

# La Relación entre El Derecho de la Competencia y el Arbitraje en Ecuador

Fabián T. Pozo\*

*Recibido/Received: 26/07/2016*  
*Aceptado/Accepted: 19/08/2016*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Arbitrabilidad y Derecho de la Competencia. 2.1 La jurisprudencia norteamericana sobre arbitraje y derecho de la competencia. 2.2 La jurisprudencia europea sobre arbitraje y derecho de la competencia. 2.3 El caso ecuatoriano a la luz de la jurisprudencia internacional. 3. Arbitraje y competencia: puntos prácticos para un sistema en construcción. 3.1 El arbitraje como mecanismo para la determinación de daños producto de una conducta sancionada por la LORCPM. 3.2 Arbitraje sobre conductas de competencia desleal previstas en la LORCPM. 4. Cláusulas arbitrales contrarias a la legislación de competencia. 5. El arbitraje como parte de un compromiso para la aprobación de operación de concentración sujeta a condición. 6. Exclusión de controversias sobre derecho de competencia en convenios arbitrales con el Estado: la normativa de competencia como “pretexto” en el Art. 34 de la Ley de Telecomunicaciones. 7. Conclusiones.

**PALABRAS CLAVE:** derecho de la competencia, arbitrabilidad, competencia desleal, poder de mercado, control de concentraciones.

\* Socio en Gottifredi Pozo Abogados, Profesor en el Diplomado en Derecho de la Competencia de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Abogado con distinción “Honorato Vásquez”, por la Universidad del Azuay, Máster en Derecho por la Universidad de California, Berkeley, Diplomado en Derecho Corporativo por la Universidad de California, Berkeley.

F. POZO, “La Relación entre El Derecho de la Competencia y el Arbitraje en Ecuador”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015.

**KEYWORDS:** competition law, arbitration, unlawful competition, market power, merger control.

**RESUMEN:** En este artículo se analiza las relaciones entre arbitraje y derecho de la competencia, en el contexto de la normativa ecuatoriana de la materia. Se utiliza la jurisprudencia norteamericana y europea como referencia para el caso ecuatoriano, en el que aún no existen pronunciamientos sobre el tema. Se esbozan los puntos más frecuentes de interconexión entre derecho de la competencia y arbitraje.

**ABSTRACT:** This article analyzes the relations between arbitration and competition law, applied to the Ecuadorian case. American and European Case Law are used as reference, as at this time there are no relevant decisions over these matters by Ecuadorian Courts. Frequent points of connection among competition law and arbitration procedures are listed and commented.

## 1. INTRODUCCIÓN

La naturaleza privada y consensual del arbitraje haría pensar que el derecho de la competencia queda fuera de la frontera de la arbitrabilidad, por tratarse de derecho público económico. Sin embargo, existen múltiples situaciones en las que el derecho de la competencia se entrelaza con el arbitraje, sea por la aplicación de normas de competencia por parte de los árbitros, o por considerarse a una cláusula arbitral como parte de una conducta anti-competitiva.

Las normas del derecho de la competencia tienen una naturaleza de carácter público por establecer infracciones a manera de tipos antijurídicos, cuyo objeto es perseguir la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores a través de la tutela del proceso competitivo. Nuestro sistema jurídico, así como la mayoría de legislaciones occidentales, prevé un procedimiento

administrativo sancionador para castigar ciertas conductas consideradas contrarias a este objetivo, el cual puede derivar en procedimientos judiciales.

Hasta allí, aparentemente sería poco lo que queda para el arbitraje en materia de competencia. Sin embargo, la tendencia internacional actual es extender la frontera de la arbitrabilidad hasta incluir la aplicación de normas de derecho de competencia, generalmente de la mano de una creciente tendencia a favor del *enforcement* privado de la legislación antimonopolio.

Siendo aún pocas las decisiones sancionatorias dictadas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante, SCPM) y sin que ninguna impugnación judicial a estas resoluciones haya llegado hasta la Corte Nacional de Justicia, quizá resulta prematuro analizar la posible aplicación en arbitraje de las normas previstas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado<sup>1</sup> (en adelante, LORCPM), y viceversa, que una cláusula arbitral pudiera ser en ciertas circunstancias considerada parte de una práctica anticompetitiva; sin embargo, dada la creciente tendencia internacional, cabe explorar estas posibilidades.

Existen varios supuestos posibles al analizar la relación entre arbitraje y derecho de competencia, que a la fecha no tendrían respuesta clara en la ley y jurisprudencia ecuatoriana; por ejemplo:

1. ¿El derecho de la competencia puede ser aplicado por los árbitros, por ejemplo, para declarar la nulidad de una cláusula contractual por ser contraria a la LORCPM?;
2. ¿Podría anularse un laudo arbitral por haber ordenado el cumplimiento de una obligación pactada en una cláusula que podría considerarse contraria a la LORCPM?;
3. ¿La declaratoria de nulidad por anticompetitiva de una cláusula contractual en arbitraje es suficiente para iniciar la acción de daños y perjuicios prevista en la LORCPM?;

1. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, RO Sup No. 555, 13/10/2011.

4. ¿Puede considerarse a la cláusula arbitral como un mecanismo de *enforcement* de prácticas de cartelización prohibidas por la LORCPM, y por tanto, un agravante para fines de determinación de la sanción?;
5. ¿En caso de suscribir un compromiso de cese o de autorización de operación de concentración con la SCPM, podría incluirse una cláusula arbitral respecto de disputas sobre la ejecución del mismo?;
6. ¿La nulidad de pleno derecho que la LORCPM prevé como sanción para los acuerdos restrictivos de la competencia podría afectar a la validez del convenio arbitral incluido en el mismo contrato?

Estas, entre otras preguntas, saltan a la vista al reflexionar sobre las relaciones entre el régimen de competencia y el arbitraje; algunas de las cuales se ahondan con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), cuerpo legal que al parecer se “olvidó” de la existencia de normas procesales en la LORCPM y no las derogó expresamente<sup>2</sup>.

Si bien el arbitraje no pretendería en momento alguno sustituir el poder de policía y la capacidad sancionadora de las autoridades de defensa de la competencia como la SCPM, la creciente cultura arbitral y la decisión de disputas en temas privados relacionadas con temas de competencia, a menudo exige a los árbitros analizar la aplicación de las normas que regulan la libre competencia para dilucidar los respectivos derechos de las partes<sup>3</sup> dentro del procedimiento arbitral. Asimismo, la tendencia internacional a someter los conflictos más complejos y técnicos a instancias arbitrales, han ido derribando buena parte de los argumentos que impedían la llegada del arbitraje a los campos del derecho de competencia.

2. El COGEP derogó expresamente las normas de carácter procesal de varios cuerpos legales, como el Código Tributario, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, etc., sin embargo no hizo mención alguna a la LORCPM, a pesar de que ésta prevé en su artículo 69 un tratamiento especial en materia de afianzamiento y de suspensión de los efectos del acto administrativo. A mi criterio, existe derogatoria tácita de este artículo en virtud de la disposición derogatoria general del COGEP, sin embargo pueden darse conflictos de aplicabilidad a futuro.
3. A. CREUS CARRERAS y J. JULIÁ INSELSE, *Arbitraje y Defensa de la Competencia*. Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo, 2008. p. 6.

