



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EL ARBITRAJE COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS PARA LA DETERMINACIÓN DE DAÑOS PRODUCTO
DE UNA CONDUCTA SANCIONADA POR LA LEY ORGÁNICA DE
REGULACIÓN Y CONTROL DE PODER DE MERCADO

AUTOR

Rocío Andrea Egas Béjar

AÑO

2018



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EL ARBITRAJE COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS PARA LA DETERMINACIÓN DE DAÑOS PRODUCTO DE
UNA CONDUCTA SANCIONADA POR LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN
Y CONTROL DE PODER DE MERCADO.

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados
de la República

Profesor Guía

Ab. Fausto Alberto Albuja Guarderas

Autora

Rocío Andrea Egas Béjar

Año

2017

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Fausto Alberto Albuja Guarderas
Magíster en Derecho de Empresa
C.C.:1714883798

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber revisado este trabajo, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los trabajos de titulación.”

Alejandro Sarzosa Larrea

Máster en Derecho de Empresa

CC: 1713140372

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Rocío Andrea Egas Béjar

C.C. 1717542037

AGRADECIMIENTOS

Gracias a Dios por su amor y apoyo incondicional.

Gracias a mi tutor Fausto Albuja por enseñarme a ser mejor cada día y luchar por mis ideales.

Gracias a mis padres por su ejemplo de lucha, fortaleza, unión y fe, ¡Soy quien soy por ustedes!

Gracias a mis ñaños por todas las alegrías y sueños que compartimos y logramos juntos.

Gracias Mumi por ser una luz en mi carrera y por mostrarme a Dios en mis momentos de cansancio.

Andrea

DEDICATORIA

A mis padres por darme todas las armas para luchar y enseñarme dónde está la felicidad.

A mis abuelitos Papapa y Pepita que guían mi camino desde el cielo.

A mi mentor Bernardo Crespo por enseñarme el sentido de la vida.

RESUMEN

En el ámbito local, la relación entre el arbitraje y el derecho de competencia se encuentra en construcción. Si bien las normas que regulan la competencia son de carácter público y tienen como finalidad garantizar el equilibrio del mercado, existen algunos aspectos en la aplicación privada de estas normas en los que el arbitraje y el derecho de competencia se relacionan. Tal es el caso de la valoración de los daños producto de conductas sancionadas por la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (en adelante LORCPM). Actualmente, las Resoluciones emitidas por la Superintendencia de Control y Poder de Mercado (en adelante SCPM), no abarcan la indemnización de daños y perjuicios. Al respecto, la LORCPM establece que la acción por daños y perjuicios puede ser ejercida conforme a las normas del derecho común.

El presente ensayo busca determinar la factibilidad del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias para la determinación de daños producto de una conducta sancionada por la ley orgánica de regulación y control de poder de mercado.

ABSTRACT

The relationship between arbitration and competition law is under construction. While the competition rules are public in nature and are intended to ensure market equilibrium, there are some private enforcement aspects of these rules in which arbitration and competition law are related. Such is the case of the valuation of damages resulting from conduct sanctioned by the Organic Law of Regulation and Control of Market Power (LORCPM). Currently, the resolutions issued by the Superintendence of Control and Market Power do not include compensation for damages. In this regard, the LORCPM provides that an action for damages may be brought in accordance with the rules of ordinary law.

This essay seeks to determine the feasibility of arbitration as a dispute resolution mechanism for the determination of damages resulting from conduct sanctioned by the organic law of regulation and control of market power.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. TRANSIGIBILIDAD Y DAÑOS EN EL ARBITRAJE	3
1.1 Transigibilidad:	3
1.2 Daños:	8
1.2.1 Definición y Alcance:	8
1.2.2 Transigibilidad del daño:	16
1.3 Valoración del daño por Tribunales Arbitrales:.....	18
2. DERECHO DE COMPETENCIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA:	20
2.1 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado:	20
2.1.1 Actuaciones y competencias reguladas por la LORCPM:	22
2.2 Superintendencia de Control y Poder de Mercado como ente regulador de la competencia del mercado: facultades y atribuciones:...	27
2.2.1 Procedimiento de Investigación y Sanción:	28
2.3 Resoluciones de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado: características y efectos jurídicos:.....	30
3. APLICACIÓN DEL DERECHO DE COMPETENCIA EN EL PROCESO ARBITRAL:	36
3.1 Competencia del Tribunal Arbitral para valorar daños producto de una conducta sancionada por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado:.....	36
3.2 Prejudicialidad del derecho de competencia previo a la aplicación de la norma por un Tribunal Arbitral:.....	40
3.3 Ventajas de la aplicación del arbitraje en la valoración de daños producto de una infracción a la LORCPM:	41
4. CONCLUSIONES	45
REFERENCIAS:.....	48
ANEXOS	54

INTRODUCCIÓN

El presente ensayo aborda la factibilidad de la aplicación del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos para la determinación del daño producto de una conducta anticompetitiva determinada por la SCPM. El problema consiste en que no existe una frontera clara sobre lo que es arbitrable en el derecho de competencia. La LORCPM establece procesos de sanción administrativos en caso de presentarse conductas anticompetitivas; sin embargo, no cierra la posibilidad de que un tribunal arbitral pueda valorar los daños que estas conductas producen.

En el ámbito local, el arbitraje y el derecho de competencia tienen una relación en construcción. Por ende, existen varias inquietudes respecto a dicha relación y a la aplicación de estas dos áreas del derecho. El carácter público de las leyes que regulan la competencia puede generar la idea de que esta materia está fuera de lo arbitrable, ya que comprende normas que regulan el derecho público económico y que tienen como finalidad garantizar la eficiencia de los mercados a través de la tutela del proceso competitivo. Sin embargo, existen algunas posibilidades en las que el arbitraje y el derecho de competencia se relacionan. La importancia del estudio de este tema radica en que permitirá analizar la relación que existe entre el arbitraje y la valoración de los daños y perjuicios fruto de una conducta contraria a la LORCPM, así como las ventajas de utilizar el procedimiento arbitral para dicha cuantificación de daños.

En virtud de los antecedentes planteados, el presente ensayo tiene como objetivo general el demostrar la factibilidad del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos para la determinación de daños producto de una conducta sancionada por la LORCPM. Los objetivos específicos que se han planteado son: i) determinar la transigibilidad de los daños en el proceso arbitral; ii) determinar la competencia del Tribunal Arbitral en la valoración de daños producto de una conducta anticompetitiva previamente determinada por una resolución de la SCPM; iii) determinar la inexistencia de prohibición legal que impida a las partes de una relación contractual el acudir al proceso arbitral

para determinar los daños producto de una práctica anticompetitiva previamente determinada por una resolución de la SCPM; y, iv) determinar las ventajas de la aplicación del procedimiento arbitral para la valoración de daños fruto de una infracción a la LORCPM.

El presente proyecto ha sido desarrollado a través de un análisis exegético y dogmático de la legislación, pues es indispensable conocer la regulación aplicable al arbitraje y derecho de competencia en Ecuador. Adicionalmente, se ha realizado un estudio de la doctrina pertinente al tema a fin de conocer y comparar las diferentes posturas de los expertos en relación con arbitraje y el derecho de competencia; y, se ha realizado un análisis jurisprudencial para conocer la aplicación judicial de la legislación analizada.

Con la finalidad de cumplir los objetivos anteriormente expuestos, el presente ensayo abarca cuatro capítulos. El primer capítulo expone el requisito de la transigibilidad para la ejecución del proceso arbitral y establece una breve definición de la materia transigible conforme la jurisprudencia y doctrina. Adicionalmente, se realiza un análisis respecto a los daños en la legislación ecuatoriana para posteriormente determinar si estos constituyen materia transigible y pueden ser cuantificados por un Tribunal Arbitral. El segundo capítulo realiza una introducción al derecho de competencia en Ecuador a través de una breve descripción de la LORCPM, su historia, ámbito, objeto y actuaciones que regula. Del mismo modo analiza las atribuciones de la SCPM como organismo regulador en materia de competencia, facultado para investigar y sancionar las conductas contra la LORCP. El tercer capítulo analiza la competencia del Tribunal Arbitral para valorar los daños producto de una conducta sancionada por la LORCP, así como el requisito de prejudicialidad exigido para su valoración para finalizar con la determinación de las ventajas de la utilización del procedimiento arbitral para dicho fin. El cuarto capítulo expone conclusiones.

1. TRANSIGIBILIDAD Y DAÑOS EN EL ARBITRAJE

1.1 Transigibilidad:

No es novedad que el arbitraje constituye un método alternativo de resolución de conflictos. En efecto, desde la época romana se dividía al proceso en dos fases: *in iure*, desarrollada ante el órgano jurisdiccional competente; y *apud iudicem*, desarrollada ante un juez privado (Romero, 1999, p. 405). A partir de esta concepción procesal, comenzó a impregnarse en la sociedad la idea de dos procesos distintos de administración de justicia: el primero, a cargo del Estado o la jurisdicción ordinaria; y, el segundo, a cargo de la justicia privada.

A lo largo de su desarrollo, este sistema de jurisdicción se consolidó como un procedimiento caracterizado por su rapidez; confidencialidad; menores grados de formalismos exigidos a las partes; inapelabilidad del laudo; entre otros (Salcedo, 2001, pp.16,17). Sin embargo, todas estas ventajas quedarían subordinadas a la autonomía de la voluntad de las partes, plasmada en el convenio arbitral; y a la validez jurídica de dicho convenio, que debe cumplir con una serie de requisitos esenciales exigidos para la ejecución del proceso arbitral.

El arbitraje indiscutiblemente nace de la voluntad; es un proceso que otorga a las partes el derecho de someter, de mutuo acuerdo, sus controversias ante un árbitro para su resolución (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, Art.1). Surge de dos principios contractuales: autonomía de la voluntad y libertad de contratación; los mismos que facultan a las partes a dirigir un proceso alternativo a la justicia ordinaria, guiado estrictamente por los intereses y acuerdos plasmados en el convenio arbitral. Gracias a estos principios, las partes están facultadas a regular por sí mismas sus intereses y relaciones legales, a partir de la creación de un vínculo jurídico con plena libertad para fijar su contenido y efectos; y, que adquiere fuerza de ley para los contratantes (Serrano, 2011, p.542).

Este vínculo jurídico está plasmado en el convenio arbitral; entendido como el acuerdo mediante el cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que puedan surgir entre ellas, dentro de una relación jurídica (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, Art.5). La naturaleza contractual del convenio implica que éste crea, modifica o extingue obligaciones; por ende, para que sea válido y jurídicamente eficaz, deberá cumplir con todos los requisitos de validez y existencia exigidos para los contratos: capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto lícito, causa lícita y solemnidades (Código Civil, 2005, Art.1461).

Así mismo, el convenio arbitral debe recaer sobre materias arbitrables (transigibles) o susceptibles de ser sometidas a la decisión de los árbitros (Caivano, 2011, p.30). Adicionalmente, el acuerdo deberá ser realizado entre partes facultadas a recurrir a este modo de resolución de conflictos (Silva, 2005, p.113). Estos dos presupuestos: objeto susceptible de transacción y capacidad para transigir, conforman la materia arbitral y permiten la eficacia jurídica de este método alternativo, a la vez que constituyen límites a la autonomía de la voluntad y a la competencia del Tribunal Arbitral.

Durante el desarrollo de este acápite, intentaremos realizar una aproximación de lo que se debe entender por transigibilidad. Al respecto, es pertinente considerar que, la Constitución de la República (en adelante CRE), reconoce al arbitraje como un método alternativo de resolución de conflictos y ordena que éste verse sobre materias en las que por su naturaleza se pueda transigir (el subrayado me pertenece), (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art.190). La transigibilidad es también recogida por la Ley de Arbitraje y Mediación, norma que obliga a las partes a someter a arbitraje únicamente las controversias susceptibles de transacción (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, Art.1). En consecuencia, la materia sobre la que verse el arbitraje debe ser transigible.

La doctrina define a la materia transigible como aquellos bienes o derechos patrimoniales que las partes pueden disponer libremente (Restrepo, 2014, pp.68 – 70). Del mismo modo, Salcedo conceptualiza a la materia transigible como todos aquellos bienes y derechos de contenido patrimonial sobre los

cuales las partes tienen capacidad legal para disponer libremente de ellos. Su disposición no puede ser contraria a la ley, costumbres ni orden público” (Salcedo.p.130). Según Mantilla, las costumbres constituyen las reglas de moral consideradas fundamentales para el orden de la sociedad; mientras que el orden público involucra aquellos principios fundamentales sobre los que reposa la sociedad (Mantilla, 2005, p.239). De esta manera, ley, costumbre y orden público quedan fuera del alcance de la disposición privada porque atañen a un interés social superior, que no puede ser sometido a disposición para defensa de intereses privados.

