



**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL

TÍTULO

ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DEL ECUADOR

**NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL EN CONTROVERSIAS
REGULADAS POR EL MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS COMERCIALES
DEL SECTOR DE LOS SUPERMERCADOS EN BASE A LA REGULACIÓN
ECUATORIANA (2014)**

RODRIGO ALEJANDRO BONILLA PÉREZ

**DIRECTOR:
DR. JUAN FERNANDO MONTALVO**

Ecuador, Quito, 30 mayo de 2016

CERTIFICACIÓN

Yo, Rodrigo Alejandro Bonilla Pérez, portador de la cédula de ciudadanía N° 171448247-6, egresado de la Facultad de Jurisprudencia “Andrés F. Córdova” de la UIDE, declaro que soy el autor exclusivo de la presente investigación y que esta es original, autentica y personal mía. Todos los efectos académicos y legales que se desprenden de la presente investigación, serán de mi sola y exclusiva responsabilidad.

Quito, 30 de mayo de 2016

Rodrigo Alejandro Bonilla Pérez

DEDICATORIA

Con especial dedicatoria para mi madre, quien en su amor, en sus consejos, en su esfuerzo y enseñanzas me han guiado y guardado en mi caminar, porque son diadema de gracia para mi cabeza, y complacencia en mi corazón; y a toda la familia Pérez Bastidas, quienes me han brindado su cariño en sus hogares y han extendido su incondicional apoyo en mi vida.

AGRADECIMIENTOS

Doy gracias a Jehová mi Dios, quien da la sabiduría y de su boca viene el conocimiento y la inteligencia, quien ha estado todos los días de mi vida y ha guardado mi camino, sosteniéndome de su mano poderosa.

De igual manera, agradezco a los profesores, docentes quienes me han guiado en mi desarrollo como ser humano y profesional, a mis compañeros, colegas y personas quienes han estado acompañando en mi caminar, y en especial manera a mi Tutor y maestro, quien me ha mostrado nuevos conocimientos y me ha permitido afrontar nuevos riesgos a través de sus enseñanzas.

AUTORÍA

Rodrigo Alejandro Pérez Bonilla, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido presentado anteriormente para ningún grado o calificación profesional y, que se ha consultado la bibliografía detallada.

Cedo mis derechos de propiedad intelectual a la Universidad Internacional del Ecuador, sin restricción de ningún género o especial.



Firma

Doctor Juan Fernando Montalvo, certifico que conozco al autor del presente trabajo siendo responsable exclusivo tanto en su originalidad, autenticidad, como en su contenido.



Firma

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CERTIFICACIÓN	ii
DEDICATORIA.....	iv
AGRADECIMIENTOS.....	v
AUTORÍA.....	vi
ÍNDICE DE CONTENIDOS	vii
LISTA DE GRÁFICOS.....	xi
LISTA DE ANEXOS.....	xi
RESUMEN	xii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1: GENERALIDADES.....	5
1. EL ARBITRAJE.....	5
1.1. DEFINICIÓN DE ARBITRAJE	5
1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ARBITRAJE.....	6
1.3. CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE ECUATORIANO.....	8
1.4. CLASES DE ARBITRAJE.....	8
1.5. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE.....	10
1.5.1. La teoría contractualista.....	10
1.5.2. La teoría jurisdiccionalista	11
1.5.3. La teoría mixta.....	11
1.5.4. La teoría autónoma del arbitraje.....	11
1.6. ASPECTO CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE EN EL ECUADOR.....	12
1.7. LA CLÁUSULA ARBITRAL	13
1.7.1. Características de la cláusula arbitral	14
1.7.2. El convenio arbitral como fuente de obligaciones.....	16
1.7.3. Requisitos de la cláusula arbitral	17
1.7.4. Transigibilidad de las controversias.....	19
1.7.5. Tipos de arbitrabilidad.....	20
2. EL ORDEN PÚBLICO	22

2.1 CONCEPTO Y GENERALIDADES.....	22
3. EL DERECHO DE COMPETENCIA.....	24
3.1. EL MERCADO Y SUS CARACTERÍSTICAS.....	25
3.2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.....	28
3.3. CLASIFICACIÓN	30
3.4. EL DERECHO DE COMPETENCIA CONSTITUCIONAL Y LEGAL EN EL ECUADOR	31
3.5. LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO	33
3.6. LOS ÓRGANOS DE REGULACIÓN Y CONTROL.....	35
3.7. LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO	35
3.8. MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS COMERCIALES PARA SUPERMERCADOS Y PROVEEDORES.....	36
3.9. ESTRUCTURA DEL MERCADO Y ANÁLISIS DEL SECTOR EN EL ECUADOR..	38
4. CONCLUSIÓN PRELIMINAR.....	39
 CAPÍTULO 2	 41
ACCIÓN DE NULIDAD, NULIDAD DEL ORDEN PÚBLICO E INARBITRABILIDAD DEL DERECHO DE COMPETENCIA EN EL ARBITRAJE	41
1. EL LAUDO ARBITRAL.....	41
1.1. ESTRUCTURA DEL LAUDO	42
1.2. REQUISITOS FORMALES DEL LAUDO.....	42
1.3. MOTIVACIÓN DEL LAUDO.....	43
1.4. EFECTOS JURÍDICOS DEL LAUDO.....	43
1.5. EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL	44
1.6. INAPELABILIDAD DE LOS LAUDOS ARBITRALES	45
2. LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LOS LAUDOS ARBITRALES	45
2.1. OBJETO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD	46
2.2. PROCEDIMIENTO DE LA ACCION DE NULIDAD	48
2.3. CAUCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD	49
3. CAUSALES DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL.....	50
3.1. NULIDADES TAXATIVAS DEL ARTÍCULO 31 DE LA LAM	50
3.1.1. Que no se haya citado legalmente la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía.....	51
3.1.2. Que no se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte	51

3.1.3. Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse.....	52
3.1.4. Cuando el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado.	53
3.1.5. Cuando existe violación de procedimientos para integrar el tribunal arbitral	53
3.2. NULIDADES FUERA DEL ARTÍCULO 31 DE LA LAM	54
3.3. JUSTIFICACIÓN DE LA APLICACIÓN DE LAS CAUSALES FUERA DE LA LAM	55
4. CONTROL JUDICIAL DE LOS LAUDOS.....	55
5. ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL POR VIOLACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO	58
5.1. INARBITRABILIDAD DEL ORDEN PÚBLICO.....	60
5.2. EL ORDEN PÚBLICO Y SU REGULACIÓN DESDE EL ASPECTO ECONÓMICO.....	62
5.3. LA DIRECCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO - COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO	64
6. INARBITRABILIDAD DEL DERECHO DE COMPETENCIA	65
6.1. REGULACIÓN NORMATIVA DEL MERCADO EN BASE AL ORDEN PÚBLICO	68
6.2. LAS FACULTADES ADMINISTRATIVAS COMO INARBITRABILIDAD EN EL DERECHO DE COMPETENCIA	70
7. CONCLUSIONES PRELIMINARES.....	71
 CAPÍTULO 3	 73
ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL EN LA APERTURA Y RELACIÓN DEL ARBITRAJE DENTRO DEL DERECHO DE COMPETENCIA.....	73
1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	73
2. CONSIDERACIONES EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS CORTES DE ESTADOS UNIDOS – CASO MITSUBISHI.....	74
3. LA ARBITRABILIDAD DEL DERECHO DE COMPETENCIA EN LOS CASOS EUROPEOS	77
3.1. IMPORTANCIA DEL CASO ECO SWISS C. BENETTON INTERNACIONAL EN EL ARBITRAJE Y EL DERECHO DE COMPETENCIA.....	80
3.2. REFERENCIA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL	83
4. LA EXPERIENCIA DEL ARBITRAJE EN EL DERECHO DE COMPETENCIA SEGÚN EL CASO COLOMBIANO	84

5. CONSIDERACIONES PARA LA APERTURA DEL ARBITRAJE EN EL DERECHO DE COMPETENCIA	87
5.1. APLICACIÓN DEL DERECHO DE COMPETENCIA POR PARTE DE LOS ÁRBITROS.....	88
5.2. COMUNICACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES ANTE EL ÓRGANO COMPETENTE.....	90
5.3. PATRIMONIALIDAD Y ARBITRABILIDAD DEL DERECHO DE COMPETENCIA	91
5.4. POSTURA DEL ARBITRAMIENTO EN CASOS DE COMPETENCIA DESLEAL Y ABUSO DE PODER DE MERCADO.....	93
5.5. <i>LEX FORI</i> Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS.....	95
6. CONCLUSIONES PRELIMINARES.....	97
CONCLUSIONES	100
RECOMENDACIONES	105
BIBLIOGRAFÍA.....	108
ANEXOS.....	117

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico No. 1. Clasificación de la competencia.	25
Gráfico No. 2. Competencia perfecta.	26
Gráfico No. 3. Competencia imperfecta.	26
Gráfico No. 4. Ventajas y desventajas del monopolio.	27
Gráfico No. 5. Restricciones a la libre competencia.	29
Gráfico No. 6. Clasificación del Derecho de la Competencia.	30
Gráfico No. 7. Prácticas restrictivas.	31

LISTA DE ANEXOS

Anexo No. 1. Texto vigente de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador.	117
Anexo No. 2. Texto vigente del Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el Sector de los Supermercados y/o Similares y sus Proveedores.	134

RESUMEN

El trabajo a presentarse se ha concebido en la necesidad de dialogar y analizar la problemática del avance e inclusión de nuevas materias en el arbitraje, y lo que este desarrollo implica en la normativa, la doctrina y la jurisprudencia de cada Estado. Aspectos políticos, económicos, culturales y sociales intervinientes en el cambio normativo obligan a que se estudien las nuevas propuestas, nacionales e internacionales, de forma conjunta.

La comprensión de los conceptos esenciales del arbitraje nos permite conocer este método alternativo de justicia reconocido en el Ecuador, a través de su Constitución y los demás instrumentos legales que conforman el marco normativo ecuatoriano. Sus elementos y características plasman el objetivo de la materia y las guías a emplearse para la correcta ejecución y control *a posteriori* de sus decisiones, llamadas laudos. El arbitraje guarda una estrecha relación con el Derecho de Competencia, teniendo como límite fundamental al orden público, cuya violación determina incurrir en causales de nulidad de la decisión final de los árbitros.

No menos importante resulta la apreciación de las pautas y razonamientos que varios expertos han ofrecido sobre el tema, al igual que la postura de los tribunales ante las pretensiones y excepciones que las partes han deducido y que marcan un hito en el Derecho. Por último, corresponde plasmar aquellas recomendaciones y puntos de vistas del fenómeno jurídico en el contexto ecuatoriano.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje, sistemas jurídicos, administración de justicia, solución de conflictos, derecho a la justicia.

INTRODUCCIÓN

De la relación entre el Estado y el Derecho concreto aplicable se establece la necesidad de otorgar un espacio de libertad a la sociedad civil con el fin de obtener un perfil adecuado del derecho público económico y sus principios conductores. Luego, se hace necesario regular la intervención de los órganos estatales en la economía de modo que armonice las funciones de defensa de las libertades individuales con la preservación del espacio de libres transacciones y operaciones económicas que actualmente se llama “mercado” (Subgerencia Cultural del Banco de la República, 2015).

No resulta fácil en la actualidad adaptarse a los nuevos fenómenos que inciden en la vida económico-social de un país: un nuevo orden mundial, un nuevo modelo de Estado y de Gobierno, un modo más auténtico de representación política, un nuevo sistema de relaciones entre Estado y sociedad y un nuevo modelo de regulación económica de los sectores estratégicos de nuestra sociedad, tradicionalmente configurados en un régimen de monopolio-oligopolio, con frecuencia en mano pública. En particular, los países de cultura hispánica vienen de una tradición histórica como sociedad cerrada, con múltiples estamentos u organizaciones que tienen como finalidad fundamental protegerse a sí mismos (Ariño Ortiz, 2014).

Las crisis financiera de los Estados modernos como consecuencia de un desbocado gasto social – con un brusco déficit público añadido – ha dado lugar a un profundo desorden en las economías europeas, con elevados tipos de interés, crecimiento continuo de la deuda, "efecto expulsión" de la inversión privada, entre otros. Todas estas circunstancias han hecho surgir la conciencia de que son necesarias profundas reformas si se desea hacer frente a las exigencias de un mundo cada día más abierto, más global y menos resguardado, en el que la competitividad y el buen hacer son elementos decisivos.

Por otra parte, en el ámbito académico y universitario es necesario acometer sustanciales cambios, como la apertura de los mercados a la competencia y la libertad para poner en práctica iniciativas empresariales de corte socio-ambiental que no pocas veces han sido coartadas o limitadas por el creciente intervencionismo estatal.

No obstante, las fuerzas desligadas en una economía global son terriblemente peligrosas si estos mecanismos reguladores son inexistentes, pues se trata en el mejor de los casos de regulaciones que permiten evitar la inflación o el excesivo enfriamiento de la propia economía. Cabe mencionar que el ente regulador no es el protagonista del trabajo útil, sino solo lo mantiene entre ciertos márgenes; es decir, aplicado al ámbito de lo socio-político, aquel tiene que ser consciente de sus funciones, de sus poderes – que son meramente instrumentales –, y que es en la sociedad civil donde se generan las condiciones que justifican su existencia (Sajardo Moreno, 1999). Luego, bajo estas concepciones, surge la necesidad de que exista un ente que dirima los conflictos y busque el preciso equilibrio, normalmente entendido como “órgano arbitral”.

En la actualidad, el arbitraje constituye una herramienta que permite simplificar los litigios mediante la utilización de tecnología y otros medios modernos. Así, muchos individuos consideran que bajo esta figura se pueden cumplir las pautas de la justicia ordinaria sin ningún perjuicio, aunque otros ven en ello la causa de grandes catástrofes y nulidades procesales. También existen personas que denotan una posición ecléctica pero flexible, pues ven al arbitraje como una forma eficaz para resolver litigios sin perjuicio de la “seguridad” de los procedimientos ordinarios, de ahí que se haya afirmado que “(...) el procedimiento arbitral en el Ecuador es autónomo, aunque no necesariamente autocontenido¹” (Galindo Cardona & García Larriva, 2014, pág. 54).

La Ley de Arbitraje y Mediación de nuestro país es considerada relativamente moderna, pues se publicó el 4 de octubre de 1971 (Congreso Nacional, 1971), fue codificada en el 2006 tras varios cambios (Comisión de Legislación y Codificación, 2006) y por último reformada en dos de sus artículos el 9 de marzo de 2009 (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2009); no obstante, se constatan varias críticas o inconvenientes sobre ella, de ahí que sea atinado desde el punto de vista investigativo estudiar los casos de nulidad de laudo arbitral por deficiencia en su aplicación.

Se debe considerar que el punto analizado y desarrollado en esta investigación se conduce a través de la observancia del desarrollo doctrinal y con mayor importancia la jurisprudencia internacional, especialmente de las Cortes de Estados Unidos de América y de la Comunidad Europea, que nos orientan hacia el poco desarrollo de este tema al

¹ Se llama autocontenido a “(...) un sistema legal cerrado y absolutamente autónomo del resto de normas y ordenamiento jurídico” (Galindo Cardona & García Larriva, 2014, pág. 54) (Nota al pie).

nivel nacional. Cabe también despejar la interrogante sobre la relación entre el arbitraje y el derecho de la competencia, y por ende sobre la aplicación de las normas de este último por los árbitros, aun asumiendo ciertas posturas que ven con recelo a este medio de realización de justicia como un sustituto de la facultad de control, policía y sanción en manos de las autoridades judiciales.

Los factores intervinientes en la regulación de la competencia forman un pilar importante en el desenvolvimiento del contexto económico, por lo cual en los árbitros recae la importancia de analizar hasta el último argumento presentado por cualquiera de las partes dentro del proceso, además que se elucidarán las casusas y se expondrán todas las observaciones pertinentes, sin afectar la facultad sancionadora de las restantes autoridades.