Tradicionalmente existía reticencia a admitir que los árbitros pudieran decidir temas relacionados con la libre competencia en los mercados. Dicha oposición normalmente atacaba la arbitrabilidad de la disputa por considerar a la defensa de la competencia como una norma imperativa cuya aplicación debe estar garantizada, en último término, por una autoridad pública<sup>4</sup>. Sin embargo, esa posición tradicional ha ido evolucionando de forma favorable para el arbitraje, particularmente en temas de arbitrabilidad.

Nuestra Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante, “LAM”) nada dice sobre el asunto, siendo esto lógico al haber sido codificada 6 años antes de que el Ecuador cuente con su primera ley de competencia. Tampoco el COGEP arroja mayor luz sobre el tema. Internacionalmente, como veremos a continuación, la tendencia anglosajona y europea es claramente favorable para el arbitraje en varios temas *antitrust*.

## 2. ARBITRABILIDAD Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

Uno de los puntos más complejos y discutidos en materia de competencia es el de arbitrabilidad. Según los detractores del arbitraje en esta área, los tribunales arbitrales no están sujetos al control público que requiere el interés general en una economía competitiva, interés que estaría por encima de la autonomía contractual de las partes que se someten a un arbitraje.

Sin embargo, la respuesta jurisprudencial y doctrinal a esta crítica anti-arbitraje, se ha basado en la posibilidad de control posterior de los laudos contrarios al orden público, sea en su ejecución o mediante el recurso de anulación, al igual que en otras materias comúnmente arbitradas, como los conflictos energéticos o de inversiones.

4. *Ibidem*.

También se ha argumentado acerca de la limitación de las posibles indemnizaciones ordenadas en arbitraje a las partes, tratándose de posibles afectaciones a perjudicados indeterminados por un daño al mercado o al proceso competitivo en sí mismo. De igual forma, la respuesta ha venido desde la existencia de posibles tercerías, como en cualquier área del derecho.

## 2.1 La jurisprudencia norteamericana sobre arbitraje y derecho de la competencia

El punto de mayor controversia en la relación entre estas dos materias ha sido la aparente incompatibilidad del carácter público de las normas de regulación de la competencia con la naturaleza privada del arbitraje. Inicialmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó la arbitrabilidad del derecho de la competencia en el caso *American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co.*<sup>5</sup>

En este caso, *American Safety* demandó la nulidad de un contrato de licencia de marcas argumentando que el contrato era nulo por ser contrario a la normativa antimonopolio norteamericana (*Sherman Act*) al reforzar el poder de monopolio de la contraparte. La parte demandada reconvino argumentando que existía un convenio arbitral. Al llegar el caso a la Corte Suprema, se rechazó la arbitrabilidad de los asuntos *antitrust*, utilizando para ello tres argumentos que resumo a continuación<sup>6</sup>:

1. Las reclamaciones privadas en derecho de la competencia son parte integral del esfuerzo de las normas de defensa de la competencia de promover el interés nacional en una economía competitiva, por tanto, es dudoso que el legislador quisiera que dichas reclamaciones se resolviesen en un foro distinto de los tribunales de justicia.

5. U.S. Supreme Court, *American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co.*, 391, F.2d, 1968.

6. *Ibidem*.

2. Los casos de competencia suponen normalmente temas complejos y una prueba extensa y diversa, siendo más conveniente un procedimiento judicial.
3. Es cuestionable la adecuación de un árbitro, que frecuentemente es elegido por su experiencia empresarial, para decidir temas de defensa de la competencia que generalmente regulan a la comunidad empresarial.

Pero, posteriormente la Corte revisó su criterio en el caso *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*<sup>7</sup> En este asunto referente a arbitraje internacional, una empresa japonesa, una empresa suiza y un distribuidor de Puerto Rico firmaron un contrato de venta y distribución con una cláusula de sumisión a arbitraje ante la Asociación Japonesa de Arbitraje Comercial. El distribuidor incumplió el volumen de ventas requerido y las empresas suiza y japonesa le denegaron suministros. Estas empresas solicitaron la formalización del arbitraje mientras que el distribuidor se opuso y reconvino en base a la infracción de normas de competencia norteamericanas.

La Corte Suprema “desbarató” la doctrina de *American Safety* arriba citada indicando que:

1. La complejidad del asunto no es un obstáculo por la adaptabilidad y acceso de los árbitros a expertos, así como por la posibilidad de las partes de tener en cuenta dicha complejidad en la selección de árbitros.
2. La apariencia de una disputa de competencia no permite asumir automáticamente que la cláusula de arbitraje es nula por ser fruto de una imposición abusiva o fraude.
3. La cortesía internacional, el respeto de las jurisdicciones extranjeras y la sensibilidad del comercio internacional a un sistema predecible de resolución de disputas requieren ejecutar el acuerdo de sumisión de las partes aunque lleve a un resultado contrario al que resultaría en un contexto doméstico.

7. U.S. Supreme Court, *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 1985.7

Cabe resaltar que el reconocimiento de la arbitrabilidad del derecho de la competencia no implica negar el interés público en la aplicación de la normativa de competencia y su posible consideración a los efectos de una eventual violación del orden público en el procedimiento de reconocimiento y ejecución<sup>8</sup>, pero, la Corte Suprema en *Mitsubishi* recuerda que dicha labor de control de orden público se limita a una averiguación no intrusiva de si el tribunal tuvo en consideración los temas de derecho de la competencia y los decidió, ya que la eficacia del arbitraje requiere que la revisión sustantiva de un laudo en ejecución, sea mínima.

La inclinación de la jurisprudencia americana a favorecer el arbitraje de temas que incluyan la normativa de competencia, en parte, se debería a que la doctrina *American Safety* implicaba que los procedimientos arbitrales sobre otros asuntos veían retrasado su inicio hasta la resolución de los conflictos *antitrust* en sede judicial, minando la naturaleza del arbitraje como una solución rápida, eficaz y relativamente económica de solución de conflictos<sup>9</sup>. Por esto, en el derecho norteamericano inclusive se ha llegado a acuñar el principio de que “en caso de duda acerca de si un conflicto es arbitrable o no, la duda debe resolverse a favor del arbitraje”<sup>10</sup>.