Caivano afirma que, para definir cuándo una materia es arbitrable, se recurre a la disponibilidad de derechos ya sea bajo la fórmula de derechos patrimoniales disponibles, o con la única referencia a su carácter disponible (Caivano, 2011, p.31); mientras que Chocrón considera que podrán ser consideradas materias transigibles:

“Aquellas sobre las que las partes están facultadas para ejercer su autonomía de voluntad con la válida creación, extinción, modificación o configuración de relaciones jurídicas, esto es, la potestad normativa creadora, que, a través del negocio jurídico, el ordenamiento reconoce y ampara, en tanto se ejercite sobre que previamente le señala y que es representado por los propios intereses de las partes negociables, o en términos negativos, en tanto no recaiga sobre materia sustraída a la autorregulación de los particulares”(Chocrón, 2000, p.88).

A partir de los conceptos anteriormente mencionados, la doctrina coincide en que la materia transigible comprende aquellos derechos patrimoniales que se encuentra a disposición de las partes. Es decir, derechos sobre los cuales existe total dominio de parte de su titular; ya sea para su renuncia o transacción.

La legislación excluye de la materia transigible aquellos elementos o derechos que se encuentren en la esfera del orden público. En ese sentido, el Código Civil prohíbe expresamente transigir sobre: i) el estado civil de las personas; ii) alimentos futuros; y, iii) derechos ajenos o derechos que no existen (Código

Civil, 2005, Arts. 2352 – 2354). Adicionalmente, la doctrina contempla que no se podrá transigir sobre la acción penal por la comisión de un delito; sin embargo, la acción civil que tienda a reparar el daño causado por el delito es susceptible de transacción. De igual forma, los derechos personales (uso, usufructo o habitación), están excluidos de la materia arbitral, pero los frutos obtenidos del ejercicio de derechos personales sí pueden ser objeto de transacción (Salcedo, pp.131-132). Además, la doctrina y la legislación, anteriormente citadas, coinciden en que los derechos patrimoniales que surjan de actos jurídicos de orden público pueden ser transigibles.

Así mismo, el orden público constituye una limitación a la materia arbitral debido a que responde a un interés social regulado por elementos colectivos legales y morales, sobre los cuales las partes no pueden disponer libremente: “En un plano teórico, el respeto del orden público por los árbitros es a la vez el límite y la condición de la autonomía del arbitraje internacional, puesto que el arbitraje no es autónomo sino cuando respeta el orden público y en la medida en que lo respete” (Loquin, 2015, p.3). El orden público constituye el conjunto de aquellas esencias y valores de la convivencia que una sociedad considera como fundamentales de las relaciones humanas y no negociables. Una noción material que consiste en la existencia de condiciones propicias para la convivencia tranquila y normal de la sociedad civil (Juárez, 2012, p.76). Si bien la conceptualización de orden público es un tanto amplia y etérea, el orden público constituye un estándar social, que se plasma en leyes, ampara el interés colectivo por sobre el interés individual y limita la autonomía de la voluntad con el fin de garantizar la seguridad jurídica.

Para el proceso arbitral, la determinación de la materia transigible es de tal importancia que: i) determina la capacidad de quienes pueden acudir a este sistema; ii) determina el tipo de conflicto que puede ser objeto de este proceso; y iii) define el alcance del convenio arbitral, ya que, si bien las partes están libremente vinculadas a través del acuerdo, tienen también la libertad de limitar la competencia del tribunal para resolver únicamente las controversias determinadas en el pacto. De esta forma, el arbitraje establece dos parámetros de arbitrabilidad: subjetiva y objetiva. La arbitrabilidad subjetiva limita la

capacidad de acudir al arbitraje a quienes tengan plena capacidad para transigir; mientras que la arbitrabilidad objetiva se refiere a las controversias que pueden ser sometidas o no a arbitraje.

En relación a la arbitrabilidad subjetiva, la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM), establece: “Podrán someterse al arbitraje... las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir...” (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, Art.4); mientras que el Código Civil dispone: “no puede transigir sino la persona capaz de disponer los objetos comprendidos en la transacción”(Código Civil, 2005, Art. 2349). En relación con la arbitrabilidad objetiva, el artículo 5 de la LAM establece que el convenio arbitral deberá determinar: i) el negocio jurídico al que se refiere; y, ii) referirse a los hechos sobre los cuales versará el arbitraje (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, Art.5). De esta manera, la capacidad de disponer del objeto (arbitrabilidad subjetiva) y el hecho de que el objeto sea de libre disposición (arbitrabilidad objetiva) constituyen la materia arbitral que limita la autonomía de la voluntad en el ejercicio de este método alternativo. Estos límites exigidos para la eficacia del proceso arbitral siguen la lógica de que si el sujeto es capaz y tiene total disposición del objeto del litigio podrá también habilitar a un tercero (árbitro) para resolver sobre dicho objeto, ya que por principio general “todas las personas pueden establecer compromisos sobre derechos que se encuentran sobre su disposición” (Suescún, 2005, p.274).

En conclusión, para que las controversias puedan ser sometidas al conocimiento de un tribunal arbitral, deben recaer sobre materia transigible. Para determinar qué constituye materia transigible se debe tener en cuenta, al menos, dos aspectos: i) la naturaleza de los derechos; y ii) la disponibilidad de los mismos. La doctrina conceptualiza a la materia transigible como aquellos derechos patrimoniales que se encuentran a disposición de las partes, en donde existe un total dominio de su titular, ya sea para su renuncia o transacción. Las partes pueden ejercer su autonomía de la voluntad sobre intereses disponibles y negociables entre ellas, siempre que no sean contrarios al orden público. El orden público constituye una limitación a la arbitrabilidad y a la autonomía de la voluntad, debido a que responde a un interés social,

regulado por elementos colectivos, legales y morales; sobre los cuales las partes no pueden disponer libremente. Por lo tanto, la materia transigible no podrá ser contraria a la ley, costumbre y orden público.

1.2 Daños:

1.2.1 Definición y Alcance:

Doctrinarios como Larenz definen al daño como: “El menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”. Zannoni conceptualiza al daño como: “Lesión o menoscabo a un interés patrimonial o extra patrimonial acaecido como consecuencia de una acción”; mientras que Echevesti define al daño como: “Presupuesto de la responsabilidad civil” (UNAM, 2014, pp.15, 16). Por su parte, la jurisprudencia ecuatoriana define al daño como: “Menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extra patrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima” (Caso Indemnización por Daños y Perjuicios, Jaramillo v. Producargo S.A, 2012). Entonces, resulta evidente que el daño constituye una pérdida o afectación que sufre la persona, producto de una conducta antijurídica o ilegítima susceptible de ser sancionada.

La amplitud del daño se determina en que este constituye una “ofensa a un interés jurídicamente tutelado” (Morán, 2010. p.15). A partir de esta concepción, las interrogantes que surgen, y que serán analizadas a continuación son: ¿De quién es el interés?, ¿Sobre qué se constituye?, ¿Quién tiene legitimidad para reclamarlo? ¿A quién le corresponde valorar su indemnización?

a. ¿De quién es el interés jurídicamente tutelado?

Evidentemente el interés es de la persona natural o jurídica que ha sufrido una transgresión, ya sea en sus bienes ante los cuales tiene derechos patrimoniales; o en los aspectos estrechamente relacionados con la

personalidad: libertad, dignidad, integridad física, psíquica, moral y sexual, entre otros; sobre los cuales tiene derechos de índole moral. El Estado Constitucional de Derechos y justicia social, vigente desde 2008, ha logrado que el garantismo y protección de los derechos reconocidos en la norma suprema amplíen el espectro y alcance de lo que se considera daño. De esta forma, los bienes jurídicamente tutelados responderán principalmente a un criterio de dignidad humana e interés social, por sobre cualquier interés económico o mercantilista.

Dentro del sistema económico social y solidario que propugna la CRE, el ser humano se convierte en el centro y deja de ser un medio para alcanzar riqueza; por ende, la protección de sus intereses, dentro del marco de bien común, será la piedra angular del sistema. Bajo este marco regulador proteccionista se amplía el alcance de la responsabilidad frente al daño y existe una mayor exigencia a nivel judicial para la tutela y garantía de derechos.

De esta forma, el interés respecto al daño causado le corresponde a la persona natural o jurídica que lo haya sufrido. Sin embargo, tanto en la persona natural como en la persona jurídica, el interés por el daño se manifiesta de manera distinta, ya que el ejercicio de los derechos otorgados a una u otra difiere según su naturaleza. Si bien ambas pueden sufrir daños en sus derechos patrimoniales, entendidos como derechos valuables en dinero, que adquieren un valor pecuniario; las afectaciones que pueden sufrir en sus derechos extra patrimoniales son distintas.

Los derechos extra patrimoniales miran a la persona como individuo, incluyen derechos de la personalidad y no representan en sí mismos un valor en dinero (Abeiluk, 2009, p.24). Cabe destacar que, los derechos de la personalidad o personalísimos constituyen: “Una categoría especial de derechos subjetivos que, fundados en la dignidad de la persona, garantizan el goce y respeto de su propia entidad e integridad, en todas sus manifestaciones espirituales y físicas” (Bustos, 2008, p.38). La doctrina ha clasificado los derechos personalísimos en dos categorías, aquellos relacionados con la integridad física (derecho a la vida, integridad física, derecho de procreación, etc.); y aquellos relacionados

con la integridad espiritual (igualdad, honor, imagen, voz, protección de datos personales, privacidad, etc.) (Flores, 2011, p.107). Por ende, dada la naturaleza de la persona jurídica como ente ficticio e incorporeal, lógicamente no podría gozar de los derechos relacionados con la integridad física; pero puede gozar de ciertos derechos relacionados con la integridad espiritual compatibles con su naturaleza, tales como el derecho al honor, entendido como el buen nombre o reputación. En ese sentido, Melich afirma que el daño moral puede ser invocado personas jurídicas que, si bien no son capaces de experimentar sentimientos, pueden tener intereses no patrimoniales, como su reputación, prestigio y crédito comercial, etc., que pueden verse afectados por injurias ante las cuales la persona jurídica tiene derecho a reclamar daños por haber sido herida en su patrimonio inmaterial (Domínguez, 2016, p.36).

b. ¿Sobre qué se constituye el daño?

En relación con interés tutelado sobre el cual puede constituirse el daño, existen dos grandes categorías: derechos patrimoniales o extra patrimoniales, que han llevado a clasificar el daño en patrimonial o moral. El daño patrimonial es “aquel que recae sobre el patrimonio, sea directamente en las cosas o bienes que lo componen; o indirectamente como consecuencia de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades, consideradas fuentes de futuras ventajas económicas (lesiones corporales)”(Tomasello, 1969, p.26); mientras que el daño moral constituye una: “lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos por acción culpable o dolosa de otro” (Pallares, 2016, p.41); o un “daño que incide lo que la persona es y que cambia para la víctima la manera de estar en sí y en el mundo, con motivo de la modificación disvaliosa de su integridad” (Zavala, 2009, p.1). A partir de esta clasificación nuevamente surge la idea de la amplitud del daño. Sin embargo, para su valoración se deberán incluir criterios totalmente distintos, ya que, mientras que el daño patrimonial puede ser fácilmente cuantificable, el daño moral va a depender del nivel de afectación establecido por el criterio subjetivo de la víctima, como un criterio intangible e incalculable objetivamente, tal y como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia: “...el daño moral es imposible de cuantificar, y es tarea del Juez, de conformidad con

los elementos probatorios aportados al proceso, establecer una reparación que sea lo más acorde con el daño sufrido; ninguna cantidad de dinero satisfará el mal que ha sobrellevado el afectado” (Sentencia de Casación, Expediente 120, Registro Oficial 381, 20 de Octubre del 2006).

La legislación ecuatoriana trata de manera escueta al daño moral. La norma prevé que las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria (Código Civil, 2005, Art.2231). Este derecho pecuniario surge debido a lo que, tal como lo afirma la Corte Suprema de Justicia: “La extrapatrimonialidad de los daños morales deben entenderse en el sentido de que son susceptibles de incidir de una manera indirecta sobre el patrimonio de las personas, en cuanto a los bienes personales menoscabados por el hecho ilícito poseen generalmente un determinado valor económico y como tal influyen en la capacidad productiva del sujeto pasivo del agravio” (Sentencia de Casación. Expediente 336 (2004), Registro Oficial 356, 15 de junio de 2004).

