiere que la autoridad administrativa tenga un nivel de certeza mucho más elevado para vencer esta presunción y proceder a sancionar a un agente económico. Cabe resaltar que para que se dé una sanción administrativa, la conducta prohibida debe estar contenida en la ley, en base al principio de tipicidad. En suma, tanto el tipo de responsabilidad como el estándar de prueba inciden en las competencias y atribuciones que tienen tanto los Tribunales Arbitrales como la SRCPM.

Una vez estudiadas las distintas responsabilidades que tienen los agentes económicos, en la siguiente sección se analiza las competencias y funciones de la SRCPM y de los árbitros, junto con la transigibilidad, presupuesto esencial para el arbitraje.

⁸⁰ *Cfr.* Northcote, Cristhian. Importancia del Principio de Tipicidad en el procedimiento administrativo sancionador. Actualidad Empresarial, No. 240. 2011. Página web: http://aempresarial.com/servicios/revista/240_43_CTBLKKWFZWMLHJWWPWLGPIMUMNAQNTCEV VGGFQDKQAXCIGYEVVQ.pdf. (Acceso: 23/Oct/2016). p. 2.

3. Las Competencias y Funciones de la SRCPM y de los Árbitros; y la Transigibilidad como Presupuesto para Arbitraje

Una vez visto los sistemas de aplicación del Derecho de la Competencia y las responsabilidades de los agentes económicos, revisamos las potestades de las distintas autoridades y la transigibilidad como requisito fundamental para la aplicación privada del Derecho de la Competencia dentro de un arbitraje. Para ello, en esta sección analizamos [3.1] las potestades de la SRCPM, [3.2] la funciones de los árbitros; [3.3] la transigibilidad como presupuesto para la aplicación privada arbitral del Derecho de la Competencia; y, [3.4] las conclusiones correspondientes de esta sección.

3.1. Las Potestades de la SRCPM

Para iniciar el estudio de las potestades y funciones, tanto de la SRCPM como del Tribunal Arbitral, se debe resaltar que la Constitución ecuatoriana establece que:

[I]as instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.⁸¹

Por ello tanto, solo la Constitución y la ley podrán establecer las potestades y funciones que cada autoridad pueda ejercer. Una vez establecido esto, entramos a ver las potestades de la SRCPM.

De forma general, la Constitución ha encargado a las superintendencias la auditoria, intervención y vigilancia de las distintas actividades económicas, sociales y ambientales, para que se cumpla con el ordenamiento jurídico y se atienda al interés general.⁸² Por ello,

⁸¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 226. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁸² *Cfr.* Constitución de la República del Ecuador. Artículo 213. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

queda claro que el trabajo de las superintendencias no es velar por intereses particulares, sino por intereses que atañen a la sociedad en general.

Para cumplir con estos propósitos, la LORCPM creó la SRCPM para que sea ésta un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria para hacer cumplir el Derecho de la Competencia.⁸³ El artículo 37 de la LORCPM establece las funciones de la SRCPM de la siguiente manera:

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.⁸⁴

Para cumplir con sus funciones, “la Superintendencia actuará de oficio o a petición de parte y podrá requerir la documentación e información que estime pertinente en cualquier etapa procesal.”⁸⁵ Es decir, la SRCPM es un órgano de control y vigilancia que puede intervenir con sus distintas atribuciones cuando considere pertinente o cuando exista la solicitud por parte de una persona.

Las distintas atribuciones de la SRCPM se pueden clasificar en los siguientes cinco categorías: a) de estudio; b) investigativas; c) cautelares; d) sancionatorias; e) reglamentarias y de propuesta; y, f) de opinión, coordinación y gestión.⁸⁶

En cuanto a las atribuciones de estudio, la SRCPM puede realizar estudios de mercado, solicitar información de particulares y de autoridades públicas, determinar el volumen de negocios, mantener un registro de los operadores económicos y sus

⁸³ *Cfr.* Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 36. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

⁸⁴ *Id.*, artículo 37.

⁸⁵ *Cfr. Id.*, artículo 38, último inciso.

⁸⁶ *Id.*, artículo 38.

actividades en el mercado y promover el estudio e investigación en materia de Competencia.⁸⁷ En cuanto a las atribuciones investigativas, la SRCPM puede requerir información a personas privadas o autoridades públicas, realizar peritajes e inspecciones sobre las cuestiones del mercado, acceder lugares objeto de las inspecciones, celebrar audiencias con las distintas partes implicadas para obtener información y examinar e investigar concentraciones económicas.⁸⁸

En cuanto a sus atribuciones cautelares, la SRCPM puede colocar precintos para preservar la evidencia, autorizar, denegar o condicionar solicitudes de concentración, promover medidas de eliminación de barreras a la libre competencia y disponer la suspensión de conductas prohibidas por la LORCPM, todo con el fin de cautelar el orden público económico.⁸⁹ En cuanto a las atribuciones sancionatorias, la SRCPM puede sustanciar procedimientos administrativos para la imposición de medidas correctivas y sancionatorias, las cuales son facultades de la SRCPM establecidas por ley.⁹⁰ Como se mencionó con anterioridad, esta autoridad administrativa deberá realizar el ejercicio de adecuar la conducta anticompetitiva al tipo administrativo para desprender la sanción correspondiente, además de vencer la presunción de inocencia establecida en la Constitución.

En cuanto a las atribuciones reglamentarias y de propuesta, la SRCPM puede emitir recomendaciones en cuanto a las modalidades de competencia de los mercados, proponer la remoción de barreras de entrada a los mercados que limiten las actividades de los agentes económicos, presentar propuestas técnicamente para regular y establecer actos normativos aplicables a los distintos sectores económicos, plantear la simplificación de trámites administrativos para facilitar la competencia, y dictar su propio reglamento interno.⁹¹

⁸⁷ *Id.*, artículo 38, incisos: 1, 3, 23, 28.

⁸⁸ *Id.*, artículo 38, incisos: 1, 4, 5, 6, 15, 18.

⁸⁹ *Id.*, artículo 38, incisos: 7, 18, 19, 21, 22.

⁹⁰ *Id.*, artículo 38, incisos: 2, 8, 20.

⁹¹ *Id.*, artículo 38, incisos: 11, 24, 25, 27, 30.

Finalmente, en cuanto a sus atribuciones de opinión, coordinación y de gestión, la SRCPM puede emitir opiniones en materia de Competencia respecto a leyes, reglamentos, circulares y actos administrativos, emitir informes de gestión, coordinar con las dependencias competentes en la negociación de instrumentos internacionales en materia de regulación o políticas del Derecho de la Competencia, requerir a instituciones públicas la implementación de acciones para proteger el orden público económico, formular acciones judiciales, solicitar la intervención de la Fiscalía General del Estado, suscribir convenios con gobiernos descentralizados para facilitar la recepción de denuncias, suscribir convenios con asociaciones de usuarios y de consumidores para promover la participación comunitaria en temas del mercado, apoyar y asesorar a autoridades públicas para que éstas defiendan la Competencia desde su ámbito de acción, y coordinar acciones y suscribir convenios con actores público y privados para promover la libre competencia de los agentes económicos en el mercado.⁹²

Estas atribuciones han permitido que la SRCPM sea una entidad activa actuando de oficio en la promoción, vigilancia y cautela del orden público económico. Por ejemplo, en el año 2013, la SRCPM llevó a cabo 32 investigaciones por abuso de poder de mercado, acuerdo y prácticas restrictivas. De la totalidad de estas investigaciones, el 25% fueron iniciadas de oficio, 72% por denuncia y 3% a petición de la administración pública.⁹³ Cabe destacar que más del 60% de investigaciones correspondieron a abuso de poder de mercado y un 22% a acuerdos y prácticas restrictivas.⁹⁴ En el año 2014, se realizaron 29

⁹² *Id.*, artículo 38, incisos: 9, 10, 12, 13, 14, 16, 17, 26, 29.

⁹³ 8 investigaciones han sido iniciadas de oficio, 23 por denuncia y 1 a petición de la administración pública. *Ver.* Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Rendición de cuentas 2013, p. 64 Página web: <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2014/04/Rendici%C3%B3n-de-Cuentas-2013.pdf> (Acceso 10/Oct/2016).

⁹⁴ 20 investigaciones correspondieron a abuso de poder de mercado, 7 a acuerdos y prácticas restrictivas, y 5 no fueron clasificadas por quedarse en una investigación preliminar. *Ver.* Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Rendición de cuentas 2013, p. 63 Página web: <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2014/04/Rendici%C3%B3n-de-Cuentas-2013.pdf> (Acceso 10/Oct/2016).

investigaciones, de las cuales 59% fueron iniciadas a través de una denuncia, mientras que 20.5% fueron iniciadas tanto de oficio como por petición de la administración pública.⁹⁵ De estas 29 investigaciones, más del 75% fueron por abuso de poder de mercado y apenas un quinto fueron por prácticas y acuerdos restrictivos.⁹⁶ Estas estadísticas muestran la actividad que ha tenido la SRCPM durante los años 2013 y 2014 en cuanto a investigaciones de oficio, resaltando su rol de vigilancia y protección al orden público económico.

En cuanto a su carácter cautelar y sancionatorio, el Informe de Gestión del 2015 de la SRCPM muestra 7 compromisos de cese logrados en ese año y 17 sanciones a operadores económicos por no entregar información y por conductas restrictivas.⁹⁷ Estas estadísticas resaltan nuevamente el labor que realiza la SRCPM que parte de actuaciones de oficio, de petición de parte o por solicitud de la Administración Pública.

En suma, por disposición Constitucional y legal, la SRCPM tiene una actuación activa en el mercado con un rol importante en la vigilancia y control de la libre Competencia. La SRCPM tiene la facultad de realizar estudios de mercado, emitir informes, practicar peritajes, realizar inspecciones, dar recomendaciones, investigar, establecer correctivos al mercado y sancionar a los operadores económicos que

⁹⁵ Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Rendición de cuentas 2014, p. 48. Página web: <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2015/03/Rendicion-de-Cuentas-2014-version-2.ppt> (Acceso 10/Oct/2016).

⁹⁶ *Id.*, p. 47.