Finalmente, en una reciente decisión la Corte Suprema tomó incluso una posición más rígida a favor del arbitraje; así, al decidir sobre el caso *AT&T Mobility LL.C. v. Concepcion*<sup>11</sup> –donde un grupo de consumidores buscaba evitar una cláusula arbitral que prohibía la litigación de clase en contra de AT&T, empresa a la cual habían demandado por prácticas de publicidad engañosa en la venta de paquetes de planes celulares que ofrecían un equipo celular gratis sobre los que el cliente debía pagar ciertos impuestos correspondientes al equipo– la Corte Suprema dejó en claro que la *Federal Arbitration Act* establece una política pública que favorece la aplicación del arbitraje, y que cuando las partes han

8. A. CREUS CARRERAS y J. JULIÁ INSELSE, N. 2, p. 7.

9. U.S. Supreme Court, *Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427, 438, 1953.

10. U.S. Supreme Court, *Southern Bell Tel. & Tel. Co. v. Louisiana Power & Light Co.*, 221 F. Sup. 364, 369, 1963.

11. U.S. Supreme Court. *AT&T Mobility LL.C. v. Concepcion*, 563 U.S. 333, 2011.

acordado contractualmente someter sus diferencias a arbitraje, el convenio debe ser respetado.

En base a este razonamiento, algunos casos importantes en materia *antitrust* han sido sometidos a arbitraje, como por ejemplo los litigios por abuso de posición dominante y monopolización relacionados con el servicio de posventa de datos y voz de *Iphone* que se iniciaron en la Corte Federal de California<sup>12</sup>.

Asimismo, en materia de operaciones de concentración, el precedente sentado en el caso *Concepcion* ha permitido que se presenten curiosos casos, como el hecho de que se hayan presentado cerca de 2.000 demandas arbitrales separadas en contra de la adquisición de T-Mobile por parte de AT&T en 2011, argumentando que dicha operación violaría la normativa antimonopolio norteamericana porque podría llevar a un incremento de precios producto de la concentración del mercado.

## 2.2 La jurisprudencia europea sobre arbitraje y derecho de la competencia

A nivel europeo, aunque el derecho a litigar infracciones a la normativa europea de competencia fuera reconocido por las Cortes Británicas en el caso *Garden Cottage Foods v. Milk Marketing Board* en 1983<sup>13</sup>, la Corte Europea de Justicia se pronunció sobre el tema recién en 1999, en el caso *Eco Swiss v. Benetton*<sup>14</sup>, tras lo cual queda poca duda de que los temas de derecho de competencia son arbitrables.

En *Eco Swiss*, la empresa *Benetton*, sociedad con domicilio en Amsterdam, había celebrado un contrato de licencia por ocho años con *Eco Swiss*, domiciliada en Hong Kong, y con *Bulova Watch Company Inc.*, con domicilio en Nueva York. Mediante este contrato, *Benetton* concedía a *Eco Swiss* el derecho a fabricar relojes

12. U.S. District Court for the Northern District of California. *In re: Apple & AT&TM Antitrust Litigation*, Case No. 5:07-cv-05152.

13. House of Lords, *Garden Cottage Foods v. Milk Marketing Board* [1983] 2 ALL ER 770.

14. TJCE. Caso *Eco Swiss v. Benetton*, Case No. ECR 1-03055, 1999.

y relojes de pulsera con la mención “*Benetton by Bulova*”, que, a continuación, podían vender *Eco Swiss y Bulova*. En este contrato se incluyó una cláusula arbitral que sometía toda diferencia entre las partes a arbitraje de acuerdo con las normas del *Nederlandse Arbitrage Instituut* (Instituto Neerlandés de Arbitraje) y de conformidad con el derecho neerlandés.

Tres años antes del plazo acordado, *Benetton* resolvió unilateralmente el contrato, por lo que *Eco Swiss y Bulova* iniciaron un procedimiento arbitral. En un primer laudo parcial, el Tribunal resolvió condenar a *Benetton* a indemnizar a *Eco Swiss y Bulova* por las pérdidas incurridas por su resolución anticipada, cuyas cantidades se determinaron en un segundo laudo, el cual fue sometido a ejecución ante las cortes neerlandesas.

Después de que *Benetton* demandara la anulación ante la Justicia Neerlandesa argumentando que el contrato era nulo por ser un acuerdo contrario a la normativa europea de competencia, el proceso siguió hasta la Corte de Casación (*Hoge Raad der Nederlanden*). Esta Corte planteó algunas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJCE), entre ellas, la aplicación *ex officio* de las normas europeas de competencia por parte de los Tribunales Arbitrales, partiendo de que la anulación de los laudos se había solicitado bajo el argumento de que su reconocimiento y ejecución serían contrarios al orden público, pues *Benetton* sostenía que de no anularse el laudo arbitral se daría valor a un contrato de licencia que adolecía de nulidad absoluta por ser contrario al entonces artículo 85 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, TCE, (hoy art. 81 del TCE).

El TJCE resaltó que los jueces nacionales son los encargados de verificar la adecuada interpretación y aplicación de las normas comunitarias por parte de los árbitros<sup>15</sup>. También destacó que este sistema de control de los laudos debe fundarse en razones de carácter excepcional, con el fin de garantizar la efectividad y utilidad de la institución arbitral. Así, para el TJCE, cuando los jueces

15. TJCE, *Asunto C-126 Eco Swiss*, 01/06/1999 (TJCE/1999/110), apartados 30 y ss.

nacionales revisan la validez de los laudos arbitrales, tienen el deber de aplicar las normas de libre competencia aun cuando las partes no las alegaren<sup>16</sup>.

### 2.3 El caso ecuatoriano a la luz de la jurisprudencia internacional

Como se ha mencionado en los apartados anteriores, la respuesta jurisprudencial internacional ha sido favorable a la arbitrabilidad de asuntos relacionados con el derecho de la competencia. Podemos ver que existe relativa concordancia entre la tendencia anglosajona y la europea en materia de arbitrabilidad respecto de las normas de regulación de competencia, incluso, exigiendo a los árbitros su aplicación *ex officio* en ciertas circunstancias, bajo el criterio europeo.

En base a las decisiones norteamericanas y europeas citadas, podríamos decir que existen criterios favorables a permitir que los árbitros apliquen la normativa de competencia aun cuando no fuera alegada expresamente por las partes, y a la vez, que existe cierta tendencia internacional a permitir que los jueces se fundamenten en la normativa de competencia para anular laudos arbitrales en casos en que éstos podrían dar vida legal a un acuerdo contrario a la normativa de competencia, argumentando para esto razones de orden público.

Esta posición no deja de ser problemática, teniendo en cuenta que la aplicación *ex officio* de la normativa de competencia por parte de los árbitros al resolver así como su aplicación por parte de los jueces al analizar laudos arbitrales argumentando razones de orden público, podría poner en riesgo la naturaleza misma del arbitraje, pues como afirma REQUEJO ISIDRO:

“A diferencia del juez, el operador arbitral no es “guardián del orden jurídico de cara a la sociedad que le ha instituido y que le confiere legitimidad”, por lo que una vez que el árbitro

16. *Ibidem*.

ha adoptado el sistema conflictual de un concreto orden jurídico estatal, su posición frente a las normas de policía del mismo no puede considerarse idéntica a la del juez[...] Así, la problemática de la aplicación de las leyes de policía por el árbitro puede ser expresada en términos de confrontación o equilibrio entre la voluntad del ordenamiento de que sean aplicadas sus normas imperativas o respetado su orden público y la de las partes en el acuerdo de arbitraje”<sup>17</sup>.