Algunos países como Reino Unido, donde prevalece el *common law* y no existen prácticamente leyes previas, se dio un paso importante al aceptar la arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia; asimismo, en Alemania e Italia – con ejes normativos del *civil law* al igual que en Ecuador –, se procedió tras varios debates a reconocer la arbitrabilidad en controversias sobre normas reguladoras del mercado (Ortiz Baquero, 2010). Como se observa, se han abierto varias puertas al arbitraje, por ello es necesario que exista una mayor evolución normativa y un cambio de posturas en el quehacer jurídico de la nación, mediante el estudio de los mecanismos alternativos que permiten una mejor aplicación y ejecución de la justicia.

La elaboración del presente trabajo se centra en presentar un panorama partiendo de conceptos generales y características del arbitraje y el derecho de competencia, al igual que su relación con el orden público, implícita en el análisis como limitante de la arbitrabilidad de los asuntos de libre competencia y el control que se ejerce sobre los laudos arbitrales. Prosigue la disertación hacia las alternativas de evolución y desarrollo normativo-jurisprudencial del arbitraje en correspondencia la facultad de los árbitros para la aplicación de las normas de competencia. Todo ello se realiza en comparación con la aplicabilidad de estos temas en otros Estados y regiones del orbe.

En el Capítulo 1 se presentan las generalidades del arbitraje, los conceptos que dicho medio implica, su desarrollo normativo y los requerimientos para su ejecución en el Ecuador. Se resalta la arbitrabilidad objetiva como punto de partida y luego se

caracterizan de forma general el orden público y el derecho de competencia y su vínculo con el arbitraje.

En el Capítulo 2 se trata con mayor énfasis la arbitrabilidad o in-arbitrabilidad del derecho de competencia a partir las nociones generales reflejadas en el Capítulo anterior; a su vez, se explica el porqué se recela del arbitraje en base a su importancia en el ámbito económico del mercado, además de su regulación y sanciones a prácticas que lo perjudican.

Por último, el Capítulo 3 del trabajo desarrolla la perspectiva de la arbitrabilidad y el derecho de competencia en cuanto a normas y jurisprudencias que la aclaran y abren nuevas puertas para su mayor concurrencia práctica, apoyado en posturas internas y el derecho comunitario e internacional, donde se observan puntualmente las guías para que el control judicial de los laudos no se vea afectado de nulidad.

CAPÍTULO 1: GENERALIDADES

1. EL ARBITRAJE

Para adentrarse en la actual investigación, se hace necesario partir de una definición del término arbitraje, seguida de una sencilla caracterización histórica y técnica de dicha institución, para luego puntualizar en cuanto a la cláusula arbitral y el concepto de transigibilidad, todos ellos elementos indispensables para ahondar en el análisis principal.

1.1. DEFINICIÓN DE ARBITRAJE

La doctrina ha desarrollado varias definiciones del término “arbitraje” en las que se presentan varias características de este procedimiento alternativo de justicia. Robert (1967, pág. 12), lo conceptualiza como “(...) la constitución de una justicia privada por la cual los litigios son sustraídos de la jurisdicción común, para ser resueltos por individuos revestidos, por las circunstancias, de la misión de juzgar”, mientras que Guasp (1950, pág. 158) lo define como “(...) la resolución de un conflicto que se lleva a cabo por un tercero a cuya decisión las partes se someten voluntariamente...” Por su parte, el jurista colombiano Gil Echeverry (1993, pág. 11) lo describe como:

(...) un procedimiento jurisdiccional *sui generis*, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se defiende la solución de conflictos privados transigibles, a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, los que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial.

Los elementos de todas las definiciones antedichas son plasmadas en la que ofrece el artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, al describirlo como:

(...) un mecanismo alterativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras, para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias (Congreso Nacional, 1971, pág. 2).

Por ello, el proceso arbitral debe ser considerado como un mecanismo o sistema de solución de conflictos separado de la jurisdicción ordinaria, pre-señalado por la manifestación de la propia voluntad de las partes o en cumplimiento de lo establecido en

el ordenamiento jurídico. La voluntad de someterse al arbitraje origina el nacimiento de la potestad de juzgar por órganos distintos a los tribunales de justicia ordinarios, es decir, se acude a uno o varios terceros cuyos conocimientos proporcionarán la solución a la controversia en litigio, desde una directriz igualmente imparcial (Roca Martínez, 1992).

1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ARBITRAJE

El arbitraje, desde el punto de vista histórico, ha existido desde los albores de la humanidad. La existencia de conflictos entre las personas determinaba no pocas veces la participación de un tercero imparcial que coadyuvara a una solución. Ya en la era actual hubo un reconocimiento mundial de dicha institución, admitida en la mayoría de los países como mecanismo de solución alternativo. Un ejemplo dicho avance se manifestó en el desarrollo de la llamada *lex mercatoria*, es decir, el conjunto de leyes aplicables exclusivamente a los comerciantes, que ha reforzado la vigencia del sistema arbitral (Salcedo Verduga, 2001).

En la legislación española, a partir de las leyes procesales del Fuero Juzgo, se estableció el nombramiento de los jueces por parte del Rey, los designados por otro juez, y los nombrados por las partes en común acuerdo, estos últimos devenidos los antecedentes de los árbitros actuales (Pallares Portillo, 1967). Otro antecedente se encuentra en el Especulo o Código emitido durante el reinado de Alfonso el Sabio, en la publicación de las Leyes de Las Siete Partidas; allí se establecieron las reglas para la actuación de los arbitradores en la resolución de controversias basándose a su leal saber y entender, lo que hoy conocemos como las reglas de la sana crítica (Ibídem).

Antes de pertenecer a la Gran Colombia, el Ecuador se regía bajo la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, y esta reconocía al arbitraje como fórmula de arreglo de las controversias por vía distinta de la jurisdiccional, cuyos elementos eran la voluntad de las partes, la elección de los árbitros y la aceptación de su decisión (Chacón Corado, 1989).

Al inicio de la República Ecuatoriana, se empleó el arbitraje para resolver el problema limítrofe con Perú en 1887 (Alvarado Garaicoa, 1952). El arbitraje moderno

en el Ecuador tuvo como base la promulgación del Código de Procedimiento Civil (Comisión Legislativa del Congreso Nacional, 1960), que contenía disposiciones nada prácticas, exorbitantes formalidades sobre los requisitos del compromiso arbitral o clausula compromisoria, y del procedimiento mismo; en tal sentido Neira Orellana (2016) ha expuesto que estas normas

(...) desalentaban la opción que ofrecía el arbitraje las cuales exigían que el compromiso arbitral contenga el texto completo de la demanda y la contestación, es decir que la controversia haya surgido previamente; se establecía el derecho a apelar de la sentencia arbitral ante los jueces ordinarios, con lo cual la eficacia de un juicio ágil como pretende ser el arbitral quedaba enervada por la posible iniciación de un nuevo proceso ante los jueces de lo civil.

En cambio, las controversias de carácter mercantil sometidas al arbitraje se encontraban reguladas por la Ley de Arbitraje Comercial (Congreso Nacional, 1963), con normas más acordes a la justicia ágil. Ambas normas fueron derogadas por la Ley de Arbitraje y Mediación (Congreso Nacional, 1971). La nueva Ley reconoce el sistema arbitral y la mediación asistida por un tercero neutral, la mediación comunitaria, como procedimientos de solución de controversias en el Ecuador.

En el ámbito constitucional, tenemos que la ya derogada Constitución Política de la República del Ecuador el 5 de junio de 1998 (Asamblea Nacional Constituyente, 1998, pág. 34), señalaba en su artículo 191: “Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley”. Posteriormente, la vigente Constitución de la República del Ecuador de 2008 (Asamblea Constituyente, 2008, pág. 64) consignó en su artículo 190 un pronunciamiento similar al anterior, pero más amplio:

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.

Para concluir, entre los tratados internacionales reconocidos por el Ecuador en cuanto esta materia se encuentran: el Tratado sobre Derecho Procesal suscrito en Montevideo el 11 de enero de 1889 (Varias naciones, 2013); la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Naciones Unidas, 1958); la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos extranjeros, suscrita en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (Organización de Estados Americanos, 1979); y la Convención

Interamericana sabré Arbitraje Comercial Internacional, firmada en Panamá el 30 de enero de 1975 (Organización de Estados Americanos, 1975).

Como se observa, el desarrollo de este método alternativo en el Ecuador tiene sus orígenes a partir de la conquista española, pasando por la etapa colonial hasta llegar a la época republicana en la que se reconoció de una manera ínfima, y los últimos avances e institucionalización a partir de la Constitución de la República del año 2008.

1.3. CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE ECUATORIANO

La Ley de Arbitraje y Mediación vigente en el Ecuador, a través de su normativa presenta las siguientes características del arbitraje:

- a. Es un mecanismo de solución de conflictos, presentes o futuros, susceptibles de transacción.
- b. Las decisiones son tomadas por el árbitro o los árbitros, como tercero imparcial destinado a resolver la controversia existente o futura, por voluntad de las partes.
- c. Tiene su origen en la voluntad de las partes, en aplicación de los principios de la autonomía de la voluntad y el principio de libre contratación
- d. Sustraer la controversia del ámbito de la competencia judicial, en razón de su origen contractual y la existencia de un convenio separando la competencia de los tribunales ordinarios.
- e. El laudo es definitivo e inapelable, el cual concluye con el proceso arbitral por lo cual la decisión termina el proceso como de única instancia, inadmitiendo el recurso de apelación (Salcedo Verduga, 2001).

1.4. CLASES DE ARBITRAJE

El arbitraje se clasifica sin alterar su unidad con variantes de un mismo método que poseen características propias conforme a su funcionalidad y manejo. Se destacan

entre ellas el arbitraje *ad-hoc*, el arbitraje institucional o administrado, y el arbitraje en derecho y el arbitraje en equidad.

El **arbitraje *ad-hoc*** se organiza en forma individual, pues las partes constituyen directamente el tribunal para decidir sobre la Litis. Es un órgano independiente y se realiza conforme a lo que las partes pacten y en consonancia con la ley. En este arbitraje no existe institución alguna o centro de arbitraje que administre, ni está sometido a ningún mecanismo procedimental predeterminado; solo limitan la facultad del árbitro a decidir los principios de equidad o generales del derecho. Es posible su conformación a tenor de los artículos 2 y 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación (en lo adelante, LAM) (Congreso Nacional, 1971).

Por su parte, **el arbitraje institucional o administrado** supone el conocimiento de la controversia por parte de árbitros que se sujetan a los procedimientos de una entidad especializada que administra y organiza los trámites, sin perjuicio de las facultades de las partes, lo que igualmente se prevé en el artículo 2 de la LAM al decir: “El arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta Ley y a las normas y procedimientos expedidos por un centro de arbitraje...” (Ibídem, pág. 2), de modo que lo común es que el arbitraje siga las pautas establecidas en dicho cuerpo jurídico y el centro regulador que este determina.

El **arbitraje en Derecho** y el **arbitraje en equidad** son dos categorías que se refieren a la forma de actuación de los árbitros y la naturaleza de la decisión o el laudo que se dicte. El arbitramento en derecho o *arbiter juris* es aquel en el cual el laudo se dicta aplicando las reglas del Derecho establecidas en sus principios universales, la ley, la jurisprudencia y la doctrina, mientras que el arbitramento en equidad o en conciencia (*ex aequo et bono*) se materializa cuando el laudo puede dictarse al margen de la Ley y los árbitros deciden según su leal saber y entender, sin que necesariamente deban ser abogados (Roca Martínez, 1992). El artículo 3 de la LAM admite ambas formas de arbitraje, aunque a falta de pacto expreso se presume que el arbitraje será en equidad (Congreso Nacional, 1971)², sin que obste explicar que esta no significa oponerse

² **Art. 3.-** Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad.

Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados.

abiertamente a la ley, sino lograr el equilibrio necesario para no arribar a un fallo injusto (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 2000).

1.5. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

El arbitraje constituye una institución compleja respecto a su naturaleza jurídica, teniendo en cuenta sus vínculos con aspectos contractuales, procedimentales y jurisdiccionales. En razón de lo dicho, el arbitraje tiene su origen en el acuerdo de voluntades (convenio arbitral) para someter las controversias a la decisión de terceros; culminando el proceso con el laudo, cuyos efectos se equiparan en la práctica a los de una sentencia firme, salvo que contenga vicios capaces de generar su nulidad.

Existen dos teorías principales que tratan de explicar la naturaleza jurídica del arbitraje: la contractualista y la jurisdiccionalista. No obstante, otra teoría destaca la imposibilidad de encasillar la naturaleza del arbitraje dentro de alguna de las dos tesis, de modo que prefieren una variante mixta o ecléctica que considera aspectos positivos de ambas, y la teoría autónoma en el análisis del arbitraje admitiendo que la naturaleza jurídica del arbitraje depende en gran medida de las características particulares del ordenamiento legal (Salcedo Verduga, 2001).

1.5.1. La teoría contractualista

Esta teoría “(...) considera el arbitraje desde el punto de vista del voluntario sometimiento de las partes expresado en un convenio...” (Peralta Quintanilla, 2009, pág. XXXVII), determinando su naturaleza contractual que da origen a todo el sistema, incluyendo al laudo, de modo que este último no sería una verdadera sentencia. La naturaleza del arbitraje deriva entonces de un contrato en virtud del cual las partes acuerdan voluntariamente que los conflictos que puedan surgir entre ellas sobre sus derechos susceptibles de transacción, sean resueltos por terceras personas, obligándose a

Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados (Congreso Nacional, 1971, pág. 2).

aceptar la resolución que dichos terceros, sellando esta doctrina que los árbitros no son jueces, sino particulares que no poseen tampoco la calidad de funcionarios públicos ni administran justicia en nombre del Estado. Por tanto, el arbitraje: 1) tiene una naturaleza privada que proviene del acuerdo de voluntades de las partes; 2) los árbitros son personas particulares que designan aquéllas; 3) el árbitro no desarrolla actos jurisdiccionales, pues su poder deriva de las concesiones de las partes; y 4) el laudo no es una verdadera sentencia, por idénticas razones (Montoya Alberti, 1988).

1.5.2. La teoría jurisdiccionalista

Esta tesis corresponde con la atribución al arbitraje de una esencia jurisdiccional, al estimar que si bien nace del acuerdo inter-partes, el laudo es ejecutable y produce los mismos efectos de la cosa juzgada material, al igual que una sentencia dictada por los jueces ordinarios (Peralta Quintanilla, 2009). La fundamentación de esta teoría se halla en la idea de que la administración de justicia por parte de los árbitros se origina a través de sus leyes, en las cuales se reconoce a los particulares la posibilidad de disfrutar de un servicio que el Estado garantiza mediante el sistema arbitral (Salcedo Verduga, 2001).

1.5.3. La teoría mixta

Esta tesis propone que la naturaleza del arbitraje es mixta, al ser “(...) una institución contractual por su origen y procesal por sus efectos” (Pozo Jácome, 2012, pág. 47). Es el punto intermedio de las dos tesis anteriores, basado en que el acuerdo arbitral da origen al voluntario sometimiento de las partes a la controversia, pero es la ley quien guía el proceso y concede al laudo efectos de sentencia firme.

1.5.4. La teoría autónoma del arbitraje

Dicha teoría no acepta ninguna de las anteriores al considerar que ninguna satisface la complejidad del problema del arbitraje, de modo que la naturaleza jurídica del arbitraje siempre va a depender de las características del ordenamiento legal donde el sistema arbitral se desarrolla (Peralta Quintanilla, 2009). Sin embargo, una recta lectura de lo anterior conlleva a entender que, en definitiva, se trata de una posición ecléctica con ciertos matices, pues en lugar de negar la naturaleza jurisdiccional o contractual del arbitraje, indica que será aquella que determine la legislación vigente de un país (Fouchard, 1965). Bajo esta visión, “(...) la ejecución del laudo arbitral, no se realiza como un contrato ni como una sentencia...” (Pozo Jácome, 2012, pág. 48).