⁹⁷ Entre los agentes económicos que realizaron compromisos de cese se encuentran la Corporación La Favorita, Pronaca, Confiteca, Educrecer, Cooperativa de Ahorro y Crédito Atuntaqui, entre otros. En cuanto a las sanciones establecidas, 16 operadores económicos fueron sancionados por no entregar información, entre los que se encuentran Nestlé S.A., Unión Cementera Nacional, Bananas del Ecuador, Ubesa S.A., entre otras. Solo 1 operador económico fue sancionado con una multa por acuerdos y prácticas restrictivas. *Ver.* Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Rendición de cuentas 2015, pp. 9-13. Página web: <http://www.scpm.gob.ec/page/2/?s=informe+gestion+2015>. (Acceso: 26/Sep/2016).

transgredan el Derecho de la Competencia, sea de oficio o a petición de parte.⁹⁸ Estas atribuciones las desarrolla la SRCPM con el fin de proteger el interés general y el orden público económico.

3.2. Las Funciones de los Árbitros

En cuanto a la función de los árbitros, esta es muy parecida a las funciones que tienen los jueces ordinarios. El Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante ‘COFJ’) establece que:

[I]a jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones. [...] Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley.⁹⁹

Además, el COFJ reconoce que los árbitros desempeñan un servicio público de administración de justicia, al señalar que:

[I]a administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes. [...] El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades.¹⁰⁰ (El resaltado es nuestro)

Por lo mismo, los árbitros desempeñan un papel importante en el sistema de justicia y están llamados a respetar y hacer respetar el ordenamiento jurídico, tal como lo haría un juez ordinario. Así lo ha entendido nuestra Corte Nacional al señalar que:

El arbitraje [...] obliga a los árbitros a actuar con sujeción a formas legales y deben decidir las cuestiones litigiosas según el derecho positivo, esto es, que resuelven el caso

⁹⁸ *Cfr.* Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 38. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

⁹⁹ Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 7. Registro Oficial Suplemento 544 de 09 de marzo de 2009.

¹⁰⁰ Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento 544 de 09 de marzo de 2009.

sometido a arbitraje del mismo modo que lo haría un juez o Tribunal de la justicia ordinaria.¹⁰¹

En este sentido, un árbitro se debe desenvolver en su cargo tal y como lo haría un juez ordinario, con la diferencia de que el árbitro obtiene su jurisdicción para un caso específico, mientras que un juez tiene jurisdicción para todos los casos que caigan en su judicatura. Roque Caivano ha expresado esta idea al señalar que:

La jurisdicción de los árbitros, a diferencia de la que tienen los jueces estatales, no es permanente ni genérica, sino limitada a las cuestiones comprometidas y a un tiempo determinado que las partes -o en defecto de pacto expreso, la ley- le otorgan para la expedición del laudo.¹⁰²

Al igual que los jueces ordinarios, al árbitro le corresponderá conocer y resolver sobre el caso que las partes presenten ante él. En cuanto al conocimiento de la causa, la primera función del árbitro será conocer sobre su propia competencia bajo el principio *kompetenz-kompetenz*. Este principio hace que “[e]l árbitro [sea] el juez de su propia competencia”¹⁰³ sin que medie otra autoridad para dar paso a un procedimiento arbitral. Este principio ha sido incluido en el artículo 22 de la LAM al señalar que “[u]na vez constituido el tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación [...] y el tribunal resolverá sobre su propia competencia.”¹⁰⁴

Una vez que el Tribunal Arbitral haya decidido sobre su competencia, le corresponde conocer sobre el fondo del litigio, para lo cual dará trámite a la causa. Para ello, el Tribunal Arbitral ordenará la práctica de pruebas, podrá dictar medidas cautelares y realizará diligencia para mejor proveer cuando lo considere pertinente.¹⁰⁵

¹⁰¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 113-2006 ER de 11 de julio de 2007.

¹⁰² Caivano, Roque. El Arbitraje: Nociones Introductorias. p. 3. Página web: <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf>. (Acceso: 3/Mar/2016).

¹⁰³ González de Cossío, Francisco. La ironía de *Compétence-Compétence*. Lima Arbitration, No. 3. 2008. p. 196. Página web: <http://limaarbitration.net/LAR3-4/Francisco-Gonzalez-de-Cossio.pdf>. (Acceso 10/Oct/2016).

¹⁰⁴ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 22. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

¹⁰⁵ *Cfr. Id.*, artículos 9, 22 y 23.

Dentro del conocimiento del fondo del litigio, le corresponde al Tribunal Arbitral conocer sobre la validez del negocio jurídico objeto del litigio en el proceso arbitral. Este deber fundamental sobre la vigilancia de la validez del negocio jurídico se desprende de la obligación que tiene todo juez y árbitro en ver que ningún acto o contrato sea contrario al ordenamiento jurídico. Así lo ha reconocido nuestra Corte Suprema de Justicia en un recurso de casación ante una acción de nulidad de un laudo arbitral:

Al respecto, debe tenerse presente, por un lado, que el actual Art. 1697 del Código Civil establece que es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo y que la nulidad puede ser absoluta y relativa; y, por otro lado, que el actual Art. 1699 *ibídem* establece la obligación del Juez de declarar, aún de oficio, la nulidad absoluta cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato. Es en tal virtud que respecto de un acto o contrato cabe analizar y determinar previamente su validez, sin que dicho análisis pueda considerarse ajeno a la litis, aun cuando no se demande expresamente su nulidad o rescisión.¹⁰⁶

Por lo mismo, una función y deber fundamental del Tribunal Arbitral será siempre la revisión de la validez del contrato para asegurarse que éste no sea contrario al ordenamiento jurídico, ya que en caso de serlo, este negocio jurídico sería nulo y debe ser declarado como tal por el Tribunal Arbitral, incluso sin petición de parte, por disposición de los artículos 9, 1697 y 1699 del Código Civil. Este deber del Tribunal Arbitral es de suma importancia para nuestro estudio ya que el Tribunal deberá revisar la LORCPM, la cual es parte del ordenamiento jurídico, para determinar si el contrato objeto del litigio arbitral es contrario al Derecho de la Competencia. Si el Tribunal Arbitral encuentra que dicho contrato es contrario al ordenamiento jurídico, éste debe declararlo nulo. Es importante resaltar que la labor del Tribunal será la verificación de la validez del negocio jurídico, para lo cual revisa si el contrato es contrario al ordenamiento jurídico, pero en ningún momento está determinando la existencia de un ilícito *antitrust*, el cual le corresponde a la SRCPM.

Finalmente, el Tribunal Arbitral no solo tiene la función de conocer el caso que se presenta ante él, también debe resolver sobre el fondo del litigio, de la misma manera que lo haría un juez ordinario. Por ello, en virtud del Código Orgánico General de Procesos

¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 242-2007 de 6 de marzo de 2009.

(en adelante COGEP), norma supletoria a la LAM,¹⁰⁷ los laudos emitidos por los Tribunales Arbitrales “[r]esolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso”.¹⁰⁸ Además, los laudos tendrán efecto de cosa juzgada y sentencia ejecutoriada,¹⁰⁹ y las partes se ven obligadas a acatar dicha resolución.

Los laudos vincularán únicamente a las partes en litigio, conforme al COGEP y a la LAM. El artículo 97 del COGEP que establece que “[l]as sentencias y autos no aprovechan ni perjudican sino a las partes que litigaron en el proceso sobre el que recayó el fallo”,¹¹⁰ mientras que la LAM establece que “[e]l convenio arbitral [...] obliga a las partes a acatar el laudo que se expida”¹¹¹ Una vez que el Tribunal Arbitral haya emitido su decisión, ésta será final ya que los laudos son inapelables, dejando a salvo recursos horizontales de aclaración o ampliación.¹¹² Una vez emitido el laudo este se convierte en un título de ejecución y se lo ejecutará de la misma manera que una sentencia expedida por un juez ordinario.¹¹³

Una vez estudiada las funciones de los árbitros, es importante el análisis de la transigibilidad, presupuesto básico para el arbitraje y para la aplicación privada del Derecho de la Competencia en sede arbitral.

¹⁰⁷ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 37. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

¹⁰⁸ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 92. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

¹⁰⁹ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 32. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

¹¹⁰ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 97. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

¹¹¹ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 7. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

¹¹² *Id.*, Artículo 30.

¹¹³ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 363. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015; Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 32. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

3.3. La Transigibilidad como Presupuesto para la Aplicación Privada del Derecho de la Competencia

Una vez identificadas las competencias y funciones de la SRCPM y de los Tribunales Arbitrales, se vuelve necesario el estudio de la transigibilidad para determinar bajo qué presupuestos se podrán ver casos que involucren al Derecho de la Competencia en sede arbitral. El artículo 1 de la LAM establece los parámetros dentro del cual el sistema arbitral puede operar. Su texto dispone lo siguiente:

El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, **las controversias susceptibles de transacción**, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.¹¹⁴ (El resaltado es nuestro)

Este artículo exige que las controversias sean susceptibles de transacción, por lo que es necesario realizar un estudio sobre este contrato que se encuentra normado en el Código Civil. Por ello, nos remitimos al artículo 2348 del Código Civil, y siguientes, para el respectivo análisis.

El Código Civil ha categorizado a la transacción como “un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.”¹¹⁵ En cuanto a su aspecto extrajudicial, Larrea Holguín ha anotado con claridad que éste no es un acto únicamente extrajudicial, sino que también es utilizado dentro de un juicio, como parte de una conciliación, para dar por terminado el conflicto, por lo que la definición del contrato de transacción podría extenderse para cobijar tanto a lo judicial como a lo extrajudicial.¹¹⁶

¹¹⁴ Ley de Arbitraje y Medición. Artículo 1. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

¹¹⁵ Código Civil. Artículo 2348. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 junio de 2005.

¹¹⁶ *Cfr.* Larrea Holguín, Juan. Derecho Civil del Ecuador. Volumen XIV. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. 2002. p. 352. Dado que la transacción puede darse antes o durante un proceso frente un juez ordinario, del mismo modo se puede llevar una controversia a arbitraje antes o durante un proceso civil iniciado frente a la justicia ordinaria, conforme al artículo 5, último inciso, de la LAM.

Además, nuestro Código Civil ha establecido que solo las personas con capacidad de disponer los objetos comprendidos en la transacción pueden transigir.¹¹⁷ Junto a esto, el artículo 4 de la LAM establece que “[p]odrán someterse al arbitraje [...] las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir.”¹¹⁸ Por lo mismo, tanto el contrato de transacción como el arbitraje requieren de esta capacidad de disposición o de transacción.