Ahora bien, al trasladar los precedentes jurisprudenciales internacionales a la realidad jurídica ecuatoriana, encontramos algunos inconvenientes y particularidades, especialmente debido a que la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) en su artículo 31 establece un listado taxativo de causales por las que se puede intentar la acción de nulidad de un laudo –y así lo ha confirmado la jurisprudencia nacional<sup>18</sup>–, por lo que en principio el argumento de orden público como base para anular un laudo no prosperaría en Ecuador.

Con similar argumento, acerca de si los árbitros podrían –o deberían según el criterio del TJCE– aplicar las normas del derecho de la competencia aun cuando no hubiesen sido alegadas por las partes, sería problemático trasladar este criterio del TJCE al arbitraje en Ecuador pues se correría el riesgo de incurrir en vicio de *ultra petita*, causal de anulación expresamente prevista en el artículo 31 de la LAM.

Con esto dicho, cabe mencionar que en Ecuador no todos los asuntos relacionados con derecho de la competencia serían arbitrables, sino únicamente aquellos que sean disponibles para las partes según el artículo 190 de la Constitución<sup>19</sup> que limita la apli-

17. M. REQUEJO ISIDRO, *RCEA*, 1995, pp. 71-72. Citado por D. HASCHER, “Rapport introductif”, *Competition and Arbitration Law*, ICC, 1993, pp. 153-155, 165.

18. Corte Provincial de Pichincha, Sentencia, *Quasar Nautica Expeditions S.A. v. Oceanadventures S.A.*, 25/11/2009, p. 12, “DECIMO: Los motivos de nulidad se encuentran taxativamente establecidos en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación”. Similar criterio se encuentra en: *Olicorp S.A. v. Masgas S.A.*, Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 10/12/2008, p. 8.

19. Constitución de la República del Ecuador, RO No. 449, 20/10/2008. Art. 190 Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.

cación de los medios alternativos de solución de conflictos a “*las materias en las que por su naturaleza se pueda transigir*”. Lo que es materia transigible se encuentra delimitado por las disposiciones del título XXXVIII del Código Civil referente al Contrato de Transacción, que, como bien han afirmado MARCHÁN y ANDRADE<sup>20</sup>, ha preferido enumerar lo que no es transigible, determinando que no son transigibles: (i) la materia penal; (ii) el estado civil de las personas; (iii) el derecho a recibir alimentos, salvo que cuente con aprobación judicial; (iv) los derechos inexistentes o ajenos; (v) la obtenida por dolo o violencia o a propósito de un título nulo; y, (vi) la materia ya resuelta en sentencia con autoridad de cosa juzgada de la cual, al tiempo de celebrarse la transacción, las partes no hubieren tenido conocimiento.

Con este antecedente, y sin que el arbitraje deba convertirse en mecanismo de sustracción de la aplicación de las normas de competencia<sup>21</sup>, existen múltiples escenarios en los que conflictos entre privados relacionados con la LORCPM, sin mayor incidencia en la estructura del mercado, pudieran ser sometidos a arbitraje, especialmente en materia de competencia desleal, y las múltiples disposiciones del artículo 27 de la LORCPM que han incluido –haciendo una mezcla innecesaria y peligrosa– varias disposiciones propias del derecho del consumidor y no de la legislación de libre competencia.

20. J. MARCHÁN y X. ANDRADE, *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*. Editorial Wolters Kluwer. Citado por J. MARCHÁN en “La Aplicación De La Acción De Nulidad De Laudos Arbitrales En El Ecuador”, *Latin Arbitration Law*, disponible en <<http://goo.gl/vvmCBv>>.
21. P. LUGARD, “E.C. Competition Law and arbitration: Opposing principles?”, *ECLR*, No. 5, 1998 p. 297. “[...]the Commission does not in principle oppose the arbitrability of claims involving the competition rules. However it is particularly wary to ensure that arbitral proceedings do not serve as a means to evade the application of the competition rules, for example, where the parties to an agreement would agree to exclude from their dispute issues of E.C. competition law so that arbitrators would not rule on these issues”.

### **3. ARBITRAJE Y COMPETENCIA: PUNTOS PRÁCTICOS PARA UN SISTEMA EN CONSTRUCCIÓN**

Como advertí al inicio de este artículo, la relación entre el arbitraje y el derecho de la competencia en el Ecuador está aún “en construcción”, dando sus primeros pasos. Carecemos de evidencia práctica ni pronunciamientos jurisprudenciales que aclaren la mayoría de conflictos, sin embargo, la experiencia internacional permite apuntar algunas anotaciones para este proceso constructivo.

Así, podemos ver que en la práctica, las controversias relacionadas con normas de regulación de la competencia en arbitraje son utilizadas como “defensas”, mas no como instrumentos de “ataque”, para lo cual es más eficiente y frecuente la interposición de denuncias ante la autoridad de competencia, y luego, de acciones por daños y perjuicios derivadas de ellas.

Asimismo, el arbitraje ha sido frecuentemente utilizado a nivel internacional para procedimientos de determinación de daños derivados de infracciones a la legislación de competencia, así como para ventilar controversias relacionadas con competencia desleal, área que a mi criterio en nuestro país se encuentra excesivamente confundida con la normativa de libre competencia, siendo difusa la línea entre lo que es una práctica de competencia desleal con efectos *inter pares*, y una práctica de competencia desleal con efectos dañinos para la estructura del mercado.

#### **3.1 El arbitraje como mecanismo para la determinación de daños producto de una conducta sancionada por la LORCPM**

Acerca de las acciones de daños y perjuicios derivadas de infracciones a la legislación de competencia, es frecuente su sujeción a arbitraje. De acuerdo a la legislación ecuatoriana, la conducta anticompetitiva debería estar previamente establecida como tal

en una resolución dictada por la autoridad de competencia, y luego, a consecuencia de ella, podría intentarse la acción civil de daños y perjuicios.

Hasta la fecha no existen casos nacionales al respecto debido a que las sanciones impuestas por la SCPM por abuso de poder de mercado y prácticas restrictivas se encuentran impugnadas en sede judicial.

Sin embargo, la normativa al respecto existe en la misma LORCPM, que para la liquidación de daños prevé en su artículo 71 lo siguiente:

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

A mi criterio, bien podría pactarse la sujeción de este tipo de determinación de daños a arbitraje, o verse esta determinación cubierta por una cláusula arbitral general acordada entre las partes, sin que exista prohibición al respecto por tratarse de materia de libre disponibilidad. Cabe resaltar que el Reglamento para la aplicación de la LORCPM contiene una discutible norma que obliga al juez que dictamine sobre estas acciones civiles a fundamentarse en los hechos y calificación ya dadas por la SCPM en su resolución sancionatoria, diciendo:

**Art. 79.- Responsabilidad civil.-** El juez que dictamine sobre las acciones civiles previstas en el artículo 71 de la Ley, fundamentará su fallo en los hechos y calificación jurídica ya establecidos en la resolución que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado emita respecto a los asuntos que hubiere conocido.