1.6. ASPECTO CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE EN EL ECUADOR

La Constitución de la República del Ecuador de 2008, según se apuntó antes, reconoce al arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos en su artículo 190, con lo cual origina varias consecuencias jurídicas que lo hacen único y diferente al sistema de solución de controversias de la Función Judicial. Este método alternativo es regulado por el principio de especialidad en la aplicación de instituciones y formas de interpretación propios como la competencia de la competencia, la separabilidad de la cláusula de compromiso arbitral, pro arbitraje, entre otros (Neira Orellana, 2016).

La característica otorgada al arbitraje como método alterno se reconoce cuando la LAM remite subsidiariamente en las reglas del Código de Procedimiento Civil³ (por ejemplo, en las medidas cautelares, según su artículo 9), sin perjuicio de la aplicación preferente de la propia LAM (Congreso Nacional, 1971). El Código Orgánico de la Función Judicial otorga en el artículo 7 atribuciones jurisdiccionales a favor de los árbitros, siempre en correspondencia con la Constitución y la ley (Pleno de la Comisión Legislativa y de Fiscalización, 2009). Inclusive, la norma constitucional establece como requisito indiscutible para la admisión del proceso arbitral, la existencia expresa y por escrito, del acuerdo mutuo y previo entre dos partes para solucionar sus controversias actuales o futuras, las cuales deben ser susceptibles de transacción (Asamblea Constituyente, 2008).

³ Actualmente, se remite a las reglas del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), que sustituyó al anterior (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015).

En esta línea argumentativa, cabe recordar que el artículo 1 de la LAM expresa:

El sistema arbitral, es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, expresamente y por escrito, sus controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras, para que sean tratadas por los Tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias (Congreso Nacional, 1971, pág. 2).

Entonces, siempre que las partes manifiesten su voluntad expresa y por escrito de someter la decisión de sus conflictos a la justicia arbitral, los jueces ordinarios deben abstenerse de conocer tales asuntos, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 4 de la LAM, remitiendo a las partes ante los árbitros designados, conforme hayan convenido en la cláusula arbitral.

Se ha considerado por Neira Orellana (2016) que la institución del arbitraje en el Ecuador ha seguido un proceso regresivo porque “(...) el Estado pretende instituirse en el gestor monopolístico de la administración de justicia y del bien común, en el dispensador exclusivo de cualquier derecho, y en la instancia vigilante del sistema de justicia privada a que tenemos derecho todos los ciudadanos...”, pero seguidamente se aclara que esto no ha sido por mandato constitucional siquiera, sino por interpretaciones equivocadas y estatistas que prevalecen en los últimos años. La Carta Magna, como se ha dicho antes, se caracteriza por ser garantista y precautelar los derechos ciudadanos, sin menoscabar la iniciativa privada sobre estos asuntos.

1.7. LA CLÁUSULA ARBITRAL

El acuerdo en que las partes exteriorizan su voluntad de someterse a la justicia arbitral es capital dentro de la institución que se analiza; por tal razón, el legislador ha decidido regular mediante ley su validez formal y material, ya que de esto depende la eficacia del arbitraje (Caivano, 2011). Los actos voluntarios están sujetos a las reglas de Derecho, son ley entre las partes, de modo que la cláusula arbitral tiene el carácter de una convención civil, por su naturaleza en parte contractual (Jijón Letort & Marchán, 2010).

Cabe aclarar las concepciones existentes sobre términos similares como: acuerdo arbitral, clausula compromisoria y compromiso arbitral. Para entender mejor sus

diferencias es preciso recordar que en algunas jurisdicciones se estima que el arbitraje no depende de la voluntad de las partes, sino el mandato legal.

Así, tenemos que el acuerdo ordinario determinado en el contrato se entiende como cláusula compromisoria, aunque no existe imposibilidad para el sometimiento al arbitraje por medio de un pacto posterior y separado, e incluso ante controversias que nacen de una relación jurídica extracontractual (Cantuarias, 2007). Luego, la cláusula compromisoria es definida como:

(...) un contrato de derecho privado, inserto habitualmente como cláusula en un contrato principal, del mismo género que el compromiso, por el cual las partes contratantes se obligan a someter las cuestiones litigiosas que puedan surgir en el futuro en relación con el contrato principal al fallo de árbitros (Caivano, 2011, pág. 26).

El acuerdo arbitral es “(...) un convenio que incluye normas procesales, en lugar de sustantivas, o que designa normas procesales para solucionar el litigio” (Silva Silva, 2001, pág. 59). En cambio, el compromiso arbitral viene a ser un acuerdo de voluntades en el que las partes, después de verificar la controversia, convienen el sometimiento al arbitraje, o sea, las partes pueden pactar directamente las cuestiones que ya se han producido en un suplemento contractual (Caivano, 2011), lo que a su vez se admite en el artículo 5 de la LAM.

1.7.1. Características de la cláusula arbitral

La eficacia de la cláusula arbitral se produce a través del reconocimiento de la naturaleza del acto jurídico bilateral irrevocable, por lo cual una vez formalizada, ninguna de las partes puede unilateralmente dejarla sin efecto y no pueden, por tanto, acudir en primera instancia a la vía judicial (Silva Romero, 2005). Luego, la cláusula compromisoria produce dos efectos: uno negativo que implica excluir la intervención de los tribunales del Estado, y uno positivo que consiste en la posibilidad de constituir el tribunal arbitral y originar las funciones de los árbitros; ambos posibilitan preservar la independencia y eficacia del proceso arbitral (Caivano, 2011). La celebración del citado acuerdo en base a conflictos presentes o futuros también implica la sujeción de las partes a la decisión de los árbitros respecto de la materia convenida, por lo que la validez del acuerdo arbitral no depende de su inclusión o no en un contrato ni del momento de su firma, sino del cumplimiento de los requisitos formales y sustantivos

exigidos por la ley aplicable, según se deduce del artículo 2 de la Convención de Nueva York (Naciones Unidas, 1958).

La LAM define al convenio arbitral en su artículo 5 como “el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual” (Congreso Nacional, 1971, pág. 3), y en el artículo 6 se prevé la existencia del convenio arbitral no solo cuando figura en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia de la inequívoca voluntad de las partes en ese sentido (Ídem). Estas disposiciones tienen el fin de limitar la formalidad del arbitraje y no recurrir al poder judicial para formalizarlo, ya que la cláusula arbitral es suficiente para iniciar el arbitraje, debiendo constituirse el órgano decisorio según las normas reglamentarias que las partes estipularon.

El principio de separabilidad ha sido objeto de consideración y discusiones por los tribunales en innumerables casos. Por ejemplo, en la jurisprudencia norteamericana se conoce el caso *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Manufacturing Co.* resuelto por la Corte Suprema de Justicia de ese país, que cuestionó la intervención judicial de un tribunal a quien se le hubiere solicitado la intervención judicial en la ejecución de un acuerdo arbitral, pues la intención de las partes originalmente fue resolver sus conflictos mediante el arbitraje sin dilaciones ni obstrucciones judiciales (*Prima Paint Corp. v. Conklin Manufacturing Co.*, 1967). Asimismo, en el caso *Southland Corp. v. Keating* decidió que las cuestiones de arbitrabilidad son cuestiones de derecho sustantivo que deben regirse por la ley especial o la convención de las partes, lo que creó sin dudas una presunción favorable a la jurisdicción arbitral (*Southland Corp. v. Keating*, 1984).

En esta misma línea de pensamiento se observa el caso *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.* donde se expuso que la arbitrabilidad procede cuando existe un acuerdo que de forma clara e inequívoca pone de manifiesto la intención de las partes a ese fin (*Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*, 2002). La jurisprudencia distrital resolvió el caso *Pacificare Health Systems, Inc., et al. v. Book et al.* e interpretó que la cláusula arbitral era eficaz para que los árbitros analizaren el alcance de sus facultades derivadas de la convención de las partes (*Pacificare Health Systems, Inc., et al. v. Book et al.*, 2003).

Se advierte que la separabilidad de la cláusula arbitral se presenta en favor de su ejecutabilidad. En el Ecuador, la LAM dispone sobre el particular que la nulidad de un contrato no afecta la vigencia del convenio arbitral (artículo 5.3). En otro orden, el principio de separabilidad se relaciona con el principio de competencia de la competencia en tanto que los árbitros deben pronunciarse al inicio sobre la existencia y validez de la cláusula arbitral, y de ser válida, podrán resolver sobre el fondo de la controversia (Caivano, 2011).

1.7.2. El convenio arbitral como fuente de obligaciones

El Código Civil establece como normas generales en relación a los convenios o contratos sus requisitos mínimos y esenciales para su existencia y validez; por tanto, el arbitraje, al ser resultado de la voluntad de las partes, genera obligaciones conforme al artículo 1453 del Código Civil, el cual prescribe que: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos a más personas, como en los contratos o convenciones...” (Congreso Nacional, 2005, pág. 71). Lo que sí resulta indiscutible es que el arbitraje no tiene su origen en la ley, ni en normas generales, ni actos administrativos, ni de la voluntad unilateral de una parte. En esta misma línea de pensamiento, el artículo 1454 del Código Civil prescribe sobre la definición de contrato o convención que: “(...) es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una a muchas persona” (Ídem).

El contrato o convenio debe ser exigible de forma recíproca bajo el principio *pacta sunt servanda*, reconocido en el artículo 1561 del Código Civil: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (Ídem, pág. 76), por lo cual, conforme a la interpretación de la voluntad de las partes, a los jueces o árbitros no les corresponde aplicar los principios del Derecho a los hechos controvertidos generando en la ejecución del contrato o el convenio (García, 2012).

Los contratos, como manifestaciones de la libre voluntad de las personas – que a su vez se consagran en el artículo 66, numeral 16) de la Constitución de la República del Ecuador, que reconoce el derecho a la libre contratación (Asamblea Constituyente,

2008) – son capaces de producir, modificar o extinguir derechos u obligaciones entre las partes, siempre que exista capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita, según dispone el artículo 1461 del Código Civil (Congreso Nacional, 2005).

Luego, el convenio arbitral estipulado en el artículo 5 de la LAM es:

(...) el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la expresión inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. En los demás casos, es decir de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje (Congreso Nacional, 1971, pág. 3).

A partir de la lectura del artículo anterior, se concluye que el sometimiento al arbitraje se produce por convención de las partes, manifestada por escrito o de cualquier otra forma prevista en la ley.

1.7.3. Requisitos de la cláusula arbitral

En base a lo expuesto, el tribunal arbitral debe resolver ante todo sobre su propia competencia para luego conocer una determinada litis, esto es, examinar la observancia de los requisitos establecidos en el ordenamiento interno, especialmente aquellos para la validez procesal del arbitraje, los requisitos de carácter material referidos al objeto de la controversia y el fundamento de la decisión de los árbitros, y los de orden formal en cuanto a la cláusula compromisoria (Neira Orellana, 2016).

El tribunal arbitral deberá establecer si la jurisdicción ejercida por árbitros es o no conforme a las reglas del Derecho ecuatoriano, ya que de comprobarse el incumplimiento de alguno de los requisitos, tendrá la obligación de pronunciarse al respecto al inicio del trámite, advirtiendo que se ha producido el incumplimiento de un requisito esencial.

La cláusula arbitral constituye un verdadero contrato o cuando menos una verdadera estipulación contractual (Silva Romero E. , 2003), por lo cual debe cumplir los requisitos de existencia y validez establecidos para aquel, sin perjuicio de las condiciones específicas de la normativa especial.

Es requisito esencial que la manifestación de la voluntad emane libremente de una persona que tenga capacidad legal para obligarse, y referirse además a controversias que puedan ser objeto de arbitraje (Jijón Letort & Marchán, 2010), no podrán existir los denominados vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo) pues estos la invalidarían (Código Civil, artículos 1467 y siguientes).

También se debe señalar que el acuerdo arbitral surge del propósito de las partes de someterse al arbitraje, sin introducir el procedimiento a hurtadillas, de forma más o menos clandestina (Martínez Vázquez de Castro, 1991). La voluntad debe ser clara e inequívoca, de lo contrario se entiende que los contratantes no han consentido a plenitud. Se deben evitar términos dubitativos o estipulaciones contradictorias que generen dudas sobre la intención de las partes.

En la declaración de voluntad, el sujeto debe ser capaz para otorgar el acto; en este sentido, el artículo 4 de la LAM establece el requerimiento de la capacidad para transigir o disponer, y la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional incluye la incapacidad como causal de nulidad del laudo dictado en sus territorios y como causal que permite denegar el reconocimiento o ejecución de un laudo extranjero, según sus artículos 34.2. y 36.1. (CNUDMI, 2008).

Otra condición de validez del acuerdo arbitral es que recaiga sobre un objeto lícito, es decir, las controversias deben ser arbitrables. Esto permite centrar límites que protejan la autonomía de las partes y, a su vez, armonizar la legalidad de la jurisdicción del Estado (Caivano, 2011), punto que será desarrollado más adelante.

La cláusula compromisoria debe referirse a una relación jurídica concreta con la existencia de un vínculo contractual – o extracontractual – del cual puedan surgir las controversias que se sometan a arbitraje, por lo cual un acuerdo arbitral concebido en términos ambiguos o genéricos que no permitan limitar su alcance, sería nulo.

Uno de los requisitos externos del arbitraje es la exteriorización de la voluntad de las partes de modo que pueda ser aprehendida por los sentidos; esta forma es un elemento estructural de los negocios jurídicos y en particular de los contratos, es decir, la forma está netamente unida al contrato (Ibídem).

La LAM definió a la cláusula compromisoria como la estipulación en virtud de la cual las partes que celebran un contrato se obligan a someter sus controversias futuras a la decisión arbitral (artículo 1); mientras que el convenio arbitral fue conceptuado como el documento suscrito por las partes después que hubiera surgido la controversia (artículo 5) (Congreso Nacional, 1971). Según las disposiciones transcritas, el acuerdo podrá ser anterior o posterior a la controversia, pero siempre deberá constar por escrito, de manera que no será admisible el acuerdo verbal o el consentimiento tácito; de ahí que esta forma es ineludible para la existencia del arbitraje, si bien se ha adaptado a los requerimientos del documento electrónico firmado o al intercambio de cartas o cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje (Ibídem).

1.7.4. Transigibilidad de las controversias

El arbitraje es una variante jurídica que ha tomado fuerza en las dos últimas décadas, aliviando cargas en las cortes locales y extendiéndose incluso a varios órganos de poder público (Montalvo Perero, 2011). No obstante, en la primera mitad del siglo XX la libre disposición de las partes se relacionaba con la patrimonialidad y sin que existiera conflicto con el orden público (León Robayo, 2012).

En esta línea de pensamiento, las controversias que se susciten a partir de los contratos con sujeción a la cláusula arbitral, son esencialmente transigibles según la interpretación integral del mismo contrato en el mejor sentido que convenga al contrato en su totalidad. Existe, no obstante, una reserva de ley en virtud de la cual no todas las cuestiones litigiosas que se puedan suscitar entre las partes pueden ser resueltas por árbitros, de modo que es necesario dejar establecidas cuáles son las materias arbitrables, es decir, aquellas que según el artículo 1 de la LAM resultan transigibles.

La transacción, conforme al artículo 2348 del Código Civil, es aquel “(...) contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente y evitan un litigio eventual” (Congreso Nacional, 2005, pág. 111). Por tanto, como bien señala García (2012), el convenio arbitral es inexistente cuando las partes han acordado someter al arbitraje un derecho o bien no sujeto a transacción (por ejemplo, el estado civil de las personas, la condición de hijo, sobre derechos ajenos o que no existen), o

cuando el acuerdo arbitral está afectado de error, fuerza o dolo e inclusive el litigio sometido a la justicia ordinaria o la decisión de autoridad con fuerza de cosa juzgada. También el convenio arbitral es inválido porque no contenga los elementos sustanciales para su existencia o los incluya apócrifos, es decir, tiene cláusulas patológicas que por oscuridad o imprecisión afectan a la naturaleza del arbitraje e impide la expresión libre y voluntaria de las partes de someterse a sus normas.

Inclusive, la arbitrabilidad de las controversias no procede cuando tengan como base el ejercicio de una potestad en el ámbito del Derecho Público, de modo que no son transigibles las potestades que el orden jurídico reconoce a la Administración Pública y a las demás funciones del Estado (Neira Orellana, 2016).