Espinosa Prado ha destacado que la disposición en la transacción se asemeja a la enajenación, sea esta total o parcial, cuando se transfiere el dominio del objeto de la transacción o cuando se renuncia a un derecho sobre el mismo.¹¹⁹ Por ello, la capacidad para disponer del objeto de la transacción, misma capacidad que se debe tener para disponer del objeto en el arbitraje, se asemeja a la capacidad de enajenar. Lorca Navarrete, hablando sobre el arbitraje, ilustra esta idea diciendo que:

[e]l objeto del arbitraje son las cuestiones litigiosas disponibles. Pero este objeto ha de vincularse con su carácter *rogado*, lo que supone en la práctica la *inexistencia* de obstáculos para que las partes puedan, en principio, someter a arbitraje todo aquello que se conecta con el carácter dispositivo y heterocompositivo que es aplicable a las más diversas manifestaciones jurisdiccionales.¹²⁰

Por lo mismo, solo se podrá transigir, y por lo mismo arbitrar, cuando las partes que realicen estos actos tengan la capacidad de disponer sus derechos, para lo cual nuestro Código Civil ha requerido que la libre disposición de los derechos mire únicamente al interés particular de quien desea disponerlos y no se encuentre prohibido por la ley.¹²¹

¹¹⁷ Código Civil. Artículo 2349. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 junio de 2005.

¹¹⁸ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 4. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

¹¹⁹ *Cfr.* Espinosa Prado, Oswaldo. Principales Contratos en el Código Civil Ecuatoriano. Primera Edición. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador. 2001. pp. 353 – 354. Sin embargo, cabe resaltar que una transacción puede ser una declaración, y no una enajenación, como bien lo menciona LARREA HOLGUÍN al citar al jurista ecuatoriano Noboa Elizalde (*Cfr.* Larrea Holguín, Juan. Derecho Civil del Ecuador. Volumen XIV. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. 2002. pp. 357).

¹²⁰ Lorca Navarrete y Silguero Estagnan. Derecho de Arbitraje Español. Madrid: Dykinson. 1994. p. 37.

¹²¹ Código Civil. Artículo 11. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Además, el artículo 2354 del Código Civil establece que “[n]o vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen”,¹²² resaltando la importancia de que la libre disposición requerida en la transacción y en el arbitraje mire únicamente al interés particular de las partes intervinientes en el contrato y en el litigio arbitral.

Del análisis anterior, queda claro que solo las personas titulares del derecho pueden realizar transacciones, y por lo mismo, acudir a arbitraje. Sin embargo implícitamente se ha hecho referencia al requisito de que el objeto del negocio jurídico también deba ser transigible.

Junto a la capacidad de disposición, se encuentra la transigibilidad del objeto. Espinosa Prado nos hace notar que

[c]uando el [artículo 2349] dispone que para transigir se requiere ser capaz de disponer, implícitamente establece que los objetos comprendidos en la transacción deben ser susceptibles de disposición. [...] En tal virtud, no son susceptibles de transacción las cosas que no están en el comercio.¹²³

Esta cita hace notar que existen ciertos derechos que no podrán ser objeto de transacción ni de arbitraje. En una sentencia española del 17 de febrero de 1914, citada por Larrea Holguín, se aclara que

[n]o todos los derechos pueden ser objeto de transacción, sino sólo aquellos que tengan un carácter privado, pues como dice De Buen, la transacción no debe servir nunca para eludir el cumplimiento de las leyes ni para la renuncia de derechos irrenunciables.”¹²⁴ (El resaltado es nuestro)

Esto va de la mano con lo mencionado por Aubry y Rau, citados en la obra de Larrea Holguín, quienes aclaran que no se puede transigir sobre materias fuera del comercio, tales como: la patria potestad, el estado civil de las personas, el orden público ni otro derecho que no puedan disponer libremente las partes,¹²⁵ siendo estos derechos

¹²² Código Civil. Artículo 2354. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹²³ *Cfr.* Espinosa Prado, Oswaldo. Principales Contratos en el Código Civil Ecuatoriano. Primera Edición. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador. 2001. pp. 354 – 356.

¹²⁴ Larrea Holguín, Juan. Derecho Civil del Ecuador. Volumen XIV. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. 2002. p. 359.

¹²⁵ *Ibíd.*

irrenunciables o de carácter público que afectan a más personas que las inmediatamente involucradas en la transacción o en el arbitraje.

Nuestra legislación no realiza una lista sobre las materias transigibles o arbitrables, sino que da ciertos lineamientos que corresponden a ciertas materias intransigibles que se encuentran en el Código Civil. Por ejemplo, el artículo 2352 establece que no es transigible el estado civil de las personas; el artículo 2354 prescribe que no cabe la transacción sobre derechos de ajenos o inexistentes; del artículo 2351 se desprende que la transacción cabe sobre la acción civil derivada de un delito penal, pero no sobre la acción penal en sí misma;¹²⁶ y el artículo 2353 establece que no cabe la transferencia, transmisión, cesión o renuncia a través de una transacción sobre alimentos futuros ordenados por la ley, ni una compensación con los créditos que el alimentante tenga con el alimentario.¹²⁷

Estos artículos que expone la legislación ecuatoriana únicamente ejemplifican la intransigibilidad del objeto, pero de los cuales se puede extraer dos conclusiones fundamentales para nuestro estudio. La primera consiste en que sí es posible la transacción sobre derechos que involucran intereses únicamente de las partes; y la segunda es que no se puede transar sobre derechos que puedan tener una inferencia con derechos de terceros, derechos que sean inexistentes o derechos que sean irrenunciables establecidos por ley. En otras palabras, la transigibilidad y arbitrabilidad tiene que ver con la renunciabilidad de los derechos, para lo cual el Código Civil ha establecido que “[p]odrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”.¹²⁸

Dado el requisito sobre la transigibilidad del objeto, es fácil entender porque el arbitraje se encuentra generalmente en temas comerciales, en los cuales las partes tienen

¹²⁶ Cfr. Espinosa Prado, Oswaldo. Principales Contratos en el Código Civil Ecuatoriano. Primera Edición. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador. 2001. p. 355.

¹²⁷ *Ibíd.*

¹²⁸ Código Civil. Artículo 11. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

la libre disposición de sus derechos que no afectan a terceras personas e interesan únicamente a las partes litigantes.¹²⁹

Frente a la libre disposición de los derechos se encuentran normas de orden público que no son renunciables debido a que estas miran a intereses generales. El orden público es un concepto jurídicamente indeterminado, el cual depende de la noción de Derecho y justicia que se le dé en un tiempo y espacio definido. Así lo ha entendido la doctrina, que se hace evidente con las palabras de Juárez Cacho al decir que el orden público es

el conjunto de aquellas esencias y valores de la convivencia que una sociedad considera como fundamentales de las relaciones humanas y “no negociables”. Se le considera sinónimo de convivencia ordenada, segura, pacífica y equilibrada. [...] En el Derecho Constitucional se le considera como el límite para el ejercicio de los derechos individuales y sociales. En el Derecho Privado, es el límite para la autonomía negociadora de las partes.¹³⁰

En términos muy parecidos, la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana ha entendido al orden público como un límite extrínseco de la autonomía de la voluntad y a la libre disposición de los derechos. A saber, en una sentencia del 9 de junio de 2004, la Corte Suprema argumentó que

la autonomía de la voluntad privada [tiene límites], tanto intrínsecos como extrínsecos. Los límites intrínsecos resultan de su función misma, porque siendo la autonomía la potestad reconocida por el ordenamiento jurídico a los particulares para regular sus intereses por sí solos, el límite de vigencia de la autonomía termina cuando se ha alcanzado la regulación de tales intereses y no alcanza, por regla general, a los intereses de terceros; en cambio, **los límites extrínsecos se fundamentan en el orden público, ya que la voluntad particular, al concertar negocios jurídicos, no puede sustituir, modificar ni renunciar las normas que interesan al orden público**, el cual determina

¹²⁹ Dado que la transigibilidad exige que los derechos miren únicamente intereses particulares, la Corte Suprema de Justicia, en el año de 1992, expidió una sentencia de tercera instancia en la que recalcó que el contrato de transacción solo surte efecto entre las partes y no le es oponible a terceras personas. Este mismo concepto le es aplicable al arbitraje debido a su proximidad con el contrato de transacción, por lo que el laudo expedido por el Tribunal Arbitral solo vinculará a las partes de la misma forma que el contrato de transacción las vincula cuando transan sobre derechos de libre disposición. (*Cfr.* Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil Tercera Instancia. Publicado en Gaceta Judicial. Año XCII. Serie XV. No. 14. Pág. 4135. Causa de 30 de julio de 1992.)

¹³⁰ Juárez Cacho, Ángel. *Los Principios de Interés Social, Orden Público y Apariencia del Buen Derecho*. México: Raúl Juárez Carro Editorial. 2012. p. 75.

la imperatividad de las normas que prescriben los requisitos que ha de satisfacer cada uno de los elementos que conforman la estructura del negocio, teniendo dicho orden público, tanto en la función de dirección como en la de protección, un papel limitante de la autonomía privada, la que no puede traspasar los límites que el mismo señala.¹³¹ (El resaltado es nuestro)

Por lo mismo, esta sentencia de la Corte Suprema de Justicia nos recuerda que el límite intrínseco de la autonomía de la voluntad es la capacidad de disposición de las partes, mientras que el límite extrínseco es el orden público, el cual limita del mismo modo a la transigibilidad.

El orden público protege intereses generales que escapan por fuera de los intereses particulares de las partes. Por ello, si dentro de un arbitraje una parte pretende lograr que un Tribunal Arbitral establezca sanciones administrativas contenidas en la LORCPM para la contra parte, esto no será factible por dos razones fundamentales. En primer lugar, las sanciones contenidas en la LORCPM son de carácter administrativo y la facultad exclusiva para imponer este tipo de sanciones la tiene la SRCPM, tal como lo estudiamos en la sección **3.1. Las Potestades de la SRCPM**. En segundo lugar, aquella pretensión no procederá debido a que las sanciones administrativas contenidas en la LORCPM buscan precautelar el interés general y al orden público económico, lo que rebasa derechos de libre disposición de las partes tramitadas en arbitraje.