En relación con el daño patrimonial, este puede ser contractual o extracontractual. El daño contractual está determinado dentro del marco de un acuerdo; mientras que el extra contractual no se sujeta a ningún compromiso o pacto previo; puede ser una conducta o un hecho que busque causar daño (dolo) o simplemente constituya un descuido que provocó un daño (culpa) (Morán, 2010, p.64). Cabe destacar que el daño causado por una conducta dolosa va a inferir mayor indemnización, ya que tal y como determina el Código Civil, “Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. Pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento (Código Civil, 2005, 1574).

El daño contractual se manifiesta cuando las partes vinculadas a partir de un contrato incumplen las obligaciones en él manifestadas, ya sea de manera total; defectuosa o tardía. En estos casos, el Código Civil, a través de la condición resolutoria tácita de los contratos bilaterales, faculta a las partes a

solicitar indemnización por daños y perjuicios en caso de no cumplirse lo pactado por unos de los contratantes. Cabe destacar que, la indemnización de perjuicios se debe desde que el deudor se ha constituido en mora o, cuando la obligación sea de no hacer, desde el momento de la contravención (Código Civil, 2005, Art.1573). En este sentido, la Corte Nacional ha determinado que en aquellos casos en los que no se ha constituido el deudor en mora a través de requerimiento judicial, no procede la acción de daños y perjuicios (Caso de Incumplimiento de Contrato, Olmedo v. Dueñas, 2009). De acuerdo al Código Civil, el deudor está en mora cuando: i) no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora; ii) la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y, iii) en los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor (Código Civil, 2005, 1567).

En relación a los daños derivados de actos ilícitos, concebidos por la doctrina como manifestaciones de voluntad orientadas a generar situaciones de carácter dañoso (Morán, 2010, p.34); en este tipo de daños, al contrario a lo que ocurre con el daño contractual, la relación obligatoria no surge a partir del rompimiento de lo convenido; sino que surge por primera vez al producirse el daño, ya sea contra la persona, su patrimonio o su honor.

La doctrina expresa que, tanto para los daños contractuales como extra contractuales, para que exista responsabilidad de resarcimiento, se requiere del cumplimiento de algunos requisitos. Autores como Mazeaud y Tunc consideran que debe existir: i) daño; ii) culpa; y, iii) vínculo de causa-efecto entre la culpa y el daño. De igual forma, Sánchez afirma que existen supuestos de hecho de toda responsabilidad: i) comportamiento activo u omisivo; ii) resultado lesivo de intereses jurídicamente relevantes; y, iii) relación de relevancia normativa entre el comportamiento y el resultado; donde el comportamiento debe ser jurídicamente relevante desde la perspectiva de la producción del resultado (UNAM,2014, p.9). Como se puede observar, el sentido de estas normas tiene dos efectos; uno proteccionista y uno garantista. Por un lado, protege el derecho de que nadie puede ser lesionado en su

patrimonio por un acto ajeno; y, por otro lado, garantiza su resarcimiento en caso de que esto suceda. Sin embargo, este resarcimiento debe responder a la existencia de un daño puntual y probado, el cometimiento de una infracción o incumplimiento imputable a quien lo ha provocado.

Lo dicho nos permite concluir que el daño puede constituirse sobre derechos patrimoniales o extra patrimoniales (morales), que, debido a la divergencia de su naturaleza, tienen un tratamiento distinto en la legislación. Por un lado, el daño patrimonial, de carácter objetivo, fácilmente cuantificable dado su carácter pecuniario, pretende a través de su indemnización un efecto de resarcimiento; mientras que el daño moral, estrechamente relacionado con la afectación de derechos personalísimos, hace que la valoración de su indemnización sea dificultosa y meramente subjetiva, según el grado de afectación directa a la víctima. Por ende, su indemnización no pretende un efecto de resarcimiento sino únicamente compensatorio. Independientemente de las diferencias entre estas clases de daños, el origen de los mismos puede surgir dentro de una relación contractual o fruto de un acto ilícito, que para la determinación de responsabilidad exigirá de la existencia de tres presupuestos: daño, culpa y vínculo causa-efecto entre la culpa y el daño.

c. ¿Quién tiene legitimidad para reclamarlo?

En relación con la legitimidad para la reclamación del daño, el legítimo activo es el agraviado, a quien se ha transgredido un derecho. Adicionalmente, el Código Civil contempla la figura de la acción popular, en la cual se concede legitimidad colectiva en los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas. Pero si el daño amenaza a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción (Código Civil, 2005, Art.2236). Adicionalmente, en caso de daños sufridos por delitos y cuasidelitos, la acción corresponde al dueño o poseedor de la cosa, su heredero, usufructuario o habitador; y en caso de ausencia del dueño, quien tiene la cosa con obligación de responder de ella (Código Civil, 2005, Art.2215). Sin embargo, en cuanto a la legitimación activa por concepto de daño moral, la norma únicamente concede legitimación exclusivamente a la

víctima o a su representante legal; y en caso de imposibilidad física, a su cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. En caso de daño moral a las personas jurídicas, la acción corresponde a sus representantes (Código Civil, 2005, Art. 2233).

El respeto hacia la persona y sus intereses debe ser por un lado amparado por el Estado y la legislación; y por otro respetado por la comunidad. Si bien el derecho tiene como finalidad la búsqueda de la convivencia digna y pacífica, la norma y el poder de coerción estatal no son suficientes para evitar el daño, ya que este también se inmiscuye en la libertad humana y en la autonomía de la voluntad, debido a que la conducta dañosa implica una “desviación que debe ser debidamente sancionada” (Morán, 2010, p.28).

Ante tal desviación, el derecho civil establece como principio general que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta (Código Civil, 2005, Art.2229). El mecanismo civil de reparación efectiva del daño es la indemnización de perjuicios, que comprende el daño emergente y el lucro cesante (Código Civil, 2005, Art.1572). La jurisprudencia ha definido al daño emergente como la pérdida directa sufrida; mientras que el lucro cesante la frustración de una ganancia que se esperaba (Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 5. Página 1774). Sin embargo, para que el daño sea indemnizable debe ser cierto, actual o futuro, material o moral (Gaceta Judicial. Año CX. Serie XVIII, No. 8. Página 3020). Es decir, que para que se configure el daño, este debe ser objetivamente cierto, debe lesionar un interés y debe existir un agraviado, quien se constituirá como reclamante del resultado dañoso.

A partir de estos presupuestos, el resarcimiento de los daños contempla la afectación presente y futura. Cabe destacar que la jurisprudencia ecuatoriana ha determinado que, para el reconocimiento de la indemnización de daños presentes como daños futuros, “es necesario que sean probados para que sean indemnizables, pues el presupuesto de esta acción es que se haya ocasionado un perjuicio económico a quien la inicia” (Caso Arévalo v. Merchán, 2009).

La finalidad de la indemnización es colocar al acreedor en la misma situación que tendría si el deudor hubiera cumplido:

“El acreedor tenía una justa expectativa en el cumplimiento íntegro, oportuno y efectivo de la obligación; un hecho del deudor o de otra persona le ha privado de esa ventaja o beneficio a que tenía perfecto derecho por la disposición de la ley o por la voluntad de las partes. Ese daño sufrido por el acreedor en su patrimonio debe ser reparado, y al repararlo tiene la indemnización de perjuicios” (Alessandri, 2011, p.74).

Por ende, la indemnización adquiere un carácter de equivalencia al buscar otorgar al acreedor el mismo beneficio que hubiera obtenido si el deudor hubiera cumplido su obligación; lo que se convierte en una ejecución forzada de la obligación (Gatica, 1959, p.13). La indemnización no constituye un mero mecanismo de compensación, sino que obliga al deudor a reconocer su incumplimiento, a partir de la determinación de la obligación incumplida y de la valoración del daño causado. Cabe destacar que la indemnización en el caso de daño moral: “...constituye además de satisfacción para la víctima, un modo de reparación debido a ella por el menoscabo que sufre socialmente en razón del ataque mismo...” (Gaceta Judicial. Año CX. Serie XVIII, No. 8. Página 2735).

Los criterios para la valoración de daños difieren entre el daño patrimonial y el daño moral. En relación con la indemnización por daño moral, la anterior Corte Suprema expresaba:

“Debido a que la afectación se produce sobre derechos personalísimos, su indemnización recaerá sobre criterios intangibles, pecuniariamente imposibles de cuantificar, pero que para su valoración el juez deberá tomar en cuenta dos elementos: el grado de afectación alegado por la víctima, en comparación con el estatus social que el agraviado gozaba, para tratar de determinar una indemnización reparatoria y compensatoria” (Gaceta Judicial. Año CX. Serie XVIII, No. 8. Página 3020).

d. ¿A quién le corresponde valorar su indemnización?

El proceso de indemnización de daños que resultan de una conducta dañosa civil comprende una acción de daños y perjuicios sustanciada a través del procedimiento ordinario, en el que el juzgador debe fijar en sentencia el importe de daños y perjuicios (Código Orgánico General de Procesos, 2015, Art.98). Desde esta perspectiva, es el juez civil quien tiene competencia para conocer y resolver esta acción. Sin embargo, el juez no es el único competente para conocer una acción de daños y perjuicios, ya que los tribunales arbitrales también pueden hacerlo en función de las facultades a ellos atribuidas a través del convenio arbitral, tal y como se analiza en el numeral 1.3 del presente ensayo.

1.2.2 Transigibilidad del daño:

Una vez analizado el concepto y el alcance del daño, es necesario analizar si procede catalogarlo como materia transigible. Como se ha expuesto, la materia transigible comprende derechos patrimoniales y de libre disposición; no puede ser contraria a la ley, a las buenas costumbres ni al orden público. El daño constituye la afectación a un interés jurídico tutelado sea de la esfera patrimonial o moral. Bajo esa premisa, se ha determinado que el daño puede ser patrimonial o extrapatrimonial. Sin embargo, en cualquiera de los dos casos el daño produce el mismo efecto pecuniario: da origen al derecho de resarcimiento que se suple con la indemnización. Este efecto que se plasma en el derecho a reclamar indemnización constituye un derecho patrimonial plenamente transigible, ya que se sustenta sobre un valor cuantificable, de acuerdo con la gravedad del daño, para poder ser equivalente con el derecho que la persona anteriormente gozaba y disponía.

En relación con los daños patrimoniales, el derecho a reclamar indemnización por daños es facultativo y plenamente renunciabile. Al respecto, el Código Civil permite la renuncia de derechos siempre que miren al interés individual del renunciante y no esté prohibida su renuncia (Código Civil, 2005, Art.11). En ese sentido, la Jurisprudencia ha determinado que no se pueden renunciar, ni disimuladamente, obligaciones, derechos ajenos, ni aquello que perjudica a la

comunidad (Sentencia de Casación. Gaceta Judicial. Año LXXXIII. Serie XIV. No. 1. Pág. 195). En el caso del derecho a reclamar daños y perjuicios, es un derecho que mira únicamente al interés del renunciante, de manera privada e íntima, que no implica el abandono de obligaciones por parte del renunciante, porque su objetivo es resarcir de manera equivalente un derecho transgredido, que previamente le correspondía.

En el ámbito contractual, el hecho de que la fuente de la obligación indemnizatoria sea el incumplimiento es de vital importancia para el análisis de los daños como materia transigible. Esto se debe a que, como se analizó anteriormente, la transigibilidad dependerá de la capacidad de disponer de los derechos por las partes, ya sea para su transacción o renuncia. En el caso del daño contractual, la parte afectada adquirió a través del acuerdo una serie de derechos a su entera disposición; derechos que fueron transgredidos y que, a través de la indemnización del daño ocasionado, le serán devueltos. Así, la indemnización es un efecto del contrato, ya que, si bien las partes han convenido en sus derechos, obligaciones y la forma de cumplirlas; ha quedado previamente regulado lo que no se debe hacer. Por ende, la fuente de la indemnización contractual es el incumplimiento de las obligaciones convenidas, que faculta al agraviado a reclamar su indemnización.