El objeto de la litis arbitral se encuentra relacionado con aspectos de naturaleza contractual, imponiendo a los árbitros el deber de cumplimiento de la tutela efectiva de sus derechos a partir de la aceptación de su competencia.

1.7.5. Tipos de arbitrabilidad

La arbitrabilidad es la inclinación que tiene una disputa para ser resuelta por medio del arbitraje y cuya falta genera una causal de impugnación sobre el convenio mismo y el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral. Entonces, la arbitrabilidad es considerada desde dos vertientes: la arbitrabilidad objetiva o *ratione materiae*, también conocida como inarbitrabilidad o *non-arbitrability* (Gräslund, 2015), y la arbitrabilidad subjetiva o *ratione personae*, las que conviene analizar a continuación.

La arbitrabilidad objetiva o *ratione materiae* se refiere a la posibilidad de que el asunto objeto de la controversia sea susceptible de ser sometido a arbitraje, la cual no debe ser confundida con la validez del acuerdo arbitral ya que este pudo ser suscrito válidamente pero la disputa puede no ser arbitrable (Jiménez & Saldarriaga, 2010). Se propone determinar si el contenido mismo del asunto puede ser objeto de arbitraje y conocido por los árbitros, de ahí que la inarbitrabilidad es una incapacidad derivada de la ley para poder someter ciertas materias al arbitraje, mediante el análisis del fondo del asunto, o sea, que la ley es la que determina si esta condición es válida, o no (Chillón Medina & Merino Marchán, 1991).

La noción de arbitrabilidad objetiva es un elemento para la validez del laudo⁴, y usualmente es indiscutible cuando la controversia versa sobre derechos o intereses de contenido económico o patrimonial, pero cabe indicar que no todas las materias de esta naturaleza son arbitrables, pues existen otros parámetros como el orden público, límite establecido por decisión de los gobiernos nacionales sobre aspectos que, pese a su carácter privado, tienen impacto público. Las cuestiones de arbitrabilidad pueden constituir una causal de anulación del laudo, o a la inaplicabilidad del convenio pacto arbitral conforme a lo establecido en los artículos 2.1. y 5.1. de la Convención de Nueva York (Naciones Unidas, 1958) y el artículo 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (CNUDMI, 2008).

Por otra parte, la arbitrabilidad subjetiva o *ratione personae* puede ser invocada en disputas que involucran al Estado o entidades estatales donde la norma restringe su capacidad para someter sus controversias a arbitraje. Cabe decir, no obstante, que la arbitrabilidad tiene una vinculación directa con la noción de los derechos subjetivos, ya que no solo se refiere a la disponibilidad de la materia, sino incluye las pretensiones de las partes en orden a la titularidad de tales derechos (Montero Aroca, 2004).

Si bien el alcance de la arbitrabilidad subjetiva se presenta en el ámbito del Derecho privado, ello no explica la extensión hacia aquellas controversias de las relaciones negociales cuando alguna de las partes es un órgano de la administración del Estado, por lo cual la arbitrabilidad y la facultad de los entes públicos para recurrir a arbitraje no puede explicarse en base a dicha concepción (Jequier Lehuedé, 2013). El actuar de los particulares es una manifestación de libertad y autonomía de la voluntad en la que se pacta todo lo concerniente a sus derechos subjetivos que no se encuentre expresamente prohibido por el ordenamiento jurídico; en cambio, el accionar del Estado en la forma y dentro del ámbito competencial se encuentra limitado por la Constitución y la ley.

En definitiva, la inarbitrabilidad subjetiva se presenta cuando no se puede someter a arbitraje una determinada controversia en razón del carácter, naturaleza o calidad de las partes en conflicto, especialmente en lo relativo a la capacidad de los

⁴ Las cuestiones de arbitrabilidad pueden constituir una causal de anulación del laudo, o a la inaplicabilidad del convenio pacto arbitral conforme a lo establecido en los artículos 2.1. y 5.1. de la Convención de Nueva York de 1958 y el artículo 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985.

Estados, sus entidades estatales y de derecho público, en cumplimiento de las normas legales. Sin embargo, la capacidad para pactar un convenio arbitral conforme al artículo 4 de la LAM se extiende a las personas naturales y jurídicas que puedan transigir, es decir, aquella que tenga capacidad para celebrar el contrato de transacción a que se ha hecho referencia. Dicha capacidad es entendida como el poder de disposición y la facultad jurídica de las personas para poder desprenderse o enajenación de un bien o de un derecho, ya que la transacción consiste en la renuncia de un derecho.

En resumen, no podrán celebrar el convenio arbitral aquellas personas que carecen de capacidad, es decir, los incapaces absolutos conforme al artículo 1490 del Código Civil (Congreso Nacional, 2005); pero los incapaces relativos como los que se hallen en interdicción de administrar sus bienes y las personas jurídicas mediante sus representantes legales, pueden celebrar el convenio arbitral válido si cumplen los requisitos establecidos en la ley, conforme al artículo 1463 del propio Código (Ibídem), el artículo 190 de la Constitución de la República (Asamblea Constituyente, 2008), el artículo 4 de la LAM (Congreso Nacional, 1971), ambos ya citados, y el artículo 3 de la Ley de la Procuraduría General del Estado (Congreso Nacional, 2004), en cuya virtud se debe pactar un convenio arbitral con anterioridad al surgimiento de la controversia, obtener la autorización del Procurador General del Estado y cumplir las pautas para la designación de los árbitros.

2. EL ORDEN PÚBLICO

El orden público es una categoría compleja cuya definición y alcance resultan medulares respecto al arbitraje, como posteriormente se demostrará, de ahí que también es necesario analizar su concepto y sus principales características.

2.1 CONCEPTO Y GENERALIDADES

El orden público, denominado por los griegos como *hendiadys*, es un conjunto de palabras que, unidas, significan algo distinto a su significado individual (González de Cossío, 2013). Un caso del Tribunal Federal Suizo enfatizó la

dificultad para comprender y aplicar el concepto en cuanto a su carácter fluido y dada su generalidad excesiva (Tensaccia S.P.A. v. Freyssinet Terra Armata, R. L., 2006). El orden público sigue siendo un término impreciso, aunque autores como el propio González de Cossío (2013, pág. 8) lo han definido como “(...) una institución que busca resguardar los principios más caros de un sistema jurídico...”

En la jurisprudencia internacional también se ha buscado dar una definición a través de varios estudios que disciernen entre lo que es y no es orden público (Paulsson, 2008), donde se le concibe como un estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad, idea asociada con la noción de paz pública como objetivo específico de las medidas de Gobierno; en cambio, en sentido técnico se refiere al conjunto de instituciones jurídicas que identifican el derecho de una comunidad, entendidas como principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos (González de Cossío, 2013). Es decir, el orden público constituye un límite por medio del cual se restringe la voluntad de las personas en la ejecución de ciertos actos mediante mecanismos que emplea el Estado, a fin de impedir que estos afecten o puedan afectar los intereses colectivos de la sociedad.

Las Cortes de los Estados Unidos de América se han referido al orden público como las nociones más básicas de moralidad y de justicia de un sistema jurídico, o como las nociones fundamentales de lo que es decente y justo en el Estado donde se busca la ejecución (estándar alto y rara vez alcanzado), o como una ilicitud que para ser violatoria del orden público, debe quemarle los ojos al juez (Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc., Plaintiff-appellant-appellee, v. Societe Generale De L'industrie Du Papier (rakta), and Bankof America, Defendants-appellees, Societe Generale de L'industrie Du Papier (rakta), defendant-appellee-appellant, 1974); (TERMORIO S.A. E.S.P. and LeaseCo GROUP, LLC, Appellants v. ELECTRANTA S.P., et al., Appellees, 2007).

El orden público es un concepto jurídico abierto, pero a la vez no es un concepto unívoco, sino compuesto por un conjunto de instituciones, por lo cual se presenta dos formas de este: por una parte, se estima que el orden público contractual está formado por normas imperativas que no admiten pactos en contrario, lo que desplaza la libertad de las partes; por otra, el orden público regulatorio se refiere a las normas de interés social en un régimen que debe ser observado, lo que en derecho internacional se llama

lois de pólíce, o sea, las disposiciones que aplican a una materia en la que el Estado ha considerado que merece ser regida de cierta manera y su observancia es obligatoria (González de Cossío, 2013).

Se ha tratado de distinguir entre orden público local y orden público internacional, dado que el primero es un concepto es más amplio que el segundo porque versa sobre nociones básicas de moralidad y justicia en una jurisdicción determinada, mientras que el orden público internacional es aquel aceptado por la comunidad internacional (Ibídem).

3. EL DERECHO DE COMPETENCIA

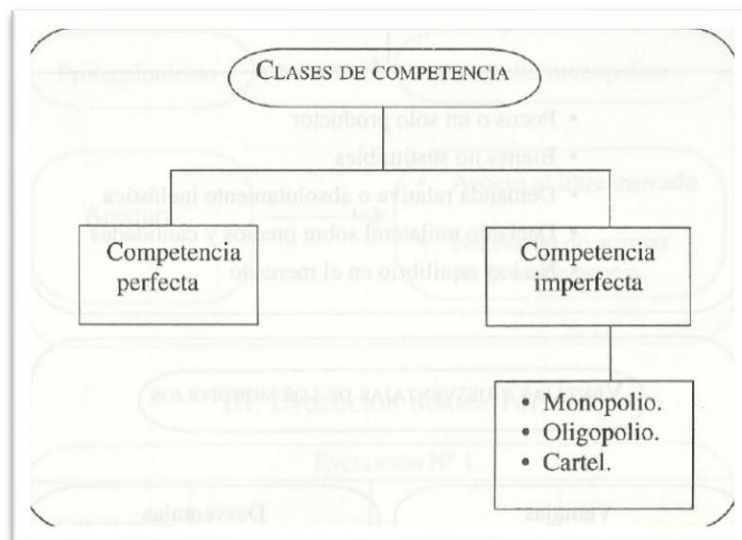
En la actualidad se evidencia notoriamente como la economía, el mercado y el Derecho se encuentran vinculados entre sí, ya que la economía es una ciencia que establece una necesidad y determina la forma de suplirla mediante la normativa del Estado para la organización y distribución de los productos, con la interacción de los agentes que la involucran, como son: el trabajo, los equipos, el dinero, la banca, el capital y la riqueza (Homero, 2004). En cambio, el mercado presenta el modelo bajo el cual aparecen la oferta, la demanda, la fijación de precios, el entorno bajo el cual se realizará la transacción y la distribución, y por último el Derecho, que es la normativa elaborada por el hombre para simplificar y preestablecer las normas y formas sobre cómo se maneja la economía basándose en los requerimientos del mercado (Velandia, 2011).

La relación que se mantiene entre el Derecho y la economía nace de la necesidad de especificar cómo se efectuarán las transacciones de oferta y demanda evitando un enriquecimiento ilícito de cualquiera de las partes, es decir, se procede a normar el intercambio de bienes o servicios en forma equánime y justa. Sobre todo, trata de impedir que los terceros perjudiquen de alguna manera la economía pública e incluso el patrimonio privado.

3.1. EL MERCADO Y SUS CARACTERÍSTICAS

El mercado se crea por los ofertantes y los demandantes, ya que es considerado como el espacio donde los vendedores y compradores intercambian sus productos o servicios por un precio establecido (Homero, 2004). En un mercado interactúan los sujetos de la oferta (empresas-negociantes), los sujetos de demanda (consumidores – compradores), el territorio y los bienes objeto de la negociación, por lo cual se puede afirmar que las estructuras del mercado son: competencia perfecta, monopolio y la competencia imperfecta (Velandia, 2011), lo que igualmente se aprecia en el gráfico que sigue:

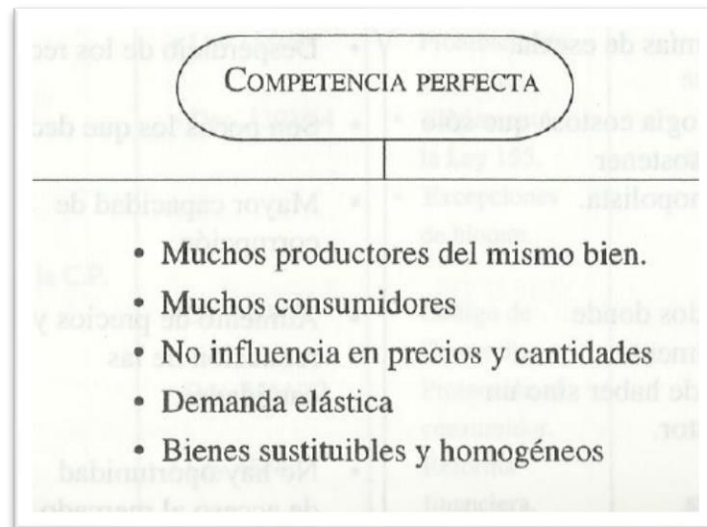
Gráfico No. 1. Clasificación de la competencia.



Fuente: (CEDEC, 2002, pág. 185)

La competencia perfecta se establece cuando existen suficientes vendedores y compradores para un producto homogéneo y que se han fijado previamente en un segmento del mercado. Una de las principales características de esta estructura es que si salen o ingresan más vendedores o compradores, no se modifica el sistema establecido.

Gráfico No. 2. Competencia perfecta.



Fuente: (CEDEC, 2002, pág. 185)

La competencia imperfecta se da cuando algunas empresas predominan en el mercado, afectando el comportamiento de los otros ofertantes a través de acuerdos para fijar ganancias.

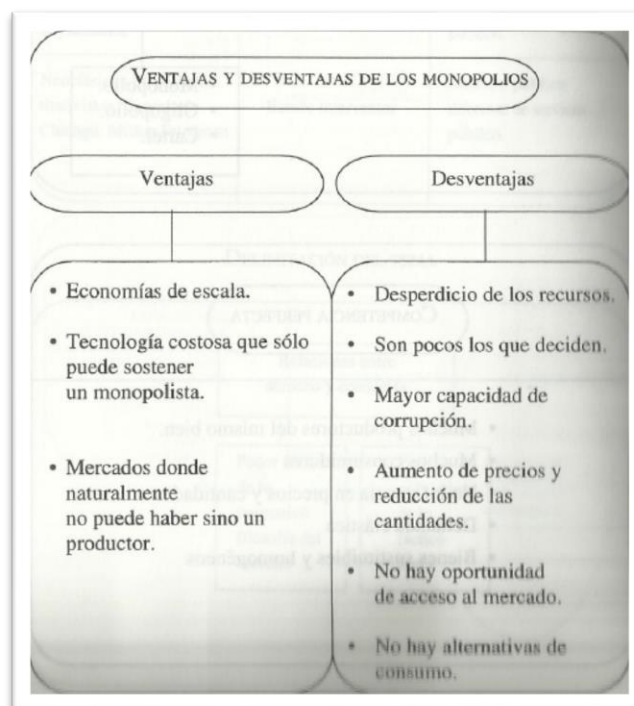
Gráfico No. 3. Competencia imperfecta.



Fuente: (CEDEC, 2002, pág. 186)

El término monopolio proviene del griego y significa una sola empresa, la cual se encuentra sola en el mercado y enfrenta toda la demanda, lo que le permite decidir la cantidad de producción y determinar por voluntad propia el precio.

Gráfico No. 4. Ventajas y desventajas del monopolio.