Por ello, es de vital importancia hacer la distinción entre casos que involucran el orden público y los que atañen únicamente a intereses particulares. González de Cossío nos brinda un claro ejemplo de la distinción que se debe realizar para entender si un caso es arbitrable o no, tomando en cuenta el orden público como un límite a la arbitrabilidad. Dentro del derecho de propiedad industrial, este autor menciona que las controversias que surjan entre particulares, tales como el cumplimiento de un contrato de licencia o cesión de una marca, son plenamente arbitrables; mientras que controversias por el otorgamiento de una marca o una patente por parte de la autoridad no lo son, ya que estas tienen envuelto un interés general de por medio.¹³²

¹³¹ Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 314-2003 de 9 de junio de 2004.

¹³² *Cfr.* González de Cossío, Francisco. Arbitraje. México: Porrúa. 2008. p. 102-103.

Esta distinción es de suma importancia debido a que un árbitro debe ser lo suficientemente hábil para lograr dicha diferenciación. Mientras por un lado es arbitrable un proceso sobre un contrato de licencia ya que mira únicamente a intereses particulares y es de libre disposición de las partes; por otro lado, no son arbitrables las controversias de otorgamiento de una patente debido a que este otorgamiento de derechos tiene que ver con prerrogativas estatales que protegen intereses generales. Este ejemplo nos ayuda a ilustrar la misma distinción que se debe realizar en el Derecho de la Competencia, en los cuales ciertos casos se buscarán proteger intereses generales, como en la corrección de una distorsión al mercado, y en otros casos solo se buscará desprender efectos civiles que interesan únicamente a las partes, como nulidad o daños y perjuicios que partan de un contrato que involucre el Derecho de la Competencia.

3.4. Conclusiones de la Tercera Sección

En esta sección analizamos las distintas facultades y funciones que tienen tanto la SRCPM como los Tribunales Arbitrales, al igual que el requisito de transigibilidad como presupuesto para ventilar casos en sede arbitral.

En cuanto a la SRCPM, se destacó su función exclusivas de vigilancia, control y sanción en temas relacionados con el Derecho de la Competencia. Estas facultades las desarrolla la SRCPM en conformidad con la Constitución y la LORCPM. Las atribuciones dadas a la SRCPM se pueden clasificar en atribuciones: a) de estudio; b) investigativas; c) cautelares; d) sancionatorias; e) reglamentarias y de propuesta; y, f) de opinión, coordinación y gestión. Además se señaló que la SRCPM tiene el objetivo de proteger el orden público económico y el interés general, por lo que sus atribuciones pueden ser iniciadas a petición de parte o de oficio, y la facultad de determinar ilícitos *antitrust* e imponer las sanciones administrativas contenidas en la LORCPM son de exclusividad de la SRCPM, ya que así lo ha determinado la ley de Competencia. Para poder establecer sanciones, la SRCPM deberá regirse por el principio de tipicidad y por la presunción de inocencia contenida en la Constitución. Es así como la SRCPM es el ente encargado de poner en funcionamiento el sistema público de aplicación del Derecho de la Competencia.

En cuanto a las facultades de los Tribunales Arbitrales, empezamos por señalar que los árbitros desempeñan un servicio público de administración de justicia, similar al de los jueces ordinarios. Por ello, corresponde a los árbitros conocer y resolver los casos que han sido presentados ante ellos. Para ello, los jueces tiene la potestad de decidir sobre su propia competencia, bajo el principio *kompetenz-kompetenz*; y están encargados de practicar pruebas, medidas cautelares, diligencias para mejor proveer, junto con la dirección del proceso arbitral estableciendo plazos y términos para conocer sobre el fondo del litigio.

Se determinó también que una función elemental de los árbitros será el conocer sobre la validez del contrato en disputa, para lo cual deberá revisar que el negocio jurídico no sea contrario al ordenamiento jurídico, por lo que también debe revisar el Derecho de la Competencia. En caso de que el contrato sea contrario al ordenamiento jurídico, el Tribunal deberá declararlo nulo de oficio, conforme al Código Civil. Por último, los Tribunales Arbitrales deben resolver sobre el fondo del asunto y emitir su decisión, resaltado que su determinación es en cuanto a la validez del negocio jurídico y no en base a ilícitos *antitrust*. Es así que la cosa juzgada de los laudos vinculará únicamente a las partes del litigio y será inapelable conforme al artículo 30 de la LAM. De esta forma los Tribunales Arbitrales forman parte de la aplicación privada del Derecho de la Competencia, en la cual un árbitro debe revisar las normas de la LORCPM para determinar la validez del negocio jurídico en cuestión, o derivar daños y perjuicios de ser el caso.

Finalmente, en esta sección revisamos la transigibilidad, requisito fundamental del arbitraje. Para ello, realizamos el estudio del contrato de transacción, figura que se encuentra íntimamente relacionado con el arbitraje debido a que la LAM exige que las controversias ventiladas en un proceso arbitral sean susceptibles de transacción. Determinamos que solo los derechos renunciados, que miran únicamente al interés particular, podrán ser arbitrables. Además, reconocimos que el orden público será un límite a esta renunciabilidad de derechos, por lo que temas del Derecho de la Competencia que miren a intereses generales no podrán ser arbitrables, como la imposición de sanciones administrativas contenidas en la LORCPM, pero si se podrá arbitrar la validez

de un contrato envuelto en temas *antitrust*, al igual que daños y perjuicios que se deriven de conductas anticompetitivas.

Una vez visto los distintos sistemas de aplicación del Derecho de la Competencia, las distintas responsabilidades de los agentes económicos, las competencias de la SRCPM y de los árbitros, junto con la transigibilidad; analizamos a continuación tres situaciones particulares sobre la coexistencia del sistema público y privado de aplicación del Derecho de la Competencia en el Ecuador.

4. Cuestiones Especiales sobre la Arbitrabilidad del Derecho de la Competencia

Hasta ahora hemos estudiado la existencia de los dos sistemas de aplicación del Derecho de la Competencia y qué autoridades son las encargadas de hacer cumplir con el ordenamiento jurídico en cuanto a los intereses generales y particulares. Se ha establecido que se puede llevar a cabo un proceso arbitral para casos en los que incidentalmente se tenga que revisar el Derecho de la Competencia para determinar la validez de un negocio jurídico o daños y perjuicios derivados de conductas anticompetitivas. Determinamos que el árbitro estudiará el Derecho de la Competencia para ver si el negocio jurídico que revisa no es contrario al ordenamiento jurídico, pero en ningún momento podrá determinar un ilícito *antitrust*. Además, se ha visto que el laudo vincula únicamente a las partes y ésta decisión no afecta a las potestades de la SRCPM ya que esta autoridad administrativa determina ilícitos anticompetitivos con el fin de proteger intereses generales. Sin embargo, aún queda pendiente un estudio más detallado sobre la cosa juzgada en cuanto a la decisión de cada autoridad, la necesidad o no de un procedimiento administrativo previo a un proceso arbitral y circunstancias de posibles contradicciones entre estas autoridades. Por ello, en esta sección se estudiará: [4.1] la cosa juzgada; [4.2] la pre-administrabilidad; [4.3] circunstancias de posibles decisiones contradictorias; y, [4.4] las conclusiones de esta sección.

4.1. La Cosa Juzgada

El estudio sobre la cosa juzgada responde a la necesidad de entender qué efectos tiene la decisión de un Tribunal Arbitral y de la SRCPM cuanto revisan la responsabilidad civil y a la responsabilidad punible administrativamente respectivamente. Tapia Fernández nos brinda una primera aproximación sobre el concepto de la cosa juzgada al señalar que:

[l]a “*res iudicata*”, institución presente en todo proceso de todos los tiempos, indica propiamente la situación o relación jurídica que ha sido “juzgada”, esto es, definitivamente decidida: “*res iudicata dicitur quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit: quod vel condemnatione vel absoluteione contingit*” (Modestino, D. Lib. 42, Tit. I, I).¹³³ (Itálicas y paréntesis del autor, el subrayado es nuestro).

En otras palabras, la cosa juzgada es aquel estado de certeza en la que se encuentra una situación jurídica y en la que no cabe otra decisión sobre ella misma. La cosa juzgada se divide en formal y material, y esta última, a su vez, tiene tres elementos de vital importancia para nuestro estudio.

Empezando por la cosa juzgada formal, ésta es relativa a un proceso específico y consiste en decisiones que son obligatorias únicamente para un proceso determinado y “nada impide que [...] la cuestión pueda renovarse en un nuevo juicio”.¹³⁴ Un ejemplo de la cosa juzgada formal será la decisión de un juez de rechazar el trámite de una demanda por no cumplir con los requisitos que exige la ley, permitiendo que se vuelva a presentar una nueva demanda y tramitarla cuando ésta haya cumplido con los requisitos que manda la ley.

Por otro lado se encuentra la cosa juzgada material que sirve como excepción perentoria. Para que proceda, deben confluir tres identidades, las cuales han sido identificadas por nuestra Corte Suprema de Justicia como:

¹³³ Tapia Fernández, Isabel. La cosa juzgada (estudio de jurisprudencia civil). Madrid. Dykinson. 2010. p. 15.

¹³⁴ Fundamentos del Derecho Procesal Civil", 3ra. edición, De Palma. Buenos Aires 1993, pp. 416, 417 y 421, en Jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Publicada en Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 11. Pág. 2783. Causa de 7 de abril de 1998.

a) idoneidad **subjetiva** la demanda debe ser entre las mismas partes; b) identidad **objetiva** consistente en que el objeto de la pretensión debe ser el mismo; y, c) identidad de **causa** es decir el fundamento de derecho para el juicio sea igual¹³⁵ (El resaltado es nuestro).

En otras palabras, nuestra Corte Suprema ha señalado que una de las partes podrá presentar esta excepción perentoria cuando en otro proceso se discuta un caso entre las mismas partes, con las mismas pretensiones y alegando el mismo derecho. Por ello, no habrá cosa juzgada si no se demuestra “la identidad objetiva, subjetiva y de causa. [Por ejemplo un] litigio laboral desechado no puede constituir identidad de causa con otro litigio ante la justicia civil, aunque prevalezca la identidad objetiva y subjetiva en ellos [porque le falta el tercer elemento].”¹³⁶ Al momento de ventilar un proceso, las autoridades deberán revisar estos tres elementos, y en caso de que proceda esta excepción perentoria, no cabrá otra decisión sobre el mismo caso ya que la cuestión jurídica se encontrará definitivamente decidida.

