



**UNIVERSIDAD
DEL AZUAY**

Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**Análisis sobre la competencia del tribunal
arbitral: daños a la libre competencia entre
particulares.**

Autores:

Paúl Calle Díaz

Pedro Zamora Iñiguez

Director:

Esteban Coello Muñoz

Cuenca – Ecuador

2024

DEDICATORIA

A mi padre José y a mi madre Mónica, quienes con esfuerzo y dedicación me brindaron una educación de excelencia, enseñándome el valor de la honestidad, el compromiso y la bondad. A pesar de la distancia que nos separa, les dedico este trabajo de titulación con la esperanza de que se sientan orgullosos como padres.

Aunque su ausencia física ha sido un desafío, he seguido el camino correcto, enfrentando luchas internas y externas. Siempre he sentido sus manos sobre mis hombros, brindándome apoyo incondicional para seguir adelante. Recordando las palabras de mi padre, quien siempre me dice que "lo esencial es invisible a los ojos", y teniendo presente los valores de los jesuitas, quienes nos enseñan a "ser más para servir mejor", este logro marca el inicio de mi camino como un gran profesional y, sobre todo, como una muy buena persona para la sociedad.

A mi querida madre Mónica, siempre presente en mi corazón. Como siempre le he dicho: cada estrella en el cielo es un "te quiero".

A mi padre José, para que se sienta orgulloso de saber que sus palabras siempre fueron escuchadas, y que con amor sigue siendo un gran ejemplo para mi vida.

A mi hermana Romina, quien, a pesar de la distancia, comparte conmigo una conexión inquebrantable. Su amor e intensidad por la vida me han contagiado de su felicidad, y sus palabras constantes, recordándome que vine a este mundo para ser feliz, han sido una guía en mi camino.

A mi hermano Juan José, quien es indudablemente mi mejor amigo y ha sido mi compañero en todas las batallas de la vida. Su dureza me ha fortalecido en los momentos más difíciles, especialmente ante la ausencia de nuestros padres, y ha sido la mano que me impulsa a seguir adelante.

...

A mis padres, Marco y Fanny, quienes me han enseñado que ante cualquier adversidad hay una oportunidad, un nuevo comienzo; ha siempre levantarme, gracias por su apoyo, amor incondicional y creer en cada paso que he dado.

A mi querida hermana Ana Belén que, a pesar de la distancia, me ha demostrado que la perseverancia, el amor y la disciplina son los pilares de una vida llena de éxito.

AGRADECIMIENTOS

A mi padre José, quien desde muy pequeño me mostró el valor de ser un profesional comprometido con aportar a la sociedad, y quien me enseñó que lo esencial no siempre es visible, pero es lo que realmente importa.

A mi madre Mónica, por creer siempre en mi capacidad, apoyarme a ser la mejor versión de mí mismo y por ser mi constante luz. A mi hermana Romina, por su amor, alegría y su inquebrantable fe en mi felicidad.

A mi hermano Juan José, por su fortaleza, amistad y el apoyo incondicional que siempre me brinda.

A mis amigos más cercanos, por su compañía, apoyo y por ser una fuente constante de ánimo y alegría en mi vida.

Gracias a todos ustedes por ser mi motor e inspiración. Con este trabajo, quiero honrar su esfuerzo y demostrar que sus enseñanzas han dado fruto.

...

Agradezco a mi padre Marco, por enseñarme desde pequeño el esfuerzo que se debe poner hasta en las cosas más pequeñas, y el valor de la honestidad; a mi madre Fanny por su amor y guiarme en el camino correcto; a mi hermana

Ana Belén por su compañía, cuidado y amor en la distancia; a mi tutor de tesis Dr. Esteban Coello, por su compromiso, dedicación, orientación y enseñanzas que han hecho posible la realización de esta

investigación y haber dejado una huella en nosotras con su sabiduría y enseñanzas.

RESUMEN

La competencia y el arbitraje son ramas relativamente nuevas del derecho ecuatoriano. Supone hablar de la posibilidad de un Tribunal Arbitral compitiendo en el tratamiento de los daños efectuados por unas prácticas desleales entre sujetos de la esfera particular, y mucho más en el presente caso, porque parece primar más bien algunas normas que discrepan entre sí y forman parte de ramas que son de interés diverso. Con este enfoque se pretende profundizar en los criterios y fundamentos que sustentan las decisiones en este ámbito. Este trabajo tiene como propósito resolver un problema que hasta ahora no ha sido suficientemente debatido, con la intención de proponer un modelo alternativo efectivo dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Palabras clave: arbitraje, competencia económica, daños, libre competencia, superintendencia

ABSTRACT

Antitrust Law and Arbitration are relatively new branches within Ecuadorian legislation. When analyzing the jurisdiction of an Arbitral Tribunal to address damages arising from free competition disputes between individuals, significant uncertainties arise due to regulatory conflicts. These challenges stem from the distinct purposes and protections pursued by Arbitration and Competition Law, which belong to separate legal frameworks.

This research employs a qualitative methodology to analyze the institutional structures involved, aiming to develop a deeper understanding of decision-making criteria and motivations. The study seeks to identify applicable regulations, define the scope of an arbitration tribunal's jurisdiction in such cases, and propose reforms to Article 71 of the Organic Law of Control of Market Power. These reforms would clarify and extend the authority of arbitration tribunals in matters of competition-related damages, addressing an issue that remains unresolved in Ecuador's judicial system.

Keywords: arbitration, antitrust, damages, free competition, Superintendence, reform

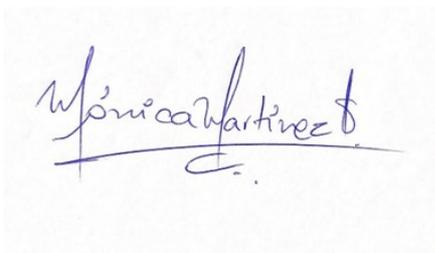
Paúl Calle Díaz

pcalled@es.uazuay.edu.ec

0995402061

86512

Approved by

A handwritten signature in blue ink that reads "Mónica Martínez Sojos". The signature is written in a cursive style and is underlined with a horizontal line.

Lcda. Mónica Martínez Sojos, Mgt.

Cod. 29598

Pedro Zamora Iñiguez

pedrofranzi607@es.uazuay.edu.ec

0995787497

92308

ÍNDICE DE CONTENIDO

Resumen.....	iv
ABSTRACT	v
Índice de Contenido	vi
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1	2
Nociones GeneRALES: Derecho del Competencia, Arbitraje y Daños y Perjuicios.....	2
1.1. Antecedentes.....	2
1.2. Definición y Naturaleza del arbitraje, el derecho de competencia y Daños y Perjuicios.....	3
1.2.1 Naturaleza jurídica del arbitraje y el derecho de competencia.	5
1.2.2. Naturaleza jurídica de la Superintendencia de Competencia Económica.....	8
1.2.3.Daños y perjuicios naturaleza jurídica.....	8
CAPÍTULO 2	11
DAÑOS A LIBRE COMPETENCIA, DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD Y NORMATIVA VIGENTE NACIONAL E INTERNACIONAL.....	11
2.1. Libre competencia en el Ecuador.....	11
2.2. Daños	13
2.3. Determinación de Responsabilidad.....	15
2.4. Normativa vigente nacional e internacional.....	19
2.4.1.Normativa Nacional.....	20
2.4.2 Normativa Internacional	22
CAPÍTULO 3	27
RESOLUCIÓN DE DAÑOS DE LA LIBRE COMPETENCIA: COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL en el ecuador, CASO ANÁLOGO Y RESULTADOS.....	27
3.1. Competencia del Tribunal Arbitral.....	27
3.2 Ampliación de Competencia Arbitral en el Derecho de la Libre Competencia en Ecuador.	29
CONCLUSIONES.....	33
Referencias.....	35

INTRODUCCIÓN

Con la llegada de la Constitución de Montecristi del 2008, trajo consigo un sin número de reformas, presentando así una larga lista derechos, garantías y obligaciones con el fin de cumplir con el objetivo principal que plantea esta joven Constitución, que es el Buen Vivir o conocido como el Sumak Kawsay.

Esta Constitución promueve formas distintas de poder administrar justicia; aquí encontramos dos formas nuevas que se incorporan; son el Derecho de Competencia y el Arbitraje, esta última aparece por primera vez en la Constitución del 98, sin embargo, en la actual es en donde toma mayor fuerza y evolución. Estas ramas del Derecho traen consigo una finalidad dentro de la sociedad, que por lo general buscan ofrecer beneficios a la misma. Esto da paso a la necesidad de crear una normativa propia para cada una de estas, dando paso así a la Ley Orgánica de Regulación de Poder de Mercado y de igual forma a la LAM.

Bien es sabido que el Derecho es una ciencia social, busca una respuesta a todos los problemas dentro de una sociedad cualquiera, algunos llevando complejidades mayores que otros, pero no impide que al final de cuentas el legislador busque una respuesta que encasilla a la perfección con el problema que se plantee. Pero hay controversias que por su nivel de complejidad y por tener estructuras nuevas no se han podido tratar con un tiempo suficiente y así evitar que se generen lagunas o vacíos legales. Una de ellas es precisamente la que encontramos dentro de los daños a la libre competencia por conductas antitrust o desleales, sometiendo al conocimiento de un Tribunal Arbitral para que este lo pueda resolver.

Para este problema vemos que la dificultad se eleva en altos niveles de complejidad, esto por la naturaleza que sigue cada una de estas formas de administrar justicia; la una persigue un interés general mientras tanto la otra se rige bajo un interés privado. Considerando a breves rasgos este factor diferencial, buscamos que el arbitraje en primeras líneas sea la vía por la cual las partes que se ha visto afectadas por conductas antitrust, acudan de manera directa sin que primero intervenga la vía judicial civil. De esta forma presentaremos una respuesta concreta abarcando cada aspecto relevante para que la solución sea integra y beneficie a un sistema judicial saturado.

CAPÍTULO 1

NOCIONES GENERALES: DERECHO DEL COMPETENCIA, ARBITRAJE Y DAÑOS Y PERJUICIOS.

1.1. Antecedentes

Dentro de un Estado de Derecho encontramos una división de normativa privada y pública, para la interacción de actos jurídicos estatales y particulares. Para el autor Guzman, el derecho público, aquel entendido como las normas creadas por los órganos estatales mediante actos políticos y administrativos, y principalmente a través del órgano legislativo, el cual es el creador de las leyes, regula el ámbito público, es decir, la interacción social y de su organización de poder, que es el Estado. Siguiendo la misma línea de Guzman, el derecho privado, en cambio, es el que, mediante la autonomía de voluntad, los particulares crean obligaciones, que son actos o contratos siendo ley para las partes, dentro de la esfera de sus asuntos peculiares (Guzman, 2015).