Fuente: (CEDEC, 2002, pág. 186)

En el desarrollo del mercado se configuran varias etapas donde los operadores económicos proceden a realizar sus actividades (Velandia, 2011): la libertad empresarial que se origina cuando un empresario elige ofertar sus servicios y donde lo primordial es especificar el segmento y tipo de mercado que desea alcanzar y determinar previamente su competencia, los gustos de los consumidores, los bienes sustitutivos existentes, los costos, los precios y la rentabilidad; también se encuentra la etapa de distinción, en la que el empresario especifica la necesidad de dar a conocer su organización dentro del mercado; le sigue la etapa de posicionamiento, marcada por la publicidad mediante la cual se dará a conocer tanto la empresa como los productos que ofrece; continúa la etapa de distribución, que consiste en la colocación de los productos mediante redes internas propias o a través de redes ajenas con un canal intermediario, el que se encarga de entregar al consumidor, conformando varios canales de distribución que son: fabricante-consumidor, fabricante-detallista-consumidor, fabricante-minorista-detallista-consumidor, fabricante-mayorista-minorista-detallista-consumidor, fabricante-agente-mayorista-minorista-detallista-consumidor y fabricante-agente-representante-mayorista-minorista-detallista-

consumidor; finalmente, tenemos la etapa del momento de la verdad (compra-venta), la cual se basa en el proceso de escogida, donde el consumidor, debido a la promoción del nuevo producto, ha determinado cambiar su preferencia.

3.2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

El Derecho de los mercados se presenta como una rama especializada en la cual se aglutinan los derechos y obligaciones que poseen las empresas para ejercer la libertad de entrada a una actividad comercial y los consumidores en desarrollo de su libertad de escogencia (Velandia, 2011), ya que los consumidores satisfacen sus necesidades con lo adquirido y se procede con la sanciones administrativas y jurisdiccionales a quienes distorsionen el desarrollo del mercado. La diversidad de relaciones que se presentan a lo largo de la cadena del mercado lleva a que este Derecho sea dividido en diferentes ramas: de la protección al consumidor, del régimen publicitario, de los signos distintivos y de la competencia, este último que se desarrollará a continuación.

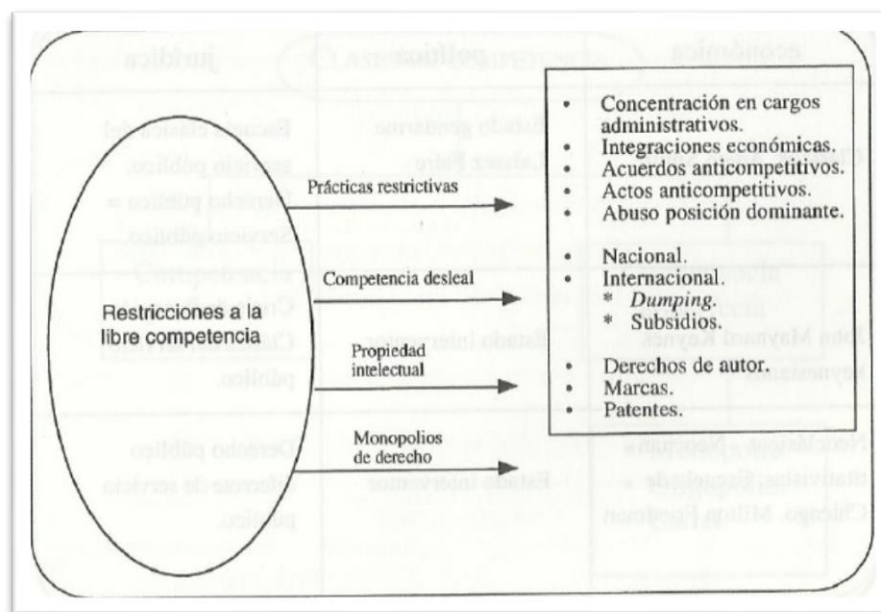
Por su significado natural, la competencia es la “disputa o contienda entre dos o más personas sobre algo” (Real Academia Española, 2014), u “oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa” (Ídem).

En materia económica, esta lucha que la competencia implica se libra por obtener aquellos bienes económicos que sirven para satisfacer las necesidades individuales, por lo cual el empresario adopta una actitud agresiva para captar la clientela y generar demanda por sus productos y servicios mediante actos reprochables que ocasionan un daño al mercado, a los consumidores o al resto de los competidores (Contreras, 2012). El Derecho de la Competencia salvaguarda la intervención del Estado en la economía, busca de proteger el interés público y la propiedad privada; este se divide en dos grupos: prácticas comerciales restrictivas y actos restrictivos.

Otra definición del Derecho de Competencia la ofrece Bercovitz Rodríguez-Cano (2011), quien explica que tiene su propia normativa para proteger al sistema social de mercado (Normas de Defensa de la Competencia o Antimonopolio), establecer los parámetros que deben tener entre sí los competidores (Normas de Competencia desleal), y proteger los intereses de los consumidores (Normas de Defensa del Consumidor).

En consecuencia, el Derecho debe intervenir para reprimir y castigar los excesos y no para castigar la actividad competitiva, es decir, repudiará solo aquellos actos o conductas que excedan el marco autorizado por la ley. Estas normas tipifican dichas conductas en cláusulas generales de prohibición, en términos que permiten incluir los supuestos no especialmente previstos.

Gráfico No. 5. Restricciones a la libre competencia.



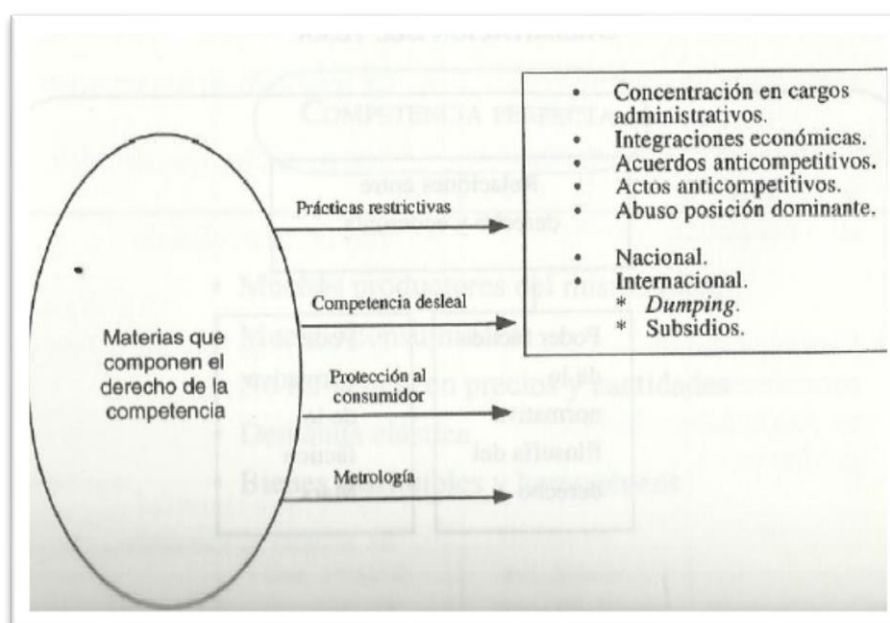
Fuente: (CEDEC, 2002, pág. 183)

Estas cláusulas generales plasman un deber de corrección obligatorio y general para todos los agentes que participan en el mercado, que de ser llevado a cabalidad dentro del marco establecido por el derecho se denomina como leal (Contreras, 2012); en cambio, si los medios que se utilizan para doblegar o someter al mercado mediante actos ilícitos por infringir el deber de corrección se incide en competencia desleal (Broeta, 1991).

3.3. CLASIFICACIÓN

Como se mencionó con anterioridad, el Derecho de Competencia se divide en dos grandes ramas: el derecho de competencia desleal y las prácticas comerciales restrictivas.

Gráfico No. 6. Clasificación del Derecho de la Competencia.



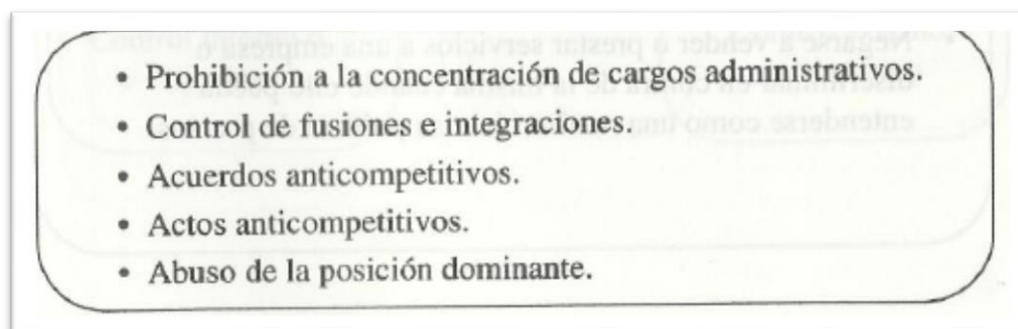
Fuente: (CEDEC, 2002, pág. 183)

Las prácticas comerciales restrictivas tienen como bien tutelado la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor, ya que la satisfacción que siente el comprador al obtener bienes y servicios de acuerdo a su poder adquisitivo se ve limitada por la escasez de los bienes o servicios que da lugar a la oferta y a la demanda.

La regulación del Derecho de Competencia, al proteger los bienes tutelados con carácter económico, limita la autonomía de los competidores, ya que de existir responsabilidad por infringir perjuicios en las libertad de entrada de una empresa al mercado, o la libertad de escoger que poseen los consumidores, o la eficiencia del aparato productivo, el Estado debe intervenir como vigilante y ente sancionador. En el caso que fuese necesario, se aplicará la responsabilidad civil cuando colateralmente se

haya efectuado daño a la propiedad privada exigiendo una indemnización (Velandia, 2011).

Gráfico No. 7. Prácticas restrictivas.



Fuente: (CEDEC, 2002, pág. 189)

Por otra parte, la competencia desleal tutela el bien jurídico de la competencia y la concurrencia en los mercados. Al evitar este fenómeno, el Estado brinda seguridad a los inversionistas, mediante normas que ofrecen herramientas de defensa ante posibles condiciones de desigualdad; se procura un buen ambiente de competencia transparente con un alto grado de confiabilidad (Ibídem). Esta se le ha definido como “(...) aquella competencia que emplea medios torcidos, fraudulentos, formas que la rectitud y la honestidad reprueban; sus armas o medios son innumerables e ingeniosos y su fin es siempre el mismo: el desvío de la clientela de otros” (Contreras, 2012, pág. 30).

3.4. EL DERECHO DE COMPETENCIA CONSTITUCIONAL Y LEGAL EN EL ECUADOR

La Constitución de la República del Ecuador de 2008 desarrolla normativamente al Derecho de Competencia en varios artículos, consagrándose la regulación de la propiedad, de la economía pública y privada, de la actuación de los agentes económicos, de las reglas del mercado, de la empresa, y en general del fenómeno económico (Blume Fortini, 1997). Estas características se presentan en el artículo 277, numeral 5), que expresa: “5. Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden

jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley” (Asamblea Constituyente, 2008, pág. 76). La aplicación de la normativa anterior se expresa en el cumplimiento de los siguientes objetivos: a) proteger al sistema social de mercado; b) establecer los parámetros que deben tener entre sí los competidores; y, c) proteger los intereses de los consumidores, por lo cual el Derecho de competencia prohíbe y sanciona las siguientes prácticas anticompetitivas en sus diferentes formas (Marín Sevilla, 2011).

El marco normativo constitucional mantiene una perfecta concordancia con el Derecho de la competencia económica, ya que el segundo posee mecanismos jurídicos para garantizar una economía social y solidaria en el marco de la competencia y en la búsqueda del bienestar de la sociedad. Con ello se logra la mayor y mejor producción en el mercado para que los consumidores adquieran bienes o servicios a menores precios y mejor calidad, conforme a los artículos 52, 53 y 54 de nuestra Constitución (Asamblea Constituyente, 2008).

La política económica y económica en la Constitución, plasmada en los artículos 284, numeral 8) y 304 se enfoca en propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes a través del desarrollo, fortalecimiento y dinamismo de los mercados internos en base al objetivo estratégico establecido en el Plan Nacional de Desarrollo (actualmente, Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017).

El fortalecimiento del mercado interno del Estado se hace con el fin de poder competir en mejores condiciones en el mercado internacional mediante la imposición de obligaciones a los operadores económicos en el marco de la legislación de competencia (Marín Sevilla, 2011), sin incurrir en prácticas monopólicas ni desleales en beneficio de los consumidores y de los mismos empresarios, so pena de sanciones, como expresamente prohíbe el artículo 304, numeral 6 de la propia Constitución (Ibídem). Inclusive, el mismo artículo expresa que se evitarán estas prácticas anticompetitivas especialmente del sector privado, mediante la participación del Estado en la regulación, control e intervención, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; se sancionará la explotación, la usura, el acaparamiento, la simulación, la intermediación especulativa de los bienes y servicios y toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos (artículo 335, ibídem).

La intervención estatal en materia de competencia se justifica en cuanto el Derecho asume que esta debe ser protegida como bien jurídico, al no permitirse libertad a los agentes económicos sobre su regulación; en el mismo sentido, el mercado carece de estos mecanismos de autorregulación que impiden las distorsiones por conductas anticompetitivas, por lo cual el Estado debe intervenir con reglas claras y transparentes (Flint, 2002).

Para concluir, la normativa constitucional conduce a la justificación de la promulgación y vigencia de la actual Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

3.5. LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en lo adelante, la LORCPM) (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2011) fue una de las últimas en publicarse como legislación antimonopolio en Latinoamérica (Guerra, 2013).

El principal objetivo de la norma es, según su artículo 1:

(...) evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado mediante la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2011, pág. 3).

La aplicación de la norma es obligatoria para todos los operadores económicos, sean públicos o privados, nacionales y extranjeros, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio ecuatoriano, como lo expresa su artículo 2, a fin de proteger la libre competencia para fomentar mercados competitivos y eficientes, mediante sanciones de actos contrarios a la libre competencia en concordancia con la Constitución (artículo 4 de la LORCPM).

Como se explicó antes, el Derecho de Competencia comprende la regulación de dos campos del mercado: el abuso de poder de mercado y los acuerdos desleales, si bien se regulan otras conductas en la propia Ley.

El abuso del poder del mercado es definido como el supuesto en que uno o varios operadores económicos al amparo de su poder de mercado, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia afectando la eficiencia económica o el bienestar general (artículo 6 de la LORCPM). Se han establecido 23 prácticas sancionadas que consisten en la afectación directa de la competencia y derechos de los consumidores, aunque no son excluyentes de otros supuestos que puedan darse.

Los acuerdos o prácticas concertadas, como lo expresa el artículo 11 de la LORCPM, son los acuerdos realizados por dos o más operadores económicos relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto sea el de impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia o afectar la eficiencia económica o el bienestar general. Frente a estos supuestos existe dos excepciones: la regla del *mínimis* que exime a los operadores de pequeña escala de manera que no haya una afectación significativa a la libre competencia (artículo 13 de la LORCPM), y aquella excepción referente a conductas que contribuyan a mejorar la producción, la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico (artículo 12, *ibídem*).

Las concentraciones son operaciones como la fusión de operadores económicos, la adquisición, de la propiedad sobre acciones o participaciones de capital que otorgue al adquirente el control sobre la misma y la vinculación mediante administración común (artículo 14 de la misma Ley).

Las prácticas desleales, conforme al artículo 25 de la LORCPM, son aquellos actos o prácticas 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. Al igual que los actos de abuso de poder de mercado, la Ley desarrolla 9 prácticas desleales sancionadas, aunque esta vez sujetas al *númerus clausus* (artículo 27).

La norma distingue una escala de infracciones leves, graves y muy graves. De igual modo maneja criterios de reincidencia, agravantes o atenuantes, mediante la determinación de factores como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota de mercado del operador, la duración de la infracción, el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos, los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción y las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con

cada una de las empresas u operadores económicos responsables, conforme al Capítulo VI “De las medidas correctivas y de las sanciones” de la LORCPM.

La LORCPM es una normativa nueva para el Ecuador que presenta un reto para las autoridades competentes en el control del correcto funcionamiento de los mercados mediante la prevención y sanción de todo tipo de prácticas contrarias a la libre competencia económica, pues sin dudas su correcta aplicación garantizará la libertad de competencia de los operadores económicos en beneficio de consumidores y usuarios (Guerra, 2013).