Esta identidad subjetiva, objetiva y de derecho ha sido recogido por nuestra legislación. El COGEP, en su artículo 101, establece que:

La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables con respecto a las partes que intervinieron en el proceso o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, **no podrá seguirse nuevo proceso cuando en los dos procesos hay tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes; como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, o se funde en la misma causa, razón o derecho.** (El resaltado es nuestro).

Es importante revisar estos tres elementos de la cosa juzgada material para definir su alcance y efecto ante un Tribunal Arbitral y la SRCPM.¹³⁷ Empezamos este estudio por el ámbito arbitral.

¹³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Publicada en Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 11. Pág. 2783. Causa de 7 de abril de 1998.

¹³⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil Casación. Publicada en Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 3. Página 857. Causa de 21 de marzo de 2007.

¹³⁷ Cabe recalcar que para nuestro estudio, el concepto de la *res iudicata* no se limita a procesos judiciales, como normalmente es entendido, sino que se la aplicará de la misma manera a procedimientos administrativos sancionatorios en los que no quepa ningún otro recurso administrativo ni judicial para revisar lo decidido por el agente de control. Esto además va de la mano del principio general del derecho

Dentro de un arbitraje, el elemento subjetivo de la cosa juzgada del laudo se compone de dos partes litigantes, generalmente partes privadas, que cumplen con los requisitos para acudir al arbitraje. En cuanto al elemento objetivo, en el arbitraje se ventilarán pretensiones civiles de naturaleza transaccional, lo cual va junto con el elemento causal, en el que los fundamentos jurídicos serán de carácter civil, e incidentalmente se revisará el Derecho de la Competencia para determinar si el negocio jurídico es contrario o no al ordenamiento jurídico.

En cambio, dentro del procedimiento administrativo llevado a cabo ante SRCPM, la resolución administrativa tendrá identidades materiales distintas. En cuanto a la identidad subjetiva, una de las partes será la administración y la otra parte será un agente económico, siendo la SRCPM el órgano de control del mercado con amplias facultades investigativas y de sanción. En cuanto al elemento objetivo, lo que busca la administración es proteger el interés general y precautelar el orden público económico.¹³⁸ Por ello, el elemento causal, o justificativo legal, será el Derecho administrativo, utilizando la LORCPM y su reglamento como fundamento principal.¹³⁹

Por lo mismo, existen dos cosas juzgadas diferentes. Por un lado, tenemos una cosa juzgada civil que determina la nulidad o daños y perjuicios en caso de que el negocio

punitivo *non bis in ídem*, por lo que la administración no podrá sancionar a las mismas partes bajo un procedimiento igual con los mismos argumentos jurídicos utilizados en un procedimiento previo. Esta aclaración es importante debido a que en el presente trabajo nos encontramos en el ámbito judicial y administrativo por tratarse del Derecho de la Competencia que tiene a la SRCPM como su agente de control y que existen casos que se pueden ventilar en un proceso arbitral. (Para más información sobre la cosa juzgada judicial y administrativa, *ver* Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 8. Primera Edición. Buenos Aires. Fundación de Derecho Administrativo. 2013. pp. 266-267).

¹³⁸ Corte Provincial de Pichincha Primera Sala de lo Civil Mercantil Inquilinato y Materias Residuales. Sentencia de Segunda Instancia de la causa 1140-2011 del 23 de septiembre de 2011.

¹³⁹ Cabe mencionar que este procedimiento administrativo podría ser llevado al Contencioso Administrativo, en el cual el administrado pide a esta instancia judicial que se revise lo actuado por la SRCPM, con lo cual las pretensiones y justificativos legales son distintos, haciendo este tipo de cosa juzgada distinta de igual manera a la cosa juzgada proveniente del laudo arbitral.

jurídico sea contrario al ordenamiento jurídico; y por otro lado tenemos la cosa juzgada administrativa que parte del acto administrativo dictado por la SRCPM en la que se determina un ilícito *antitrust*.

Es importante distinguir la determinación que realiza cada una de estas autoridades en cuanto al Derecho de la Competencia y al negocio jurídico en cuestión. Por un lado, el Tribunal Arbitral estudiará si el contrato es contrario al ordenamiento jurídico, para lo cual tomará en cuenta la LORCPM. En caso que el contrato sea contrario al ordenamiento jurídico, el Tribunal lo declarará nulo, pero ello no significa que el Tribunal haya declarado que existe un ilícito *antitrust*, ya que esta potestad solo lo tiene la SRCPM. Por otro lado, la SRCPM tiene el deber de velar por el interés general y podrá determinar ilícitos *antitrust*, para lo cual deberá adecuar la norma de la LORCPM a la conducta del agente económico, y solo ahí se determinará que ha existido un ilícito *antitrust*, en la que cabe una sanción administrativa.¹⁴⁰

Dada estas diferencias, se puede apreciar que no existe una cosa juzgada civil que afecte al ámbito administrativo, ni viceversa. Sin embargo, dado que el artículo 11 de la LORCPM declara nulo de pleno derecho a las actuaciones prohibidas por esta norma, si la SRCPM ha determinado con anterioridad que ha existido un ilícito *antitrust*, un Tribunal Arbitral, que actúa luego de este pronunciamiento administrativo, deberá reconocer tal nulidad del negocio jurídico, y el acto administrativo de la SRCPM le servirá al Tribunal como prueba para determinar daños y perjuicios.¹⁴¹

¹⁴⁰ El hecho de que algo sea contrario al ordenamiento jurídico no significa que sea un ilícito punible de forma penal o administrativamente. Por ejemplo, un contrato de venta de estupefacientes es contrario al ordenamiento jurídico porque atenta al orden público, y un juzgador deberá declararlo nulo. Sin embargo, esta declaración de nulidad no ha determinado una responsabilidad penal o punible administrativamente. Para que se dé una determinación de responsabilidad penal o punible administrativamente, se requiere que la autoridad competente evalúe el caso y realice otro ejercicio, en el que se ve envuelto la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, en los casos requeridos.

¹⁴¹ “en un conflicto entre particulares, los jueces pueden [...] pronunciarse sobre la validez o la nulidad total del acuerdo o de parte del mismo e igualmente de los perjuicios padecidos por las víctimas. Así las cosas, los jueces pueden aplicar [...] el Derecho de la Competencia...] sin que esto implique que se

4.2. La Pre-Administrabilidad

Junto a la cosa juzgada, es necesario estudiar si se requiere un pronunciamiento previo por parte de la SRCPM para que un caso pueda ser visto en un proceso arbitral. Este tema surge debido a que el artículo 71 de la LORCPM establece que las personas que hayan sufrido perjuicios por acciones anticompetitivas pueden intentar acciones indemnizatorias, y que estas acciones prescriben en 5 años a partir de la resolución de la SRCPM, haciendo parecer que se requiere de un pronunciamiento previo para dar paso a estas acciones y que corra la prescripción de las mismas.¹⁴² Por ello, en esta sección estudiamos qué es la pre-administrabilidad (o comúnmente: prejudicialidad)¹⁴³ y si se ésta se requiere cuando se ventilan casos envueltos en el Derecho de la Competencia en un proceso arbitral.

Para empezar, Bartoloni Ferro señala que “[e]n sentido amplio las cuestiones prejudiciales, son cuestiones jurídicas cuya resolución en un proceso, donde surgen, constituyen un presupuesto para la decisión de la controversia principalmente objeto de

arroguen la facultad de imponer sanciones de carácter administrativo –las cuales siguen en cabeza de las autoridades administrativas-, y sin que en ningún lugar su decisión impida la intervención de las autoridades públicas en salvaguarda del orden público económico.” Ver. Ortiz, Ingrid. La Aplicación Privada del Derecho Antitrust y la Indemnización de los Daños Derivados de Ilícitos Contra la Libre Competencia. REVIST@ e – Mercatoria Volumen 7, Número 1 (2008). p. 17.

¹⁴² “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.” Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 71. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

¹⁴³ El término de *pre-administrabilidad* es acuñado en este trabajo de titulación como una figura similar a la prejudicialidad, con la distinción de que en el caso que nos atiende no son dos competencias judiciales en cuestión, sino una instancia judicial (el arbitraje) y una instancia administrativa (la SRCPM).

él”.¹⁴⁴ Adicionalmente, Zavala Baquerizo señala que la prejudicialidad requiere que ésta sea expresamente señalada en la ley para que un juez detenga el proceso en espera del pronunciamiento de otra autoridad.¹⁴⁵

De estos dos señalamientos de la doctrina podemos destacar varios elementos sobre la cuestión prejudicial. En primer lugar, ésta es un presupuesto lógico anterior sin el cual no se puede ventilar un caso en un proceso distinto. En segundo lugar, constituye una excepción dilatoria, la cual deberá ser resuelta antes de continuar con el proceso principal. En tercer lugar, es una limitación a la autoridad judicial que conoce una causa debido a que deberá esperar que otra autoridad se pronuncie sobre cierto aspecto del caso que éste se encuentra atendiendo. Por último, se debe destacar que esta limitación debe estar expresamente establecida en la ley, ya que de lo contrario no se sabría cuando existe prejudicialidad, menoscabando las facultades de los juzgadores de resolver los casos presentados ante su magistratura.

Junto a esta aproximación a la cuestión prejudicial, nuestra Corte Provincial de Pichincha ha señalado que dentro de las cuestiones civiles

es menester que se mencione que en la mayor parte de legislaciones, **las acciones civiles** para reclamar al pago de una indemnización de daños y perjuicios por parte de particulares **son independientes de los procesos tramitados por las autoridades administrativas** en los que se investiga la ejecución de actos anticompetitivos se imponen sanciones y se arbitran todas las medidas necesarias para corregir la afectación que se ha producido en los mercados como consecuencia de tales actos. Así tenemos que en Colombia la jurisprudencia va enfocada en el sentido que las acciones civiles son independientes de las acciones administrativas que adelanta la autoridad; lo propio ocurre en Francia, país en el que se puede implementar una acción para reclamar el pago de los daños y perjuicios originados en prácticas anticompetitivas; igualmente en España en la actualidad se acepta que las acciones civiles de daños y perjuicios por

¹⁴⁴ *Citado en:* Urtecho Benites, Santos. La Cuestión Prejudicial en el Proceso Penal. Perú, Universidad Nacional de Trujillo, 1978. p. 45.