El contrato como fuente de obligaciones adquiere carácter de ley para las partes, por ende, es lógico que la ruptura de lo convenido merezca una sanción compensatoria y reparatoria que devuelva a la parte afectada lo que se le había prometido: los derechos que le habían sido otorgados a partir del convenio y que estaban a su entera disposición. De esta forma, el agraviado tendrá la potestad de ejercer su derecho sobre la indemnización que corresponda o renunciar a la misma.

Tal y como se ha analizado, tanto el daño patrimonial como su acción de indemnización constituyen materia transigible debido a que: i) recaen sobre intereses particulares, amparados ya sea bajo la ley o bajo un contrato; ii) el hecho de ser intereses subjetivos los hace enteramente disponibles para quien los alega; iii) la disponibilidad sobre ellos permite su transacción o renuncia; iv)

por ende, no existe impedimento legal para que tanto el daño como su valoración e indemnización puedan ser conocidos por tribunales arbitrales.

1.3 Valoración del daño por Tribunales Arbitrales:

La acción de indemnización por daños y perjuicios puede ser sometida al conocimiento de un Tribunal Arbitral por las siguientes razones. Primero, el arbitraje es un método alternativo para la solución de conflictos reconocido constitucionalmente, en donde la norma suprema exige que este proceso sea aplicado con sujeción a la ley (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art.190). Segundo, tanto la CRE como la LAM exigen que el arbitraje verse sobre materias que por su naturaleza se pueda transigir. Tercero, como se analizó en el numeral anterior, tanto los daños y perjuicios, como su acción de indemnización, constituyen materia transigible debido a que versan sobre derechos patrimoniales, disponibles para las partes, que recaen sobre intereses particulares plenamente transigibles.

El efecto procesal que adquiere el convenio arbitral es determinante para la valoración de los daños. Romero afirma: "...el compromiso arbitral produce en el ámbito procesal el siguiente efecto: concede jurisdicción por razón de la materia al tribunal arbitral, vedando del conocimiento del asunto a los otros tribunales ordinarios o especiales" (Romero, 1999, p.416). De acuerdo con esta concepción, el convenio arbitral otorga a los árbitros la facultad de resolver las controversias a ellos encomendadas de manera absoluta. Sin embargo, en este escenario pueden darse dos alternativas. La primera alternativa es que las partes, dentro de una relación contractual, hayan suscrito previamente una cláusula arbitral, en donde se haya decidido someter cualquier controversia durante la ejecución del contrato. Es decir, si la controversia produce daños; tanto la controversia misma como la reclamación y cuantificación de los mismos, deberá seguir el mismo procedimiento arbitral; puesto que los daños constituyen el efecto negativo que surge del conflicto otorgado a los árbitros para su resolución. La segunda alternativa es que las partes no tengan una cláusula arbitral previamente suscrita y opten por suscribir un compromiso arbitral para someter la acción por daños y perjuicios ante los árbitros.

Por ende, para la valoración de los daños y perjuicios por parte de un Tribunal Arbitral se requerirá una cláusula o compromiso arbitral previamente suscrito por las partes, debido a que el efecto de dicho convenio imposibilita a la justicia ordinaria de conocer las controversias en él determinadas, incluyendo el conocimiento del daño fruto de dichas controversias, en respeto a la voluntad de las partes.

Si bien el referente objetivo de la capacidad del árbitro no es otra que la controversia indicada en el convenio arbitral (López, 2009, p.91), la resolución de una controversia no se limita a realizar un mero ejercicio de subsunción; la potestad de administrar justicia que la ley otorga, tanto a jueces como a árbitros, está llamada a amparar el derecho a la tutela judicial efectiva y las normas del debido proceso conforme lo estipulado en la CRE (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, Arts.1, 15). Este cuerpo normativo establece:

“El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal y harán efectivas las garantías del debido proceso” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art.169).

Dentro de las garantías del debido proceso establecidas en la CRE se encuentra el mandato supremo que tiene la administración de justicia de garantizar el cumplimiento de normas y derechos de las partes (Constitución de la República, 2008, Art.76). Por ende, debido a que entre los derechos de las partes se encuentra el derecho a ser indemnizadas por daños, los árbitros están llamados y facultados para resolver la controversia, determinar la valoración de los daños y exigir la indemnización correspondiente a fin de cumplir las exigencias que involucran su ejercicio como administradores de justicia.

Adicionalmente, hay que reconocer que el hecho de que los árbitros acepten su designación, conlleva su obligación de conocer las controversias a ellos encomendadas; disputas que surgen de una relación contractual principal. Por ende, si los daños y perjuicios provienen de esta relación contractual, sometida

a conocimiento de los árbitros, los árbitros están en la obligación de conocerlos y valorarlos, siempre que en virtud del principio kompetenz kompetenz, se declaren competentes para hacerlo. En ese sentido, la legislación no puede menguar el derecho de las partes de acudir a un tribunal arbitral para valorar daños y perjuicios.

2. DERECHO DE COMPETENCIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA:

2.1 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado:

La CRE determina entre los objetivos de la política comercial el evitar las prácticas monopólicas, oligopólicas y otras que afecten el funcionamiento de los mercados. La norma suprema dispone como deber del Estado el control, regulación e intervención en los intercambios y transacciones económicas a fin de garantizar la protección de la producción nacional y el establecimiento de mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio o de abuso de posición de dominio y otras prácticas de competencia desleal. Del mismo modo, el Estado está llamado a impulsar y velar por un comercio que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Arts.304-335).

En seguimiento a los principios constitucionales mencionados, en agosto de 2011, el Presidente de la República del Ecuador, en aquel entonces Rafael Correa, presentó a la Asamblea Nacional el proyecto de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, con carácter de urgente en materia económica. Dicho proyecto de ley fue asignado a la Comisión Especializada del Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control; delegación que reconoció la importancia del proyecto, debido a que: “En una realidad económica como la ecuatoriana, donde pocas empresas manejan la mayor parte de la producción y/o venta de bienes y servicios, la urgencia y

necesidad de esta ley se vuelve de una importancia suprema” (Asamblea Nacional, Informe para Primer Debate, Proyecto de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, 2011).

Uno de los principales motivos que impulsó la creación de la LORCPM fue el hecho de que, según los datos del censo económico nacional, la economía ecuatoriana estaba altamente concentrada en un patrón de especialización que tendía al estancamiento de la industria y a un dominio de las actividades primario-extractivistas-exportadoras. Por ende, la alternativa impulsada por el Gobierno nacional era lograr un patrón de especialización enfocado en la producción secundaria y terciaria, que desarrolle el mercado interno, a través de la desconcentración y diversificación de la producción. La Ley mencionada se propuso con el fin de proteger a la ciudadanía de los abusos del poder de mercado, para garantizar a las empresas reglas claras y transparentes, para competir en condiciones justas; permitiendo que la concentración se dé de manera regulada y controlada por el Estado, en los sectores y actividades en que concentrar crea beneficios para la sociedad y no solamente lucro para los monopolios u oligopolios (Asamblea Nacional, Informe para Segundo Debate, Proyecto de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, 2011).

Luego de los debates correspondientes, la Asamblea Nacional expidió la LORCPM en octubre de 2011 bajo el siguiente objeto:

“ ...Evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible” (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, Art.1).

Como se puede evidenciar esta ley propone dos mecanismos para la regulación y control del mercado. Por un lado, propone un control ex ante, a través del cual el Estado podrá evitar y prevenir el cometimiento de infracciones a la ley; y, por otro lado, un control ex post, a través del cual el Estado podrá eliminar y sancionar dichas infracciones.

Esta ley, de amplio alcance, regula a todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras que realicen actividades económicas en el territorio nacional o actividades que puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, Art.1).

La LORCPM establece varios lineamientos fundamentales para la regulación del derecho de competencia, de entre los que se destacan dos. En primer lugar, la norma dispone el fomento de la desconcentración económica a fin de evitar prácticas monopólicas y oligopólicas privadas, contrarias al interés general; y, en segundo lugar, la ley manda a la defensa del interés general que prevalece sobre el interés particular (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, Arts. 2 y 4). Estos dos elementos promueven una sinergia en el comercio que pretende equilibrar las acciones privadas versus sus efectos generales en el mercado, a fin de proteger al mercado y sus consumidores. Cabe destacar que la CRE reconoce a las personas el derecho a: “...desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”(Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art.66). Por ende, el derecho a la libertad de empresa y desarrollo económico no es un derecho privado absoluto, ya que se ve limitado por el interés social y por las necesidades del mercado de acuerdo con las diversas circunstancias de los tiempos.

2.1.1 Actuaciones y competencias reguladas por la LORCPM:

La LORCPM regula, entre otras, dos grandes ramas del derecho de la competencia que tienen relación con intereses públicos y privados. Por un lado, la norma regula las prácticas comerciales restrictivas, concepto que agrupa la

prohibición del comportamiento de empresas que impiden el libre juego de la oferta y demanda en el mercado, y castiga acuerdos y actos restrictivos y el abuso de posición de dominio. De igual forma, a través de autorizaciones busca prevenir operaciones de integración empresarial y lucha contra la excesiva concentración de poder económico. La finalidad de esta rama es proteger la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor y la redistribución equitativa del dinero en la economía; dentro del marco del mercado-institución. Por otro lado, regula la competencia desleal, a través de la búsqueda de la defensa de los empresarios frente a ataques realizados por participantes de un mercado que afecten a la concurrencia. De esta forma, sanciona comportamientos que afectan a la competitividad, ya que la finalidad de esta rama es proteger el interés privado y la propiedad dentro del mercado-negocio individual (Velandia, 2008, p.45).

La LORCPM regula estas dos grandes ramas (prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal) en cuatro aspectos específicos que serán desarrollados a continuación.

1. Concentración Económica:

La concentración económica constituye la fusión de varias empresas, previamente independientes, así como la toma de control de la totalidad o parte de una empresa (Alvear, 2015, p.42). Las operaciones de concentración económica que sanciona la LORCPM son entre otras: i) fusión entre operadores económicos; ii) vinculación mediante administración común; iii) cualquier acuerdo que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona u operador económico, los activos de un operador económico o el control en la adopción de decisiones; etc. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, Art.15).

A fin de evitar la concentración económica, la LORCPM exige a los operadores económicos una notificación de concentración, siempre que: i) “...el volumen de negocios total en Ecuador de los asociados supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes que haya establecido la Junta de Regulación; y ii) en el caso de

concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica, y que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo” (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, Art.16). Sin embargo, los casos que no cumplan estas condiciones no requerirán autorización previa por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Para estos procedimientos, el órgano estatal competente tendrá la facultad de autorizar la operación; subordinar el acto al cumplimiento de condiciones; o denegar la autorización (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, Art.21).

2. Abuso de poder de mercado:

La doctrina define al abuso de poder de mercado o abuso de posición de dominio como: “Conductas de empresas con poder de mercado que deberían prohibirse por amenazar o por violar algún principio del ordenamiento jurídico” (Barandarián, 2002, p.501). Conforme a la LORCPM, el abuso de poder de mercado se produce cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen, distorsionen la competencia o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

El poder de mercado constituye la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado; tomando en consideración elementos como su participación en el mercado, existencia de barreras de entrada y salida; disputabilidad del mercado; características de la oferta, entre otros (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, Arts.8,9).

La ley establece una serie de actos que implican el abuso de la posición de dominio tales como:

- Afectación a la participación de otros competidores

- Fijación de precios predatorios
- Alteración injustificada en los niveles de producción del mercado
- Venta condicionada o venta atada
- Trato discriminatorio

- Imposición de condiciones para la compra, venta y distribución de servicios, entre otros...(Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, Art.9).

3. Prácticas restrictivas de la competencia:

La LORCPM regula las prácticas restrictivas de la competencia mediante una cláusula abierta de prohibición para este tipo de prácticas, a través de la cual se ejemplifican varios supuestos que la doctrina los ha consolidado en dos grandes categorías:

- a. Acuerdos horizontales: celebrados entre dos o más operadores económicos que se encuentran en la misma sección de mercado. Estos acuerdos pueden plasmarse en: i) fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales; ii) celebración de contratos sujetos a prestaciones suplementarias; iii) limitación y control de la producción, distribución y desarrollo técnico a las inversiones; iv: licitación colusoria; entre otros, (Alvear, 2015, pp.49,50).

- b. Acuerdos verticales: consisten en acuerdos entre dos o más operadores económicos situados en diferentes procesos de producción o de comercialización de un mismo producto, que busquen falsear o restringir la competencia, como por ejemplo: i) acuerdos de exclusividad; ii) reparto de mercado; iii) ventas condicionadas o vinculadas, etc, (Alvear, 2015, p.53).