En nuestro país, esta última década se ha presentado una evolución acelerada de estas dos ramas del derecho, siendo dos de ellas son el Derecho de Competencia y el Arbitraje, que en nuestro país han sido consideradas como ramas nuevas a considerar. Tanto y en cuanto ambas han sido mencionadas levemente en la Constitución del 98, y posteriormente desarrolladas a profundidad en la Constitución de Montecristi del 2008.

En 1997 se publicó la Ley de Arbitraje y Mediación (derogó la Ley de Arbitraje Comercial), la cual define en su artículo primero¹ que se debe entender al hablar de los métodos alternativos de solución de conflictos, trayendo consigo elementos relevantes que se deben observar al momento de llevar a cabo esta forma de resolverlos (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006).

En Ecuador, el 13 de octubre de 2011, se implementó la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), que aborda áreas como acuerdos restrictivos, abuso de poder de mercado, control de concentraciones, ayudas públicas y competencia desleal. Esta

¹ La Ley de Arbitraje y Mediación Artículo 1 “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 conformarán para conocer dichas controversias”

legislación implementa a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), entidad con autonomía jurídica con capacidad para investigar y sancionar a los actores económicos. Sperber (2016), habla que la SCPM supervisa el funcionamiento adecuado de los mercados, previene abusos de poder y prácticas anticompetitivas, promoviendo la eficiencia y el comercio justo en beneficio de los consumidores y usuarios (Wilhelm, 2016).

1.2. Definición y Naturaleza del arbitraje, el derecho de competencia y Daños y Perjuicios.

Los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) en la legislación ecuatoriana y en la doctrina jurídica constituyen un conjunto de mecanismos que permiten la resolución de disputas de manera extrajudicial, es decir, fuera del sistema judicial ordinario. Estos métodos han sido promovidos y desarrollados como una respuesta a la necesidad de agilizar la administración de justicia, reducir la carga de los tribunales, y ofrecer a las partes involucradas en un conflicto alternativas más flexibles, rápidas y consensuadas para resolver sus diferencias (Cobo, 2018).

En Ecuador, los MASC están regulados principalmente en la Ley de Arbitraje y Mediación, que establece el marco jurídico para el arbitraje, la mediación y otros métodos alternativos. La doctrina jurídica en el país también ha jugado un papel importante en la conceptualización y promoción de estos métodos como instrumentos para la pacificación social y la resolución eficiente de conflictos.

La promoción de los MASC en Ecuador responde a la necesidad de descongestionar los tribunales, promover una cultura de paz y diálogo, y ofrecer a la ciudadanía herramientas eficaces para la solución de sus conflictos. Estos métodos han demostrado ser particularmente útiles en contextos donde las relaciones entre las partes deben mantenerse a largo plazo, como en el ámbito familiar o empresarial, ya que permiten soluciones más armoniosas y consensuadas.

El arbitraje es un método alternativo de resolución de disputas que se caracteriza por ser un proceso voluntario, consensuado y privado, en el cual las partes en conflicto acuerdan someter sus diferencias a la decisión de uno o más árbitros en lugar de recurrir a los tribunales judiciales tradicionales. Este procedimiento se basa en un acuerdo mutuo entre las partes, quienes seleccionan a los árbitros, normalmente expertos en la materia objeto de la disputa, para que emitan una decisión final y vinculante, conocida como laudo (Redfren, 2004).

La esencia del arbitraje reside en su capacidad para proporcionar una alternativa neutral, flexible y especializada a la justicia estatal. Al ser un proceso privado, las partes pueden mantener la confidencialidad del conflicto y sus resultados, adaptando el procedimiento a sus necesidades específicas. Además, el arbitraje se destaca por su celeridad en comparación con los procesos judiciales ordinarios, lo que permite una resolución más rápida y eficiente del conflicto (Cardona, 2001).

El carácter vinculante del laudo arbitral asegura que la decisión sea de cumplimiento obligatorio para las partes, lo que otorga al arbitraje una naturaleza definitiva en la solución de la controversia. Este método no solo evita la intervención de los tribunales estatales, sino que también ofrece un entorno más controlado y previsible, donde las partes tienen un mayor control sobre el proceso y los resultados, adaptando la resolución del conflicto a las particularidades de su situación y a las exigencias del contexto en el que operan.

En Ecuador, el arbitraje ha ganado terreno en diversas áreas, incluyendo el derecho comercial, civil, laboral y familiar. La Ley de Arbitraje y Mediación, promulgada en 1997, marcó un hito al establecer un marco normativo claro para el desarrollo de este método. En los últimos años, el Estado ecuatoriano ha impulsado la implementación de centros de mediación y arbitraje, así como la formación de profesionales especializados en estos métodos, para garantizar su acceso y eficacia.

El derecho de competencia, también conocido como derecho antimonopolio o antitrust, se define como un conjunto de normas jurídicas y políticas públicas diseñadas para preservar la competencia en los mercados y evitar conductas que puedan distorsionar o limitar la competencia (Whish y Bailey, 2021). En el contexto ecuatoriano, estas normas tienen su fundamento principal en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, promulgada en el año 2011, y en el marco constitucional que establece la obligación del Estado de garantizar una economía social de mercado.

En Ecuador, el derecho de competencia se estructura en torno a tres pilares fundamentales que buscan garantizar un mercado eficiente y justo para los consumidores. En primer lugar, la promoción de la competencia es esencial para el buen funcionamiento del mercado. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene el mandato de supervisar y asegurar que las empresas operen dentro de un marco de competencia leal. Esta tarea implica vigilar y controlar prácticas que podrían reducir o eliminar la competencia efectiva, lo que afectaría negativamente el bienestar del consumidor y la eficiencia del mercado.

En segundo lugar, la prevención y sanción de prácticas anticompetitivas es un aspecto crucial del derecho de competencia en Ecuador. La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece un conjunto de normas diseñadas para prohibir conductas que restrinjan la competencia. Entre estas conductas se incluye el abuso de posición dominante, que ocurre cuando una empresa usa su poder en el mercado para imponer precios predatorios, discriminar precios o imponer condiciones contractuales injustas. Además, se prohíben los acuerdos entre empresas que busquen fijar precios o repartir mercados, ya que tales prácticas distorsionan la competencia y perjudican a los consumidores.

Finalmente, el control de concentraciones económicas es un componente esencial del marco regulatorio. La normativa ecuatoriana exige que las fusiones, adquisiciones u otras concentraciones económicas que superen ciertos umbrales sean notificadas a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Esta autoridad evalúa si la concentración pudiera reducir significativamente la competencia en el mercado afectado, garantizando que tales operaciones no comprometan la competencia efectiva ni el equilibrio del mercado.

En conjunto, estos tres pilares del derecho de competencia en Ecuador buscan asegurar que el mercado funcione de manera competitiva y eficiente, protegiendo tanto a los consumidores como al tejido empresarial en un entorno económico dinámico y justo.

El derecho de competencia no solo busca prevenir prácticas anticompetitivas, sino que también promueve la eficiencia económica y el bienestar del consumidor al mantener mercados abiertos y competitivos. Al evitar que una o pocas empresas dominen un mercado, se fomenta la innovación, dado que las empresas deben mejorar constantemente sus productos y servicios para mantenerse competitivas. Asimismo, se protegen los intereses de los consumidores al garantizar que puedan acceder a una mayor variedad de productos y servicios a precios justos (Motta 2004). gugi

1.2.1 Naturaleza jurídica del arbitraje y el derecho de competencia.

Dando lugar a la interrogante de la competencia de los tribunales de arbitraje para resolver los daños y perjuicios a la libre competencia entre particulares. Ahora bien dentro de una sociedad donde es un conjunto de interacciones de cada individuo, que dentro de estas encontramos conflictos que nacen a partir de intereses, que en la mayoría de casos se someten a un tratamiento especializado, es decir que los conflictos de intereses pueden escapar de este trato directo, esto es, que no se han podido poner de acuerdo sobre cómo dar fin a la controversia que las enfrenta, se recurre ante un tercero, sometiendo ante una vía judicial

garantizando así una transparencia e imparcialidad e imponiendo igualdad de condiciones. Para los autores Castillo y Vasquez contemplan un amparo de un orden jurídico determinado como telón de fondo, cuál de ambas tiene razón en el problema sometido a su sabiduría (Mario Castillo Freyre Ricardo Vásquez Kunze, 2006).

Siguiendo la línea de Castillo y Vasquez aseguran que ninguna definición que no parta de la premisa de que el arbitraje es una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal, es una definición completa. En efecto, así parece entenderlo en la Constitución Política de Perú de 1993 en el primer numeral del artículo 139, cuando reconoce al arbitraje una existencia de carácter jurisdiccional (Mario Castillo Freyre Ricardo Vásquez Kunze, 2006). Aquí, la Ley de Leyes instituye expresamente una jurisdicción arbitral. Por tanto, para el ordenamiento jurídico, el arbitraje es una forma oficial aunque no estatal de administrar justicia. De este hecho legislativo nos introduce, doctrinariamente hablando, a la discusión fundamental de la naturaleza del arbitraje, a saber, si este tiene una esencia privada o una pública.

Es sabido que ante esta forma de alternativa de resolver conflictos debe estar de por medio ante un contrato, es decir que el contrato mismo sea el que motive a las partes iniciar por esta vía alterna, el contrato entre dos sujetos de derecho que buscan que un tercero administre una justicia que no es la que administran los tribunales ordinarios del Estado, pero que está permitida por ese Estado, es un elemento esencial de cualquier definición de arbitraje. No hay arbitraje si no hay contrato. Sin embargo para el autor Gonzalez no solo se debe ver al arbitraje desde una visión contractualista, asegura que si bien nace de ese contrato de las partes, pero el arbitraje tiene su origen en la institución, su posibilidad de existencia, apoyo estatal y regulación de los actores principales (González de Cossio, 2011). Por lo que es preciso hablar que el arbitraje tiene estas dos corrientes, la contractual y jurisdiccional, ante estas dos corrientes que generan dificultad para definir a que corriente pertenece el arbitraje, para las autoras Castillo y Vasquez hablan de que debe verse desde una corriente mixta, es decir que nace por las partes, esto es, poner fin a una controversia fruto de una coalición de intereses, mientras que la jurisdiccional, es la facultad que se invisten los terceros dado por el Estado para que puedan resolver el mismo (Mario Castillo Freyre Ricardo Vásquez Kunze, 2006).

Una vez analizado la naturaleza del arbitraje corresponde hablar sobre el Derecho de Competencia y su naturaleza jurídica, para El Marqués de Montaigne, gran ensayista francés del Siglo XVI, escribió un breve ensayo en el que afirmaba que "ninguna ganancia se efectúa sin la pérdida de otra persona". La visión de la naturaleza jurídica del Derecho de Competencia

puede ser vista como un derecho privado y público, dentro de esa visión privada el Doctor Andrés Palacios precisa que trae límites entre los competidores naturales y jurídicos (operadores de mercado), que pueden hacer con su propiedad y qué tipos de contratos pueden celebrar así como ciertos usos de la propiedad pueden llegar a ser abusivas (Palacios Lleras, 2013).

