



La reclamación de daños derivados de un cartel en Ecuador

Un sistema de contradicciones

Por: Patricio Pozo Vintimilla

El régimen de competencia ecuatoriano y el derecho a reclamar daños.

El régimen de defensa de la competencia ecuatoriano tiene como objetivo promover, entre otras cosas, la innovación, el bienestar de los consumidores, la oferta de bienes y servicios de mejor calidad a menores precios, para conseguir la tan anhelada eficiencia económica.

Para lograr estos objetivos la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado (LORCPM),³⁶ contempla un doble marco de acción. Por un lado, las investigaciones llevadas a cabo por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), como órgano de control, que generan un efecto disuasorio (deterrence) a través de la imposición de sanciones económicas que pueden ir desde el 8 al 12% del volumen de negocio del operador económico³⁷ infractor, así como la imposición de medidas

correctivas para evitar que no se vuelva a cometer el acto anticompetitivo. Por otro lado, se encuentran las acciones privadas que buscan el resarcimiento patrimonial de los perjudicados por una práctica anticompetitiva. Los dos mecanismos son complementarios y no son sustitutivos uno del otro, y de su sinergia depende que el régimen de competencia funcione de forma adecuada. **38**

En lo que concierne a la aplicación privada de la competencia, el derecho a reclamar daños por una infracción anticompetitiva, se encuentra prescrito en el artículo 71 de la LORCPM:

“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”.

³⁶ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011.

³⁷ El concepto y alcance jurídico del término “operador económico” en la LORCPM, es bastante amplio y complejo, para efectos del presente artículo se asimilará al término de “empresa”, como unidad que intercambia bienes y servicios.

³⁸ Díez Estella, Fernando y De Prada Rodríguez, Mercedes. “Acciones de reclamaciones de daños derivados de ilícitos antitrust: principales problemáticas sustantivas y procesales”. Revista Aranzadi Doctrinal No. 2. 2019. 2 - 4.

El enemigo público número uno: El cartel económico

Conforme el artículo citado, la LORCPM consagra el derecho de cualquier persona natural o jurídica que haya sufrido un daño como resultado de un acto anticompetitivo en el marco de la Ley, para presentar su reclamación ante un juez civil contra los operadores económicos que cometieron la infracción. Sin embargo, el sistema de reclamación de daños derivado de actos anticompetitivos en el Ecuador presenta una serie de problemáticas y vacíos, entre ellos, el establecer el régimen de responsabilidad aplicable, la prescripción de la acción o la capacidad del juez civil de apartarse de la resolución o sentencia que confirma la existencia de un acto anticompetitivo, aspectos que el régimen de competencia debe armonizar para no dificultar o volver casi imposible el ejercicio de la reclamación de daños, atentando contra el principio de efectividad.

Considerando lo antes señalado, el presente artículo busca explicar desde una perspectiva comparada, como el régimen de competencia ecuatoriano, no otorga a los posibles afectados de seguridad jurídica y un marco eficaz para obtener una reparación integral. Para ello se analizará el acto anticompetitivo por excelencia, el cartel económico.

Los acuerdos colusorios horizontales también denominados “carteles”, son pactos entre dos o más operadores económicos, que, de forma expresa o tácita han acordado comportarse de una determinada forma en el mercado, con el objetivo de restringir, impedir o falsear la competencia,³⁹ la característica principal de esta conducta es que los operadores involucrados compiten directamente entre ellos, es decir, se encuentran en un mismo nivel de la cadena productiva, por ejemplo, el acuerdo alcanzado entre un grupo de fabricantes de tractores para aumentar el precio de venta de su maquinaria en perjuicio del consumidor final.

Los carteles son prohibidos y sancionados por una simple razón: los operadores económicos deben competir entre ellos con el objetivo de obtener mayores ganancias, en virtud de sus propios méritos empresariales y no por coludir entre ellos con el propósito de distorsionar el proceso competitivo.⁴⁰

³⁹ Cfr. Signes Juan, Fernández Isabel y Fuentes Mónica. Derecho de la Competencia. (Madrid: Arazandi, 2013), 105, 106.