4. Prácticas desleales:

Según la doctrina, la competencia desleal obliga a los operadores económicos a invadir la esfera de actividades de sus competidores y perturbar el desenvolvimiento normal de la competencia (Calvo, 1952, 332).

La LORCPM considera como prácticas desleales a: "...todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria"(Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, Art.25). De esta forma, la norma plantea un espectro amplio de prohibición que incluye sanciones para hechos, actos o prácticas desleales, bajo cualquier forma que adopten, siempre que restrinjan, falseen o distorsionen la competencia y atenten contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, Art.26). De acuerdo a la ley: "Los competidores se hallan obligados a no desviar la clientela asignada a un fondo mercantil valiéndose de procedimientos desleales"(Calvo, 1952, 333)

La legislación establece supuestos de lo que constituyen las prácticas desleales, entre los que se incluyen actos de confusión, engaño, imitación, denigración, violación de secretos empresariales, entre otros (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, Art.27). La jurisprudencia ha manifestado que para considerar la existencia de competencia desleal se debe: "verificar la presencia de acciones contrarias a los usos o costumbres honestos; elementos que deben ser objeto de prueba por quien alega deslealtad" (Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 11. Página 3652).

De manera adicional a las conductas sancionadas por la LORCPM, existen mecanismos de prevención o control ex ante, tales como el establecimiento de medidas correctivas que tienen como finalidad restablecer el proceso competitivo, prevenir, impedir, suspender o corregir una conducta contraria a la Ley, para evitar que dicha conducta se produzca nuevamente. Las medidas correctivas incluyen: i) el cese de la práctica anti competitiva; ii) la celebración de contratos tendientes a restablecer el proceso competitivo; iii) la inoponibilidad de las cláusulas anticompetitivas de actos jurídicos. Dichas medidas podrán ser aplicadas previo informe técnico del órgano de investigación de la Superintendencia de Control y Poder del Mercado (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, Arts.73-74). Además, dentro del control ex ante la Junta de Regulación tiene entre sus

atribuciones el emitir recomendaciones para el establecimiento de políticas de precios; expedir métodos de determinación de mercados y mercados relevantes; aplicación de compromisos de cese; entre otras medidas de control preventivo.

Las infracciones que regula la LORCPM amparan tanto el interés público de consumidores y su capacidad adquisitiva, a través de la protección de un mercado libre y sin barreras para la competencia; como el interés privado de los operadores económicos, a través de la garantía de un mercado equitativo.

2.2 Superintendencia de Control y Poder de Mercado como ente regulador de la competencia del mercado: facultades y atribuciones:

La LORCPM creó la SCPM como un organismo técnico de control, que pertenece a la Función de Transparencia y Control Social, con capacidad sancionatoria, que cuenta con amplias atribuciones para lograr que los operadores económicos cumplan las disposiciones de la LORCPM. Entre las facultades que confiere la LORCPM a la SCPM se encuentran el asegurar la transparencia y eficiencia de los mercados; fomentar la competencia; investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en la ley; y el control, autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica (El subrayado me corresponde)(Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, Arts.36 y 37). La SCPM está atribuida, entre otras facultades, a prevenir, conocer, corregir, sancionar y eliminar el abuso de poder de mercado, los acuerdos y prácticas restrictivas; y las conductas desleales contrarias al régimen previsto en la LORCPM. Además podrá realizar estudios e investigaciones de mercado; sustanciar procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por el incumplimiento de la LORCPM; celebrar audiencias con presuntos responsables, testigos y peritos; elaborar peritajes e inspecciones; aplicar sanciones; emitir recomendaciones de carácter general respecto de las modalidades de la competencia en los

mercados; examinar e investigar concentraciones económicas; atender consultas y resolver reclamos contra operadores económicos cuya actuación pudiere ser contraria a la ley; entre otras. Incluso, la entidad podrá actuar de oficio o a petición de parte para el ejercicio de sus atribuciones (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, Arts.36-38).

Para efectos del presente ensayo, nos centraremos en el procedimiento de investigación y sanción atribuido a la SCPM para la determinación y sanción de ilícitos anticompetitivos.

2.2.1 Procedimiento de Investigación y Sanción:

El Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado establece el procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas, que se caracteriza por ser un proceso que puede iniciar de oficio o a petición de parte. Este procedimiento se compone de cuatro fases:

i) Investigación previa: en esta fase la SCPM conducirá una investigación y notificará a los presuntos responsables a fin de obtener explicaciones. Una vez obtenidas las explicaciones de los presuntos responsables, la SCPM decidirá, mediante resolución, si archivar la investigación previa o continuar con la investigación y abrir el procedimiento.

ii) Etapa de Investigación: en esta etapa la SCPM podrá solicitar a cualquier operador económico los documentos que estime necesarios para realizar su investigación. Una vez concluida la investigación, la SCM realizará un informe en el que se establecerán medidas correctivas y sanciones, de ser el caso.

iii) Etapa de prueba: la SCPM establecerá un término de prueba a fin de que las partes puedan deducir alegaciones o solicitar pruebas que consideren pertinentes para la defensa de sus intereses. Una vez vencido el término, la autoridad expedirá un informe final en el que se enumerará y valorará la prueba presentada, se establecerán sanciones y medidas correctivas; y cuando proceda el importe de multas.

iv) Etapa de resolución: una vez emitido el informe final, esta será notificado a las partes para la presentación de sus alegatos. Si la SCPM considera

oportuno, se convocará a las partes a audiencia pública; caso contrario, la resolución determinará si se produjo la infracción a la ley, e impondrá las sanciones y medidas correctivas establecidas en la norma. Durante este periodo se podrán establecer investigaciones complementarias (Reglamento a la ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, 2012, Arts.52-72).

Como se puede observar, el procedimiento de conocimiento, investigación y sanción está atribuido únicamente a la SCPM; sin embargo, la norma faculta seguir a través de acción civil la acción que corresponda por daños y perjuicios.

En ese sentido, la LORCPM establece en su artículo 71:

“Las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de actos o conductas prohibidas por esta Ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común. La acción de indemnización de daños y perjuicios será tramitada en vía verbal sumaria, ante el juez de lo civil y de conformidad con las reglas generales y prescribirá en cinco años contados desde la ejecutoria de la resolución que impuso la respectiva sanción”(Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, 2011, Art.71).

Mientras que el artículo 79 del Reglamento a la LORCPM dispone:

“El juez que dictamine sobre las acciones civiles previstas en el artículo 71 de la Ley fundamentará su fallo en los hechos y calificación jurídica ya establecidos en la resolución que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado emita respecto a los asuntos que hubiere conocido”(Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2012, art.79).

Según estas normas, se evidencian algunos aspectos que se deben destacar para efectos del presente trabajo. Primero, como ya se mencionó anteriormente, la SCPM tiene competencia para conocer y resolver sobre la existencia de infracciones a la competencia y sus respectivas sanciones. Segundo, la LORCPM deja a salvo la vía civil para la reclamación de daños y

perjuicios. Tercero, en relación a los daños producto de una infracción a la competencia, la labor del juez se limita a cuantificar los mismos a partir de la resolución de la SCPM. Es decir, la acción por reclamación de daños únicamente se podrá plantear una vez emitida la Resolución de la SCPM, ya que el juez deberá fundamentar su fallo en los hechos y la calificación jurídica ya establecidos en dicho acto administrativo.

Por ende, en el Derecho de la Competencia para la reclamación de daños y perjuicios existe un requisito prejudicial y de procedibilidad que se plasma en la Resolución de la SCPM, que para efectos del procedimiento de reclamación de daños y perjuicios, servirá como prueba fehaciente de que el operador económico ha cometido una infracción contra la competencia. Sin embargo, dicha Resolución únicamente evalúa la infracción en relación con la ruptura normativa y sus efectos en el mercado de forma general; pero, corresponde al juez valorar los daños y cuantificar en qué medida se han afectado sus intereses. Es decir que el juez deberá valorar el efecto directo que tuvo la conducta anti competitiva únicamente frente a la víctima.

2.3 Resoluciones de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado: características y efectos jurídicos:

Tal y como se ha expuesto anteriormente, la LORCPM faculta a la SCPM a prevenir, investigar, sancionar, corregir y eliminar el abuso del poder de mercado, los acuerdos y prácticas restrictivas y las conductas desleales contrarias a la ley (Ley Orgánica de Regulación y control del Poder de Mercado, 2011, Art.37). Dichas sanciones se expresan mediante Resoluciones que constituyen actos administrativos.

La doctrina ha definido al Acto Administrativo como: “Una declaración unilateral, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos” (Dromi, 2008, p.37). El Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (en adelante ERJAFE) lo define como: “Toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa (Estatuto Régimen

Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, 2002, Art.65); mientras que el Código Orgánico Administrativo establece el siguiente concepto: “Declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa” (Código Orgánico Administrativo, 2017, Art.98). El elemento que se destaca de las definiciones expresadas es que el Acto Administrativo produce efectos jurídicos directos, siempre que el acto sea de carácter definitivo.

En relación a los efectos jurídicos del acto administrativo: “El efecto general consiste en que modifica el ordenamiento jurídico existente, es decir, crea, modifica o extingue una situación jurídica, que crea, modifica o extingue derechos y obligaciones” (Rodríguez, 2006, p.65). Adicionalmente, el Acto Administrativo crea efectos que cumplen con las siguientes características: i) son directos: no están subordinados a la emanación de un acto posterior; b) son individuales: el acto administrativo produce efectos subjetivos y concretos, de alcance individual; y iii) son actuales: tienen que estar contenidos y previstos en la propia emisión del acto, pese. a que sean futuros (Dromi, 2008, pp.45-50). El vínculo directo que se crea entre la administración y el administrado es equivalente al vínculo que producen los actos jurídicos dentro de la esfera privada, con la diferencia de que en este caso no existe una manifestación de voluntad conjunta, sino la manifestación unilateral de la voluntad de la administración.

El acto administrativo generará efectos definitivos debido a que: i) resuelve el fondo del problema planteado por una necesidad administrativa o la petición del particular; ii) produce un efecto externo; y, iii) crea una relación entre la administración y el administrado (Gordillo, 1995, p.7). En el caso de las resoluciones emitidas por la SCPM, la autoridad está facultada para resolver infracciones a la LORCPM, ya sea de oficio o a petición de parte, gracias al procedimiento de investigación y sanción de la SCPM; proceso en el que la carga de la prueba corresponde a la autoridad. El objeto de las resoluciones de la SCPM es determinar la existencia o no de infracciones a la LORCPM y

establecer las sanciones o medidas de prevención y suspensión que correspondan. Por ende, a partir de las resoluciones emitidas por la SCPM, la relación que se establece entre la administración y el operador económico exigirá a este último, ya sea la suspensión de la medida ilegal, el pago de la multa establecida en la sanción y la indemnización de daños y perjuicios, en caso de ser demandada.

Además, existen dos características generales que envuelven a los actos administrativos, y por ende a las resoluciones de la SRCPM: la legitimidad y ejecutoriedad. La Corte Suprema de Justicia ha expresado que los actos administrativos “gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y están llamados a cumplirse, pero serán ejecutivos desde que se encuentren firme o se hallaren ejecutoriados” (Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3331). Por un lado, la presunción de legitimidad implica que el acto ha sido dictado de acuerdo al ordenamiento jurídico y produce dos efectos: i) prohíbe a los jueces decretar de oficio la invalidez del acto administrativo; y, ii) la necesidad de alegar y probar su ilegitimidad (Cassagne, 2010, p.322). Gracias a este principio, los administrados están llamados a cumplir con los actos administrativos de manera inmediata debido a que la ley presupone la validez del acto. Por otro lado, la ejecutoriedad consiste en la facultad de los órganos estatales para disponer la realización o cumplimiento del acto, sin intervención judicial, dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico (Cassagne, 2010, p.325).

En relación a estos dos principios, la LORCPM establece que los actos administrativos emanados de las autoridades de la SCPM se presumen legítimos y están llamados a cumplirse desde su notificación (Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, 2011, Art.65). El cumplimiento de las resoluciones estará supeditado al hecho de que éstas deberán ser motivadas (Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, 2011, Art. 41). El requisito de motivación es fundamental para la validez del acto administrativo. La CRE ampara al administrado con el derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades y a recibir respuestas motivadas. De igual forma, la

norma suprema establece: “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos (El subrayado me pertenece) (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Arts. 66, 76). La motivación también se encuentra recogida en el Principio de Racionalidad del Código Orgánico Administrativo (en adelante COA), que dispone que la decisión de las administraciones públicas debe estar motivada (Código Orgánico Administrativo, 2017, Art. 23).