En caso de que se hubiere acordado someter esta determinación a un procedimiento arbitral, es discutible que esta norma aplique a los árbitros, existiendo entonces mayor apertura en la determinación de los daños, pues el tribunal arbitral tendría cierta libertad de interpretar los hechos para efectos de valoración, si bien no podría entrar a juzgar otros aspectos relacionados con el cometimiento o no de la infracción.

### **3.2 Arbitraje sobre conductas de competencia desleal previstas en la LORCPM**

Otra área donde podría desarrollarse el arbitraje en materia regulada por la LORCPM es en temas de competencia desleal. En este punto, insisto en que nuestra ley de competencia confunde y mezcla la protección de la libre competencia con asuntos propios del derecho de competencia desleal y del consumidor, que no necesariamente tienen la misma relevancia ni comparten el rango de "*public policy*" que las infracciones relativas a abuso de poder de mercado y pactos colusorios.

Generalmente, las normas de defensa de la libre competencia son independientes de las normas que regulan la competencia desleal porque la naturaleza jurídica del derecho de competencia desleal es preponderantemente privada. Sin embargo, en Ecuador se ha confundido las dos en un mismo cuerpo legal, olvidando sus diferencias y alcance, sin que en la LORCPM se determine el objeto ni bien jurídico tutelado desde la perspectiva de competencia desleal en forma específica.

Es entonces difusa la línea que separa una conducta desleal que causa daño al mercado y su estructura, y la que causa solamente daño entre dos o más partes privadas. Para el objeto de este artículo, este particular es de alta relevancia, debido a que no cabe duda que las conductas desleales que solamente afectan a los intereses de las partes en conflicto podrían ser arbitrables, mientras que, si existe afectación al mercado, podría discutirse su arbitrabilidad.

Si bien en principio la SCPM acogió en sus decisiones la tendencia internacional a diferenciar entre ilícitos desleales con efectos inter partes e ilícitos desleales con efectos generales en el mercado, recientemente se ha apartado de ese criterio. Inicialmente, por ejemplo, en el caso SCPM-IIPD-2012-028 referente a supuestas prácticas desleales relacionadas con la franquicia “Hot dogs de la González Suárez” expresamente se dijo que “los consumidores que se sientan engañados o afectados en sus derechos particulares podrán utilizar las vías determinadas en la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor”, y desechó la denuncia interpuesta.

Asimismo, en el expediente SCPM-IIPD-2014-028, se archivó una denuncia por presunta competencia desleal relacionada con publicidad diciendo que “el derecho de la competencia no tutela el interés particular de un consumidor, sino el bienestar general de los mismos, quienes en particular se verán favorecidos de una mayor oferta y mejores condiciones”.

Bajo ese criterio, los conflictos entre empresas por competencia desleal que no implican afectación al mercado, como por ejemplo, algunos actos de imitación, ciertos casos de violación de secretos empresariales, espionaje comercial, o suscripción de contratos de adhesión perjudiciales al consumidor, entre otros, podrían resolverse en sede arbitral o judicial sin que la SCPM tenga que intervenir.

Pero, en recientes sanciones por actos de engaño como conducta desleal, la SCPM ha llegado a considerar a las prácticas desleales en general como prohibiciones “*per se*”, así por ejemplo en las resoluciones sancionatorias dictadas contra Industrias Ales y Corporación El Rosado, en el caso “*Aceites Light*”, la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la SCPM mencionó que:

“Se concluye entonces que el operador económico infractor será sancionado por el solo hecho de haber cometido la infracción, más allá de las intenciones o los efectos en el mercado, basta el engaño a los consumidores por vender productos que no corresponden a los beneficios promocionados en su eti-

queta. No aplica en estos casos lo que se conoce en materia de competencia como la denominada “regla de la razón” [...]”<sup>22</sup>.

De esta forma, se ha sentado un preocupante precedente, debido a que ni siquiera las prácticas anticompetitivas del artículo 11 de la LORCPM referentes a cartelización y acuerdos entre competidores tiene el tratamiento de prohibiciones “*per se*”; pues si bien el Reglamento de Aplicación de la LORCPM establece una presunción sobre su objeto anticompetitivo y la inversión de la carga de la prueba en contra del implicado, no se establece una regla de prohibición *per se*, siendo esta una presunción de hecho, mas no de derecho<sup>23</sup>, que asimismo, alcanza al objeto, mas no al efecto de la conducta.

Al discutirse un tema de competencia desleal entre dos privados, en muchos casos se discute un derecho subjetivo de carácter particular que no en todos los casos tiene por efecto un daño al mercado o su estructura, mientras en el caso de las infracciones al régimen de competencia –como las prácticas de abuso de poder de mercado, los acuerdos restrictivos de la competencia y las prácticas desleales con efecto en la estructura del mercado– se discuten intereses supra individuales, de derecho público económico.

Por esta fundamental diferencia, a pesar de que en Ecuador se las trate en un mismo cuerpo legal, no veo obstáculo para que

22. Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Comisión de Resolución de Primera Instancia, Expediente SCPM-CRPI-2015-072.
23. Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación del Poder de Mercado, RO No. 697, 7/05/2012. Art. 8. Presunción de práctica restrictiva.- Se presumirá que tienen por objeto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, que afectan negativamente a la eficiencia económica y al bienestar general, todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general cualquier acto o conducta realizados por dos o más operadores económicos, competidores, reales o potenciales, que directa o indirectamente: [...] 4. También están sujetos a la presunción establecida en este artículo los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público. Para los casos de prácticas entre competidores, reales o potenciales, distintas a las señaladas en este artículo, así como las prácticas entre no competidores, reales o potenciales, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado analizará, caso por caso, si la conducta tiene por objeto o efecto, real o potencial, impedir, restringir falsear o distorsionar la competencia, afectar negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

ciertas denuncias de prácticas de competencia desleal sean susceptibles de arbitraje, cuando no tengan efectos en la estructura del mercado.

Nuestra LORCPM establece un largo listado de conductas consideradas desleales, muchas de ellas sin efectos estructurales para el mercado, que podrían sin problema ser sometidas a arbitraje, como ser los casos de violación de secretos empresariales previstos en el numeral 7 del art. 27 de la LORCPM, por ejemplo, en caso de contratos de licencias que deriven en utilización indebida de información a la que se tuvo acceso legítimamente; o infracciones de competencia desleal relacionadas con contratos que faculten la utilización de patentes, diseños industriales o de *know-how*, entre otras.

De forma similar, siguiendo los primeros precedentes administrativos de la misma SCPM, las denuncias que versen sobre derechos individuales del consumidor sin afectación al mercado, deberían poder someterse a procedimientos arbitrales, al ser conflictos propios del derecho del consumidor.

#### **4. LAS CLÁUSULAS ARBITRALES COMO PARTE DE CONDUCTAS CONTRARIAS A LA REGULACIÓN DE COMPETENCIA**

Así como la aplicación de normas del derecho de la competencia pueden ser consideradas en arbitraje en algunos casos, también existen precedentes en los que las cláusulas arbitrales han sido sometidas a la lupa de la regulación de competencia.