3.6. LOS ÓRGANOS DE REGULACIÓN Y CONTROL

Los órganos de regulación y control de la competencia en el mercado interno del Ecuador, según el artículo 35 de la LORCPM, son: la Función Ejecutiva, que participa privativamente de la regulación de la competencia en razón de que integra la Junta de Regulación y goza de la facultad para definir la rectoría, planificación, formulación de políticas públicas y regulación en el ámbito de esta Ley; la Junta de Regulación, que es el organismo integrado por las máximas autoridades de las Carteras de Estado encargadas de la Producción, Política Económica, Sectores Estratégicos y Desarrollo Social, y la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, que será analizada en el siguiente epígrafe.

3.7. LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado es el órgano encargado de la investigación, el control, la regulación, la sanción y la resolución en materia de libre competencia. Esta Superintendencia se encuentra adherida a la función Transparencia y Control Social como un organismo técnico de control y con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa. Tiene su domicilio en Quito para poder realizar un control más eficaz según sus competencias. En su estructura

cuenta con las instancias, intendencias, unidades, divisiones técnicas y órganos asesores establecidos en la normativa que para el efecto emita el Superintendente de Control del Poder de Mercado, a cuyos fines se crearán al menos dos órganos especializados, uno de investigación, y otro de sustanciación y resolutorio de primera instancia, conforme prevé el artículo 36 de la LORCPM.

La entidad reguladora tiene la facultad de asegurar la transparencia y eficiencia de los mercados a través de la prevención, corrección o sanción del abuso del poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas y de las conductas desleales; inclusive de otorgar autorizaciones de ciertas operaciones de concentración económica como fusiones o adquisiciones (artículo 37, *ibídem*).

Las atribuciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, desarrolladas en el artículo 44 de la LORCPM, se orientan al cumplimiento de las normas de competencia a los agentes económicos, y son las siguientes:

- ✓ Capacidad de establecer normas dentro de sus áreas de competencia.
- ✓ Garantizar la transparencia y la eficiencia del mercado y promover la competencia.
- ✓ Prevenir, identificar, investigar, corregir, sancionar y eliminar las conductas referentes al abuso de poder de mercado prácticas y acuerdos comerciales desleales.
- ✓ Controlar, autorizar, y las fusiones de sanción.
- ✓ Realizar estudios de mercado.
- ✓ Realizar consultas previas y solicitar información.
- ✓ Realizar inspecciones, evaluaciones, y examinar la prueba potencial.
- ✓ Mandato de cese de prácticas ilegales.
- ✓ Coordinar acciones conjuntas con los gobiernos autónomos y entidades públicas o privadas (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2011, pág. 19).

3.8. MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS COMERCIALES PARA SUPERMERCADOS Y PROVEEDORES

El Manual de Buenas Prácticas Comerciales para Supermercados y Proveedores emitido por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y en vigencia a partir del primero de noviembre de 2014, reformado y codificado el 28 de noviembre del mismo mes y año, tiene como principales objetivos en su regulación, entre otros (artículo 4):

- ✓ Contribuir a la calidad y el justo precio de los productos que benefician al consumidor.
- ✓ Establecer los mecanismos operativos para mantener este mercado en forma armónica y equilibrada.

- ✓ Mantener el control preventivo de las relaciones contractuales con el fin de evitar prácticas abusivas en este mercado.
- ✓ Vigilar el cumplimiento de los estándares técnicos para que el consumidor esté en condiciones de tomar su mejor decisión... (Superintendente de Control del Poder de Mercado, 2014, págs. 17-18).

La aplicación del presente Manual es obligatoria para todos los operadores económicos del sector de los supermercados y/o similares, quienes realicen actividades de intermediación comercial en el territorio ecuatoriano, y para los proveedores de los supermercados y/o similares que mantengan relaciones comerciales contractuales de intermediación en el sector de bienes de consumo alimenticio y no alimenticio de consumo corriente, según establece el artículo 1 (Ibídem).

El Manual está conformado por 5 capítulos y 33 artículos, los cuales detallan los requisitos que se debe cumplir en las relaciones comerciales entre proveedores y supermercados y/o similares, dentro de las que se pueden citar las siguientes:

- Formalidad de los contratos. Se establecen cláusulas de inclusión obligatoria y contenidos mínimos de carácter obligatorios en los contratos de provisión: deben ser escritos, establecer las reglas sobre entrega, codificación, descodificación, rechazo, devolución y exhibición de productos, etc. (artículos 6, 7, 10, 12-17 y 186).
- Plazos de pagos a proveedores, que como máximo son de 15, 30 y 45 días, según el monto de facturación del año inmediatamente anterior (artículos 7 y 9).
- Notas de devolución, descuentos o de débitos en las transacciones.
- Acceso a las perchas de los actores del Ministerio de Economía Popular y Solidaria y las MIPYMES. El porcentaje de compra obligatoria a proveedores pequeños corresponde al menos un 15% del volumen de compra a proveedores tipo MIPYME, y se establece la obligación de informar bajo juramento a la Superintendencia en los meses de febrero y agosto sobre el cumplimiento de la obligación de compra a pequeños productores, así como la exhibición en góndolas y perchas de al menos 2 productos por categoría, con al menos 15% para productos competidores o similares siendo prohibida la exhibición de una sola categoría de productos por su marca en una estantería exclusiva (artículos 9 y 18).
- El no-cobro de arriendos por exhibición en góndolas o perchas.

- La lista de proveedores de un supermercado es información confidencial.
- Se regula el procedimiento para solución de controversias entre supermercados y proveedores; se establecen prohibiciones, plazos y requisitos para la ruptura de relaciones comerciales (artículos 23 y siguientes).

Las principales disposiciones incorporadas en este cuerpo normativo orientados para los operadores económicos con características novedosas son:

- Artículo 5, numeral 2: Garantizar a las personas con capacidades especiales contar accesos fáciles a los locales de expendio.
- Artículo 5, numeral 10: La promoción publicitaria de los productos con preferencia a los nacionales que contengan altas cualidades nutritivas.
- Artículo 17, literal a): Todos los productos sin excepción alguna deberán contener información clara y precisa en sus tablas nutricionales.
- Artículo 17, literal b): Todos los productos exhibidos deberán contener en forma clara, precisa y perfectamente legible, el precio final, la fecha de expiración, y otras indicaciones relevantes a la calidad del producto.
- Artículo 17, literal f): Los efectos dañinos de los productos por una indebida conservación posterior a la entrega es responsabilidad de los supermercados y/o similares.
- Artículo 22: La abstención de difundir publicidad engañosa que tenga como efecto la desviación de clientela.
- Artículo 31: La publicación mensual en sus respectivos portales web del listado de todos los productos que ofrecen con sus respectivos precios finales.

3.9. ESTRUCTURA DEL MERCADO Y ANÁLISIS DEL SECTOR EN EL ECUADOR

Los supermercados tienen como actividad principal la comercialización de alimentos y otros productos de consumo masivo y corriente en una región o zona determinada (Borja & Reyes, 2015). Están conformados en su estructura por tres ejes de

acción: los productores o fabricantes de productos, denominados proveedores; los hipermercados, supermercados o tiendas de barrio; y los clientes o los consumidores finales. Se hace notar que en razón de los productos comercializados, se consideran a los intermediarios como actores de la cadena productiva, ya que son los que proveen el servicio de distribución desde los productores hacia los supermercados. En el estudio realizado se señala que las cadenas de supermercados han implementado la producción y venta de productos considerados como marca propia, generando una integración vertical directa para la comercialización de los productos (Ibídem).

Los propios autores consultados señalan que la Intendencia de Abogacía de la Competencia presentó el estudio de investigación de las distorsiones del mercado realizado a las principales cadenas de supermercados, sobre las prácticas comerciales y conductas presentes en la relación comercial entre proveedores y supermercados, el que arrojó como resultado que el aumento de la concentración favorece al poder de compra de los supermercados sobre las empresas proveedoras y reduce la capacidad productiva de nuevos emprendimientos por parte de las pequeñas y medianas empresas (Ibídem).

4. CONCLUSIÓN PRELIMINAR

El régimen de competencia busca que el mercado esté ordenado en un ambiente de transparencia, sin trampas para no perder la credibilidad, es decir, el Estado dota al mercado un conjunto normativo que reprime los comportamientos que dañan el ambiente sano de competencia. En razón de esta premisa, el árbitro o los árbitros que conforman un tribunal de arbitraje son competentes para decidir la responsabilidad por una práctica comercial restrictiva que cause daño a la empresa o al mercado, de acuerdo con las siguientes conclusiones: que el hecho haya ocasionado daño a otra persona y que el daño sufrido en la propiedad privada tenga un carácter transigible (Velandia, 2011).

De las premisas presentadas en este trabajo, se fundamentará el desarrollo del arbitraje como medio de resolución de controversias y su relación con el Derecho de Competencia en Ecuador, a partir de su establecimiento en el Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el Sector de los Supermercados y/o Similares y sus Proveedores, enfocándose en su viabilidad como respuesta a la posible nulidad de los

laudos en cuanto a la inarbitrabilidad de la materia por ser considerada de orden público.

Por tanto, en la relación del arbitraje con el Derecho de Competencia se acepta que es arbitrable todo lo libremente disponible, observando los límites establecidos en el orden público: los aspectos civiles y las consecuencias indemnizatorias civiles (Nadal, 2015). La norma establece que el daño causado a otro es fuente de obligaciones, es decir, se puede considerar que una práctica comercial restrictiva puede ser la causa de un daño a la propiedad privada, generando responsabilidad contractual o extra contractual.

CAPÍTULO 2

ACCIÓN DE NULIDAD, NULIDAD DEL ORDEN PÚBLICO E INARBITRABILIDAD DEL DERECHO DE COMPETENCIA EN EL ARBITRAJE

1. EL LAUDO ARBITRAL

El laudo es definido como la decisión emanada de los árbitros que pone término al proceso arbitral, resolviendo en forma definitiva la controversia que las partes sometieron a su conocimiento (Salcedo Verduga E. , 2001), ya que por su contenido formal y sustancial el laudo equivale a una verdadera sentencia produciendo efectos idénticos a las de la justicia ordinaria.

Otra definición de Barrios de Angelis (1956) concibe a la sentencia arbitral o laudo como el acto jurisdiccional por el cual los árbitros cumplen con su encargo y declaran el derecho o la equidad del caso. Es decir, la facultad jurisdiccional de los árbitros termina con la promulgación del laudo mediante la solución de las diferencias sometidas por las partes.

El laudo, sea en derecho o sea en equidad, debe ser sustentado y expedido por la mayoría de votos de los árbitros (artículo 26 de la LAM), inclusive aunque uno de los mismos se reusare o estuviere inhabilitado para firmar el laudo o cualquier otra providencia de carácter resolutivo, el secretario deberá anotar la circunstancia y firmaran los demás sin que esta circunstancia sea causa de nulidad o vicie la resolución (artículo 27, *ibídem*).

Cabe mencionar que la LAM concibe a la resolución y acto que pone fin a la controversia jurídica sometida al juicio arbitral constituye *per se* laudo arbitral con toda la eficacia jurídica que le otorga la Ley, sin la necesidad de aprobación de autoridad judicial; por lo cual el laudo al causar su ejecutoria, las partes quedan vinculadas a la decisión y debe ser cumplido de forma inmediata (artículo 32, primer inciso).

1.1. ESTRUCTURA DEL LAUDO

El laudo al igual que la sentencia emitida por un juez de la justicia ordinaria, exige ciertos requisitos en su estructura del contenido, por lo cual el doctrinario Salcedo Verduga (2001, págs. 132-133) presenta en el contexto del documento escrito sus tres grandes partes:

- ✓ El encabezamiento.- expresa los antecedentes del laudo, los datos referentes a los sujetos del proceso, sus pretensiones y excepciones y los principales aspectos procesales suscitados en el trámite.
- ✓ La parte motiva del laudo.- comprende la invocación de los motivos de hecho y de derecho, y de equidad en el arbitraje en conciencia.
- ✓ El Fallo.- conlleva la parte resolutive del laudo, el pronunciamiento estricto, determinado y preciso sobre todas las cuestiones de fondo.

El laudo resuelto debe ser conocido por las partes en audiencia en el día y hora señalados por el tribunal, a lo cual el secretario dará lectura del laudo y al final se entregara copia autentica a cada una de las partes (artículo 29 de la LAM).

1.2. REQUISITOS FORMALES DEL LAUDO

El laudo arbitral ejecutoriado es un acto procesal desarrollado en un sistema y de principios procesales, comprende ciertos elementos formales fundamentales para producir efectos:

- El árbitro o los árbitros del tribunal arbitral son el sujeto que dictan el laudo cumpliendo ciertos requisitos: no encontrarse en incapacidad (artículo 19 de la LAM), y no ser recusado por las causas señaladas en el artículo 21, ibídem.
- El objeto de la controversia sometida a litis arbitral debe referirse a asuntos jurídicos susceptibles de transacción (artículo 1 de la LAM)
- El tiempo para emitir el laudo es del término ordinario de 150 días o dentro del término prorrogado a petición expresa de las partes o de oficio por el tribunal (artículo 25 de la LAM).
- La forma del laudo conforme a los artículos 26 y 27 de la LAM, ha de ser por escrito, expedido por la mayoría de votos.

- Se aplicara en los procedimientos arbitrales el castellano, por ende el idioma del laudo será el mismo (artículo 36 de la LAM).

1.3. MOTIVACIÓN DEL LAUDO

La controversia conforme a Derecho debe ser resuelta por los árbitros en su motivación en observación a la Ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina (artículo 3, inciso final de la LAM); en cambio, la obligación imperativa no se aplica en el arbitraje en equidad, ya que su motivación se basa en el buen saber y entender de los árbitros y en los principios de la sana critica. En esta línea de pensamiento, la fundamentación o motivación del laudo implica con gran importancia la expresión con claridad y precisión de las razones jurídicas y los elementos de carácter legal o de equidad en que se apoyan los árbitros para llegar a la decisión que resuelve la litis (Salcedo Verduga E. , 2001).

Por lo cual, la motivación del laudo en su parte dispositiva debe tener congruencia con el objeto del arbitraje, es decir, la relación entre el laudo y la pretensión procesal de las partes. Para Guasp (1968) la congruencia es la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso más la oposición u oposiciones que delimitan el objeto; por lo tanto: que el fallo arbitral no debe contener más de lo pedido por las partes (*ultra petita*), no contenga menos de lo pedido (*citra petita*); y, que no contenga algo distinto de lo pedido (*extra petita*).

1.4. EFECTOS JURÍDICOS DEL LAUDO

La LAM en el artículo 32 establece que los efectos de los laudos arbitrales son los de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada (que a su vez armoniza con los artículos 99, 100 y 101 del Código Orgánico General de Procesos); es decir, se entiende al laudo arbitral como la sentencia judicial, expresándolos como equivalentes y funcionalmente

idénticos en cuanto a su alcance y eficacia al ser el vínculo regulador de la situación jurídica controvertida en el proceso (Salcedo Verduga E. , 2001).

El efecto inmediato del laudo emitido y ejecutoriado es su obligatoriedad de cumplimiento de las partes, por lo cual la doctrina ha desarrollado que la principal característica que al igual de la sentencia firme o ejecutoriada, esta no puede ser impugnada (Guasp, 1950). Este principio se desarrolla en el laudo ejecutoriado dejando precluida cualquier posible impugnación posterior para modificarlo, considerándolo así como cosa juzgada (*res iudicata*).

Los conceptos del Derecho Procesal en cuanto a la cosa juzgada formal y material han sido trasladados por Rivero Hernández (2012) al expresar que el primer término se refiere a la inatacabilidad directa del laudo, la cual no caben recursos ni impugnabilidad de otra clase; y la cosa juzgada material en cuanto a la imposibilidad de replantear judicialmente la cuestión litigiosa (*non bis in ídem*), esto último en correspondencia con el artículo 76, numeral 7) literal m) de la Constitución (Asamblea Constituyente, 2008).

1.5. EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

La doctrina ha expresado que el arbitraje es un mecanismo que permite reducir la sobrecarga de controversias a conocimientos de los jueces y tribunales de la Función Judicial, por lo cual este método no tiene autorización para conceder a los árbitros aquella fuerza o poder de imposición atribuida a los órganos jurisdiccionales del Estado (Carnelutti, 1959).