⁴⁰ Cfr. Jones Alison & Sufrin Brenda. EU Competition Law. (Oxford: Oxford University Press, 2014). 660 - 673. Whish Richard & Bailey David. Competition Law. (Oxford: Oxford University Press, 2018). 520, 521.

Los carteles han llegado a ser considerados por la Corte Suprema de los Estados Unidos como “el mal supremo del derecho antitrust”,⁴¹ y varios sistemas jurídicos a nivel internacional establecen que el único propósito de este tipo de prácticas es afectar a los consumidores,⁴² debiendo ser detectados y sancionados. Sin embargo, obtener evidencia directa de la conformación del cartel, como reuniones o comunicaciones entre operadores, es bastante difícil y rara vez son obtenidos.⁴³

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) señala que ciertos acuerdos horizontales denominados “hardcore restrictions” o cárteles duros, constituyen las infracciones más graves para la competencia, debido a que impiden el desarrollo de mercados competitivos, generan resultados negativos para los consumidores y, es improbable que produzcan algún efecto beneficioso.⁴⁴

Cabe destacar que el artículo 11 de la LORCPM que, prohíbe los acuerdos colusorios horizontales en el

territorio nacional, presenta un esquema normativo bastante similar al artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, norma comunitaria que regula el derecho de la competencia para sus países miembros, por lo que, el tratamiento de los carteles desarrollados en la jurisprudencia y doctrina de la Unión Europea (UE), resulta aplicable mutatis mutandi al régimen de competencia ecuatoriano.

Una vez definido lo que debe entenderse por un cartel y la importancia de combatirlo, a continuación, se explicará a grandes rasgos, el régimen de reclamación de daños en el derecho de defensa de la competencia de la UE y Ecuador.

⁴¹ Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004).

⁴² OECD. Competition Trends 2020. Disponible en: <http://www.oecd.org/competition/oecd-competition-trends.htm>.

⁴³ OECD. “Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement”. Policy Brief, junio, 2007.

⁴⁴ OECD. Cartels and anticompetitive agreements. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/>. Concurrences. Hard Core Restrictions. Disponible en: <https://www.concurrences.com/en/dictionary/Hard-core-restrictions>. Este tipo de carteles suelen ser la fijación de precios, reparto de mercados o clientes, limitar la producción o la imposición de precios de reventa fijos o mínimos.

Reclamación de daños en la Unión Europea.

Uno de los pilares en la aplicación privada del Derecho de la Competencia en la UE, es que cualquier persona natural o jurídica que haya sufrido un perjuicio producto de una infracción anticompetitiva tendrá derecho a reclamar al infractor y obtener el pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil. Este pleno resarcimiento comprenderá el derecho a la indemnización por el daño emergente y/o lucro cesante, más el pago de los intereses, pero no podrá derivarse en una “sobrecompensación” como son los daños punitivos.⁴⁵

El ejercicio del derecho de reparación de daños ha sido reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en los casos *Courage*⁴⁶ y *Manfredi*⁴⁷ en los cuales estableció que “[...] la

plena eficacia del artículo 85 (actual 101) del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia”. Por lo que, el ejercicio de las acciones de daños y perjuicios derivadas de un acto anticompetitivo no deben ser obstaculizadas por las normas de carácter sustantivo o procedimental que emita un Estado.

Para la reclamación de daños y perjuicios producto de un cartel, el régimen de competencia de la UE reconoce dos vías procesales:⁴⁸

⁴⁵ El derecho a reclamar daños se encuentra garantizado en el artículo 3 numeral 1 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, y el artículo 72 numeral 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia española (BOE 159 de 4/7/2007); estos cuerpos normativos, también establecen la prohibición de sobrecompensación.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE), *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd y otros*, 20 de septiembre de 2001, Caso C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, paras 19 - 23, 27.