En algunas ocasiones, cláusulas arbitrales han sido consideradas contrarias a la legislación de libre competencia, o como circunstancias agravantes de ellas, y por ello han sido determinadas como inaplicables, entrando en conflicto con el principio de separabilidad del convenio arbitral.

En el análisis de casos de cartelización, suele ser frecuente encontrar sistemas de penalización y solución de conflictos entre las empresas que formen parte de acuerdos anticompetitivos, como un mecanismo que otorgue cierta estabilidad a los cárteles, siendo posible que estos sistemas se articulen bajo la forma de un arbitraje, evitando la publicidad derivada de los procedimientos jurisdiccionales y con ello la intervención de la autoridad de competencia.

A nivel europeo existen algunos ejemplos sumamente interesantes, por ejemplo, en el asunto *Mercado Luxemburgués de la Cerveza*<sup>24</sup>, las empresas cerveceras de Luxemburgo habían formado acuerdos para la aplicación de la denominada “cláusula de cerveza”, que aseguraba una obligación de suministro exclusivo y protegía a los miembros del cartel frente a nuevos entrantes. El sistema de protección del acuerdo incluía procedimientos de consulta, conciliación y arbitraje para asegurar su cumplimiento.

De forma similar, en el asunto *Club Lombard*<sup>25</sup>, así como en el asunto *Asociación de Constructores Holandeses*<sup>26</sup>, también se menciona la existencia de arbitrajes como parte de acuerdos colusorios prohibidos. También en España en el caso conocido como “*Expertos Inmobiliarios*”<sup>27</sup>, el Tribunal de Defensa de la Competencia consideró como un agravante en un caso de cartelización que un acuerdo sobre retribuciones profesionales era reforzado por medio de un arbitraje de equidad en el que intervenía la junta directiva de una asociación profesional.

En la LORCPM, este supuesto se encuentra vagamente recogido entre las circunstancias agravantes para la determinación de sanción por infracciones, en el artículo 81, literal c) del mismo, que dice:

24. Tribunal de Primera Instancia, *Brasserie Nationales, S.A. y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Sentencia, 27/07/2005 en los asuntos acumulados T-49/02 a T-51/02, Rec. 2005 p. II-04065.

25. TJCE, *Aranzadi*, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, 14/12/2006.

26. TJCE, *Aranzadi*, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, 21/02/1995.

27. Tribunal de Defensa de la Competencia. *Aranzadi*. Resolución, 19/01/2000.

Artículo 81.- Circunstancias Agravantes.- Para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias agravantes:

c. La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.

Finalmente, otro supuesto particularmente preocupante, es que las cláusulas arbitrales establecidas en contratos de adhesión podrían llegar a considerarse abusivas respecto del consumidor, y por ello, contrarias al artículo 27, numeral 10, literal e) de la LORCPM, que incluye como práctica de competencia desleal “*la suscripción de contratos de adhesión que perjudiquen los derechos de los usuarios y consumidores, conforme manda la ley*”, considerándola como un ejemplo de “*práctica agresiva de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores*”.

Si bien insisto en que esta norma no tiene relación con el derecho de la libre competencia sino con el derecho del consumidor y que está indebidamente mezclada en nuestra LORCPM con otras conductas de competencia desleal, cabe tomarla con precaución pues está sujeta a un mismo procedimiento, y las mismas sanciones y elevadas multas que la LORCPM prevé para todas las demás conductas anticompetitivas.

Para este análisis resultan relevantes algunas decisiones de las cortes norteamericanas sobre la materia. La Corte Suprema de los EE.UU inicialmente consideró que en algunos casos las cláusulas arbitrales podían ser consideradas abusivas al someter a los consumidores a procedimientos costosos que harían irrazonable toda reclamación individual por pequeños montos, siguiendo la ya comentada doctrina de *American Safety*.

Tras el caso *Mitsubishi* comentado al inicio de este trabajo, las puertas del arbitraje se abrieron para el derecho de la competencia, inicialmente con recelo, por lo que las Cortes elaboraron la doctrina llamada “*Effective Vindication Doctrine*”, que implica que “si el demandante no podría efectivamente hacer valer sus derechos mediante arbitraje, el convenio arbitral no sería ejecutable,

y en consecuencia, podría presentar su demanda ante las cortes federales.”<sup>28</sup>.

Sin embargo, recientemente, en casos de 2011 y 2013, la Corte Suprema ha sostenido que la existencia de cláusulas arbitrales prevalece frente a esta doctrina, incluso en los casos en que por lo pequeño del monto, reclamaciones individuales serían poco razonables, así, en *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*<sup>29</sup>, declaró aplicables las disposiciones de una cláusula arbitral que limitaban la posibilidad de acciones de clase relacionadas con materia *antitrust*, criterio que concuerda con el ya analizado caso *AT&T Mobility LL.C. v. Concepcion*.

En el caso *Concepcion*, la Corte Suprema Norteamericana declaró inconstitucional una norma establecida por el Estado de California, que obligaba a la inclusión de cláusulas arbitrales de clase (*class-action arbitration clauses*) en los contratos de adhesión con consumidores. De acuerdo con el recientemente fallecido juez Antonin Scalia “la legislación antimonopolio no garantiza un procedimiento financieramente asequible para cada reclamación”<sup>30</sup>, por lo que puede decirse que en la jurisprudencia norteamericana existe actualmente una fuerte presunción en pro de la prevalencia del arbitraje.

En nuestra legislación, sin embargo, encontramos una disposición expresa en la Ley de Defensa del Consumidor, que dice que:

Art. 43.- Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que: 4. Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento.

28. Traducción libre del autor “*If the antitrust plaintiff could not effectively vindicate its rights through arbitration, the arbitration agreement would be unenforceable and the plaintiff could pursue its antitrust claim in federal court.*” M. LEMLEY A. y C. LESLIE R, “Antitrust Arbitration and Merger Approval”, *Northwestern Law Review*, Vol. 110(1), 2015.
29. U.S. Supreme Court, *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*, 133 S. Ct. 2304, 2013.
30. Traducción libre de la frase: “*the antitrust laws do not guarantee an affordable procedural path to the vindication of every claim*”, Caso *American Expres v. Italian Colors*, 133 S. Ct. p. 2310. Citado por M. LEMLEY A. y C. LESLIE, N. 27.

Por lo que podemos decir que en nuestro país podría, por una parte, declararse nula una cláusula arbitral por considerarse abusiva frente al consumidor en base al artículo 43 de la Ley de Defensa del Consumidor, y por otra parte, declararse la misma como conducta de competencia desleal contraria al artículo 27 numeral 10, literal e) de la LORCPM.

Cabe analizar también si similar consideración podría hacerse sobre la inclusión de cláusulas arbitrales en casos de existencia de posición de dominio relativa, que está prevista en el Artículo 10 de la LORCPM como abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, conducta que a mi criterio, debería ser tratada como ilícito desleal y no como práctica de abuso de poder de mercado, siguiendo el ejemplo español.