La LAM otorga al laudo el valor equivalente al de la sentencia judicial sin necesidad de requisitos u homologaciones especiales; pero cabe recordar que el árbitro o árbitros del tribunal carecen de la facultad de hacer cumplir su decisión, la justicia ordinaria interviene para hacer valerse el laudo, conforme al artículo 32, inciso 2), a petición de parte para solicitar la ejecución.

Con respecto a la ejecución de los laudos dictados en el arbitraje internacional, la LAM establece en el artículo 42 que estos tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento nacional.

1.6. INAPELABILIDAD DE LOS LAUDOS ARBITRALES

En el arbitraje se ha establecido como principio fundamental la inapelabilidad e inimpugnabilidad de los laudos arbitrales, conforme al artículo 30 de la LAM, por lo cual los únicos recursos ordinarios que se permite en el proceso arbitral son el de aclaración y ampliación del laudo. El inciso final del artículo antes nombrado dispone: “Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley” (Congreso Nacional, 1971, pág. 12), ya que la ejecución del laudo ocurre después del acto que se realiza al término de la audiencia (artículo 29 de la LAM) para darle lectura y poner a conocimiento de las partes el fallo, es decir, dentro de los tres días después de la notificación. Dentro de este término, los árbitros pueden corregir de oficio los errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar; en cambio cabe mencionar que el árbitro o el tribunal posee el término de diez días para atender las peticiones de aclaración o ampliación presentadas legalmente por las partes, término que corre desde la respectiva presentación.

El sometimiento a este método alternativo de justicia por las partes de forma convencional, se obligan las mismas a acatar sus reglas y procedimientos, es decir, las partes acatan las reglas de la inapelabilidad e inimpugnabilidad de los laudos, y de no interponer recurso alguno a más de los permitidos en la norma. Estos recursos no deben ser pretexto para modificar, alterar o revocar el laudo arbitral, ya que los árbitros sobrepasarían sus facultades y competencias (Salcedo Verduga E. , 2001).

2. LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LOS LAUDOS ARBITRALES

El artículo 31 de la LAM establece la acción de nulidad de laudos arbitrales como medio para garantizar que el proceso se enmarque a lo establecido en la ley desde su nacimiento, desarrollo y conclusión. Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada, de cosa juzgada y deben ejecutarse de la misma manera que las sentencias de última instancia, cuando estos son despachados de acuerdo con las normas de orden público del debido proceso que rigen el arbitraje (Andrade, 2012). Es decir, el derecho

de la tutela judicial del Estado establecido en el artículo 75 de la Constitución es aplicado en el arbitraje aun cuando las partes renuncien a la justicia ordinaria.

El mismo artículo de la LAM prevé la acción o recurso de nulidad de laudos arbitrales, ya que la ley confunde ambos términos, en razón de que el primer inciso de este artículo prescribe: “Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral...” (Congreso Nacional, 1971, pág. 12) y posteriormente en el inciso sexto dice: “Este recurso se interpondrá ante el tribunal que conoció la causa de éste...” (Ibídem, pág. 13).

La acción, según Savigny y Escrichees, citados por (Andrade, 2012, pág. 2) es “(...) la facultad de dirigirse a la autoridad judicial, para que declare o haga efectivo el derecho violado”, por lo cual en el caso concreto la acción de nulidad es la garantía en la justicia ordinaria con el fin de que controle la actuación del juez que emite un fallo violatorio de normas legales y garantías procesales de las partes mediante la nulidad de tal fallo, cuando se presentan las causales determinadas en la ley. Es decir, la acción de nulidad sirve para reclamar al juez el reconocimiento y reparación del derecho conculcado, que es el de obtener un laudo apegado a las normas procesales (Barrios de Angelis, 1956).

2.1. OBJETO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD

La acción de nulidad de los laudos constituye un medio de impugnación característico y específico del juicio arbitral, como figura *sui generis* diferente de las impugnaciones del proceso ordinario que genera un control *a posteriori* de los presupuestos y los requisitos de fondo y forma que la ley exige para la eficacia y validez de los procedimientos y de las decisiones arbitrales (Alsina, 1965). La acción de nulidad, al ser un medio de impugnación extraordinario, debe estar debidamente expresado y fundamentado en las causales de la norma (Andrade, 2012), si no la Corte deberá desechar la acción, ya que el examen es externo en base a las formalidades esenciales y los límites del convenio.

El objeto de la acción de nulidad es la revisión de los errores *in procedendo* del fallo, es decir, el órgano judicial no procede al análisis de los errores *in judicando* de los

árbitros, ya que son cuestiones que afectan al fondo de su decisión (Lorca Navarrete & Silguero Estagnan, 1994). En esta línea de pensamiento la jurisprudencia ecuatoriana ha expresado que en virtud de la acción de nulidad de laudos corresponde examinar la parte procedimental y adjetiva del fallo, más no la de fondo, ya que “(...) tal acción no constituye un recurso donde se revea la decisión del árbitro sino la correcta emisión del fallo” (Andrade, 2012, pág. 7).

Cabe mencionar, que la acción nulidad constituye el único medio de impugnar por vía judicial el fallo de los árbitros, es decir, ejercer la tutela judicial efectiva. Se menciona que el término recurso que se empleaba en la Ley para referirse a la nulidad de los laudos no es propiamente un recurso, sino que constituye el ejercicio de una acción autónoma mediante la cual se solicita al órgano judicial competente la nulidad del laudo cuando concurra cualquiera de las causales previstas en la LAM.

La diferencia del recurso con la acción radica en que con el primero se ejerce el derecho de impugnación y se pretende la revisión de una resolución judicial por el superior inmediato jerárquico del juez que la dicta, a fin de sustituirla por otra con un nuevo examen de la cuestión impugnada. Se desarrolla así el principio de la doble instancia garantizado en la Constitución (Art 76, numeral 7) literal m), habida cuenta que en un único juicio no se ofrecen las garantías totales de justicia en la delicada labor lógico-jurídica (Rocco, 1969).

Esta garantía de doble instancia se cumple en el artículo 31 de la LAM porque se ha establecido una acción impugnativa independiente antes que un recurso, como medio de combatir el laudo, teniendo en cuenta las siguientes razones:

- ✓ La Ley de Arbitraje y Mediación no concibe recursos ordinarios de apelación ni de impugnación, en razón de la naturaleza del arbitraje con el objetivo de evitar el estancamiento en la justicia ordinaria.
- ✓ El órgano judicial que conoce la acción de nulidad debe limitarse a confirmar o anular, total o parcialmente, el laudo arbitral, sin que pueda entrar a conocer el fondo del asunto.
- ✓ Las partes a través del convenio arbitral, someten a los árbitros a fin de que resuelvan sus controversias, facultad que no puede ser transferida a la justicia ordinaria vía recurso.
- ✓ El arbitraje es de instancia única, y termina por laudo y no por sentencia, por lo cual no puede acceder a los recursos (Andrade, 2012, págs. 2-3).

En la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador aparece el caso *Latin American Telecom Inc. vs. Pacifictel S.A.* (2007), que estableció las limitaciones para que los jueces conozcan de acciones de nulidad derivadas de la aplicación del

artículo 31 de la LAM, a través de la verificación de la existencia o no de determinados vicios de nulidad en el procedimiento arbitral, ya que el laudo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada (artículo 32 de la propia Ley). La acción de nulidad de laudo no se concibe como un recurso de alzada, o sea, no es una vía para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo (Jr. Security Cia. Ltda. vs. Productos Avon del Ecuador S.A., 2010).

En el mismo razonamiento, la jurisprudencia ha determinado que los jueces que conocen de la acción no son los superiores jerárquicos de los tribunales arbitrales, por lo cual no tienen competencia ni facultad de revisar y reformar los laudos arbitrales al no ser una segunda instancia (Marchán, 2011), si bien no deja de ser un mecanismo de control judicial del procedimiento arbitral.

2.2. PROCEDIMIENTO DE LA ACCION DE NULIDAD

La LAM establece el proceso de la acción de nulidad en su artículo 31, sobre la base de las siguientes pautas:

- La acción debe interponerse ante el mismo Tribunal arbitral que conoció la causa y dictó el laudo.
- El recurso de nulidad podrá interponerse dentro del término de diez días contados desde la notificación del laudo.
- Si la acción de nulidad no es presentada dentro del plazo establecido, el derecho de las partes de interponerla caducará fatalmente.
- Al momento de interponer la acción, las partes pueden solicitar la suspensión del laudo, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados en la ejecución del laudo.
- Una vez que el tribunal recibe el escrito, sin pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de la misma, remitirá el proceso al Presidente de la Corte Superior del Distrito del lugar del arbitraje.
- Para el envío del proceso arbitral a la Corte Superior, el tribunal arbitral tiene el término de tres días, contados a partir de la fecha la interposición de la acción.

- El Presidente de la Corte Superior dispondrá el sorteo de la causa para que sea conocida por una de las salas de dicha Corte.

La LAM no establece la vía procedimental que debe seguir una acción de nulidad de laudos, por lo cual la vía para ventilar esta acción es la ordinaria en base al artículo 289 del Código Orgánico General de Procesos. Se puede considerar que:

- La acción de nulidad es independiente y autónoma del proceso arbitral;
- Es conocida por un órgano de la función jurisdiccional; y,
- Las normas de procedimiento civil son supletorias a las de la LAM (Andrade, 2012).

La implicación de la acción de nulidad como vía ordinaria crea incertidumbre. Eventualmente los jueces podrían entrar a examinar el fondo de la causa arbitral y las partes tendrían la posibilidad de discutir en juicio lo que ya fue juzgado por el arbitraje.

2.3. CAUCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD

El artículo 31 de la LAM expresa que el laudo arbitral tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, y se ejecuta del mismo modo que las sentencias de última instancia. En el arbitraje, por regla general no se suspende la ejecución del laudo cuando existe la interposición de una acción o un recurso (Ibídem). Sin embargo, quien presente una acción de nulidad tiene la posibilidad de solicitar la suspensión de la ejecución mediante la constitución de caución.

La caución es un medio de protección de los intereses del justiciable vencido a fin de evitar la variación de su situación jurídica mientras la Corte Superior no emita un pronunciamiento definitivo, es decir, un medio para evitar perjuicios a la parte afectada en el proceso por efecto de la ejecución del laudo (Cueva, 1993). La suspensión del laudo mediante caución debe considerar lo siguiente, como especifica Andrade (2012):

- La solicitud de fijación de la caución se debe realizarse en el escrito de interposición de la acción de nulidad.
- La suspensión de la ejecución del laudo es facultativo y no obligatorio para la parte recurrente.

- La solicitud debe presentarse ante los árbitros o tribunal que dictó el laudo.
- Los árbitros deben fijar el monto de la caución en el término de tres días.
- Debe ser establecida considerando los “(...) perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte” (artículo 31 de la LAM, (Congreso Nacional, 1971, pág. 13)).
- Fijada la cuantía de la caución, se notifica a las partes para que la presenten en el término de tres días, contados a partir de la notificación de la providencia respectiva.
- Si la caución no es presentada, los árbitros dispondrán la ejecución del laudo, sin perjuicio de que la acción de nulidad sea tramitada.

3. CAUSALES DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL

Para continuar el análisis de la acción de nulidad aplicada al arbitraje, resulta indispensable caracterizar las causales de nulidad del laudo arbitral a fin de exponer sus principales elementos y requisitos de procedibilidad, como se hará a continuación.

3.1. NULIDADES TAXATIVAS DEL ARTÍCULO 31 DE LA LAM

La acción de nulidad únicamente procede por las causales que están establecidas explícitamente en el artículo 31 de la LAM, ya que dicha acción es un proceso extraordinario. La discusión radica en si la presencia de otros hechos que no se adecuan a las causales de la LAM permiten proceder a la acción de nulidad, pues la jurisprudencia ha señalado que estas son taxativas (*Quasar Nautica Expeditions S.A. vs. Oceanadventures S.A.*, 2009) y (*Olicorp S.A. vs. Masgas S.A.*, 2008).

3.1.1. Que no se haya citado legalmente la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía

La causal establecida en el artículo 31, literal a) de la LAM establece como requisito la realización de cuatro situaciones, sin los cuales dicha acción no puede proseguir:

- Que no se haya citado la demanda al demandado.
- Que el juicio haya seguido y terminado en rebeldía.
- Que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos.
- Que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia.

La citación debe proceder en los cinco días posteriores a la calificación de la demanda presentada por el actor, conforme al artículo 11 de la LAM. La citación deberá realizarse conforme a las prerrogativas de los artículos 53 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015):

- De forma personal, cuando se conoce el domicilio del demandado; y,
- Mediante publicaciones por la prensa, cuando es imposible determinar el domicilio del demandado.

El Código General de Procesos establece la omisión de la citación como causal de nulidad de sentencia ejecutoriada (artículo 107), es decir, se constituye una violación al derecho de contradecir normado en la Constitución y en las leyes ecuatorianas por la falta de la citación legal de la demanda ocasionando un estado de indefensión al demandado (Andrade, 2012).

3.1.2. Que no se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte

Todas providencias expedidas por los árbitros deben ser notificadas a las partes que intervienen en el proceso, a fin de que tengan conocimiento de sus resoluciones y

puedan ejercer el derecho de defensa. La falta de notificación produce la nulidad del laudo dictado por los árbitros o por el tribunal arbitral (artículo 31, literal b) de la LAM). Peñaherrera (1960, pág. 322) define en este sentido a la citación como “(...) el acto de poner en conocimiento de las partes litigantes, con las formalidades legales, el contenido de escritos o pedimentos y las resoluciones o providencias judiciales...”

3.1.3. Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse

La práctica de la etapa de prueba en el proceso arbitral conforme al artículo 23 de la LAM deben ser adjuntadas y solicitadas al momento de la presentación de la demanda, de la contestación a la demanda, de la reconvención, contestación a la reconvención, modificación de la demanda y modificación a la contestación, e inclusive ser solicitadas extemporáneamente si el Tribunal las considera necesarias.

Por lo cual en la causal del artículo 31, literal c) de la LAM, se establecen tres hechos distintos que pueden producir la nulidad del laudo:

- Que no se haya convocado a las partes a la audiencia de sustanciación; de proceder la convocatoria de la audiencia a las partes a esta, se violaría el derecho a la defensa y las garantías del debido proceso.
- Que no se haya notificado la convocatoria. La convocatoria a la audiencia de sustanciación se realiza mediante notificación de la providencia que la contenga (Andrade, 2012).
- Que luego de convocada no se hubieren practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse. Dicha nulidad procede cuando las pruebas son solicitadas y no fueron practicadas, violando el derecho a la defensa y contradicción al no admitir las pruebas que respalden las pretensiones y excepciones de las partes intervinientes.

La aplicación de la causal desarrollada no puede proponerse cuando el Tribunal no haya resuelto la realización de la pruebas, por ser impertinentes o no se solicitaron en la forma y en el tiempo debido.

3.1.4. Cuando el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado.

La competencia de los árbitros se origina por la voluntad de las partes mediante el establecimiento de un convenio arbitral como requisito esencial en el proceso por el cual someten todas o algunas controversias. La causal del artículo 31, literal d) de la LAM contiene dos situaciones sobre las cuales los árbitros no pueden decidir, por la afectación al ámbito objetivo del convenio arbitral, según reseña (Andrade, 2012):

- Que el laudo se refiera a cuestiones no sometidas a arbitraje, la cual procede la nulidad por incongruencia *ultra petita*, cuando el árbitro decide sobre aspectos que no consentidos en el convenio, es decir, el laudo será parcialmente nulo en la parte en que se extralimitó el árbitro.
- Que el laudo conceda más allá de lo reclamado, nulidad del laudo dictado por incongruencia *extra petita*, en el cual se desarrollaron aspectos no pretendidos ni reclamados por las partes y, por tanto, no son objeto del litigio.

3.1.5. Cuando existe violación de procedimientos para integrar el tribunal arbitral

La última causal del artículo 31, literal e) de la LAM señala la interposición de la acción de nulidad del laudo cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.