⁴⁷ STJUE, *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*. 13 de julio de 2006, Casos conjuntos C-295/04 a C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, paras 60, 61.

⁴⁸ Marcos, Francisco. “Identificación del Perjuicio Indemnizable en Acciones Consecutivas (Follow-On). En caso de Cárteles: De la Infracción (y Sanción) a la Compensación del Daño”, Working Paper IE Law School, 3 - 5.

a.

Las acciones consecutivas o follow on actions, son reclamaciones por daños y perjuicios cuando la infracción a la ley de competencia ya ha sido establecida por una autoridad de competencia o un juez. En este escenario, la parte que busca la indemnización no necesita probar que hubo una infracción a la ley de competencia, sino que la infracción (previamente establecida) le ha causado un daño, siempre que se trate de los mismos hechos e infractores.

b.

Las acciones independientes o stand alone actions, son las reclamaciones interpuestas cuando aún en sede administrativa o judicial, no existe un pronunciamiento sobre la existencia o no del acto anticompetitivo. Por tanto, la parte que busca una indemnización debe primero probar ante el juez, la existencia de una infracción a la ley de competencia, para posteriormente demostrar los requisitos de la reclamación de daños.

Sin importar el camino que se elija, le corresponde al demandante en un proceso civil, probar: a) la existencia de un daño, incluyendo el daño emergente y/o el lucro cesante; y, b) la relación de causalidad entre la conducta anticompetitiva y el daño causado. Sin embargo, el no tener que probar ante un juez civil la configuración del acto anticompetitivo, representa una ventaja considerable de las acciones follow on.

Otro aspecto interesante de las acciones follow on, es que el juez civil no puede emitir una sentencia que sea contradictoria con la resolución o sentencia que resolvió sobre la existencia o no del cartel, e incluso, el demandante puede utilizar los mismos elementos probatorios que le permitieron a la autoridad de competencia o al juez, establecer la configuración del cartel, para probar ante el juez civil la existencia de un daño y hasta lograr su cuantificación.⁴⁹

En el caso de que se haya declarado la existencia de un cartel, la normativa europea contiene una presunción iuris tantum, de que este acto anticompetitivo produce daños, salvo prueba en contrario.

⁴⁹ Id.

En este contexto, los tribunales civiles que conozcan un proceso de reclamación de daños derivados de un cartel pueden partir de una presunción del daño *ex re ipsa loquitur*,⁵⁰ que, asume que los cárteles casi siempre causan daño.

Uno de los puntos que más dificultades presenta en la reclamación de daños producto de un cartel, es su cuantificación, si bien esto requiere de un complejo análisis jurídico y económico de cada caso en particular, para efectos del presente artículo podemos brevemente señalar, que la cuantificación se basa en comparar la situación actual del demandante con la situación hipotética en la que estaría, si no hubiera existido el cartel.

Se debe considerar que el daño que producen los cárteles es un daño global y difuso, dado que el identificar en qué grado, mecanismos utilizados y temporalidad en la que cada uno de sus miembros contribuyó para afectar a los competidores o consumidores, volvería prácticamente inaplicable la reclamación de daños por la imposibilidad de recabar dicha

prueba, en tal virtud, sus miembros tienen una responsabilidad conjunta y solidaria frente a las acciones que planteen los perjudicados.

La problemática de reclamar daños derivados de un cartel en Ecuador. Un sistema de contradicciones.

Llegado a este punto, expondremos a continuación los principales problemas que presenta el reclamar daños derivados de un cartel en el Ecuador, lo indicado sin intención de agotar este tema con múltiples aristas.