En caso de que el administrado considere que la resolución tiene vicios de validez, debe ser anulado o impugnado, la LORCPM otorga los recursos de reposición, apelación, extraordinario de revisión y la acción contenciosa. El recurso de reposición, o reconsideración en otras legislaciones, es el que se presenta ante el mismo órgano que lo dictó para que lo revoque, sustituya o modifique por contrario imperio (Gordillo, 1995, p.8). En este caso, la LORCPM otorga al administrado 20 días, contados a partir del siguiente día de notificación, para presentar dicho recurso. Caso contrario, si no se interpone ni la reposición ni la apelación, la resolución causará estado y se agotará la vía administrativa, quedando únicamente la vía judicial (Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, 2011, art.66).

En cuanto al recurso de apelación, la LORCPM determina que este recurso deberá ser presentado ante el Superintendente de control de Poder de Mercado, en un plazo de 20 días contados a partir del día siguiente de la notificación; caso contrario, el acto administrativo será firme para todos sus efectos (Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, 2011, art.67). Con relación al recurso extraordinario de revisión, el mismo cuerpo normativo otorga interés legítimo para la presentación de dicho recurso al Superintendente, los consumidores o los agentes de mercado que tengan un interés legítimo, para lo cual se tendrá un plazo de 3 años, desde que el acto haya quedado en firme (Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de

Mercado, 2011, art.68). Adicionalmente, la ley otorga la acción contenciosa administrativa contra el acto, siempre que no se encuentre firme, para lo cual no será necesario que se agote la vía administrativa. Sin embargo, este recurso no será suspensivo de medidas preventivas o correctivas en ningún caso, salvo la suspensión de la multa económica siempre que el perjudicado rinda caución por el cincuenta por ciento del valor fijado por la autoridad de competencia.

Como se ha podido observar, las resoluciones emitidas por la SCPM producen efectos directos, individuales y actuales contra quienes han sido otorgadas, generando un vínculo jurídico entre la administración y el operador económico. Sin embargo, adicional a los efectos directos de sanción o detención de la infracción a la LORCPM, existen otros efectos indirectos del mercado y el resarcimiento de daños y perjuicios para los perjudicados. Sin embargo, todos los efectos de las resoluciones podrán ejecutarse una vez que éstas se encuentren ejecutorias. Por ende, la explicación anteriormente expuesta, respecto de los medios de impugnación, se ha realizado debido a que, como se analizará en el siguiente capítulo, para la reclamación de daños y perjuicios la LORCPM exige que exista una resolución previa de la SCPM. Sin embargo, ¿Qué sucede con los daños en este escenario? ¿El requisito de pre judicialidad exigiría que la reclamación de daños sea suspendida hasta tener la resolución definitiva?

El Acto Administrativo produce efectos jurídicos siempre que el acto sea de carácter definitivo. El ERJAFE establece que los actos de la Administración Pública serán inmediatamente ejecutivos salvo los casos de suspensión. Incluso, la interposición de cualquier recurso no suspende la ejecución del acto impugnado, salvo que el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros suspenda su ejecución. Además, se podrá realizar la suspensión, de oficio o a petición de parte, cuando la ejecución pueda causar perjuicios de imposible o difícil reparación. La suspensión se prolongará después de agotada la vía administrativa y los efectos de ésta se extenderán a la vía contencioso administrativa, en este caso, la administración se abstendrá de ejecutar el acto

impugnado hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial (Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, 2002, Art.161,189).

El COA coincide con el ERJAFE al establecer que, por regla general, los actos administrativos se presumen legítimos y deben ser ejecutados luego de su notificación. La interposición de cualquier recurso administrativo o judicial no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo que la persona interesada solicite la suspensión dentro del término de tres días, petición que será resuelta en término igual. La ejecución del acto impugnado puede suspenderse cuando pueda causar perjuicios de imposible reparación o cuando la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad. Adicionalmente, la administración podrá suspender la ejecución del acto previa ponderación de los daños que su suspensión o ejecución causaría al administrado (Código Orgánico Administrativo, 2017, Art.229). El Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP), permite la suspensión del acto impugnado en el proceso contencioso administrativo “cuando de los hechos alegados en la demanda y las pruebas acompañadas, aparezca como justificado un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida, sin que esto implique una decisión anticipada sobre el fondo” (Código Orgánico General de Procesos, 2015, Art.330).

En virtud de los artículos citados se destaca que, debido a la presunción de legitimidad de los actos administrativos, éstos deben ser ejecutados luego de su notificación; salvo que, conforme al COA, el interesado solicite su suspensión en los términos detallados anteriormente. En ese punto cabe destacar que la LORCPM establece que los actos administrativos emanados de las autoridades de la SCPM se presumen legítimos y están llamados a cumplirse desde su notificación (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, Art.65).

En un primer escenario, siempre que no se solicite la suspensión conforme a los artículos mencionados del COA, la acción de daños y perjuicios a partir de una resolución de la SCPM podrá ser ejecutada después de los tres días a

partir de su notificación. Caso contrario, si existe una solicitud de suspensión, quedará a criterio de la administración el analizar su viabilidad o no. Sin embargo, si se considera que el suspender la ejecución de las resoluciones emitidas por la SCPM podría generar un grave perjuicio al interés público, debido a la suspensión de un mecanismo que busca recuperar el equilibrio del mercado; sería poco probable que se suspendan los efectos de una resolución de la SCPM.

Sin embargo, en el caso en que éstos sean suspendidos, la acción por daños y perjuicios, fruto de una resolución expedida por la SCPM, quedaría igualmente suspendida hasta que la administración declare la existencia o inexistencia de la infracción contra la LORCPM. Dicha suspensión podría durar entre 1 mes y 5 años, dependiendo los recursos que decidan presentarse; en sede administrativa o contenciosos administrativa.

Esta suspensión podría tener efectos perjudiciales para el agraviado ya que la suspensión de su derecho de reclamo de daños y perjuicios puede implicar su salida del mercado, quiebra, cierre del negocio, etc. En ese sentido, en materia de daños y perjuicios las resoluciones de la SCPM son insuficientes y la administración debería prever mecanismos de protección para los operadores que han sufrido daños por conductas anti competitivas para que sus derechos no queden suspendidos por un requisito de prejudicialidad.

3. APLICACIÓN DEL DERECHO DE COMPETENCIA EN EL PROCESO ARBITRAL:

3.1 Competencia del Tribunal Arbitral para valorar daños producto de una conducta sancionada por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado:

La competencia de tribunales arbitrales en la aplicación de normas de derecho de competencia es limitada, por dos razones específicas. Primero, tal y como se analizó en el capítulo anterior, la LORCPM ha creado a la SCPM como ente regulador en materia de competencia, con capacidad sancionadora y con

amplias atribuciones para lograr que los operadores económicos cumplan las disposiciones de la LORCPM. La SCPM tiene capacidad para investigar, conocer, prevenir, corregir, sancionar y eliminar el abuso de poder de mercado, los acuerdos y prácticas restrictivas, las conductas desleales contrarias al régimen previsto en la ley; y el control, autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, Arts.36 y 37). De este modo, el conocimiento y sanción de una ilegalidad en materia de competencia están fuera de la competencia de un tribunal arbitral, debido a que existe un órgano administrativo facultado para el efecto; las sanciones a este tipo de infracciones ya se encuentran previstas en la ley y los efectos de las normas de competencia protegen intereses colectivos que recae en la esfera de lo público. Por ende, dichas atribuciones, así como el conocimiento y resolución respecto a la existencia o inexistencia de infracciones a la LORCPM están fuera de la competencia de tribunales arbitrales.

Segundo, las normas de derecho de competencia tienen una naturaleza de carácter público ya que tienen como objeto evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar infracciones hacia la competencia para garantizar la eficiencia de los mercados (Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, 2011, Art.1). Desde una perspectiva muy general, debido a que existe interés estatal directo en el fomento de la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, a través del establecimiento de supuestos antijurídicos y mecanismos de sanción para evitar prácticas anticompetitivas (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art.336); las normas de derecho de competencia regulan un ámbito que está fuera del alcance y disposición de las partes, debido a que forman parte del orden público, que responde a un interés social y una limitación a la materia arbitral.

Sin embargo, si se analiza el derecho de competencia desde un enfoque muy general, parecería ser que el derecho de la competencia no entra dentro de la esfera de lo arbitrable. Pero, tal y como en el caso de la valoración de daños producto de una conducta previamente sancionada por la SCPM; la aplicación

de la LORCPM recae dentro de la esfera privada, por lo que podría ser arbitrable.

El mecanismo que la LORCPM otorga para la determinación de una infracción al derecho de competencia es el proceso de investigación y posterior resolución emitida por la SCPM. A partir de este primer proceso, se sanciona el incumplimiento de la norma o sus supuestos antijurídicos. Sin embargo, en relación con la indemnización de daños y perjuicios derivados de estas infracciones, el artículo 71 de la LORCPM, anteriormente citado faculta a las personas naturales o jurídicas a ejercer el resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas de derecho común. En tal virtud, según lo analizado en el primer capítulo, la legislación establece como principio general que todo daño debe ser reparado por la persona que lo causó y el mecanismo civil de reparación efectiva de dicho daño constituye la indemnización de perjuicios, que comprende el daño emergente y el lucro cesante. Del mismo modo, el COGEP establece que la acción por daños y perjuicios debe ser sustanciada a través de procedimiento ordinario, en el que el juzgador debe fijar en sentencia o auto interlocutorio el importe de daños y perjuicios (Código Orgánico General de Procesos, 2015, Art.98).

Sin embargo, el juez no es el único competente para conocer una acción de daños y perjuicios, ya que, los tribunales arbitrales están facultados a hacerlo debido a que, tal y como se ha analizado en el presente trabajo:

1. El arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos reconocido en la constitución y la ley.
2. Los árbitros pueden ejercer funciones jurisdiccionales de conformidad con la Constitución y la ley.
3. La ley exige que, para que el arbitraje tenga eficacia jurídica, el objeto sea susceptible de transacción y las partes tengan capacidad para transigir.
4. El objeto de la acción de daños y perjuicios es la valoración de los mismos para su posterior indemnización y reparación.
5. La valoración de daños es materia transigible debido a que: i) recaen sobre intereses particulares, amparados ya sea bajo la ley o bajo un contrato; ii) el

hecho de ser intereses subjetivos los hace enteramente disponibles para quien los alega; iii) la disponibilidad sobre ellos permite su transacción o renuncia; iv) por ende, no existe impedimento legal para que tanto el daño como su valoración e indemnización puedan ser conocidos por tribunales arbitrales.

6. La acción por daños y perjuicios es arbitrable debido a que las partes están en libre disposición de los derechos patrimoniales que surgen producto de la lesión a los intereses tutelados por la legislación. Es decir que estos derechos están en una esfera privada, en donde la acción de resarcimiento es optativa.

Tal y como se ha determinado, la valoración de los daños constituye materia transigible. Gracias a esta determinación, el agraviado puede acudir al arbitraje para solicitar la indemnización que corresponda, para lo cual requiere de un convenio arbitral que defina el alcance de la competencia del tribunal arbitral.

En ese sentido, para la valoración de los daños fruto de infracciones a la LORCPM existen dos escenarios. Por un lado, el que las partes involucradas en el proceso de investigación y resolución de la SCPM hayan estado vinculadas a través de un contrato mercantil que contenía una cláusula arbitral. Bajo este escenario, cabe el análisis del alcance de dicha cláusula a fin de conocer si podría ser aplicable a la valoración de daños. Por otro lado, si las partes no mantienen vínculo alguno pueden optar por suscribir un compromiso arbitral, que cumpla con los requisitos formales exigidos en la ley y que se limite a otorgar a los árbitros la facultad de valorar los daños y perjuicios fruto de la infracción previamente sancionada por la SCPM.

Cabe destacar que, en cualquiera de los casos, la LORCPM y su reglamento disponen que el juez que conozca la acción por daños y perjuicios debe fundamentar su fallo sobre la resolución de la SCPM como un requisito prejudicial.