¹⁴⁵ *Cfr.* Zavala Baquerizo, Jorge. Delitos contra la fe pública. Quito: Edino, 1994. pp. 278-279. La prejudicialidad en el Ecuador se ha centrado en los temas civiles y penales, por lo que extendemos los planteamientos doctrinarios de estas ramas del Derecho a nuestro tema de estudio. Para ejemplificar el requisito de la prejudicialidad determinada expresamente por la ley, se puede revisar el artículo 414 del COIP. *Ver.* Código Orgánico Integral Penal. Artículo 414. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 febrero 2014.

responsabilidad aquiliana implementándose independientemente de cualquier resolución dictada por el órgano administrativo competente. Por lo expuesto, no solo que existe tipificación para juzgar en el campo civil la comisión de un ilícito anticompetitivo, sino que **las acciones civiles son independientes de las acciones administrativas y que a través de estas se trata de tutelar un interés particular, no el interés general, por lo que la justicia civil es la competente para conocer esta clase de procesos.**¹⁴⁶ (el resaltado es nuestro)

Por ello, el artículo 71 de la LORCPM no se lo puede leer aisladamente y se lo debe entender junto con todo el ordenamiento jurídico, en especial con el Código Civil. Como se mencionó en la sección **1.3. Sistema de Aplicación del Derecho de la Competencia en el Ecuador**, y ha sido resaltado tanto por la Corte Suprema de Justicia de 1983,¹⁴⁷ como por la Corte Provincial de Pichincha,¹⁴⁸ las acciones civiles son autónomas de otros procedimientos ya que éstos se derivan de la autonomía del daño civil, el cual busca reparar daños patrimoniales por vínculos civiles, tanto contractuales como extracontractuales. Además, la acción de nulidad de un negocio jurídico también es autónoma bajo el presupuesto de que es un deber fundamental de todo juzgador el vigilar que todo negocio jurídico no sea contrario al ordenamiento jurídico, conforme a nuestro Código Civil.¹⁴⁹

Por lo mismo, ya que no existe una norma que exija la pre-administrabilidad y que las acciones de daños o de nulidad son autónomas, incluso de acciones administrativas,

¹⁴⁶ Corte Provincial de Pichincha Primera Sala de lo Civil Mercantil Inquilinato y Materias Residuales. Sentencia de Segunda Instancia de la causa 1140-2011 del 23 de septiembre de 2011.

¹⁴⁷ “La responsabilidad por [...] daños, deriva sencillamente de haberse perpetrado un delito o un cuasidelito. Consiguientemente es una acción autónoma, independiente de otra acción civil o penal.” Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil Tercera Instancia. Publicado en Gaceta Judicial. Año LXXXIII. Serie XIV. No. 2. Pág. 399. Causa de 21 de enero de 1983.

¹⁴⁸ Ver pie de página 145. (Ver. Corte Provincial de Pichincha Primera Sala de lo Civil Mercantil Inquilinato y Materias Residuales. Sentencia de Segunda Instancia de la causa 1140-2011 del 23 de septiembre de 2011.)

¹⁴⁹ Como ya se revisó con anterioridad, un Tribunal Arbitral tendrá el deber de revisar que el contrato puesto bajo su revisión deberá ser estudiado en cuanto a su validez, lo que requiere que este no sea contrario al ordenamiento jurídico, y en caso de serlo, el Tribunal Arbitral deberá declararlo nulo de oficio, lo cual tampoco exige pre-administrabilidad ya que no existe una ley que condicione este deber del árbitro.

no se requerirá de una decisión anterior de la SRCPM para poder ventilar en arbitraje un caso que lleva envuelto temas del Derecho de la Competencia.¹⁵⁰

Por último, revisamos a continuación ciertas preocupaciones sobre posibles contradicciones entre un laudo y una decisión de la SRCPM que surge de la aplicación privada del Derecho de la Competencia dentro de un proceso arbitral.

4.3. Circunstancias de Posibles Decisiones Contradictorias

Finalmente, el estudio sobre posibles decisiones contradictorias entre el laudo de un Tribunal Arbitral y un acto administrativo de la SRCPM, se lo analiza a la luz de los siguientes temas: la cosa juzgada, las facultades de cada autoridad, los efectos civiles derivados del pronunciamiento de ilícitos *antitrust* y la prueba en materia civil y administrativa. Esta sección servirá para sintetizar y organizar los argumentos presentados con anterioridad para evaluar las circunstancias de posibles contradicciones entre las decisiones de estas autoridades.

Como lo hemos estudiado, la responsabilidad civil es analizada por una Tribunal Arbitral,¹⁵¹ mientras que la responsabilidad punible administrativamente es analizada por la SRCPM.¹⁵² Cada una de estas autoridades dictará cosas juzgadas diferentes, pero la nulidad del negocio jurídico que determine el Tribunal Arbitral, o que se despliegue de la nulidad de pleno Derecho por una decisión de la SRCPM, debe ser tomada en cuenta por todas las autoridades. Además, hemos visto que las potestades de la SRCPM no se encuentran limitadas por una decisión de un Tribunal Arbitral ya que este órgano administrativo determinará ilícitos *antitrust*, los cuales no pueden ser determinados por

¹⁵⁰ A pesar de no ser necesario, una ventaja de una decisión anterior de la SRCPM será que ya no se debe probar el cometimiento de vulneraciones a la LORCPM.

¹⁵¹ Ortiz, Ingrid. La Aplicación Privada del Derecho Antitrust y la Indemnización de los Daños Derivados de Ilícitos contra la libre competencia. Revista e-Mercatoria. Volumen 7, número 1, 2008. p. 5

¹⁵² La SRCPM es la autoridad administrativa encargada de velar por el orden público económico conforme a los artículos 36, 37 y 38 de la LORCPM.

un Tribunal Arbitral. Junto a esto, cabe resaltar que la SRCPM tiene amplias facultades de investigación y sanción para proteger intereses generales, que se encuentran por encima de los intereses particulares que se discuten en un arbitraje.¹⁵³ Por último, en cuanto al estándar de prueba, en materia civil rige la preponderancia,¹⁵⁴ la cual es menos rigurosa que en el derecho administrativo sancionador en el que rige la presunción de inocencia.¹⁵⁵

En cuanto a las decisiones de un Tribunal Arbitral y de la SRCPM, cabe resaltar que una vez que se ha pronunciado un laudo, esta decisión no podrá ser modificada ulteriormente;¹⁵⁶ y el acto administrativo de la SRCPM, una vez expedido, gozará de presunciones de legitimidad y ejecutoriedad.¹⁵⁷ Por ello, un acto administrativo ulterior no podrá modificar lo decidido en arbitraje, y si el acto administrativo es anterior al laudo, el Tribunal Arbitral lo deberá tomar en cuenta como elemento a ser evaluado para su decisión final, sin que esto signifique un caso de pre-administrabilidad, dado los argumentos presentados en la sección **4.2. La Pre-Administrabilidad**. Con estos presupuestos, presentamos a continuación un gráfico que sintetiza las distintas posibilidades de decisión, tanto del Tribunal Arbitral como de la SRCPM.

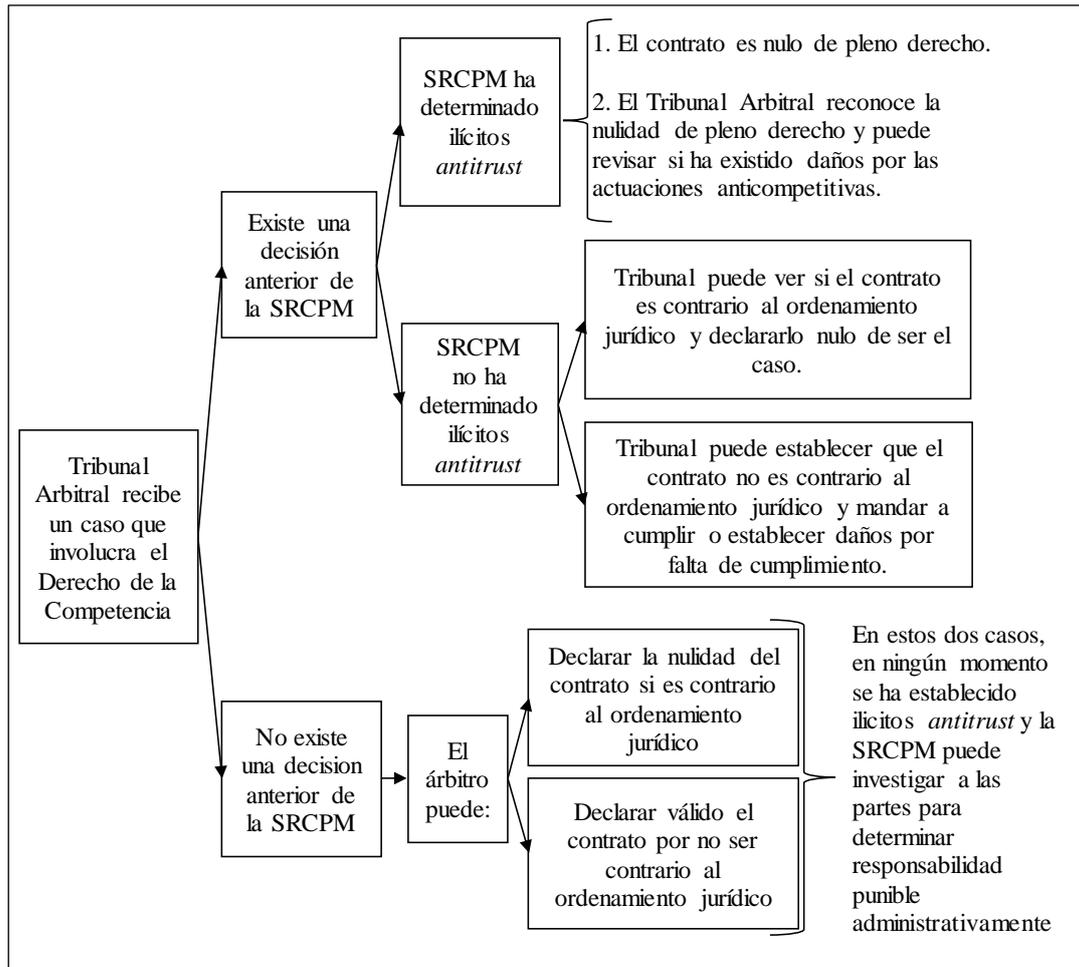
¹⁵³ Ortiz, Ingrid. La Aplicación Privada del Derecho Antitrust y la Indemnización de los Daños Derivados de Ilícitos contra la libre competencia. Revista e-Mercatoria. Volumen 7, número 1, 2008. p. 17; Constitución de la República del Ecuador. Artículo 72, numeral 2. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁵⁴ Benabentos, Omar. Derecho Procesal Civil y Comercial. Editorial Juris. Argentina. 1996. pp. 85-88.