## **5. EL ARBITRAJE COMO PARTE DE UN COMPROMISO PARA LA APROBACIÓN DE OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN SUJETA A CONDICIÓN**

En materia de control de concentraciones, la verificación de cumplimiento de las condiciones de conducta o estructurales impuestas para la aprobación de una operación de concentración puede ser difícil y costosa para las autoridades de competencia.

Verificar y dar seguimiento a condiciones estructurales de desinversión, o conductuales, que imponen limitaciones al comportamiento de las empresas en el mercado luego de efectuada la concentración, puede resultar poco eficiente para la autoridad de competencia, por el control continuado que implican.

La LORCPM, en concordancia con la tendencia europea, permite a los operadores ofrecer compromisos de comportamiento a fin de que se de paso a una operación que en otro escenario no hubiese sido autorizada, asimismo, permite a la autoridad condicionar una operación de concentración al cumplimiento de las condiciones que la SCPM disponga.

Recientemente, la SCPM emitió una de sus primeras resoluciones que imponía condiciones estructurales importantes, previo a autorizar una operación de concentración, al someter la mega fusión cervecera internacional entre *Anheuser-Busch InBev y SAB-Miller*<sup>31</sup> a varias condiciones, entre las que destacan:

1. La desinversión total de la planta de producción, otros activos y canal de distribución de *Ambev* ubicada en Guayaquil.
2. La venta de las marcas *Zenda, Dorada, Biela y Maltín*, dentro de un mismo paquete con la planta de *Ambev* en Guayaquil.
3. El licenciamiento del uso y explotación de la marca *Brahma* por 20 años, dentro del mismo paquete.
4. El acceso al uso de la red de distribución de la red de comercialización *DINADEC S.A.* dentro del mismo paquete, por 3 años, a precio de mercado con el mismo alcance territorial que se ofrece a *Cervecería Nacional*.
5. La imposición de un límite en el valor a invertir en publicidad de las marcas *Pilsener, Club, Budweiser, Bud66 y Pony Malta*, por 3 años.
6. La obligación de ceder espacio en los refrigeradores para cervezas artesanales, bebidas alcohólicas y no alcohólicas y de la economía popular y solidaria.
7. La Suscripción de un acuerdo de *hold separate* mientras se implementan las otras condiciones.
8. La implementación de una plataforma de *e-commerce* para la venta de cervezas artesanales.
9. La participación de los trabajadores incrementada en al menos el 5% del capital social concentrado, y obligación de mantener el mismo número de plazas de trabajo.
10. La obligación de dar acceso al proceso de embotellado, diseños de las botellas, sistema de distribución, capacitación y promoción para los productores artesanales de cerveza; y,
11. La prohibición de implementación de cláusulas de exclusividad en sus contratos en canal tradicional y no tradicional de distribución.

31. Superintendencia del Control del Poder de Mercado, Comisión de Resolución de Primera Instancia, Expediente No. SCPM-CRPI-2016-017.

En contextos como éste, el arbitraje puede utilizarse como complemento del derecho de la competencia dada la necesidad de garantizar el acceso al mercado de otros operadores, por ejemplo, mediante las citadas condiciones referentes al acceso a redes de distribución, infraestructura, licencias o derechos. Puede incluirse en las resoluciones de autorización, así como en los compromisos propuestos por las partes, mecanismos de arbitraje como garantía de la aplicación de unas condiciones objetivas de acceso comprometidas para evitar la eliminación de la competencia.

A nivel Europeo, este mecanismo ha sido considerado eficaz en varios casos, por ejemplo, en la venta conjunta de la Liga de Campeones de la UEFA, donde la Comisión tuvo en cuenta la existencia de un sistema de arbitraje para solucionar los posibles conflictos sobre las tarifas de los derechos de Internet y de los derechos UMTS<sup>32</sup>, así como en el caso de la venta conjunta de derechos mediáticos de la Liga de Fútbol Alemana<sup>33</sup>.

## **6. EXCLUSIÓN DE CONTROVERSIAS SOBRE DERECHO DE COMPETENCIA EN CONVENIOS ARBITRALES CON EL ESTADO: EL USO DE LA NORMATIVA DE COMPETENCIA COMO “PRETEXTO” EN EL ART. 34 DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES**

Para finalizar, considero importante incluir un tema que a mi criterio dará pronto que hablar en materia de arbitraje de inversiones, que es la contribución por concentración de mercado impuesta por el artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOT), y calculada según el porcentaje de cuota de mercado de cada operador. Cabe decir que múltiples contratos de concesión e inversión celebrados por el Estado Ecuatoriano excluyen de los procedimientos arbitrales a las normas de regulación de la competencia, por lo que cabría analizar si el men-

32. Decisión de la Comisión Europea 2003/778/CE, 23/07, D.O. L291/25, 8/11/2003.

33. Decisión de la Comisión Europea 2005/396/CE, 19/01, D.O. L134/46, 27/05/2005.

cionado artículo es efectivamente una norma propia del derecho de la competencia.

Si bien el ordenamiento jurídico ecuatoriano no sanciona la mera concentración de mercado o la sola obtención de poder de mercado por parte de un operador económico, sino el abuso de dicho poder, el artículo 34 de la LOT impone un pago adicional por el mero alcance de una determinada cuota de participación de mercado.

El artículo 26 de la LOT especifica que la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) podrá dictar normas regulatorias para fomentar, promover y preservar las condiciones de competencia dentro del sector de las telecomunicaciones, pero indica que para ello deberá observar los lineamientos y principios aplicables “conforme al ordenamiento jurídico vigente”, haciendo así énfasis en la necesidad de encuadrar las regulaciones sectoriales en un marco de coherencia normativa con su entorno jurídico<sup>34</sup>. Es dentro de ese mismo capítulo que se incluyó el ya mencionado artículo 34, que dice:

Art. 34.- Pago por concentración de mercado para promover competencia. A fin de evitar las distorsiones en el mercado de servicios de telecomunicaciones y servicios por suscripción y promover la competencia, los prestadores privados que concentren mercado en función del número de abonados o clientes del servicio concesionado, autorizado o registrado, pagarán al Estado un porcentaje de sus ingresos totales anuales conforme a la siguiente tabla:

34. Ley Orgánica de Telecomunicaciones del Ecuador, RO Sup. No. 439, 18/02/2015. Art. 26. Regulación sectorial. La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, dentro del ámbito de sus competencias, observará los lineamientos para la regulación y principios aplicables conforme al ordenamiento jurídico vigente, a fin de coadyuvar a través de la regulación sectorial de telecomunicaciones que para el efecto emita y sus acciones, en el fomento, promoción y preservación de las condiciones de competencia en los mercados correspondientes que para el caso determine.

DESDE	HASTA	PAGO
30%	34.99%	0.5%
35%	44.99%	1%
45%	54.99%	3%
55%	64.99%	5%
65%	74.99%	7%
75%	En adelante	9%

La recaudación de estos valores será trimestral y la realizará la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, de conformidad con la regulación que para el efecto emita.