3.2 Prejudicialidad del derecho de competencia previo a la aplicación de la norma por un Tribunal Arbitral:

Si bien los tribunales arbitrales son competentes para valorar los daños y perjuicios fruto de una acción sancionada por la LORCPM; el artículo 71 del Reglamento a la LORCPM, anteriormente citado, establece un requisito prejudicial previo a la valoración de daños y perjuicios. Es decir que, por un lado, la competencia atribuida al tribunal arbitral a través del convenio arbitral, iniciará a partir de la ejecutoriedad de la Resolución expedida por la SCPM, que permitirá al Tribunal Arbitral valorar los daños; y, por otro lado, la Resolución de la SCPM en el proceso arbitral constituirá prueba plena del cometimiento de la infracción previamente sancionada y de la existencia del daño. Por ende, los requisitos que generan la responsabilidad de indemnización frente al daño, quedan probados gracias a la Resolución, es decir: i) la existencia de un daño cierto; ii) la determinación de la culpa; y iii) el vínculo causa-efecto entre la culpa y el daño, definidos tras el proceso de investigación iniciado por la SCPM.

En vista de la existencia de la Resolución previamente emitida por la SCPM, la acción posterior del tribunal arbitral únicamente se limitará a la valoración del daño provocado, ya que el tribunal arbitral no tiene competencia para decidir si se cometió o no la infracción sancionada o si su sanción ha sido legal; debido a la presunción de legalidad del acto administrativo que la ampara y al hecho de que la SCPM es el único organismo facultado para determinar la existencia de incumplimientos a la LORCPM y su correspondiente sanción.

Sin embargo, es menester que la Resolución emitida por la SCPM se encuentre ejecutoriada a fin de que la intervención del Tribunal Arbitral no transgreda los derechos a la defensa de las partes. Tal y como se analizó en el capítulo anterior, existe la posibilidad de que la acción por daños y perjuicios se encuentre suspensa hasta la ejecutoriedad de la Resolución que determina y sanciona la infracción. Sin embargo, existen vacíos legales que deben ser considerados en defensa de los intereses de los operadores económicos e interrogantes que deberían ser resueltas a futuro ya que no es legítimo que el

agraviado deba esperar un periodo de un mes a tres años, en el supuesto de que se presente un recurso extraordinario de revisión, para poder ejercer las acciones por los daños provocados; tampoco es legítimo que se suspenda el ejercicio de la acción de daños y perjuicios. Es necesario establecer mecanismos de reparación inmediata, dependiendo de la gravedad de la infracción y los daños provocados, que permita resarcir el daño desde el momento de la notificación, tal y como manda el principio de legitimidad del acto; y por último, si existe un acto que revoque dicha resolución, la indemnización debe tener un efecto devolutivo.

3.3 Ventajas de la aplicación del arbitraje en la valoración de daños producto de una infracción a la LORCPM:

Una vez que se ha determinado que los tribunales arbitrales tienen competencia para valorar los daños y perjuicios fruto de infracciones a la LORCPM, es preciso analizar las ventajas de la aplicación del procedimiento arbitral para este fin. Si bien tanto la justicia ordinaria como la arbitral están llamadas a respetar las garantías constitucionales de acceso a la justicia, debido proceso y la tutela efectiva (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art.75,76); existen elementos característicos del proceso arbitral que representan una serie de beneficios para las partes al momento de la valoración de daños.

Como se mencionó anteriormente, para poder llevar a cabo el arbitraje para la valoración de daños fruto de infracción a la LORCPM existen dos supuestos: por un lado, el que las partes hayan tenido una relación contractual previa, en cuyo caso el convenio arbitral sería suficiente para iniciar la cuantificación de los daños a través del arbitraje (dependiendo de las atribuciones conferidas a los árbitros); por otro lado, el que las partes no hayan tenido una relación contractual previa, en cuyo caso, deberán iniciar un proceso de negociación para la suscripción de un compromiso arbitral que permita que la valoración de los daños sea sometida a arbitraje. En este segundo escenario, si bien parecería complejo lograr una negociación entre las partes para poder suscribir el compromiso arbitral, sobre todo si se considera que tras la infracción

cometida a la LORCPM podría existir un ambiente de tensión entre los involucrados; es preciso que los abogados informen a las partes de la existencia de un proceso alternativo al mencionado en el artículo 71 de la LORCPM, que cuenta con una serie de beneficios que deben ser tomados en cuenta por las partes, previo a la definición del proceso que mejor convenga a los intereses.

En primer lugar, el arbitraje permite a las partes contar con árbitros especializados en la materia objeto de controversia. Este aspecto resulta trascendental en cuanto al derecho de competencia, ya que las infracciones a la LORCPM pueden surgir dentro de una diversidad de aspectos mercantiles, que exigen cierto grado de profesionalismo y conocimiento por parte del tribunal en cada materia, para lograr una valoración daños justa y efectiva, ya que “cada tipo de conflicto requiere un mecanismo específico de resolución” (Tornos, 2016, p.113); contrario a lo que sucedería con los jueces ordinarios, quienes generalmente no cuentan con conocimientos especializados o profundos en materia mercantil, que les permitan visualizar y realizar una correcta proyección de las afectaciones por las infracciones cometidas a la LORCPM. Adicionalmente, se debe considerar que la facultad que las partes tienen para designar sus árbitros en el procedimiento arbitral genera un beneficio cualitativo para el proceso, pues permite que las partes elijan un árbitro confiable a su criterio, quien cuente con un perfil profesional y experticia idóneos para manejar el conflicto, permitiendo que el proceso sea más llevadero y pacífico.

En segundo lugar, el arbitraje permite mayor flexibilidad procesal, debido a que el procedimiento puede llevarse a cabo conforme a las condiciones procesales que más se adapten a las circunstancias del litigio, de acuerdo con lo que convenga a las partes y los árbitros (Matheus, 2003, p.1). Gracias a esta cualidad, las partes pueden escoger el foro, normas que guiarán el arbitraje, nacionalidad de los árbitros, etc., a fin de diseñar un procedimiento acorde a sus necesidades; lo que les permite ahorrar tiempo y dinero. En tal virtud, el artículo 38 de la LAM establece: “El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los

centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan...” (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, Art.38). Esta flexibilidad otorga cierto grado de informalidad y adaptabilidad del proceso arbitral, ya que el árbitro puede obviar rigorismos o formalidades legales, sin perjudicar garantías procesales, siempre que cuente con la aprobación de las partes.

Cabe destacar que la flexibilidad procesal sería de suma utilidad en materia de competencia, en disputas que involucren actores internacionales ya que las partes pueden pactar arbitraje internacional y decidir libremente todo lo concerniente al procedimiento arbitral, tramitación, idioma, legislación aplicable, jurisdicción y sede el tribunal, que podría estar en Ecuador o país extranjero (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, Art.42). Por ejemplo, en el caso de que uno de los operadores económicos tuviera su domicilio en un país distinto al Ecuador, pero su conducta hubiere sido sancionada por la SCPM como infracción a la LORCPM, las partes podrían negociar bajo qué legislación y sede someter la valoración del daño; ya sea una sede intermedia geográficamente o una sede más favorable para la ejecución del laudo y correcta indemnización del daño, como en el caso de que los bienes del operador sancionado se encontraran fuera del país. En ese aspecto, la LAM permite a las partes determinar libremente el lugar del arbitraje en donde se podrá optar incluso por el lugar de los efectos del contrato o el domicilio del demandante (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, Art.35). De esta manera, la ejecución transfronteriza del laudo se convierte en otra ventaja fundamental para el derecho de competencia, ya que las relaciones comerciales se desenvuelven muchas veces fuera del marco territorial y requieren un tratamiento internacional.

En tercer lugar, el arbitraje permite un manejo confidencial del conflicto. La LAM faculta a las partes a convenir en la confidencialidad del proceso arbitral (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, Art.34). Esta ventaja también resulta fundamental en materia de competencia, ya que muchas veces las compañías evitan que su nombre y reputación se vean afectados por una sanción legal y buscan estrategias para reducir el impacto en la opinión pública. Por ende, gracias al proceso arbitral, por un lado, el manejo del conflicto será confidencial

y ningún tercero tendrá acceso a dicha información; y por otro lado, el hecho de que la cuantía de los daños sea confidencial, protegerá a la compañía sancionada en litigios futuros y evitará que los daños determinados sean utilizados como referente en nuevas controversias.

En cuarto lugar, el arbitraje es un proceso de única instancia, a diferencia del proceso judicial que está sujeto al régimen de doble instancia. Al respecto, la LAM establece que los laudos arbitrales son inapelables y no serán susceptibles de ningún otro recurso. Sin embargo, en caso de que existan vicios procesales, las partes podrán intentar acción de nulidad (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, Arts.30 y 31). El beneficio de única instancia del arbitraje también está relacionado con el principio *favor arbitri* o *favor arbitralis* que permite la intervención mínima de la justicia estatal sobre el procedimiento arbitral, limitando el control de la justicia ordinaria únicamente a través de la acción de nulidad o la acción extraordinaria de protección (Jara.M, 2013, p.15). En ambos casos, el control estatal estaría ceñido a la revisión de aspectos meramente procesales, sin que las cortes estatales puedan revisar el fondo que motivó el laudo arbitral; contrario a lo que sucede en la jurisdicción ordinaria, donde los procesos están sometidos a una serie de recursos que permiten su revisión de fondo. Por ello, la única instancia del arbitraje y su limitado control permiten la ejecución de un procedimiento privado y célere, lo que representa menores costos para las partes.

En este punto cabe destacar que, tras la expedición del COGEP la justicia ordinaria dio un giro en el Ecuador gracias a la instauración del sistema de litigación oral que permitió reducir en gran medida el plazo de los procesos judiciales. Si se realiza una comparación entre el plazo de duración del procedimiento sumario, establecido en el artículo 71 de la LORCPM para la acción de daños y perjuicios y el plazo de duración del proceso arbitral; en ambos casos el plazo es similar. Por un lado, el procedimiento sumario puede durar aproximadamente setenta días (sin contar los recursos), y ciento treinta y cinco días incluyendo recurso de apelación (Código Orgánico General de Procesos, 2015, Art.332); mientras que el procedimiento arbitral podría durar ciento cincuenta días (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, Art. 25). Si bien el

plazo en los dos procesos es semejante, la presentación de recursos en el caso del procedimiento sumario, exigiría mayores gastos para las partes, sobre todo relacionados con honorarios legales.

En cuarto lugar, el arbitraje otorga a las partes la capacidad de decidir si el laudo debe expedirse fundado en derecho o en equidad. Estas dos alternativas implican dos manejos completamente distintos del proceso. En el caso de que las partes opten por el arbitraje en derecho, los árbitros deben atenerse a la ley, principios universales del derecho, jurisprudencia y doctrina; mientras que, si es en equidad, los árbitros deberán actuar conforme a su leal saber y entender, atendiendo a los principios de la sana crítica; en este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, Art.3). Este beneficio también resulta fundamental en materia de derecho de competencia, ya que el derecho mercantil es consuetudinario y varía constantemente; muchas de las figuras o convenios mercantiles se encuentran innominados y se renuevan constantemente. Por ende, dependiendo de cada caso, para la valoración de daños podría ser de mayor utilidad el arbitraje en equidad que en derecho.

4. CONCLUSIONES

El arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos plenamente aplicable a la valoración de daños producto de una conducta sancionada por la LORCPM por varios motivos. Primero, tal y como se analizó en el primer capítulo, la valoración de los daños es materia transigible debido a que i) recae sobre intereses particulares, amparados ya sea bajo la ley o bajo un contrato; ii) el hecho de ser intereses subjetivos los hace enteramente disponibles para quien los alega; iii) la disponibilidad sobre ellos permite su transacción o renuncia; iv) por ende, no existe impedimento legal para que tanto el daño como su valoración e indemnización puedan ser conocidos por tribunales arbitrales. De esta forma, en virtud de los principios de autonomía de la voluntad y libertad contractual, las partes a través de una cláusula o compromiso arbitral están capacitadas para solicitar a un tribunal la valoración

de los daños generados por la violación a las normas del derecho a la competencia.

Segundo, los tribunales arbitrales son competentes para cuantificar los daños y perjuicios provenientes de una infracción a la LORCPM, debido a que por un lado el arbitraje está constitucionalmente reconocido como un método alternativo de resolución de conflictos que exige como condición para su aplicación que la controversia verse sobre materia transigible; en este caso se ha determinado que la valoración de daños constituye materia transigible. Por otro lado, no existe impedimento legal para que las partes puedan otorgar a un tribunal arbitral la valoración de daños, ya sea a través de una cláusula o compromiso arbitral.