¹⁵⁵ Carmona Ruano, Miguel. Revista Jueces para la Democracia. Artículo: Prueba de la infracción administrativa y derecho fundamental a la presunción de inocencia. No. 9. España. 1990. Página web: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2531910>. (Acceso: 5/Sep/2016). p. 29.

¹⁵⁶ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 100. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

¹⁵⁷ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 329. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22-mayo de 2015.



Este gráfico muestra que tanto las decisiones del Tribunal Arbitral y de la SRCPM son independientes unas de las otras ya que, por un lado, el Tribunal analiza el Derecho de la Competencia únicamente para verificar que un negocio jurídico no sea contrario al ordenamiento jurídico, mientras que la SRCPM aplica el Derecho de la Competencia para determinar responsabilidad punible administrativamente y establecer ilícitos *antitrust*. Por ello, no existirán decisiones contradictorias ya que cada autoridad puede actuar independientemente y sus decisiones se encuentran en niveles distintos, uno civil y otro administrativo. Por último, cabe resaltar que las partes siempre podrán recuperar daños una vez que la SRCPM haya establecido que se ha cometido un acto anticompetitivo en virtud del artículo 71 de la LORCPM.

4.4. Conclusiones de la Cuarta Sección

En esta sección estudiamos que las cosas juzgadas en el campo civil y administrativo tienen identidades diferentes, por lo que la decisión del Tribunal Arbitral no afectará a la decisión de la SRCPM, ni viceversa. Demás, el Tribunal Arbitral únicamente determina si un contrato es contrario al ordenamiento jurídico, lo cual no significa que se haya determinado un ilícito *antitrust*, lo cual solo lo puede determinar la SRCPM. Adicionalmente, es importante resaltar que en caso de que la SRCPM haya determinado con anterioridad que ha existido un ilícito *antitrust* de un acuerdo restrictivo, el Tribunal deberá reconocer la nulidad del negocio jurídico producto de la nulidad de pleno derecho, sin que esto signifique que exista un caso de pre-administrabilidad.¹⁵⁸ En este caso, el Tribunal, además de reconocer la nulidad, podrá utilizar el acto administrativo de la SRCPM como instrumento de convencimiento para su decisión en el laudo final. En cuanto a la pre-administrabilidad, no existe una norma legal que imponga este requisito para poder tramitar estos casos en arbitraje, por lo que las acciones civiles de daños y de nulidad son autónomas de cualquier procedimiento administrativo. Por último, no existen posibles decisiones contradictorias entre un Tribunal Arbitral y la SRCPM ya que sus decisiones se encuentran en dos niveles distintos: por un lado el Tribunal únicamente determinará si un negocio jurídico es contrario al ordenamiento jurídico, mientras que por otro lado la SRCPM determinará ilícitos *antitrust*. Sin perjuicio de esto, las partes siempre podrán intentar acciones de daños y perjuicios derivados de un ilícito al Derecho de la Competencia conforme al artículo 71 de la LORCPM.

¹⁵⁸ La nulidad de pleno derecho aplica a los acuerdos restrictivos únicamente, no a abusos de poder de dominio, en los que el árbitro podría declarar la nulidad absoluta del negocio jurídico.

B. Conclusiones

Con los argumentos expuestos en este trabajo de titulación, procedemos a sintetizar las conclusiones para dejar por sentado que la arbitrabilidad del Derecho de la Competencia sí es posible en el Ecuador, dentro de su aplicación privada e incidental en la que solo se ven involucrados intereses particulares de los litigantes de un proceso arbitral por responsabilidad contractual. Las conclusiones que hemos llegado con nuestro análisis son las siguientes:

Primero, existen dos sistemas de aplicación del Derecho de la Competencia: el público y el privado. Por un lado, el sistema público se encuentra generalmente aplicado por una autoridad administrativa que vela por el interés general. Por otro lado, el sistema privado es aplicado por los particulares a través del sistema judicial para avanzar intereses particulares.

Segundo, el sistema privado de aplicación del Derecho de la Competencia tiene tres modalidades: espada o escudo, a título principal o incidental y como acción dependiente o independiente. De estas tres modalidades, la más importante para nuestro estudio es la aplicación a título principal o incidental de la normativa *antitrust*. La aplicación a título principal, dentro del sistema privado, se refiere a la posibilidad de aplicar todo el Derecho de la Competencia a través del sistema judicial, incluyendo sanciones administrativas a los agentes económicos. En cambio, la aplicación a título incidental se refiere a la posibilidad de aplicar el Derecho de la Competencia de forma secundaria únicamente para derivar efectos civiles, como lo es la nulidad y daños y perjuicios.

Tercero, en el Ecuador existen los dos sistemas de aplicación del Derecho de la Competencia. Por un lado, tanto la Constitución como la Ley han creado la SRCPM para la vigilancia, control y corrección de fallas en el mercado. Este organismo administrativo tiene amplias facultades para investigar, iniciar procedimientos y sancionar a agentes económicos que infrinjan la ley de Competencia, con el fin de proteger el interés general. Por otro lado, nuestro Código Civil y LORCPM permiten el sistema privado de forma incidental ya que dentro de un proceso arbitral se deberá revisar normas *antitrust* para determinar la validez de un contrato y para determinar daños y perjuicios en caso de que las actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico hayan provocado daños a una de las partes.

Cuarto, la LORCPM reconoce la responsabilidad civil, penal y la punible administrativamente de los agentes económicos que actúan en el mercado. Dejando de lado la responsabilidad penal, la responsabilidad civil va envuelta en toda actuación y acto jurídico de las partes, por lo que siempre existirá este tipo de responsabilidad a pesar de que otra rama del Derecho también sea aplicable. La responsabilidad punible administrativamente es aquella que tienen los agentes económicos cuando realizan actos contrarios a la LORCPM. La responsabilidad punible administrativamente es parte del derecho punitivo general del Estado, por lo que esta tiene ciertas similitudes con el Derecho Penal.

Quinto, en cuanto a la responsabilidad civil, será la función judicial la que revisará esta responsabilidad y los jueces y árbitros aplicarán la preponderancia como el estándar de prueba de. Por su lado, la responsabilidad punible administrativamente estará a cargo de la SRCPM y esta autoridad debe tener en cuenta el principio de tipicidad y la presunción de inocencia para determinar ilícitos *antitrust*.

Sexto, la responsabilidad punible administrativamente y la responsabilidad civil son distintas y tienen autoridades determinadas que las revisan por separado. La responsabilidad punible administrativamente la revisa la SRCPM ya que ésta es una autoridad que vigila y protege al interés general para que no se vulnere el orden público económico. Por su lado, la responsabilidad civil es revisada por una autoridad judicial y aquí se defienden intereses particulares de las partes en litigio. Por lo mismo, la SRCPM es la que tiene a cargo la aplicación pública del Derecho de la Competencia, y la autoridad judicial tiene la aplicación privada de esta rama del Derecho, la cual la aplica de forma incidental y únicamente para desplegar efectos civiles entre las partes. Los efectos civiles que se desprenden de la aplicación incidental del Derecho de la Competencia son la nulidad y daños y perjuicios que se derivan de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico.

Séptimo, dentro de los casos que atiende el sistema privado de aplicación del Derecho de la Competencia, los temas comerciales serán los más comunes a ser tramitado en arbitraje. Esto se debe a que estos casos miran generalmente a intereses particulares, los cuales son transigibles. Por ello, resaltamos la importancia de la transigibilidad ya que solo aquellos derechos susceptibles de renuncia podrán ser arbitrables. Por lo tanto, existen derechos intransigibles que no pueden ser vistos en arbitraje, como aquellos casos

que involucran intereses generales o derechos de terceros. Esto permite entender el por qué no existe el sistema privado a título principal del Derecho de la Competencia, ya que el tema de sanciones y correctivos administrativos al mercado son de interés general, el cual escapa de la libre disposición de las partes.

Octavo, vimos que la SRCPM tiene amplias facultades para proteger el Derecho de la Competencia y que puede actuar de oficio para investigar, procesar y sancionar fallas del mercado, estableciendo así ilícitos *antitrust*. En cambio, un Tribunal Arbitral tiene la obligación de vigilar la validez de todo negocio, por lo que debe estudiar si el contrato objeto del litigio es contrario al ordenamiento jurídico, lo que obliga a revisar la LORCPM. Junto a esto, el árbitro tiene el deber de resolver el fondo del asunto, el cual puede comprender daños y perjuicios reclamados por las partes; por lo cual determinamos que la acción civil de nulidad y de daños civiles es autónomo de procesos administrativos.

Noveno, en cuanto a la cosa juzgada en materia de responsabilidad civil, esta es distinta a la responsabilidad punible administrativamente por tener identidades distintas en cuanto a los sujetos, objetos y causa. Además, vimos que el Tribunal Arbitral no determina ilícitos *antitrust*, sino determina si un negocio jurídico es contrario al ordenamiento jurídico. En cambio, será la SRCPM la que tenga a cargo la determinación de ilícitos *antitrust*, por lo que la decisión del Tribunal Arbitral no supone cosa juzgada para la SRCPM ya que las materias que se discuten son distintas. Lo mismo sucede con la decisión de la SRCPM frente al Tribunal Arbitral. Sin embargo, se debe tomar en cuenta los efectos jurídicos de la nulidad de pleno derecho del artículo 11 de la LORCPM cuando la SRCPM ha determinado ilícitos *antitrust*. Dicha nulidad de pleno derecho surte efecto desde el pronunciamiento de la SRCPM. De ser este el caso, el Tribunal deberá reconocer dicha nulidad y el acto administrativo de la SRCRPM servirá como un elemento de convencimiento para que el Tribunal Arbitral determine daños y perjuicios por actuaciones anticompetitivas.