El artículo 71 de la LORCPM establece de forma expresa que la responsabilidad del operador económico por daños derivados de actos anticompetitivos está sujeta al régimen común que, en el Ecuador sería el sistema de responsabilidad subjetiva,⁵¹

⁵⁰ La doctrina legal del *res ipsa loquitur* o “la cosa habla por sí misma”, es utilizada para aquellos casos en los cuales es sumamente difícil o imposible probar el hecho generador del daño, sin embargo, por las circunstancias en las cuales ha ocurrido, se puede inferir que el mismo ha sido producto de la negligencia o acción de un determinado individuo. Bullard Alfredo. “Cuando las cosas hablan: El *Res Ipsa Loquitur* y la Carga de la Prueba en la Responsabilidad Civil”. *THEMIS Revista De Derecho*, (50). 219 – 222. Un caso ilustrativo es *Ybarra v. Spangard*. 25 Cal.2d 486, 154 P.2d 687 (Cal.1944), sobre un demandante que recibió lesiones durante una operación, pero al estar inconsciente por efecto de la anestesia, no podía saber que miembro del personal médico le causo el daño.

⁵¹ Corte Nacional de Justicia, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, caso [núm. 473-2009] DAC c. Garzón Terán, Registro Oficial Suplemento 167, 12 de julio del 2011. Véase: Corte Nacional de Justicia, Derecho Administrativo y Corrección Económica. *Memorias Seminario Internacional*. Quito, 2015. 242 - 247. La responsabilidad civil extracontractual en el sistema jurídico ecuatoriano es subjetiva, debiendo establecerse la culpabilidad, entendida como la relación entre la voluntad del sujeto y el acto.

es decir, se requiere comprobar la culpabilidad del sujeto como elemento indispensable para su configuración.

Lo antes expuesto presenta una gran problemática, dado que en el régimen de competencia ecuatoriano al igual que en la UE, resulta irrelevante si el operador tuvo o no la intención de coludir para afectar al mercado, basta que el cartel de forma actual o potencial pueda restringir o falsear el mercado para que este acto pueda ser sancionado conforme el artículo 11 de la LORCPM, siendo aplicable el régimen de responsabilidad objetiva,⁵² por lo que el exigir la comprobación de la voluntad (dolosa o culposa)⁵³ del infractor en una reclamación de daños derivados de un cartel, desnaturaliza totalmente esta conducta anticompetitiva, sin mencionar la enorme dificultad para los perjudicados de recabar pruebas que demuestren la clara intención de los miembros del cartel de afectar a la libre competencia.

Por otro lado, el artículo 71 de la Ley, a priori no establecería una limitación al juez sobre su facultad de resolver respecto a la existencia o no del cartel, y por ende el establecer que no existe daño alguno, al no haberse configurado el

acto anticompetitivo, incluso si la SCPM ya determinó previamente su existencia. La LORCPM podría ser interpretada en el sentido que el mecanismo aplicable para la reclamación de daños derivados de un cartel, son las acciones independientes.

Lo antes señalado es relevante, puesto que el artículo 79 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM (RALORCPM), establece que el juez civil que conozca sobre la reclamación de daños, deberá fundamentar su sentencia en los hechos y calificación que haya establecido la SCPM en su resolución, por lo que este artículo, permitiría alegar que el régimen de competencia ecuatoriano ha adoptado las acciones follow on, dado que el juez no podría señalar que un cartel es inexistente cuando la SCPM haya resuelto sobre la existencia de la infracción anticompetitiva.

⁵² La responsabilidad objetiva procede sin importar si existe o no, dolo o culpa, la mera existencia del daño acarrea responsabilidad al sujeto responsable. Véase: Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 11 de Abril del 2007, Gaceta Judicial 10, 29 de octubre de 2002.

⁵³ La voluntad de un sujeto será calificada de dolosa cuando se desea el acto y sus consecuencias, que son normalmente previsibles; y será culposa, cuando el sujeto causa un daño sin el propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia, negligencia o impericia, y con infracción de normas legales o reglamentarias. Véase: Ex Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 22 de octubre de 2002, caso [núm. 229] Comité Delfina Torres vda. de Concha c. Petroecuador y otros, Registro Oficial 43, 19 de marzo de 2003.