Esta obligación es independiente de cualquier otra obligación prevista en la presente Ley.

La norma contenida en el texto antes transcrito tiene las siguientes características:

1. Establece una obligación de pago trimestral a favor del Estado, dirigida solamente a los prestadores privados de servicios de telecomunicaciones.
2. Esta obligación es adicional a todas sus demás obligaciones tributarias y contractuales con el fisco.
3. El monto específico de esta obligación se establece en relación a sus ingresos totales, como un porcentaje que aumenta mientras mayor sea la participación de mercado del operador económico.
4. Según el texto del artículo, se declara como finalidad el evitar distorsiones en el mercado de servicios de telecomunicaciones y promover así la competencia.

Pese a la retórica protectora de la competencia, me parece que haciendo un análisis sistemático del artículo se encontrará que lo dispuesto en él resulta absolutamente incoherente con los principios informadores básicos del ordenamiento jurídico ecuatoriano en materia de competencia, pues la legislación ecuatoriana de competencia no sanciona el llamado “poder de mercado” de forma *per se*, menos aún la mera tenencia de un alto grado de par-

ticipación en ese mismo mercado implica abuso. La participación de mercado, por sí sola, es solamente uno de muchos criterios para determinar la existencia de “poder de mercado”, es decir, para establecer “la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado”<sup>35</sup>. Dicha determinación, según la ley ecuatoriana, debe hacerse caso por caso, de forma individual y concreta, luego de un extenso y complejo proceso, en el que las partes afectadas participan con las debidas garantías procesales. Y solo una vez que se determine que existe tal capacidad, se pasa a valorar si el mencionado poder ha sido empleado para distorsionar la competencia.

No obstante, el artículo 34 de la LOT sugiere, en términos generales y abstractos, que una mayor participación de mercado por parte de un operador, es *per se* un elemento distorsionador de la competencia que debe ser corregido mediante el pago de una suma de dinero. Sin embargo, a la luz de las ya citadas disposiciones de la LORCPM, esta sugerencia implícita de que una participación relativamente alta en el mercado distorsiona *per se* la competencia resulta incompatible con la legislación de competencia ecuatoriana, porque tal condición no implica que exista “poder de mercado”, ni implica que se haya abusado del mismo.

La medida dispuesta en el artículo 34 de la LOT—la obligación del pago de un porcentaje de las ventas en función de la participación de mercado— no constituye a mi criterio un medio idóneo para cumplir el supuesto “fin de evitar las distorsiones en el mercado de servicios de telecomunicaciones y servicios por suscripción y promover la competencia”. La única consecuencia de la aplicación de dicha obligación sería la recaudación de mayores recursos para el fisco.

El artículo 34 de la LOT no prevé otros mecanismos destinados a remover las condiciones constitutivas —participación de operadores, barreras de entrada o salida, independencia frente a competidores, etc.— de la eventual distorsión a la que alude. Lo

35. LORCPM, N. 1, Art. 7.

cual revelaría que la disposición contenida en el artículo 34 de la LOT tiene una finalidad encubierta de naturaleza recaudatoria o fiscalista, pues incluso después de realizar el pago de esta obligación, el operador en ciernes seguiría manteniendo su participación de mercado intacta, y nada le impediría seguir afianzándola, inclusive, pudiendo trasladar este coste adicional a los consumidores.

De esta forma, si esta norma no es una norma propia del derecho de la competencia, bien podrían los operadores afectados demandar al Estado Ecuatoriano por un incremento encubierto de regalías contractuales, para los cuales la retórica de competencia del artículo 34 es solamente un pretexto, tratándose entonces de una disposición legal que altera el contenido del contrato de concesión, situación que guarda cierta similitud con el caso de la Ley 42, que en materia petrolera, elevó la participación del Estado Ecuatoriano sobre las “ganancias extraordinarias” obtenidas por el alto precio del petróleo, del 50% al 99%. En ese caso, varias compañías petroleras perjudicadas demandaron en múltiples casos arbitrales al Ecuador ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), y otros organismos de arbitraje de inversiones, argumentando que la citada Ley 42 modificaba los contratos y alteraba la economía de los mismos, fuera de los límites de la potestad de *jus variandi* conforme al derecho ecuatoriano.

## 7. CONCLUSIONES

A manera de conclusión, debo reiterar que la relación entre el derecho de la competencia y el arbitraje en el Ecuador se encuentra aún en construcción.

Carecemos de pronunciamiento en materia de competencia de parte del Regulador así como de la Corte Nacional de Justicia y de la Corte Constitucional que arrojen luz sobre el tema, lo que obliga a acudir a la jurisprudencia internacional en búsqueda de

referencias que aporten para la construcción y aprendizaje continuo entre estas dos ramas del derecho.

Siguiendo estos criterios internacionales, podríamos decir que:

1. Según amplia jurisprudencia internacional, las normas de derecho de la competencia pueden ser aplicadas por los árbitros, inclusive si las partes no las alegaren, cuando esa omisión llevare a utilizar el mecanismo arbitral como una forma de eludir la aplicación de la normativa de competencia. Sin embargo, este criterio no sería procedente en Ecuador, porque se incurriría en vicio de ultra petita, causal de nulidad según el artículo 31 de la LAM.
2. La revisión judicial de laudos arbitrales que contraríen normas de derecho de la competencia ha sido considerada internacionalmente procedente cuando el laudo daría vida a un acuerdo nulo por contrario a la normativa de competencia, sin embargo, no sería procedente por la taxatividad de las causales de nulidad dispuestas en el artículo 31 de la LAM.
3. El arbitraje puede utilizarse eficazmente para la determinación de indemnizaciones de daños y perjuicios por infracciones a la normativa de competencia, con mayor libertad que el procedimiento civil, limitado por el artículo 71 de la LORCPM.
4. La cláusula arbitral podría ser considerada como un agravante en ciertos casos de cartelización, cuando sea utilizada como mecanismo de *enforcement* de acuerdos o prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 11 de la LORCPM.
5. Las prácticas de competencia desleal del artículo 27 de la LORCPM, en múltiples casos, podrían ser objeto de arbitraje incluso antes de ser conocidas por la SCPM, cuando tengan únicamente efectos *concurrenciales* o *inter partes*, y no impliquen afectación a la estructura del mercado.
6. En ciertos casos, debido a que la LORCPM incluye como prácticas de competencia desleal algunas normas propias del derecho de los consumidores, podría llegar a considerarse

abusiva la inclusión de cláusulas arbitrales en contratos de adhesión, según el artículo 27, numeral 10, literal e) de la LORCPM.

7. El arbitraje podría ser utilizado como complemento de garantía de cumplimiento de condiciones en compromisos suscritos con la SCPM para la autorización de una operación de concentración sujeta a condicionamientos.
8. La utilización del derecho de competencia como pretexto para excluir de procedimientos arbitrales ciertos cambios normativos en contratos con el Estado, podría derivar en litigios arbitrales futuros, especialmente, en relación con el artículo 34 de la Ley de Telecomunicaciones.