Décimo, en el Ecuador no existe un requisito de pre-administrabilidad ya que no hay una normativa que así lo exija. Además, las acciones civiles de nulidad y de daños son autónomas debido a las fuentes de las obligaciones y al deber de todo juzgador de vigilar la validez de los negocios jurídicos.

Décimo primero, en cuanto a circunstancias de decisiones contradictorias entre un Tribunal Arbitral y la SRCPM, se dejó en claro que el Tribunal Arbitral no determina ilícitos *antitrust*, lo cual solo lo puede determinar la SRCPM, por lo que no existirán decisiones contradictorias. Además, independientemente de la decisión que tome un Tribunal Arbitral, las partes siempre podrán recuperar daños civiles derivados de ilícitos *antitrust* determinados por la SRCPM en base al artículo 71 de la LORCPM.

Por ello, es lógico concluir que sí existen casos en los que el Derecho de la Competencia sea aplicable dentro de un arbitraje para derivar efectos civiles para las partes. Además, no existe un requisito de pre-administrabilidad debido a que no existe una ley que así lo exija y debido a la autonomía de las acciones de nulidad y de daños civiles. Por último, las cosas juzgadas de lo civil y de lo administrativo son distintas, por lo que las decisiones de un Tribunal Arbitral o la SRCPM no son vinculantes para la otra parte, tomando en cuenta que una tiene la capacidad para determinar un ilícito *antitrust* y la otra no, dejando a salvo el efecto de la nulidad de pleno derecho que produce la decisión de la SRCPM cuando determine ilícitos *antitrust* contenidos en el artículo 11 de la LORCPM.

C. Referencias

C.1. Doctrina

- Arévalo, Héctor. Arbitraje. Colombia: Ediciones doctrina y ley, 2012.
- Aylwin, Patricio. El Juicio Arbitral. Santiago de Chile: Edición Jurídica de Chile, 2005. 5ta Edición.
- Barros Bourie, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual. Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2006.
- Benabentos, Omar. Derecho Procesal Civil y Comercial. Editorial Juris. Argentina. 1996.
- Briseño Sierra, Humberto. El Arbitraje Comercial. México: Limusa, 1999.
- Caivano, Roque. Arbitraje. Argentina: Adhoc, 2000.
- Caivano, Roque. El Arbitraje: Nociones Introdutorias. <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf>. (Acceso: 3/Mar/2016).
- Carmona Ruano, Miguel. Revista Jueces para la Democracia. Artículo: Prueba de la infracción administrativa y derecho fundamental a la presunción de inocencia. No. 9. España. 1990. Página web: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2531910>. (Acceso: 5/Sep/2016).
- Chocrón Giráldez, Ana María. Los Principios Procesales en el Arbitraje. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2000.
- Cordón Moreno, Faustino. El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional. España: Editorial Aranzadi, 1995.
- Cortese, Bernarndo (ed). EU Competition Law – Between Public and Private Enforcement. Wolters Kluwer. Holanda. 2014.
- Dromi, Roberto. Derecho Administrativo. Buenos Aires: Ciudad Argentina. 2001.
- Ernesto Albán. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Quito: Impresiones Legales, 2009.
- Espinosa Prado, Oswaldo. Principales Contratos en el Código Civil Ecuatoriano. Primera Edición. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador. 2001.

- Ferrada Bórquez, Juan Carlos. La Constitución Económica de 1980. Revista de Derecho, Vol. XI, diciembre 2000, pp. 47-54. Página web: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502000000100005&script=sci_arttext&tlng=es#n8. (Acceso: 26/feb/2016).
- García, Ricardo Alonso. La aplicación de los artículos 85 y 86 del tratado CEE por órganos administrativos y judiciales españoles. Revista de Instituciones Europeas, Col 17, No. 2, 1990.
- González de Cossío, Fernando. Arbitraje. México: Porrúa. 2008.
- González de Cossío, Francisco. La ironía de Compétence-Compétence. Lima Arbitration, No. 3. 2008. p. 196. Página web: <http://limaarbitration.net/LAR3-4/Francisco-Gonzalez-de-Cossio.pdf>. (Acceso 10/Oct/2016).
- González de Cossío, Francisco. Novación y Acuerdo Arbitral. Página web. <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Novacion%20del%20Acuerdo%20Arbitral.pdf>. (Acceso: 28/Ago/2016).
- González de Cossío, Francisco. El Arbitraje y La Judicatura. México: Editorial Porrúa, 2007.
- Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 8. Primera Edición. Buenos Aires. Fundación de Derecho Administrativo. 2013.
- Gozaini, Osvaldo. Formas Alternativas Para La Resolución De Conflictos. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1995.
- Johnson, AC y Slot PJ. An Introduction to Competition Law. Hart Publishing. Oxford and Portland. 2006.
- Juárez Cacho, Ángel. Los Principios de Interés Social, Orden Público y Apariencia del Buen Derecho. México: Raúl Juárez Carro Editorial. 2012.
- Larrea Holguín, Juan. Derecho Civil del Ecuador. Volumen XIV. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. 2002.
- Lohmann Luca De Tena, Juan Guillermo. El negocio jurídico. Lima: Studium, 1986.
- Lorca Navarrete y Silguero Estagnan. Derecho de Arbitraje Español. Madrid: Dykinson. 1994.

- Merchán, Juan Manuel y Andrade Cadena, Xavier. El arbitraje comercial internacional en Ecuador: Marco legal y jurisprudencial. Madrid: Wolters Kluwer, 2009.
- Mistelis, Loukas y Brekoulakis, Stavros (ed). Arbitrability – International and Comparative Perspectives. Wolter Kluwer. Great Britain. 2009.
- Monroy Cabra, Marco. Arbitraje Comercial. Colombia: Legis, 1998.
- Motta, Massimo. Competition Policy. United States of America: Cambridge University Press. 2004.
- Navarrete, Susana Camila. Arbitraje. Buenos Aires: La Ley, 1992.
- Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Madrid: Tecnos. 1994.
- Northcote, Cristhian. Importancia del Principio de Tipicidad en el procedimiento administrativo sancionador. Actualidad Empresarial, No. 240. 2011. Página web: http://aempresarial.com/servicios/revista/240_43_CTBLKKWFZWMLHJWWP_WLGPIUMNAQNTCEVVGGFQDKQAXCIGYEVVQ.pdf. (Acceso: 23/Oct/2016).
- Onyema, Emilia. International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract. Estados Unidos: Routlege, 2010.
- Ortiz, Ingrid. La Aplicación Privada del Derecho Antitrust y la Indemnización de los Daños Derivados de Ilícitos contra la libre competencia. Revista e-Mercatoria. Volumen 7, número 1, 2008.
- Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Colombia: Temis, 2005.
- Parraguez, Luis. Manual de Derecho Civil Ecuatoriano - Libro Cuarto, Volumen I. Loja. Universidad Técnica Particular de Loja. 2000.
- Salcedo, Ernesto. El Arbitraje, la Justicia Alternativa. Ecuador: Editorial Jurídica Miguel Mosquera, 2001.
- Sarlo, Oscar. Sobre la noción de responsabilidad en teoría del derecho y en dogmática jurídica. Ruptura, Una revista interdisciplinaria de análisis jurídico. Uruguay, Sociedad de Análisis Jurídico. Mayo 2011.

- Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Rendición de cuentas 2013. Página web: <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2014/04/Rendici%C3%B3n-de-Cuentas-2013.pdf> (Acceso 10/Oct/2016).
- Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Rendición de cuentas 2014. Página web: <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2015/03/Rendicion-de-Cuentas-2014-version-2.ppt> (Acceso 10/Oct/2016).
- Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Rendición de cuentas 2015, pp. 9-13. Página web: <http://www.scpm.gob.ec/page/2/?s=informe+gestion+2015>. (Acceso: 26/Sep/2016).
- Tapia Fernández, Isabel. La cosa juzgada (estudio de jurisprudencia civil). Madrid. Dykinson. 2010.
- Urtecho Benites, Santos. La Cuestión Prejudicial en el Proceso Penal. Perú, Universidad Nacional de Trujillo, 1978.
- Vedia Jerez, Horacio. Competition Law Enforcement and Compliance across the World. USA: Kluwer Law International. 2015.
- Véscovi, Enrique. Teoría General del Proceso. Bogotá. Editorial Temis. 1999.
- Whish, Richard y Bailey, David. Competition Law. Oxford University Press. Great Britain. 2012.
- Witker, Jorge. Derecho de la Competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México. Chile: Fondo de Cultura Económica. 2000.
- Zavala Baquerizo, Jorge. Delitos contra la fe pública. Quito: Edino, 1994.
- Zavala Egas, Jorge. Teoría de la seguridad jurídica. Iuris Dictio. Año 12. Vol 14. Universidad San Francisco de Quito. Quito. Página web: http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/Documents/iurisdictio_014.pdf (Acceso: 13/Sep/2016).
- Zekos, Georgios. Economics and Law on Competition in 21st Century Globalization. Nova Publishers. New York. 2014.

C.2. Jurisprudencia

Corte Provincial de Pichincha Primera Sala de lo Civil Mercantil Inquilinato y Materias Residuales. Sentencia de Segunda Instancia de la causa 1140-2011 del 23 de septiembre de 2011.

Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 242-2007 de 6 de marzo de 2009.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 1140-2011 de 21 de septiembre de 2012.

Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 314-2003 de 9 de junio de 2004.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil Casación. Publicada en Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 3. Página 857. Causa de 21 de marzo de 2007.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil Tercera Instancia. Publicado en Gaceta Judicial. Año LXXXIII. Serie XIV. No. 2. Pág. 399. Causa de 21 de enero de 1983.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil Tercera Instancia. Publicado en Gaceta Judicial. Año XCII. Serie XV. No. 14. Pág. 4135. Causa de 30 de julio de 1992.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 113-2006 ER de 11 de julio de 2007.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Publicada en Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 11. Pág. 2783. Causa de 7 de abril de 1998.

C.3. Plexo Normativo

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544 de 09 de marzo de 2009.

Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 febrero 2014.

Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Registro Oficial No. 697 de 07 de mayo de 2012.