La disposición del artículo 79 del RALORCPM, sin embargo, introdujo una disposición que restringe el alcance del artículo 71 de la LORCPM, respecto a la facultad del juez de resolver sobre la existencia o no de un cartel, antinomia que debe ser resuelta por jerarquía normativa conforme el artículo 425 de la Constitución de la República, que volvería inaplicable a la disposición reglamentaria.

En lo que concierne a la prescripción de la acción de daños, esta se computa a partir de los cinco años de ejecutoriada la resolución de la SCPM, esta temporalidad solo tendría sentido si se acepta el sistema de acciones follow on, puesto que si existen acciones independientes (stand alone) no se necesitaría que la SCPM se pronuncie de forma previa, estas contradicciones en nuestro régimen de competencia requieren de una reforma integral que armonicen las diferentes disposiciones.

El cómputo para la prescripción de la acción de daños resulta difícil de ser establecido, si consideramos que la facultad investigativa de la SCPM prescribe a los cuatro años de conocida la conducta por dicho órgano, sumado a que las investigaciones en sede administrativa duran entre dos y tres años, y solo cuando la resolución de la SCPM se encuentre ejecutoriada,

se contarían los cinco años, da como resultado un periodo mayor a diez años para presentar una reclamación de daños derivados de un cartel, lo que genera inseguridad jurídica para los operadores económicos involucrados.

Finalmente, al juez civil le corresponde la tarea de valorar de forma correcta la modalidad, mercados afectados y/o efectos de un cartel, sin embargo, si no ha sido debidamente capacitado en la materia, se podrían emitir precedentes negativos para la consolidación del régimen de competencia. A modo de ejemplo, se cita el caso RECAPT que trató sobre un acuerdo colusorio horizontal en contratación pública, y en el que la autoridad jurisdiccional fundamentó el fallo en una norma de derecho penal, inobservando claramente el artículo 11 de la LORCPM,⁵⁴ así como la naturaleza jurídica del procedimiento administrativo sancionatorio.

⁵⁴ OCDE. Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Ecuador. 2021. 95, 96. Disponible en <https://bit.ly/3di1L8D>. La OCDE destaca la necesidad de fortalecer la formación de los jueces en competencia: “Es posible que los jueces no hayan tenido los conocimientos especializados en materia de ley de competencia ni hayan tenido la oportunidad de obtener este conocimiento a través de estudios o de experiencia en casos en su carrera”.

Conclusiones

El sistema de reclamación de daños por parte de actores privados representa un importante mecanismo para disuadir futuras infracciones anticompetitivas, y promueve una mayor observancia de las normas de competencia por parte de los operadores económicos.⁵⁵ Sin el doble mecanismo de protección, tanto privado como público, los objetivos establecidos en la LORCPM serían difícilmente alcanzados.

Las acciones consecutivas presentan la ventaja de no requerir probar el acto anticompetitivo ante el juez civil y el otorgar una mayor seguridad jurídica, dado que el juez civil no puede emitir un fallo sobre la inexistencia de la infracción anticompetitiva previamente declarado por la autoridad de competencia.

La presunción *iuris tantum* de que los carteles producen daños, salvo prueba en contrario, facilita la reclamación de los perjudicados dado que mediante esta presunción se tiene en consideración la dificultad de obtener

pruebas sobre su temporalidad, modalidades de coordinación, o el grado de participación de sus miembros. La LORCPM o normas conexas nada señalan al respecto, siendo elevada la carga probatoria para los perjudicados.

El régimen de competencia ecuatoriano requiere de forma prioritaria una reforma normativa en la que se considere las particularidades y dificultades de probar un acto anticompetitivo, especialmente los carteles, para una efectiva reclamación de daños, y elimine las antinomias existentes en el sistema que a la postre afectan a la seguridad jurídica. Sin olvidar que el sistema de aplicación privada de la competencia requiere ser dinámico y debe garantizar que cualquier persona que haya sufrido un daño obtenga una reparación integral.

⁵⁵

Comisión Europea. Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. [2013/C 167/07].

LAWYERS^{EC} magazine



@lawyers_ec



LawyersEc



@lawyersec



@lawyersec