Tercero, los tribunales arbitrales no son competentes para analizar la existencia o inexistencia de una infracción hacia la competencia, debido a que la SCPM es el único organismo facultado a realizar procesos de investigación, conocimiento y sanción de actividades contrarias a la LORCPM.

Cuarto, existe un requisito de prejudicialidad para que el Tribunal Arbitral pueda valorar los daños producto de una infracción a la LORCPM. En este caso, la ley establece que debe existir una Resolución previa emitida por la SCPM, en la que se determine el cumplimiento de la infracción y su correspondiente sanción. En este caso, dicha resolución debe estar ejecutoriada para el inicio de la acción de daños y perjuicios; caso contrario no existe la declaración de la existencia del derecho que ampara al agraviado para iniciar el proceso.

Quinto, la figura de la suspensión de los efectos de la Resolución de la SCPM, por la interposición de recursos administrativos o contencioso administrativos, debe ser analizada por el legislador a fin de evitar que dicha suspensión produzca daños mayores a la persona agraviada y se transgreda otros derechos fundamentales como el derecho a la defensa o a la tutela efectiva.

Sexto, la aplicación del arbitraje en la valoración de daños fruto de una infracción a la LORCPM presenta una serie de ventajas sobre la justicia ordinaria: i) especialización de los árbitros; ii) flexibilidad y celeridad procesal;

iii) ejecución transfronteriza del laudo; iii) confidencialidad en el manejo del procedimiento; iv) ejecución de un proceso de única instancia; iv) posibilidad de llevar el arbitraje en derecho o equidad.

REFERENCIAS:

- Abeliuk R.2009. Las obligaciones. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. Recuperado el 20 de septiembre, de 2017 de <https://app-vlex.com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/#WW/sources/5481>
- Alessandri, A. (2011). *De los Contratos*. Santiago de Chile: Editorial Temis S.A
- Alvear P.(2012). *Derecho de Corrección Económica, Defensa de la Competencia y Competencia Desleal*. Quito: Universidad Internacional SEK.
- Asamblea Nacional, Informe para primer debate, Proyecto de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 9 de septiembre de 2011. Recuperado el 16 de diciembre de 2017 de: <http://documentacion.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/942a5b61-40cd-45d1-9eff-26e153e976fb/Ley%20Orgánica%20de%20Regulación%20y%20Control%20del%20Poder%20de%20Mercado>
- Asamblea Nacional, Informe para segundo debate, Proyecto de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 21 de septiembre de 2011. Recuperado el 16 de diciembre de 2017 de: <http://documentacion.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/bcbd39f7-1d08-4605-b62f-6a43342ff909/Ley%20Orgánica%20de%20Regulación%20y%20Control%20del%20Poder%20de%20Mercado>
- Bustos J. (2008). *Manual sobre derechos y bienes de la personalidad*. Madrid: Dykinson, 2008, p. 38.
- Caivano J. (2011). *La Cláusula Arbitral*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Calvo J.(1952). Competencia desleal y responsabilidad. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica. Recuperado el 25 de agosto de 2017 de: <http://www.jstor.org/stable/20855287>
- Cassange J.(2010). Derecho Administrativo, Tomo II. Lima: Palestra. Recuperado el 24 de octubre de 2017, de: <http://app.vlex.com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/#WW/sources/6429>
- Chocrón A.(2000). *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: José María Boch Editor.
- Código Civil. (2005). Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Recuperado el 4 de agosto de 2017 de: <http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVi>

sualizer.aspx?id=CIVIL-CODIGO_CIVIL&query=codigo%20civil#I_DXDataRow0

Código Orgánico Administrativo. (2017). Registro Oficial Segundo Suplemento No.31, de 7 de julio de 2017. Recuperado el 2 de diciembre de 2017 de: http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=PUBLICO-CODIGO_ORGANICO_ADMINISTRATIVO&query=codigo%20org%C3%A1nico%20administrativo#I_DXDataRow0

Código Orgánico de la Función Judicial. (2009). Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009. Recuperado el 2 de septiembre de 2017 de: http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CIVIL-CODIGO_ORGANICO_DE_LA_FUNCION_JUDICIAL&query=codigo%20org%C3%A1nico%20de%20la%20funci%C3%B3n%20judicial#I_DXDataRow2

Código Orgánico General de Procesos. (2015). Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015. Recuperado el 10 de noviembre de 2017, de: http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CIVIL-CODIGO_ORGANICO_GENERAL_DE_PROCESOS_COGEP&query=codigo%20org%C3%A1nico%20general%20de%20procesos#I_DXDataRow2

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Recuperado el 1 de agosto de 2017 de: http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=PUBLICO-CONSTITUCION_DE_LA_REPUBLICA_DEL_ECUADOR&query=constituci%C3%B3n#I_DXDataRow0

Domínguez M.(2016). El daño moral en las personas incorporales: improcedencia de la prueba in re ipsa. Recuperado el 10 de septiembre de 2017 de: https://app-vlex-com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/#WW/search/content_type:4/daño+moral+persona+jur%C3%ADdica/WW/vid/653383829/graphical_version

Dromi.R.(1998). *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE. (2002). Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002. Recuperado el 4 de septiembre de 2017 de: <http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=PUBLICO->

ESTATUTO_REGIMEN_JURIDICO_ADMINISTRATIVO_FUNCION_EJECUTIVA_ERJAFE&query=erjafe#I_DXDataRow0

- Flores E.(2011) *Responsabilidad civil derivada de las prácticas genéticas*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gatica S. (1959). *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Jara. M. (2013). Decisiones de la Justicia Estatal Ecuatoriana sobre Arbitraje. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de: [http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/372/File/pdfs/PAPER%20UNIVERSITARIO/2013/MaraElenaJara%20\[Arbitraje\].pdf](http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/372/File/pdfs/PAPER%20UNIVERSITARIO/2013/MaraElenaJara%20[Arbitraje].pdf)
- Juárez A.(2012). Los principios de interés social, orden público y apariencia del buen derecho. Coyacán: Raúl Juárez Editorial. Recuperado el 12 de diciembre de 2017 de: <https://app-vlex-com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/#WW/sources/7383>
- Ley de Arbitraje y Mediación. (2006). Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006. Recuperado el 25 de julio de 2017 de: http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=MERCANTI-LEY_DE_ARBITRAJE_Y_MEDIACION&query=ley%20de%20arbitraje#I_DXDataRow0
- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. (2011). Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011. Recuperado el 10 de julio de 2017 de: http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=MERCANTI-LEY_ORGANICA_DE_REGULACION_Y_CONTROL_DEL_PODER_DE_MERCADO&query=control%20y%20regulacion%20mercado#I_DXDataRow0
- Loquin E. (2015). El orden público y el arbitraje. Colombia: Universidad del Rosario. Recuperado el 12 de diciembre de 2017 de: https://app-vlex-com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/?r=true#WW/search*/orden+p%C3%B9blico/WW/sources/14600
- Matheus. C. (2003) *Las Ventajas del Arbitraje Frente al Proceso Judicial*. Recuperado el 19 de febrero de 2018 de: https://app-vlex-com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/?r=true#WW/search*/ventajas+arbitraje/WW/vid/337615206/graphical_version
- Morán R. (2010). *El daño, aspectos sustantivos y procesales*. Quito. Editorial Ediles.

Pallares J.(2016). *El daño moral, sus factores de valoración en el ámbito civil*. Quito: Pallares Rivera.

Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. (2012). Registro Oficial 697 de 7 de mayo de 2012. Recuperado el 15 de julio de 2017 de: http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=MERCANTI-REGLAMENTO_A_LEY_ORGANICA_DE_REGULACION_Y_CONTROL_DEL_PODER_MERCADO&query=control%20y%20regulacion%20mercado#l_DXDDataRow0

Restrepo D. (2014). *La arbitrabilidad objetiva en el derecho de arbitraje*. Medellín: Universidad EAFIT. Recuperado el 25 de septiembre de 2017 de https://app-vlex-com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/#WWW/search*/transigible/WW/vid/640639561/graphical_version

Romero, A. (1999). *Nociones Generales sobre la Justicia Arbitral*. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile. Recuperado el 1 de noviembre de 2017 de: <http://www.jstor.org.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/stable/pdf/41612192.pdf?refreqid=excelsior%3A6c1dcf65c262b2c47d66cf1d237688bb>

Salcedo, E. (2001). *El Arbitraje: la justicia alternativa*. Quito: Editorial Jurídica Miguez Mosquera.

Serrano M.(2011) *La Autonomía de la voluntad en el convenio arbitral; alcances y limitaciones en el caso ecuatoriano*. Soto C. (Comps). *Tratado de derecho arbitral*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Silva E.(2005). *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Suescún J.(2005). *De las facultades de los árbitros para interpretar y aplicar normas de orden público*. Silva E. (Comps). *El Contrato de Arbitraje*. Colombia: Universidad del Rosario.

Tomasello L.(1969). *El daño moral en la responsabilidad contractual*. Santiago de Chile:Universidad Jurídica de Chile.

Tornos J. (2016). *Medios alternativos de resolución de conflictos en el derecho administrativo*. Recuperado el 19 de febrero de 2018 de: https://app-vlex-com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/#WWW/search*/ventajas+arbitraje/p3/WW/vid/696233633/graphical_version

UNAM (2014). *La Responsabilidad Civil y el Daño*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado el 20

septiembre de 2017 de:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3636/4.pdf>

Vallespinos C.(2008).La transacción. Córdoba: Alveroni Ediciones. Recuperado el 20 de septiembre de 2017 de:
<http://site.ebrary.com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/lib/udlasp/reader.action?docID=10721756>

Velandia M.(2008). *Derecho de la competencia y del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sentencia de Casación. Expediente 120. (2006). Registro Oficial 381 de 20 de octubre de 2006 (Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 30 de marzo de 2006). Recuperado el 30 de octubre de 2017 de:
http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=RECURSOS-DANO_MORAL_12038120061020#I_DXDataRow0

Sentencia de Casación. Expediente 336 (2004). Registro Oficial 356, 15 de Junio del 2004 (Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 24 de noviembre de 2003). Recuperado el 15 de octubre de 2017 de:
http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=RECURSOS-DANO_MORAL_33635620040615&query=daño%20moral#I_DXDataRow0

Sentencia de Casación. Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 5. Página 1774 (Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, 30 de mayo de 2007) Recuperado el 2 de octubre 2017 de:
http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CASACION-INDEMNIZACION_DE_DANOS_Y_PERJUICIOS_18520070530&query=daño%20emergente%20y%20lucro%20cesante#I_DXDataRow0

Sentencia de Casación. Gaceta Judicial. Año CX. Serie XVIII, No. 8. Página 3020 (Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 10 de septiembre de 2009). Recuperado el 30 de octubre de 2017 de:
http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CASACION-DANOS_Y_PERJUICIOS_18820090910&query=daño%20emergente%20y%20lucro%20cesante#I_DXDataRow0

Sentencia de Casación. Gaceta Judicial. Año CX. Serie XVIII, No. 8. Página 2735 (Corte Nacional de Justicia, Sala de los Civil, Mercantil y Familia, 2 de septiembre de 2009). Recuperado el 10 de noviembre de 2017 de:
<http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CASACION->

DANO_MORAL_18820090902&query=%22codigo%20civil%22%20%22articulo%202233%22%20%22art.%202233%22%27#I_DXDataRow0

Sentencia de Casación. Gaceta Judicial. Año LXXXIII. Serie XIV. No. 1. Pág. 195. Recuperado el 1 de diciembre de 2017 de: http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=JURIS-RENUNCIA_DE_DERECHOS_14119821222&query=derechos%20renunciables#I_DXDataRow0

Sentencia de Casación. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3331 (Corte Suprema de Justicia, Sala Especializada de lo Fiscal, 7 de noviembre de 2002). Recuperado el 4 de diciembre de 2017 de: http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CASACION-ACTOS_ADMINISTRATIVOS_FIRMES_O_EJECUTORIADOS_171020021107&query=acto%20administrativo#I_DXDataRow0

Zavala M.(2009). *Resarcimiento del daño moral*. Buenos Aires: Astrea.

ANEXOS

LISTA DE ABREVIATURAS

COA:	Código Orgánico Administrativo
COGEP:	Código Orgánico General de Procesos
CRE:	Constitución de la República del Ecuador
ERJAFE:	Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva
LAM:	Ley de Arbitraje y Mediación
LORCPM:	Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado
SCPM:	Superintendencia de Control del Poder de Mercado