Las discusiones sustantivas que se generan giran en torno a las formas como es legítimo que las personas dispongan de sus derechos patrimoniales, dando paso a tres categorías que son: contratos, la propiedad y la responsabilidad civil. Esta visión privada se plasma en el Derecho de Competencia de Estados Unidos, que dentro de su historia normativa, la Corte Suprema de Justicia se refirió varias veces a precedentes judiciales que discutían el límite que tienen las partes contratantes para limitar el comercio de un bien o servicio frente a un tercero. Decisiones como la de *Standard Oil* que estableció restricciones a la competencia que surgen de acuerdos entre particulares, solo cuando sean razonables a los beneficios que generen al ofertar un servicio o un producto (Palacios Lleras, 2013).

Mientras que una visión como derecho público, siguiendo la misma línea del Doctor Palacios refiere que no solo se debe entender a la estructura del Estado, más bien ese vínculo que existen en particulares y entidades estatales, es decir limita las facultades que las personas particulares pueden hacer con sus bienes o qué tipo de contratos celebrar. Un claro ejemplo es lo que sucede con la normativa de la Unión Europea, buscando un fortalecimiento de un mercado interno dando así una respuesta de limitar el comportamiento de entidades privadas y públicas (Palacios Lleras, 2013). Rechazando el carácter privado, como lo que sucedió en la Segunda Guerra mundial, las cortes alemanas entendían la constitución de carteles como una extensión del Derecho de asociación y la autonomía de la voluntad contractual.

Sin embargo, aún no se ha definido cual mismo es la naturaleza jurídica del Derecho de Competencia, el mismo autor habla de que es difícil encasillar dentro de las dos visiones anteriormente dichas, que lo adecuado es decir que esta rama del derecho tiene una racionalidad económica, abarcando la visión privada y pública, estableciendo una entidad especializada en dicha materia, que en nuestro país no es más que la Superintendencia de Competencia Económica. Esta rama se lo debería concebir como un Derecho Económico, que según el profesor Ricardo Rivero Ortega en su obra *El Derecho Administrativo Económico* lo define como aquella rama interdisciplinar, enfocada al estudio de regulaciones de mercados, el régimen de la competencia o los derechos de los consumidores, que debería verse desde el

punto de vista público y privado, dando así un enfoque mas teórico que sustantivo (Ortega, 2018).

1.2.2. Naturaleza jurídica de la Superintendencia de Competencia Económica.

La Superintendencia de Competencia Económica en Ecuador es una entidad de derecho público con autonomía administrativa, operativa, económica y financiera, creada con el propósito de supervisar y controlar la competencia en el mercado ecuatoriano. Su naturaleza jurídica ha sido objeto de análisis tanto en la legislación ecuatoriana como en la doctrina jurídica. De acuerdo con la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), la SCPM es una entidad autónoma en su gestión, lo que le otorga independencia en la toma de decisiones dentro de su ámbito de competencia, a pesar de ser parte de la administración pública. Su principal función es controlar y supervisar el ejercicio del poder de mercado por parte de las empresas, con el objetivo de prevenir, corregir y sancionar prácticas anticompetitivas, posicionándose como un órgano de control estatal encargado de aplicar la legislación de competencia en Ecuador.

La doctrina jurídica destaca el carácter regulador de la SCPM, lo que significa que, además de su función de control, tiene la capacidad de emitir regulaciones específicas para garantizar la competencia en el mercado. Esto refuerza su naturaleza como entidad con capacidad normativa dentro de su ámbito de acción. Además, la SCPM de Ecuador cumple una función cuasi-judicial, ya que tiene la potestad de investigar y sancionar prácticas anticompetitivas, y sus resoluciones pueden ser impugnadas ante los tribunales, asemejándose a un tribunal administrativo especializado en competencia. Finalmente, la SCPM se concibe como una institución orientada a proteger el interés público, especialmente en lo que respecta a la defensa de los derechos de los consumidores y la promoción de la eficiencia económica en el mercado, lo que implica que su actuación debe estar alineada con principios de transparencia, imparcialidad y proporcionalidad (García, 2013).

1.2.3. Daños y perjuicios naturaleza jurídica

En el ámbito jurídico los daños y perjuicios constituyen una figura legal de gran relevancia, para la autora José María Nuñez define que es el menoscabo que sufre una persona, ya sea jurídica o natural, debido a la acción u omisión de otra. Estos daños pueden surgir tanto de obligaciones contractuales como de obligaciones extracontractuales. Por lo que esta figura nace para buscar en medida de lo posible, la restitución a la situación previa del daño a la parte que ha sido afectada (Nuñez, 2020).

De la definición anterior nace como consecuencia una relación directa entre una responsabilidad y una obligación. El Código Civil al tratar las fuentes de obligaciones sigue esta línea al determinar en su Art.1453². Que siguiendo la línea de la definición y del precepto del artículo anterior, referimos que una responsabilidad contractual es no es más que una obligación vulnerada dentro de una relación jurídica preexistente dentro de un contrato, y extracontractual es cuando nace de un hecho ilícito sin un contrato de por medio, que bien para Alessandri y Somarriva mencionan una obligación donde no se debe infligir un daño injusto a alguien y su sanción es la obligación de indemnizar.

Para el doctor Sperber determina que la doctrina y jurisprudencia en nuestro país concluye, para que se determine una responsabilidad civil es preciso que no solo haya una relación contractual perse, sino más bien deben conjugarse ciertos elementos indispensables para la existencia de la misma, que son: el daño, la culpa y el nexo causal (Wilhelm, 2016).

El mismo autor cuando se refiere a daño, es al material, pues concluye que la doctrina ecuatoriana la percibe como aquella afectación a otro (persona natural o jurídica) siempre y cuando tenga una apreciación de índole pecuniario, causando una alteración negativa al patrimonio material de la otra parte, mientras que la culpa, la misma recogida en el Código Civil trayendo consigo varias clases, reduciendo la falta de previsión o cuidado, caracterizado siempre (ya se trate de culpa penal o civil, contractual o extracontractual) por la falta de cuidado o diligencia, descuido o imprudencia que produce un daño, y finalmente el nexo causal que es lo define como aquella relación de una causa y su efecto, que es el incumplimiento y el actuar que puede ser doloso o culposo, este último nos ayudará a determinar la indemnización del daño producido (Wilhelm, 2016).

Por lo expuesto, nace una preocupación, donde el Estado busca regular el comercio y garantizar la igualdad de oportunidades entre los agentes económicos, alineándose con los principios de la Constitución del Buen Vivir, repudiando cualquier acto que considera como una vulneración a una libre competencia. De existir vulneración, dando como resultado daños y perjuicios todavía no se ha podido fijar un régimen ni mucho menos una normativa especial para este tipo de resolución ante un tribunal de arbitraje.

² Código Civil artículo 1453 “Las obligaciones nacen, ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.

Al no existir un régimen jurídico especial definido dentro del Ecuador, el autor Sperber habla sobre si el derecho de competencia es arbitrable, entrando en el conflicto de la naturaleza tanto en el Derecho de Competencia como la del Arbitraje, estableciendo la existencia de dos fuentes, donde rechaza esta posibilidad y otra lo acepta, pero para Sperber aún se ha podido concretar una sola, a consecuencia entra en este choque de corrientes jurídicas pública y privada. (Wilhelm, 2016)

De todo lo anteriormente mencionado, nos encontramos con la interrogante de si el Derecho de la competencia es arbitrable, y surgen varias interrogantes: ¿Pueden normas de orden público estar sujetas al arbitraje? ¿El arbitraje es una alternativa al procedimiento administrativo establecido en la legislación ecuatoriana?

CAPÍTULO 2

DAÑOS A LIBRE COMPETENCIA, DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD Y NORMATIVA VIGENTE NACIONAL E INTERNACIONAL.

2.1. Libre competencia en el Ecuador

Con la nueva Constitución de Montecristi del 2008 es la entrada a lo que se conoce como la Constitución Económica, dando como resultado un cambio radical frente a la del 98, eliminando todo aquello que se pueda referir a mercado. En la definición propuesta del artículo 283³ de Constitución de Montecristi del 2008 nos dice en sus primeras líneas “que el sistema económico es social y solidario, reconoce al ser humano como sujeto y fin”, nos trae una nueva visión, pretendiendo un vínculo más dinámico y equilibrado entre el Estado, la sociedad y el mercado (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

El precepto anterior es muy claro en precisar que la Constitución del 2008 al hablar que el sistema económico es social y solidario busca acentuar el concepto de alejamiento del mercado como factor fundamental en la economía ecuatoriana. En la misma idea de este cuerpo normativo refiere precisamente que la política económica es proteccionista, mantiene parámetros de fortalecimiento al sistema productivo ecuatoriano, hablando sobre que el Estado promoverá con incentivos para la economía nacional y todo lo contrario para aquello que la afecte.

Para el doctor Marín Sevilla precisa que el Estado ecuatoriano tiene mecanismos jurídicos idóneos para garantizar una economía social y solidaria en el marco de la competencia, pero no solo debe quedarse ahí sino que el mismo debe manejar dentro de ciertos límites necesarios que son justamente encontrar ese bienestar de la sociedad por medio de las normas dictadas por el Estado (legislación de competencia), con las cuales se logra la mayor y mejor producción en el mercado para que los consumidores adquieran bienes o servicios a los menores precios posibles y a la mejor calidad (Sevilla, 2010).

³ Véase CRE Art. 283.

Así mismo que habla que el numeral 8 del artículo 284⁴ de la Constitución del Ecuador 2008, se debe propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes, hablando que debe darse dentro de un mercado relevante, que no es más que aquel espacio donde efectivamente compite un producto; es decir, el grupo de clientes a los cuales dicho producto está dirigido y por los cuales compite.

En el plano general, nuestra Constitución recoge cuál es el bien jurídico protegido, que no llega a ser la competencia misma, propiciando que el mercado se mueva correctamente. Para el autor José Quevedo reconoce que al hablar de un Derecho de Competencia en este caso, es hablar de una herramienta que permite al Estado participar en el control del mercado, generando una contradicción con el principio de libertad, pero si se aplica de la manera adecuada es determinante para el desarrollo y auge de mercado tendiente a una visión capitalista capitalista (Quevedo, 2011).

Ahora bien, los operadores de mercados son los que encargados de respetar y garantizar un adecuado desenvolvimiento del mercado; pero son ellos también los que por ambiciones negativas pueden generar conductas anticompetitivas que lesionan a la competencia, perjudicando no solo a los otros competidores sino también al Estado por irrespetar preceptos y principios normativos. Frente a esto se requiere de una intervención estatal, aquí nace un ente que es la Superintendencia gracias a la normativa de la LORCPM, caracterizada por poseer una personalidad jurídica propia y potestad investigativa y sancionadora, la misma que se enfoca en 4 áreas específicas.

En la legislación ecuatoriana, los daños a la libre competencia se encuentran recogidos en la LORCPM (Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado), que dentro de esas áreas pueden existir un una gran cantidad de posibilidades que no es posible determinar taxativamente, solo nos presenta situaciones que implican una vulneración perse. Frente a esta situación de vulneración Sperber refiere que la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, ente con autonomía y facultades dadas por el Estado, es quien mediante una resolución determina la existencia de una vulneración o no.

Dentro de que exista vulneración al bien jurídico protegido, la Constitución de Montecristi del 2008, en su artículo 75 manda que gozamos del derecho al acceso a una defensa y tutela efectiva. Esto permite que los operadores de mercado puedan acudir mediante

⁴ Artículo 284 de la Constitución de la República del Ecuador, numeral 8. - La política económica tendrá los siguientes objetivos:

8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.

vía judicial para someter y resolver sus pretensiones, esto entendiéndose que no se pueden quedar afuera vías alternas para resolver conflictos, una de ellas es el arbitraje (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

2.2. Daños

El objetivo del Estado es buscar precisamente una protección para que no se llegue a producir un desequilibrio dentro del mercado, anteriormente ya se mencionó que LORCPM distingue 4 áreas que son: acuerdos colusorios, abuso de poder de mercado, prácticas desleales y el control y regulación de las operaciones de concentración económica; buscando prevenir dichas situaciones. Para las autoras Morerian e Iza refieren que la Superintendencia de Competencia Económica busca imponer una seguridad en el mercado mas no un resarcimiento de daños y perjuicios a los particulares, se enfoca en la reparación de los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores (Moreira Pinargote & Iza Abad, 2023).

Cuando se habló de que dentro de la normativa ecuatoriana no existe una definición exacta de cada una de estas areas que lesionan el bien jurídico protegido, mas bien trae consigo varias situaciones, en las cuales se toma una de ellas y se encasilla en lo que puede llegar a ser, no es suficiente para lo cual nace la importancia de definir cada una de ellas. Para Coloma llos acuerdo colusorios define como una situación donde los operadores de mercado, quienes deben competir unos con otros, acuerdan en no hacerlo con el propósito de generar maximización en sus ganancias (Coloma, 2009), por lo que este aumento puede nacer de varias maneras o modalidades como por ejemplo a fijación de precios, los acuerdos en cantidades de producción o la asignación de zonas.

Mientras que cuando se refiere al abuso de poder de mercado, la Cámara de Comercio de Medellín hace una distinción clara que no es lo mismo que un agente económico denote una posición dominante en el mercado; de hecho tal situación es conforme a derecho, es decir es el resultado de varios esfuerzos en prestar una buena atención al cliente y ofrecer bienes o servicios de calidad a un precio competitivo; frente a ejercer un abuso por poseer dicha posición en detrimento de la libre competencia y de la iniciativa privada (Rimôn, 2023).

Frente a la tercera área que son las prácticas desleales, se presenta una ambigüedad frente a la composición de sus dos palabras. Al parecer dentro de la norma no define, sin embargo lo hace la Superintendencia al decir que son conductas desleales cuando los competidores o también referidos operadores de mercado, sobre su poder dentro del mercado, por cualquier

medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general, incluso potencialmente (Superintendencia de Competencia Económica, 2024)

Finalmente, con el área restante podemos decir que el primer inciso del artículo 2 de la LORCPM⁵, manda que todo agente económico debe estar supeditado a cada una de las disposiciones de la presente Ley con respecto a las actividades económicas, sin independientemente si se trata de una persona jurídica o natural (Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado, 2024)

Es preciso que es ante la Superintendencia de Competencia Económica, que los diferentes operadores de mercado deben presentar sus denuncias sobre la practica de actividades que lesionan a la competencia, debido a la naturaleza jurídica de este ente se limita tanto a un procedimiento como la imposición de una sanción administrativa. Por lo que para Abad e Iza es fundamental que ante cualquier pretensión de indemnizar los daños y perjuicios generados en el mercado presentado por cualquier vía jurisdiccional, es establecer antes que nada la existencia de una responsabilidad (Moreira Pinargote & Iza Abad, 2023).

Para la autora Fontestad refiere que ya sea llevando ante cualquier forma de resolución, se necesita saber ante que se va enfrentar el infractor por su conducta anticompetitiva o desleal y frente a esta situación determinar cuáles pueden ser los beneficios que traería a la víctima(Fontestad Portales, 2021). Frente a los daños que se han generado dentro del mercado como ya se mencionó anteriormente, se debe analizar y determinar que tipo de responsabilidad se ha generado, ya que servirá para responder frente a la válidez de la comptencia de un tribunal arbitral o si realmente existe una sola vía, que es la judicial ante conductas anticompetitivas en el mercado.

Siguiendo la idea de la autora Fontestad menciona que ir con un ente capaz de resolver conflictos es menestar considerar dos maneras en la cuales las partes pueden presentar su petición o pretensión, la autora precisa que la idea de que antes de nada se debe siempre

⁵ Primer inciso del artículo 2 de LORCPM, Está sometido a las disposiciones de la presente Ley todo ente que lleve a cabo, actual o potencialmente, actividades económicas, independientemente de su forma jurídica o modo de financiación; es decir, están sometidos a la presente Ley todos los operadores económicos, sean estas personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, con o sin fines de lucro, nacionales o extranjeras, que realicen actividades económicas, actual o potencialmente, en todo o en parte del territorio nacional, así como aquellos que las realicen fuera del país en la medida en que éstas produzcan o puedan producir efectos en el territorio ecuatoriano.

determinar la responsabilidad, el autor del cometimiento de la infracción. Por lo tanto distingue un follow on actions, esto es, acciones de tipo consecutivo o de seguimiento o, por el contrario, estemos ante la posibilidad de que el perjudicado ejerza una acción previa o stand alone.

2.3. Determinación de Responsabilidad

Hoy en día, la mayor parte de los países implementan sistemas económicos vinculados a la economía de mercado, donde se fomenta la libre interacción entre los agentes que suministran y solicitan bienes y servicios. Este enfoque asegura la competencia, evitando que algún actor tenga la capacidad de controlar los precios o las cantidades intercambiadas, lo que resulta en beneficios tanto para los participantes como para la sociedad en general (Ramírez Hernández, 2007).

Frente a una conducta que contraría la libre competencia y sus principios, se debe buscar la determinación de una responsabilidad es necesario traer a colación que el conjunto de conductas antitrust, generan efectos negativos a los operadores de mercado, que da como resultado dos formas distintas de daño: en primer lugar un daño al mercado y en segundo lugar, el daño a la propiedad privada (Salazar, 2013). Con esta idea planteada, la autora Salazar refiere que, al tratarse de dos daños completamente distintos, es decir un daño al mercado se está vulnerando un interés general, siendo así que debe implementar sanciones administrativas, mientras que cuando hablamos de un daño a la propiedad privada se estaría vulnerando intereses particulares por lo tanto la vía óptima en estos casos debería ser la civil (Salazar Holguín, 2013).

Anteriormente se explicó cual es la limitante que posee el ente regulador del mercado, Superintendencia de Competencia Económica, que se puede presentar denuncias de practicas restrictivas por cualquier agente de mercado limitándose unicamente a un procedimiento y sanción administrativa, pero este ente no puede determinar que en consecuencia de una conducta restrictiva nacen perjuicios ni mucho menos puede cuantificar indemnizaciones frente a estas conductas (Moreira Pinargote & Iza Abad, 2023).

Según lo expuesto en los párrafos anteriores, al tratar de reconocer daños y perjuicios frente a vulneraciones de la libre competencia generados por los operadaores de mercado es sabido que el ente regulador del Estado (SCE), es quien determina la existencia de vulneraciones y la respectiva sanción; pero son los mismos agentes de mercado quienes deben llevar ante la justicia, para que se pueda emitir una determinación o una cuantificación de

dichos daños y perjuicios con la intención precisamente de poder hacer efectivo dicha disposición frente al agente que cometió una falta desleal.

Para quienes busquen una cuantificación de daños y perjuicios, antes que nada deben tener presente ante que vía o camino se debe seguir, dentro del Derecho existen múltiples ramas atendiendo a la resolución de diferentes problemas englobados en materias o especialidades que el mismo ser humano las ha encasillado, teniendo así por ejemplo un derecho penal, civil, laboral etc. Que para Moreria e Iza han establecido que por medio de la vía civil se puede presentar por así decirlo ventajas que frente al resto: permitiendo a las partes perjudicadas buscar una compensación adecuada por los daños sufridos, presentando un elemento disuasorio efectivo contra futuras conductas anticompetitivas y la última es la fomentación de una mayor participación y transparencia en el proceso de búsqueda de justicia (Moreira Pinargote & Iza Abad, 2023).

Para el analista Banfi del Río destaca que si bien no hay mejor forma de determinar y sancionar estas conductas mediante mecanismos de acciones civiles resarcitorias. Sin embargo, en la mayoría de los casos siempre se presenta una incertidumbre al momento que se busca generar una cuantificación para la indemnización de conductas anticompetitivas, pero precisa que siempre deberá responder según la posibilidad concreta de sancionar a los culpables (Banfi del Río, 2013).

Dentro del ordenamiento jurídico del Ecuador se encuentran dos regímenes de responsabilidad, se pueden distinguir contractual y extracontractual. Para la abogada Carillo justifica que esta clase de responsabilidad contractual no es mas es que aquella que nace por el incumplimiento de un deber jurídico singular y concreto, mientras que la reponsabilidad extracontractual se debe a un margen o con prescindencia de un vínculo jurídico de tal índole (Carillo, 2013), la responsabilidad contractual a final de cuenta llega a ser el resultado de una sanción por el cometimiento de un ilícito contractual y la responsabilidad extracontractual es de no infligir un daño injusto, en este caso los agentes de mercado, y su sanción es la obligación de indemnizar.

Esta distinción toma importancia frente a la diferencia de los tratamientos del tema probatorio, la gradación de la culpa y los términos de prescripción. Frente al régimen de responsabilidad civil en conductas antitrust el autor Rojas señala que en la mayoría de las lesiones ante la libre competencia por lo general devienen de una responsabilidad extracontractual que contractual, esto debido que para el mismo autor caracteriza a la libre

competencia como “colectiva y difusa” ya que debe observarse que comprende para un número indeterminado de personas (Rojas, 2014). Esta situación hace que se genere una dificultad, ya que es poco probable o inexistente que se llegue a determinar el vínculo individualizado y previo de la afectación, entre el agresor y el ofendido.

De igual forma es muy poco probable presenciar situaciones que puedan llegar a producir una responsabilidad contractual, esto porque no solo basta que exista una relación jurídica, es decir el contrato entre quien realizó la práctica restrictiva que provocó un menoscabo o daño y quien lo sufrió, pues el autor Arrubla menciona que puede ser que se encuentre frente a un contrato pero si el daño no deviene de ese incumplimiento, entonces no es posible encontrarse frente al tipo de responsabilidad contractual; es más precisa que es mucho más complejo de lo que parece (Arrubla, 2009).

Dentro de nuestro marco normativo, la responsabilidad extracontractual se encuentra recogida dentro del artículo 1453 del Código Civil, precepto anteriormente citado al hablar de los daños, lo que es relevante es que la disposición normativa manda que “las obligaciones nacen a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos”, frente a esto la persona o individuo afectado puede resignarse o puede exigir algo a cambio, que viendo esta última posibilidad puede dar paso a solicitar una indemnización.

Dentro del análisis de responsabilidad, es importante aclarar que no todo daño representa una obligación para demandar indemnización; frente a esto el tratadista Corral analizó que la doctrina distingue cuatro elementos que necesariamente se deben considerar para distinguir si la obligación lesionada da lugar a la responsabilidad extra- contractual, estos elementos son los siguientes: daño, hecho antijurídico, nexo causal y culpa o dolo (Corral, 2003).

Ahora bien, al momento que un agente económico solicite su indemnización se debe determinar frente a que régimen de responsabilidad se encuentra; ya que existe el subjetivo y el objetivo. En el trabajo de las autoras Abad e Iza concluyen precisamente que, en Ecuador, se implementa un sistema de responsabilidad civil de carácter subjetivo con presunción de culpa, en el que la constatación de la violación de la norma de competencia, mediante una declaración de la SCE, implique la existencia de culpa. De este modo, la víctima no tendría la carga de la prueba por las actuaciones del otro agente que produjeron violentación alguna. La única defensa posible para el agente sería demostrar la existencia de una causa de exoneración. En casos de responsabilidad civil extracontractual por daños ocasionados por prácticas

restrictivas, debería aplicarse un régimen de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba tras la declaración de responsabilidad administrativa del agente económico por parte de la SCE (Moreira Pinargote & Iza Abad, 2023).

Para finalizar este acápite es importante recordar que, al momento de evaluar los daños, es importante tener en cuenta que la compensación no debe exceder su propósito principal, que es devolver las cosas a su estado previo. Si esta restauración no es viable, se deberá recurrir a mecanismos económicos que ayuden a la persona afectada a mitigar su pérdida, ofreciéndole incluso los recursos que ya no podrá generar (Wilhelm, 2016).

Una vez que los agentes han podido cuantificar estos daños generados por conductas antitrust, estos deben llevar frente un tercero facultado con potestad jurisdiccional, frente a esto estas dos últimas décadas el auge del someter a vías alternas para que se puedan resolver conflictos ha sido determinante dentro del sistema judicial del Ecuador, una de ellas y tema de este trabajo el arbitraje; esto para el autor ecuatoriano González el arbitraje entre las partes no llega a ser más que un contrato típico entre ellas, con la peculiaridad de que ese contrato lleva o trae consigo una terminación del litigio (González, 2019).

Para poder fijar la competencia del tribunal de arbitraje entramos en el problema de saber si solo la sanción de la SCE llega a ser suficiente, frente a la parte que ha sido vulnerada por conductas desleales o es necesario llegar por otra vía para satisfacer la pretensión de dicha parte, es lógico pensar que cualquiera tiene el libre acceso a la justicia, para el autor Wilhem justifica que ante cualquier objeto de vulneración, es sabido que tanto personas naturales y jurídicas deben acudir al órgano jurisdiccional para que este ente pueda en otras palabras administrar justicia. De igual manera para el mismo autor refiere que puede convertirse en un problema someter a otro ente los daños de la libre competencia, ya que la SCE es quien se encarga, es decir es la autoridad competente en materia de Derecho de Competencia o Económico. A pesar de que por su naturaleza se limita bastante a sus funciones, el autor explica en otras palabras si la intervención de un tribunal arbitral sea un problema para la SCE.

Frente a esto, es primordial poder hablar primero de la normativa que se debe recoger y aplicar, tanto nacional e internacionalmente, para justificar la intervención tanto la del tribunal y frente a esto la de la SCE.

2.4. Normativa vigente nacional e internacional.

El arbitraje y el derecho de competencia son dos pilares fundamentales del derecho comercial y económico que interactúan en diversos contextos tanto a nivel nacional como internacional. El arbitraje, por su parte, se ha consolidado como un mecanismo flexible y eficiente para la resolución de disputas entre particulares, brindando a las partes involucradas la posibilidad de obtener una solución rápida y especializada en un entorno confidencial. Este mecanismo alternativo de resolución de conflictos ha ganado popularidad debido a su capacidad de adaptarse a las complejidades de disputas comerciales transnacionales, lo que lo convierte en una opción preferida por empresas que buscan evitar los prolongados procesos judiciales tradicionales. En contraposición, el derecho de competencia tiene un enfoque más amplio que trasciende el interés particular de las partes involucradas en un conflicto. Este campo del derecho se centra en asegurar un entorno económico justo y equilibrado, evitando que ciertas prácticas empresariales distorsionen la competencia, lo que podría generar un impacto negativo tanto en los competidores como en los consumidores y, en última instancia, en la economía en general. Ambos mecanismos, aunque distintos en su naturaleza y propósito, son esenciales para el adecuado funcionamiento de las relaciones comerciales y contribuyen al equilibrio económico en general, garantizando que los mercados funcionen de manera justa y eficiente. Sin embargo, la interacción entre el arbitraje, de carácter privado, y el derecho de competencia, que busca proteger el interés público, puede generar tensiones cuando se intenta aplicar el primero en controversias que involucran aspectos de interés colectivo (Born, 2014).

El arbitraje permite que las partes involucradas en una disputa sometan sus diferencias a un tribunal privado compuesto por árbitros que son seleccionados de común acuerdo por las mismas partes. Este aspecto es crucial, ya que garantiza que quienes resolverán el conflicto tengan el conocimiento y la experiencia especializada necesaria para abordar los aspectos técnicos y legales complejos que puedan surgir en disputas comerciales de alto nivel. La flexibilidad del arbitraje también permite a las partes definir el marco procesal que más se ajuste a sus necesidades particulares, lo que puede incluir la elección de las normas sustantivas y procesales aplicables, la sede del arbitraje y el idioma del proceso. Además, el carácter privado y confidencial del arbitraje proporciona a las partes una mayor discreción, protegiendo la información sensible de las empresas que podría estar en juego en una disputa judicial pública. Estas características han convertido al arbitraje en un mecanismo fundamental en sectores clave como la construcción, el comercio internacional y las inversiones transnacionales, donde las disputas suelen implicar múltiples jurisdicciones y marcos

regulatorios complejos. En estos contextos, el arbitraje no solo ofrece una solución más rápida y eficiente que los tribunales ordinarios, sino que también reduce los riesgos asociados a la exposición pública de las estrategias comerciales y financieras de las partes (Born, 2014).

Por otro lado, el derecho de competencia tiene como objetivo central la promoción de mercados justos, equilibrados y abiertos. En esencia, se enfoca en evitar que ciertas prácticas comerciales restrinjan o distorsionen la competencia, lo que a su vez podría generar monopolios o posiciones dominantes que perjudiquen tanto a las empresas competidoras como a los consumidores. Las leyes de competencia, presentes en la mayoría de las jurisdicciones a nivel mundial, están diseñadas para preservar la igualdad de oportunidades entre los actores del mercado, impidiendo que las empresas con mayor poder económico utilicen su posición para excluir a sus competidores o imponer condiciones abusivas a sus clientes. Entre los elementos fundamentales que aborda el derecho de competencia se encuentran la regulación de los acuerdos colusorios, que son pactos entre empresas para manipular precios o repartirse mercados, el abuso de posición dominante, donde una empresa utiliza su poder en el mercado para eliminar la competencia, y las concentraciones económicas, tales como fusiones o adquisiciones que podrían reducir la competencia efectiva en el mercado. Estas prácticas tienen el potencial de generar desequilibrios significativos en el mercado, afectando negativamente no solo a las empresas competidoras, que se ven imposibilitadas de competir en igualdad de condiciones, sino también a los consumidores, quienes pueden enfrentar precios más altos, menor variedad de productos o servicios de menor calidad. Por ello, el derecho de competencia juega un papel crucial en la protección del sistema económico, asegurando que los mercados se mantengan competitivos, eficientes y orientados al bienestar del consumidor (Whish & Bailey, 2015).

2.4.1. Normativa Nacional

En Ecuador, tanto el arbitraje como el derecho de competencia están regulados por normativas robustas que han permitido el desarrollo adecuado de estas áreas, aunque presentan desafíos cuando se produce una intersección entre ambos campos. El arbitraje, como mecanismo de resolución de controversias, se encuentra regulado por la Ley de Arbitraje y Mediación, promulgada en 2006. Esta ley establece que todas las controversias susceptibles de transacción, es decir, aquellas en las que las partes pueden alcanzar un acuerdo voluntario, pueden ser sometidas a arbitraje. No obstante, dicha normativa también delimita las áreas en las que el arbitraje no es aplicable, excluyendo los conflictos que involucren asuntos de orden público, como son los casos penales o aquellos relacionados con derechos que no son

transigibles, tales como los derechos humanos o los derechos laborales fundamentales. En estos casos, la intervención del Estado es necesaria para garantizar la protección del interés público, lo que refleja una limitación inherente al uso del arbitraje en ciertos contextos. A pesar de estas limitaciones, el arbitraje ha logrado consolidarse como un mecanismo flexible y eficiente para la resolución de disputas en sectores comerciales, civiles y mercantiles, que buscan evitar los trámites largos y costosos que normalmente implican los procedimientos judiciales tradicionales (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006).

El derecho de competencia en Ecuador, por otro lado, está regulado principalmente por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), que fue promulgada en 2011. Esta ley tiene como objetivo central prevenir y sancionar aquellas conductas que puedan afectar negativamente la libre competencia y el adecuado funcionamiento del mercado. A través de esta normativa, se busca asegurar que las empresas compitan en igualdad de condiciones, impidiendo que se lleven a cabo prácticas que distorsionen la competencia, como el abuso de poder de mercado, los acuerdos colusorios y las concentraciones económicas que puedan generar monopolios o reducir significativamente la competencia efectiva. La ejecución de esta ley está a cargo de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), que es la entidad encargada de investigar posibles infracciones y de aplicar sanciones a las empresas que incurran en prácticas anticompetitivas. Este organismo tiene amplias facultades para llevar a cabo investigaciones exhaustivas, tanto a solicitud de particulares como de oficio, y puede imponer sanciones que van desde multas hasta medidas correctivas para restablecer la competencia en el mercado. La SCPM también juega un rol preventivo importante, educando a los actores del mercado sobre las conductas permitidas y las restricciones impuestas por la LORCPM (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011).

Adicionalmente, la Constitución de la República del Ecuador, promulgada en 2008, reconoce de manera explícita la importancia del arbitraje como un método alternativo de resolución de controversias, en especial para aquellas relacionadas con derechos patrimoniales de libre disposición. El artículo 190 de la Constitución establece que las controversias sobre derechos patrimoniales pueden ser resueltas mediante arbitraje, mediación u otros mecanismos alternativos, siempre y cuando las partes involucradas consientan en el uso de estos métodos. Esta disposición constitucional le otorga al arbitraje un alto grado de legitimidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, consolidándolo como una vía válida y confiable para la resolución de disputas. Además, el respaldo constitucional al arbitraje asegura que este

mecanismo sea respetado no solo por las partes involucradas, sino también por las autoridades judiciales, que deben velar por la correcta ejecución de los laudos arbitrales. Al incorporar el arbitraje en la Constitución, Ecuador no solo reconoce su importancia en el contexto nacional, sino que también refuerza su compromiso con los estándares internacionales que promueven el arbitraje como un mecanismo efectivo para la resolución de disputas comerciales y civiles (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La normativa nacional de Ecuador sobre arbitraje y derecho de competencia refleja un equilibrio entre el fomento de mecanismos alternativos de resolución de conflictos y la protección del interés público en el mercado. Aunque ambos sistemas están diseñados para funcionar en ámbitos distintos, pueden interactuar y generar tensiones, especialmente cuando las disputas de competencia, que afectan al orden público, intentan resolverse a través del arbitraje, un mecanismo predominantemente privado. Este marco regulatorio continúa evolucionando, adaptándose a las exigencias del entorno económico y comercial global, mientras se esfuerza por mantener un equilibrio adecuado entre la flexibilidad del arbitraje y las protecciones necesarias para la competencia y el interés público en los mercados ecuatorianos

2.4.2 Normativa Internacional

El arbitraje internacional está fuertemente influenciado por la Convención de Nueva York de 1958, un tratado internacional clave en el ámbito del derecho comercial y de inversión, del cual Ecuador es signatario. Esta convención, que cuenta con más de 160 Estados miembros, tiene como principal objetivo garantizar el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales. En términos prácticos, esto significa que los laudos emitidos por tribunales arbitrales en un país pueden ser reconocidos y ejecutados en cualquier otro país miembro de la convención, siempre que cumplan con ciertos requisitos mínimos. En Ecuador, esta convención ha sido esencial para atraer inversión extranjera, ya que otorga confianza a las empresas internacionales de que, en caso de una disputa comercial, cualquier laudo arbitral emitido en su favor será respetado y ejecutado dentro del territorio ecuatoriano sin la necesidad de re-litigarlo en tribunales locales. Esta previsibilidad en la ejecución de laudos es un componente crítico para fomentar la inversión y el comercio transnacional, ya que reduce el riesgo de incumplimiento y asegura que las controversias comerciales puedan ser resueltas de manera eficiente (UNCITRAL, 2008).

La Convención de Nueva York también establece limitaciones claras respecto a las circunstancias bajo las cuales un tribunal nacional puede negar la ejecución de un laudo arbitral. Estas excepciones están cuidadosamente delimitadas y, en su mayoría, están relacionadas con situaciones en las que se haya producido una violación grave de derechos procesales, como la falta de notificación adecuada a una de las partes o si el laudo aborda una materia que no es susceptible de arbitraje según las leyes del país donde se solicita su ejecución. Otro motivo de denegación podría ser si el laudo es contrario al orden público del Estado donde se busca su ejecución. Sin embargo, estas excepciones son interpretadas de manera restrictiva, con el fin de proteger la autonomía del arbitraje como un mecanismo alternativo de resolución de controversias y evitar que los tribunales nacionales interfieran indebidamente con los laudos arbitrales. Esta limitación de la intervención judicial fomenta un clima de certeza legal, que es crucial para el desarrollo de los mercados internacionales y para el comercio global (UNCITRAL, 2008).

Además, aunque Ecuador no ha adoptado formalmente la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, gran parte de los principios fundamentales de esta ley han sido incorporados en la legislación ecuatoriana, particularmente a través de la Ley de Arbitraje y Mediación. La Ley Modelo de la UNCITRAL fue creada con el propósito de armonizar los diferentes marcos jurídicos en torno al arbitraje internacional, proporcionando un estándar uniforme que los Estados pueden seguir o adaptar a sus propias normativas. En Ecuador, uno de los principios clave adoptados de la Ley Modelo es el principio de Kompetenz-Kompetenz, que otorga a los tribunales arbitrales la facultad de decidir sobre su propia competencia jurisdiccional, incluso cuando una de las partes cuestiona la validez del convenio arbitral o la capacidad del tribunal para resolver la disputa. Este principio es fundamental para garantizar la agilidad del proceso arbitral y evitar que las partes intenten frustrar el proceso al acudir a los tribunales nacionales para cuestionar la jurisdicción del tribunal arbitral (UNCITRAL, 2008).

Otro principio central incorporado en la legislación ecuatoriana es el de la autonomía del convenio arbitral, que establece que el acuerdo de arbitraje es independiente del contrato principal en el que está contenido. Esto significa que, incluso si el contrato principal es declarado nulo o inválido por alguna razón, el convenio arbitral permanece válido y eficaz, permitiendo que las partes puedan resolver su disputa a través del arbitraje. Este principio asegura que las controversias comerciales puedan ser resueltas sin depender de la validez del contrato subyacente, lo que otorga mayor seguridad y estabilidad al proceso arbitral. Al adoptar

estos principios de la Ley Modelo de la UNCITRAL, Ecuador ha fortalecido su régimen de arbitraje, alineándolo con las mejores prácticas internacionales y facilitando la participación del país en el comercio y las inversiones globales (UNCITRAL, 2008).

En resumen, la normativa internacional aplicable al arbitraje en Ecuador, representada principalmente por la Convención de Nueva York y la adopción parcial de los principios de la Ley Modelo de la UNCITRAL, proporciona un marco sólido para la resolución de controversias internacionales. Estos instrumentos no solo garantizan la efectividad de los laudos arbitrales en múltiples jurisdicciones, sino que también aseguran que el proceso de arbitraje sea llevado a cabo de manera eficiente, transparente y conforme a los estándares internacionales, lo que refuerza la confianza de los actores comerciales en el arbitraje como un mecanismo fiable y eficaz para resolver disputas transnacionales.

Un aspecto crítico en la intersección entre el arbitraje y el derecho de competencia es la cuestión de la arbitrabilidad de las disputas que involucran este último. La arbitrabilidad se refiere a la capacidad de las partes para someter una disputa a arbitraje y, por lo tanto, a la validez del acuerdo que permite dicha sumisión. Aunque el arbitraje se ha consolidado como un mecanismo eficiente para la resolución de conflictos entre partes privadas, su naturaleza predominantemente privada puede generar conflictos con el carácter público del derecho de competencia. Este último busca no solo proteger los intereses de los actores económicos individuales, sino también salvaguardar el bienestar del mercado en su conjunto y, por ende, el interés general de la sociedad. Las prácticas anticompetitivas, como el abuso de posición dominante y los acuerdos colusorios, tienen repercusiones que trascienden el ámbito de las partes en conflicto. Estas prácticas pueden causar efectos adversos en el entorno competitivo, resultando en precios más altos, menor variedad de productos y una reducción en la calidad de los servicios ofrecidos a los consumidores. Por lo tanto, muchos académicos y profesionales del derecho argumentan que las disputas relacionadas con prácticas de competencia no deberían ser resueltas exclusivamente mediante arbitraje. Esto se debe a que el arbitraje, al ser un proceso privado, puede no estar suficientemente capacitado para considerar los impactos más amplios de las decisiones que afectan a terceros no involucrados en la disputa y que pueden verse perjudicados por las decisiones arbitrales. Esta tensión plantea interrogantes sobre la capacidad de los árbitros para hacer cumplir no solo las normas contractuales, sino también las leyes que protegen la competencia y el orden público en los mercados (Whish & Bailey, 2015).

A nivel internacional, el caso *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth* (1985), decidido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, representa un hito significativo que permitió la arbitrabilidad de las disputas relacionadas con el derecho antitrust, siempre que el tribunal arbitral aplique adecuadamente las leyes de competencia relevantes. En este caso, el tribunal sostuvo que las disputas que implican cuestiones de competencia podrían ser arbitradas, siempre que se respeten las normativas y principios subyacentes del derecho de competencia. Esta decisión marcó un cambio importante en la jurisprudencia estadounidense, sugiriendo que el arbitraje no solo puede ser una vía válida para la resolución de disputas comerciales, sino que también puede incluir cuestiones que tradicionalmente se consideraban de interés público. Sin embargo, la experiencia en la aplicación de esta decisión ha demostrado que los árbitros pueden enfrentar dificultades significativas al intentar equilibrar los intereses privados de las partes en disputa con el interés público que es inherente a las leyes de competencia. Esto plantea preocupaciones sobre la capacidad de los árbitros para interpretar y aplicar de manera efectiva las normas antitrust sin la supervisión de las autoridades competentes, que son responsables de proteger la competencia en el mercado. Los árbitros, que son elegidos por las partes, pueden carecer del mismo nivel de experiencia o de autoridad que poseen las agencias de competencia, lo que podría dar lugar a decisiones que no consideren adecuadamente el impacto más amplio de sus laudos en el mercado y en la sociedad. Este desafío resalta la necesidad de establecer un marco que permita la coexistencia del arbitraje y el derecho de competencia, asegurando que las decisiones arbitrales se alineen con los objetivos de las políticas de competencia y protejan efectivamente el bienestar del mercado y los consumidores (Born, 2014).

En conclusión, Ecuador cuenta con un marco normativo sólido tanto en el ámbito del arbitraje como en el del derecho de competencia, lo que ha permitido un desarrollo significativo en estas áreas en los últimos años. La Ley de Arbitraje y Mediación, junto con la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), establece las bases para la resolución eficiente de disputas comerciales y la protección de la libre competencia. Sin embargo, surgen tensiones y desafíos cuando se intenta resolver disputas que involucran prácticas anticompetitivas a través del arbitraje. Esta problemática se debe, en gran medida, al impacto que tales prácticas tienen en el interés público, ya que afectan no solo a las partes directamente involucradas, sino también a los consumidores y a la estructura del mercado en general.

Las leyes nacionales e internacionales delimitan límites claros respecto a la arbitrabilidad de las disputas relacionadas con el derecho de competencia, destacando la importancia de preservar el orden público económico. Estas limitaciones son fundamentales para asegurar que las decisiones arbitrales no socaven las regulaciones de competencia diseñadas para proteger el funcionamiento eficiente del mercado. A pesar de estos desafíos, la evolución de la jurisprudencia, tanto a nivel nacional como internacional, sugiere que el arbitraje puede desempeñar un papel crucial en la resolución de controversias de competencia, siempre y cuando se respeten los principios fundamentales que rigen el derecho de competencia.

En este contexto, es esencial que los tribunales arbitrales actúen con un enfoque que respete las normativas de competencia y que sus decisiones no contravengan el interés público. Esto requiere una comprensión profunda de las leyes de competencia y la habilidad para aplicar criterios que no solo resuelvan el conflicto particular, sino que también consideren el impacto más amplio de sus decisiones en el mercado y en la sociedad. A medida que Ecuador continúa integrándose en el comercio internacional y se enfrenta a desafíos económicos, el desarrollo de un marco que permita la coexistencia armoniosa del arbitraje y el derecho de competencia se vuelve cada vez más relevante.

Por lo tanto, es imperativo que tanto los profesionales del derecho como los operadores económicos en Ecuador reconozcan la importancia de un equilibrio entre la flexibilidad del arbitraje y la necesidad de salvaguardar el interés público a través del derecho de competencia. Este equilibrio será fundamental para asegurar que el sistema de justicia comercial siga siendo un pilar de confianza y efectividad en la economía ecuatoriana, fomentando un entorno donde la competencia pueda florecer y donde las disputas comerciales se resuelvan de manera justa y eficiente. En resumen, el futuro del arbitraje y el derecho de competencia en Ecuador dependerá de la capacidad de los actores involucrados para adaptarse y evolucionar dentro de un marco normativo que fomente tanto la resolución eficiente de disputas como la protección del mercado y los derechos de los consumidores.

CAPÍTULO 3

RESOLUCIÓN DE DAÑOS DE LA LIBRE COMPETENCIA: COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN EL ECUADOR, CASO ANÁLOGO Y RESULTADOS.

3.1. Competencia del Tribunal Arbitral.

Dentro de este sub-acápite es importante referirse a la naturaleza jurídica de esta rama del derecho, aspecto que ya se tocó dentro del capítulo primero de esta tesis. La relevancia de su naturaleza nace debido a que es ella misma quien definirá la competencia que tiene este órgano dotado con la facultad de administrar justicia.

Considerando lo expuesto en capítulos anteriores, partimos de la noción de que el arbitraje al ser comprendido como un método alternativo de solución de conflictos, es una de tantas variables que se puede tomar en cuenta para dar por finiquito la existencia de controversias, considerando de que una de sus características, es que siempre debe ser materia susceptible de transacción, Larrea Holguín explica que no todo puede ser objeto de transacción, sino solo aquello que pertenece al ámbito privado, justificando esta idea de que no se debe ver como una manera para evitar el cumplimiento de responsabilidades. De igual forma destaca que tampoco es posible, aquello que se encuentra fuera del comercio; por ejemplo, no se puede hablar en materia penal, debido a que el bien jurídico protegido, necesariamente requiere de una mayor protección frente al resto (citar holuin)

De igual forma para el autor Hernán Chiriboga, destaca que para cumplir con lo transigible y lo arbitrable es importante ver lo que dice el Art. 11 del Código Civil⁶, estableciendo así que se pueden renunciar derechos solo, considerando el interés del renunciante y que esta no esté prohibida, a lo que el autor refiere de que objeto de la transigibilidad debe corresponder siempre a la esfera de lo comercial. Por lo que eso significa que existen derechos consagrados en normas de orden público que lógicamente no son renunciables, debido a que estos pertenecen a la esfera del interés general, el mismo autor recalca que el interés público se debe concebir como una limitante que se encuentra tanto en

⁶ Vease Código Civil Artículo 11.

la autonomía de la voluntad como en y esa libertad que existe entre los derechos de cada persona (Chiriboga, 2016).

Ahora bien, al arbitraje, es una forma alternativa es una forma oficial pero no estatal de resolver conflictos, es decir deberá estar reconocido dentro de la Constitución, ley suprema, pero no nace dentro de la administración de justicia del Estado perse, entendido de esta manera las funciones que tienen los árbitros es el de llegar administrar justicia similar al de los jueces ordinarios, el de conocer y resolver los casos que han sido presentados. Determinado por su naturaleza jurídica, anteriormente expuesta en el capítulo primero de este trabajo de investigación, esta forma alternativa de resolver conflictos se encasilla a una visión mixta.

Esta visión mixta ya mencionada del arbitraje permite fácilmente explicar la competencia de un tribunal arbitral. Siendo de esta manera el arbitraje nace de la mano del mutuo acuerdo entre las partes, siendo pilar fundamental el consentimiento de las partes implicadas en el conflicto de intereses que se presenta. Este proceso, se caracteriza por ser privado, las partes se encuentran facultadas para mantener la confidencialidad del conflicto y sus resultados frente a terceros (Redren, 2014).

En ese sentido al hablar del arbitraje, es implícito referirse al principio rector del arbitraje, el principio Kompetenz-Kompetenz, este principio es de gran importancia dentro de esta materia, una vez que el árbitro conozca de la causa, su primera labor es conocer sobre su competencia, sin la intervención de otra autoridad y finalmente este deberá resolver sobre el fondo del asunto.

Por lo anteriormente hablado en materia de Competencia, cabe destacar que un Tribunal Arbitral nunca podrá emitir sanciones de carácter administrativas, como lo hace la SCE, para el autor Cossío precisa que la clave para la distinción de si una materia es arbitrable o no, se debe considerar al orden público como un límite, ya que precisa que el árbitro debe ser lo suficientemente capaz para determinar su competencia, por lo que siempre se debe mirar a que interés pertenece la controversia sometida a su conocimiento respectivamente, particular o general. Esto hace que el autor Chiriboga distinga al final de cuentas que dentro del Derecho de Competencia siempre irá con miras de un interés general como por ejemplo cuando se produce un desequilibrio en el mercado, mientras en algunos casos se derivan casos civiles donde solamente generará ese interés a las partes involucradas como el caso de nulidad o daños o perjuicios (Chiriboga, 2016).

Al parecer, la competencia de un tribunal arbitral se limita considerablemente dentro de los márgenes de sus funciones consagrado dentro de su marco normativo, pero es de preguntarse si necesariamente la competencia radica solo en el mutuo acuerdo de las partes mediante un contrato, aquí es necesario establecer al parecer solo se ha determinado que si las partes requieren de someter una controversia a arbitraje, es obligatorio fijarlo mediante acuerdo entre las partes, siendo esta vía como ya se mencionó, capaz de administrar justicia tomando en cuenta su naturaleza jurídica.

Por lo tanto, hemos visto la necesidad de poder brindar mediante una respuesta concreta esta posibilidad, es decir buscar de una forma cercana una solución mediante una reforma, tocando así aspectos que generarían más que nada una ventaja al sistema jurisdiccional, extendiendo la posibilidad de fijar la competencia de un tribunal arbitral, al establecer otra forma de poder fijar la competencia de este tribunal que no solo sea mediante el mutuo acuerdo de las partes involucradas de una controversia, sin olvidar sus componentes y sus principios que lo integran.

3.2 Ampliación de Competencia Arbitral en el Derecho de la Libre Competencia en Ecuador.

La ampliación de la competencia arbitral en el derecho de la libre competencia en Ecuador es un tema que plantea interrogantes relevantes sobre el rol del arbitraje en conflictos de competencia económica. En este contexto, la LORCPM (LORCPM) establece que los agentes económicos perjudicados tienen la facultad de iniciar acciones resarcitorias siempre que exista un acuerdo previo entre las partes, lo cual representa una alternativa importante a los procesos judiciales tradicionales. Sin embargo, esta posibilidad enfrenta ciertos desafíos normativos y estructurales que podrían superarse mediante reformas, permitiendo que el arbitraje se erija como un mecanismo ágil y eficiente para resolver controversias en esta materia.

Al analizar la relación entre la vía arbitral y el sistema judicial, se observa la necesidad de establecer un marco claro que permita el funcionamiento independiente de cada instancia. Tal independencia es fundamental para evitar la duplicidad de procesos y garantizar que las controversias puedan resolverse en tiempo oportuno, reduciendo la carga sobre el sistema judicial y potenciando el arbitraje como una herramienta efectiva. Según señala el autor Chiriboga, la coexistencia de competencias civil y administrativa no debe generar conflictos, dado que operan en niveles distintos.

De lo que se puede apreciar, la competencia arbitral en materia de Derecho de Competencia tiene sus complicaciones, pero no es de olvidar que en la misma LORCPM en su Art. 71⁷ refiere que los agentes vulnerados pueden intervenir solicitando así una acción resarcitoria; siempre y cuando esta forma alterna siempre deberá nacer de un acuerdo de partes.

Se puede presentar un cambio normativo, una reestructuración dando a lugar ventajas a las partes y evitando vacíos existenciales dentro de ambas normativas. Para esto se debe partir de la prejudicialidad, al momento de hablar de este elemento es importante referirse a lo que explica la Corte Provincial de Pichincha, que “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”, de esto se aplica que los tribunales pueden resolver este tipo de controversias dentro materia civil, independiente de lo que la SCE se refiera, sin embargo lo que llama aquí la atención es que cuando las partes sean víctimas de una conducta que altera el orden del mercado, no sea la vía civil la primera opción, buscando así al arbitraje como solución inmediata produciendo ventajas para ambas partes dentro del proceso judicial.

De esta forma buscando generar beneficios para un sistema, que en la mayoría de los casos puede tener saturaciones a dicho sistema judicial por abarcar más causas de la misma índole. Para el autor Chiriboga recalca que debido a la naturaleza de ambos órganos rectores no debe presentar problema alguno, ya que cada autoridad obrará independientemente las decisiones, esto porque se encuentran en niveles distintos, uno civil y otro administrativo (Chiriboga, 2016).

En este capítulo se busca presentar una propuesta que responda a la justa necesidad de ampliar la competencia del Tribunal Arbitral en materia de Derecho de Competencia; aquí es puntualizar en aquellas situaciones de vulneraciones entre particulares por conductas anticompetitivas. Esto permite que las partes involucradas acceder a una forma alterna de administración de justicia ágil y especializada en dicha materia, sin buscar como primera opción la vía ordinaria.

En ese sentido se busca implementar una colaboración con el máximo ente en materia de Competencia, la SCE, cumpliendo así con los objetivos generales en un marco constitucional,

⁷ Véase LORCPM Art 71

es decir proteger un interés general como ya se habló anteriormente con prácticas que pueden generar un desequilibrio en un mercado que pocas palabras debería ser eficiente.

Esta reforma debe aplicarse indudablemente a la LORCP, especialmente al Art. 71 de dicho cuerpo normativo. En líneas anteriores se observó dicho precepto faculta para que las partes involucradas sometan la controversia bajo un trámite verbal sumario, en otras palabras, es bajo una vía civil. Este análisis parte de que precisamente en el Art. 1 y 4 de la LAM⁸ manda que siempre se someterá a arbitraje todo aquello que sea susceptibles de transacción y además de que tengan capacidad para transigir.

De lo visto, se puede hablar de que nace una facultad para disponer del objeto de la transacción, lo cual es necesario dentro del contexto del arbitraje, asemejándose a la capacidad de enajenar, pues la autora Lora Navarrete detalla que es renunciar un derecho (Navarrete, 1994). Para poder modificar la norma requerida, es necesario que las partes de la controversia entiendan que solo ellos al ser titulares, podrán realizar transacciones y acudir al arbitraje.

La presente reforma pretende optimizar los mecanismos de justicia en materia de libre competencia al otorgar a los tribunales arbitrales competencia para resolver casos de daños y perjuicios entre particulares, tras la intervención de la SCPM (SCPM). Actualmente, el sistema judicial y administrativo tiende a concentrar la totalidad del proceso en la SCPM, desde la investigación y sanción de conductas anticompetitivas hasta la reparación de daños, lo cual puede ralentizar el acceso a la justicia para los afectados. Con esta reforma, se busca un equilibrio entre el rol sancionador de la SCPM y la función reparadora del arbitraje, evitando duplicidad de funciones y otorgando a las víctimas un medio más ágil para obtener indemnización.

La propuesta responde a la necesidad de un procedimiento especializado y confidencial, adaptado a la complejidad de las controversias económicas en el ámbito de libre competencia. Al intervenir los tribunales arbitrales en la etapa de reparación de daños, se garantiza que las víctimas de prácticas anticompetitivas puedan acceder a justicia de manera oportuna y eficiente, preservando la integridad de la sanción administrativa emitida por la SCPM. Este enfoque reduce la carga de casos en los tribunales ordinarios y permite que las disputas privadas se resuelvan con mayor celeridad y precisión técnica, respetando la especialización de los tribunales arbitrales en asuntos de naturaleza económica.

⁸ LAM Art. 1.

Generando así la propuesta de Articulado:

Modificación al Artículo 71 de la LORCPM

Artículo 71. (Modificado)

Los operadores económicos que se consideren perjudicados por prácticas anticompetitivas sancionadas por la SCPM podrán presentar acciones resarcitorias de daños y perjuicios ante tribunales arbitrales, previa existencia de un acuerdo arbitral entre las partes involucradas.

Los tribunales arbitrales estarán facultados para conocer y resolver sobre daños y perjuicios derivados de conductas anticompetitivas entre particulares, siempre que la SCPM haya emitido una resolución sancionatoria definitiva que confirme la existencia de la infracción. La competencia del tribunal arbitral estará estrictamente limitada a la determinación y cuantificación de los daños y perjuicios ocasionados, sin poder modificar o reevaluar la calificación de la conducta anticompetitiva establecida por la SCPM.

En todos los casos sometidos a arbitraje, las resoluciones de la SCPM tendrán carácter vinculante en cuanto a la existencia de una infracción de las normas de competencia. El tribunal arbitral se enfocará exclusivamente en evaluar el impacto directo sobre los perjudicados y establecer una compensación económica proporcional a los daños comprobados, respetando el criterio técnico y la sanción inicial de la SCPM.

La reforma ofrece una alternativa efectiva y especializada para la reparación patrimonial en casos de competencia económica, manteniendo la separación de funciones entre la SCPM y los tribunales arbitrales. Este modelo garantiza que la SCPM conserve su rol regulador y sancionador, mientras que el arbitraje se convierte en un mecanismo ágil para la resolución de controversias entre particulares, enfocado únicamente en la indemnización de los afectados. Esta distribución de competencias no solo fortalece la capacidad de los afectados para acceder a una justicia rápida y eficiente, sino que también permite a los tribunales ordinarios concentrarse en otros temas, favoreciendo una justicia más expedita en casos de libre competencia.

CONCLUSIONES

Como hemos visto a lo largo de este proyecto de investigación, tomando en cuenta la naturaleza de cada institución que interviene en la problemática, es pertinente que en daños a la libre competencia, la Superintendencia de Competencia Económica (SCE), es el único ente con la facultad de investigar, juzgar y sancionar bajo una vía administrativa, cumpliendo así principalmente con los objetivos de la Constitución de Montecristi del 2008, analizando su estructura, determinamos que sus facultades son muy limitadas.

Ahora bien, tanto personas naturales como jurídicas que han sido afectadas por conductas antitrust, aquellas que lesionan la libre competencia generando un desequilibrio dentro del mercado, dentro del marco normativo del Ecuador otorga el derecho de acudir por vía judicial, con el fin de cuantificar mediante mecanismos resarcitorios una indemnización por daños y perjuicios. Pero no solo es la única vía para tomar en cuenta; dentro de la normativa vigente encontramos a la LAM (LAM), generando una alternativa para las partes. Presentando sus ventajas y beneficios frente una vía civil lenta, saturada y demorada.

Conforme a los resultados obtenidos de la presente investigación, el Tribunal Arbitral debe o no esperar sobre el pronunciamiento de la SCE, es decir una prejudicialidad, para actuar y resolver los daños y perjuicios generados por la contra parte. El Tribunal Arbitral no debe esperar sobre el pronunciamiento de la SCE, esto por el interés que los dos entes administradores de justicia perdiguen un interés distinto; uno general y el otro particular. Por lo tanto, cualquier resolución que emita la SCE en ningún momento será vinculante para un Tribunal Arbitral.

Dejando como último punto, consideramos que por los beneficios que genera la arbitrabilidad, buscamos una ampliación sobre la competencia del Tribunal Arbitral, es decir que la vía que se debe considerar no sea la civil sino el arbitraje. Presentando así una reforma a la LORCP en su Art. 71; permitiendo así la disponibilidad de esta vía, desde la óptica que esta forma de administrar justicia se encuentre implícita en el contrato legalmente celebrado entre las partes. Pero tomando en consideración que, por su naturaleza del arbitraje en ningún momento puede ser impuesta debido a que esta siempre

tomará lugar cuando se presente el, mutuo acuerdo de las partes involucradas. Por lo que, al reformar el precepto normativo, el legislador deberá ser muy cauteloso analizando el panorama de cada figura jurídica involucrada, así para no entrar en algún conflicto normativo y dando así una mejor eficiencia y eficacia al momento de administrar justicia dentro.

La investigación confirma que el marco normativo ecuatoriano, en áreas como el arbitraje y el derecho de competencia, ha experimentado un desarrollo considerable, estableciendo estructuras fundamentales para la resolución de disputas y la protección de la competencia. No obstante, persisten desafíos, particularmente en el equilibrio entre los intereses de índole particular que pueden existir frente a aquellos que forman parte del interés social o estatal en el contexto de prácticas anticompetitivas. La intervención de tribunales arbitrales ofrece una vía eficiente y alternativa para la indemnización de daños, lo cual resulta vital en un sistema judicial sobrecargado. Sin embargo, esta alternativa enfrenta limitaciones, dado que el derecho de competencia implica aspectos de orden público que exceden los alcances tradicionales del arbitraje. La coexistencia armoniosa entre el arbitraje y el derecho de competencia en Ecuador depende de una clara delimitación de competencias, en la que el arbitraje se emplee de forma complementaria al sistema judicial, sin comprometer la función reguladora de la SCPM (SCPM) ni los principios de competencia. En definitiva, el arbitraje puede fortalecerse como una herramienta de resolución en conflictos de libre competencia, siempre que se respeten los principios fundamentales del derecho de competencia y se mantenga la protección de los consumidores y la eficiencia del mercado como ejes centrales.

REFERENCIAS

Fuentes Bibliográficas:

- Banfi, C., & Río, D. (2013). *DICIEMBRE 2013 LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO FORMA DE APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO FORMA DE APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA LIABILITY AS A FORM OF PRIVATE IMPLEMENTATION OF COMPETITION LAW LA RESPONSABILITÉ CIVILE COMME FORME D'APPLICATION PRIVÉE DU DROIT DE LA CONCURRENCE*.
- Fontestad Portales, L. (2021). La reclamación extrajudicial de daños por conductas contrarias a la libre competencia: ventajas e inconvenientes de la mediación. *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, 3, 141–170. <https://doi.org/10.25267/rejuccrim.2021.i3.6>
- Hernán Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago de Chile: Legal Publishing, 2003), 5-39.
- Lleras Palacios Andres. (2013). *El Derecho de la competencia: ¿Derecho privado, Derecho público, regulación o Derecho económico?*
- Mario Castillo Freyre* Ricardo Vásquez Kunze**. (2006). *LA NATURALEZA DE LA COMPETENCIA**.
- Moreira Pinargote, P., & Iza Abad, N. J. (2023). Régimen de responsabilidad civil por daños derivados de la infracción del derecho antitrust respecto a prácticas restrictivas: la aplicación privada del derecho de competencia. *USFQ Law Review*, 10(2). <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3026>
- Paola Carrillo, “*Responsabilidad civil derivada de prácticas anticompetitivas: Estudio de sus presupuestos axiológicos*”, *Revista de Derecho Privado*, n.o 56 (julio-diciembre2016): 1-30, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360055998011>.
- Pons, M., Jurídicas, E., © S., & González Carvajal, J. I. (2019). ACUERDO DE ARBITRAJE Y RESPONSABILIDAD CIVIL *. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 2.

- Rimôn, E. I., Ejecutiva, P., Vélez De Nicholls, L., Villegas Betancur, J., Restrepo, L. C., Natalia, J., Jaramillo, I., De Estudios, J., Santiago, J., Builes, R., De, A., Jurídicos, E., Sanzón, M. H., Lopera, A., & Contenido, blanco. (n.d.). *DERECHO DE LA COMPETENCIA: PRÁCTICAS RESTRICTIVAS 2 El contenido de esta cartilla fue elaborado por la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia y el equipo Ibarra Rimôn Equipo técnico: Edición y diagramación.*
- Salazar Holguín Carolina. (2013). *Algunos apuntes sobre la culpa en la responsabilidad derivada de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia.*
- Sevilla, M. M. (2010). EL DERECHO DE COMPETENCIA ECONÓMICA EN LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR COMPETITION AND ANTITRUST LAW IN ECUADORIAN CONSTITUTION. *Revista de Derecho*, 2(2), 43.
- Wilhelm, D. S. (2016). *¿Un tribunal arbitral puede resolver daños a la libre competencia entre particulares en Ecuador?* 50–66.