Esta causal ha sido desarrollada en una de los casos de la jurisprudencia ecuatoriana resuelto por la Primera Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha, en vista de la anulación del laudo arbitral dictado porque uno de los árbitros no estuvo en el país cuando se dictó y firmó aquel. Se determinó que un Tribunal no puede estar constituido legalmente con uno de los árbitros ausentes del territorio nacional y aún menos al momento de la expedición y notificación de ese laudo (Quasar Nautica Expeditions S.A. vs. Oceanadventures S.A., 2009).

3.2. NULIDADES FUERA DEL ARTÍCULO 31 DE LA LAM

El artículo 31 de la LAM establece la acción de nulidad y las causales de su aplicación; no obstante, la mencionada disposición legal es oscura e insuficiente, lo cual ocasiona problemas en su aplicación e inclusive inseguridad jurídica para las partes en el arbitraje.

La Ley de Arbitraje no ha normado aspectos y condiciones importantes como:

- La competencia de la Corte Superior ante la acción;
- La vía procedimental de la acción;
- El tipo de juicio que se ventilará la causa;
- El contenido y alcance de la sentencia judicial;

La responsabilidad de este vacío normativo le corresponde al Ejecutivo, quien posee la facultad de expedir el Reglamento a la ley en el plazo de noventa días desde su publicación en el Registro Oficial y que aún no se ha cumplido (Andrade, 2012).

Ante el poco desarrollo normativo de la LAM en este sentido, el propio autor ha presentado varias causales que deberían ser motivos de nulidad de laudos arbitrales:

- ✓ Convenio arbitral nulo.
- ✓ Laudo contrario al orden público.
- ✓ Laudo pronunciado fuera del plazo.
- ✓ Nombramiento de árbitros y constitución del no-conforme con los requisitos y formalidades esenciales de la ley.
- ✓ Haberse fallado en equidad debiendo ser en derecho o viceversa.
- ✓ No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento (incongruencia *citra* o *minima petita*).
- ✓ No haberse aceptado la recusación por el árbitro que concurre en alguna de las causas de recusación establecidas en la ley (Ibídem, pág. 8).

No obstante, el problema principal en la aplicación de la acción de nulidad se halla en que el órgano judicial está obligado a acoger como causas de nulidad exclusivamente las normadas en la ley.

3.3. JUSTIFICACIÓN DE LA APLICACIÓN DE LAS CAUSALES FUERA DE LA LAM

El desarrollo normativo de la legislación ecuatoriana no es completo ni acorde con las situaciones que podrían presentarse en el proceso arbitral (Ibídem), ya que el órgano judicial únicamente se rige por las causas de nulidad estipuladas en la Ley. La enunciación de las causales de nulidad se quedan cortas, en razón de que no se habla sobre ciertos hechos que afectan la validez de la sentencia arbitral al no existir ninguna explicación que justifique omitir circunstancias que podrían viciar el trámite, pero al no estar taxativamente señaladas como causa de nulidad del laudo por el artículo 31 de la LAM, no se podrá plantear la acción.

Por las razones presentadas, se considera la aplicación supletoria del Código Orgánico General de Procesos sobre las causales de nulidad de sentencias ejecutoriadas establecidas en los artículos 107 y 112 como causales de nulidad de laudos arbitrales, lo que se considera procedente en tanto que los laudos y las sentencias tienen los mismos efectos de cosa juzgada, además de la supletoriedad que autoriza el artículo 37 de la LAM.

4. CONTROL JUDICIAL DE LOS LAUDOS

En base al reconocimiento del arbitraje a nivel constitucional, se ha visto la necesidad de judicializar el proceso con el fin de intervenir en el arbitraje por parte del Estado, pero en tal grado que se respete la independencia y la certeza de quienes lo utilizan (Robalino, 2011), lo que se corresponde con el artículo 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial que plantea “(...) en los asuntos que se rijan por la presente Ley no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga” (CNUDMI, 2008).

El laudo en el Ecuador, como se mencionó en el Capítulo 1 de este trabajo, tiene carácter de cosa juzgada y de sentencia ejecutoriada (*res iudicata*), por lo cual el artículo 31 de la LAM señala que únicamente se podrá interponer la acción de nulidad en contra el laudo, solicitando a la Corte que revise la actuación *in procedendo* del

árbitro, para garantizar el debido proceso, la legítima defensa y la tutela judicial efectiva que son principios de orden público y de jerarquía constitucional (Robalino, 2011). En este caso, la acción de nulidad es de los únicos casos de auxilio judicial previstos en la LAM. En la jurisprudencia venezolana se ha estimado que la interpretación por parte de las Cortes de las causales de nulidad debe hacerse de forma que permita la anulación del laudo en tanto que afecte los intereses públicos, aunque no esté taxativamente previsto en la Ley (Comité Venezolano de Arbitraje, 2006).

La nulidad del laudo por amplias causales que infrinjan la ley o el orden público debe ser un instrumento necesario de la vía judicial (Cabanillas Sánchez, 1991), de no ser así, se violaría el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva, estipulado en el artículo 75 de la Constitución (Asamblea Constituyente, 2008). El desarrollo normativo a nivel constitucional parece dejar claro que existe posibilidad de recurrir a la vía judicial para el examen del laudo, pero en la norma de la materia se recoge de forma restrictiva (Lacruz Mantecón, 2011).

Montesinos García (2007) se refiere a que la actividad de los árbitros puede estar sujeta a errores que pueden provocar laudos arbitrales injustos, por lo cual la ley debe facilitar a las partes el instrumento que permita la anulación o revisión del laudo que puede producir perjuicios irreparables, reconociéndolos como instrumentos de carácter impugnatorio.

La legitimación activa del ejercicio de la acción corresponde a las partes que someten las controversias al procedimiento arbitral cuando se observen dos grupos de motivaciones: primero, que se puedan incluir las infracciones jurídicas y los vicios que preceden al laudo (aquellas como la nulidad del convenio arbitral y la ilegalidad de la actuación arbitral), y segundo, las comprendidas en las causales de impugnación del laudo, como ser dictado fuera de plazo, encontrarse incongruencias en su resolución por puntos no sometidos a la decisión arbitral o no susceptibles de arbitraje, y por último ser contrario al orden público (Álvarez Sánchez de Movellán, 1976).

Asimismo, la inidoneidad de la materia susceptible de arbitrabilidad se equipara a la inidoneidad del objeto, por ilicitud o falta de correspondencia con los derechos patrimoniales o comerciales (Senes Montilla, 2007). En este sentido, la noción de orden público, ya sea material (aquellos principios, derechos y libertades consagrados en el ordenamiento jurídico y por ende en las cartas magnas), o procesal como los principios

y derecho fundamentales inherentes en a la tutela judicial, debe ser de ineludible observancia. Serían vulneraciones del orden público, por ejemplo, las infracciones de los principios de audiencia, contradicción e igualdad, la utilización de pruebas ilícitas, la falta o la insuficiencia de motivación del laudo, entre otras (Barona Vilar, 2004). El Código Orgánico General de Procesos prevé en los artículos 107 y siguientes causales de nulidad que pueden afectar al orden público (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015), mientras que la Constitución establece garantías para resguardarlo, como antes se apuntó (Asamblea Constituyente, 2008).

No obsta añadir que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial prevé la acción de nulidad por violación de debido proceso. En el artículo 34 se prevé que el único recurso contra el laudo es la petición de nulidad y esta procede, entre otras causales, cuando el tribunal compruebe que según la ley de este Estado el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público:

Art. 34: La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral.1) Contra un laudo arbitral solo podrá recurrirse ante Un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo. 2) El laudo arbitral solo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando: a) la parte que interpone la petición pruebe: i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, solo se podrán anular estas últimas; o iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de ajustado a esta Ley; o esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley (CNUDMI, 2008).

Al igual que en la legislación ecuatoriana, las causales de anulación previstas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial son procedimentales, para asegurar que el mecanismo escogido en el pacto arbitral es el que efectivamente fue utilizado y que no se han violado normas o conceptos de obligatoria observancia en materia de arbitrabilidad y orden público (Zuleta, 2011). Puede añadirse que la Convención de Nueva York, aunque se ocupa principalmente de los efectos del pacto arbitral y de las condiciones de ejecución de los laudos extranjeros, reconoce que cualquier sede puede tener procedimientos internos de control judicial del laudo que conduzcan a su posible suspensión o anulación (Ibídem).

5. ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL POR VIOLACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

Como se desarrolló en el punto anterior de este Capítulo, las causales de nulidad en la legislación ecuatoriana no cubren todos los aspectos que pueden vulnerar los derechos y garantías de las usuarios de este medio alternativo de justicia arbitral, por lo cual, en aplicación de los convenios y acuerdos internacionales reconocidos por el Ecuador a partir de lo previsto en los artículos 424 y 425 de nuestra Constitución (Asamblea Constituyente, 2008), se procede a analizar una de las principales normativas internacionales en esta materia: la Convención de Nueva York de 1958 (en lo adelante, la Convención).

La Convención presenta reglas para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, las que buscan asegurar su ejecución salvo contadas excepciones que se encuentran taxativamente definidas en dicho cuerpo jurídico (Medel Lucas, 2010), lo que a su vez guarda concordancia con el citado artículo 34, inciso 2, literal b - ii) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial y el artículo 26 inciso 2, literal b de dicho texto, que determinan que “(...) no será posible reconocer y/o ejecutar el laudo en un determinado país cuando se compruebe que sería contrario al orden público” (CNUDMI, 2008, pág. 14).

El objeto, según el artículo I.1. de la Convención, se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas, por lo cual la autoridad competente, de oficio y sin perjuicio de la facultad de las partes para instar su reconocimiento y ejecución, debe comprobar si el conflicto es susceptible de arbitraje y no es contrario al orden público del país en que se presenta la solicitud, como luego manda el artículo V.2. de la propia Convención: “(...) a) que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o b) que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país...” (Naciones Unidas, 1958).

Como se ha reiterado:

Hay ciertos autores que han considerado que la arbitrabilidad de un conflicto debe analizarse conjuntamente con cuestiones de orden público, puesto que las normas relativas a la arbitrabilidad del objeto de la controversia a menudo reflejan las políticas fundamentales y el orden público del país que las impone. Sin embargo, la historia de la Convención muestra la intención de los redactores de separar la causal de susceptibilidad de arbitraje con la de orden público. De acuerdo a Jan Kleinheisterkamp, esta separación se fundamenta en que la arbitrabilidad sería una limitación ex ante a la autonomía de la voluntad, mientras que en el orden público se referiría a un control ex post del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes (Medel Lucas, 2010, pág. 44).

La Convención concibe la arbitrabilidad como la materia susceptible de arbitraje (arbitrabilidad objetiva), según se aprecia de sus artículos II y V.2., En cambio, la causal de orden público determina si es aceptable el laudo arbitral bajo la legislación nacional y ha sido dictado conforme a las normas procedimentales y de fondo. Este punto se ha ratificado en la jurisprudencia chilena, según el caso *Sociedad Naviera Transpacific Steamship Ltda. v. Compañía de Seguros Euroamérica, S.A.* (1999), donde la Corte Suprema aceptó la objeción presentada por Euroamérica puesto que la controversia estaba siendo conocida por tribunales chilenos, quienes habían declarado su competencia a través de un procedimiento judicial iniciado anteriormente al arbitral llevado en Londres.

Cabe mencionar que, en esencia, se reconoce el derecho del Estado y de sus tribunales a ejercer un último control sobre determinados extremos de los laudos y en especial de los extranjeros, ya que pueden resultar contrarios a aspectos esenciales del ordenamiento del propio Estado. Por aplicación de esta doctrina y basado en el amplio desarrollo del término en el ámbito internacional, se han delimitado aspectos esenciales que pueden considerarse para declarar la nulidad de un laudo arbitral, como señalan López de Argumendo Piñero y Llopis-Llombart (2015, pág. 3):

- ✓ Los principios esenciales de justicia y moralidad que el Estado busca respetar, aunque no dependa de ello la esencia misma de su orden social y político;
- ✓ Las denominadas leyes de policía o, simplemente, de orden público, y, por último;
- ✓ Las obligaciones internacionales asumidas por ese Estado frente a otros Estados o frente a organizaciones internacionales.

En cambio, la causa de la anulación de los laudos arbitrales por la causal de violación de orden público se presentó en la jurisprudencia mexicana por el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito de fecha 25 de agosto de 2011, del laudo del 16 de diciembre de 2009, en el Caso ICC 13613/CCO/JRF,

citado por Wöss (2012)⁵, en donde la parte demandante inició un juicio arbitral ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, condenando a la parte demandada al pago de cuantiosas sumas, laudo que fue anulado por un Tribunal Colegiado de Circuito por violación del orden público, ya que no procedía arbitrar sobre actos de autoridad. Ello confirma una vez que solo las cuestiones de libre disposición de las partes son arbitrables.

El análisis sobre si es arbitrable la materia resuelta en el laudo correspondiente, se interpreta como un cuestionamiento a la licitud del objeto del convenio arbitral y revela si existe una falta de competencia objetiva del árbitro (arbitrabilidad objetiva). Esta causal de nulidad debe ser limitada a casos de violación sustancial, en razón de que no es un examen de discrepancia técnica automática.

5.1. INARBITRABILIDAD DEL ORDEN PÚBLICO

Entre las causales de nulidad de los laudos arbitrales sobresalen dos temas: el orden público y la arbitrabilidad.

Ya se sabe que la validez del laudo depende de si la cuestión es susceptible de ser resuelta por medio de arbitraje de acuerdo con el Derecho aplicable, o sea, un laudo puede ser anulado o su ejecución negada en caso de que sea contrario al orden público, como orienta el artículo V.2. literal a) del Convenio de Nueva York (Naciones Unidas, 1958).

El grado de trascendencia otorgado por cada jurisdicción de la arbitrabilidad en ciertas materias tiene en cuenta las ramificaciones sociales importantes de esta, o las consecuencias que, sin ser tan relevantes, afectan a partes que no han suscrito el acuerdo arbitral (González de Cossío, 2013). El arbitraje es un mecanismo alternativo y privado de solución de controversias, y en la medida que el problema que se ventila deja de ser privado, implicando a terceros o un interés público, el arbitraje dejará de ser idóneo.

5 En el caso en cuestión, una entidad pública fue demandada en un arbitraje doméstico para rescindir administrativamente un contrato de obra pública que contenía una cláusula arbitral. La parte demandante impugnó la rescisión administrativa y los actos colaterales mediante juicio de amparo indirecto, que dio los resultados ya expuestos.

El tema de transigibilidad en la LAM se establece a partir de su primer artículo, como ya se ha apuntado, en correspondencia con el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador; de ahí que a partir del análisis de ambos preceptos se fijan los límites de la competencia de los árbitros (Andrade Cevallos, 2011). No obstante, para la mejor comprensión del carácter transigible de un asunto, debemos remitirnos a la figura de la transacción del Código Civil (artículo 2348), en tanto contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual, sin olvidar que no es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa. Salcedo Verduga (2001) se refiere a lo transigible como la constitución de todos aquellos bienes y derechos de contenido patrimonial sobre los cuales las partes tienen capacidad legal para disponer libremente de ellos, los que tampoco podrán ser contrarios a la ley, el orden público o las buenas costumbres.

En fin, el objeto de la transacción incluye todos los asuntos que están en el comercio y que son de libre disposición de las personas, especialmente aquellos que tienen vinculación con los derechos que nacen del dominio (artículos 599 y siguientes del Código Civil), aunque cabe recalcar que a partir de la promulgación de la vigente LAM la posibilidad de someter a arbitraje las controversias se ha ampliado, ya que su límite es solo que sean controversias susceptibles de transacción (Andrade Cevallos, 2011). Esta regla puede ser resumida en que todas las controversias que no estén expresamente excluidas, es decir, que no versen sobre una materia de interés público o no perjudiquen derechos de tercero, podrán ser resueltas por virtud del arbitraje (González de Cossío, 2013).

No obstante, es difícil encontrar una materia que no tenga implicación alguna en la colectividad, de modo que para determinar el contenido y alcance de la arbitrabilidad habrá que recurrir a la casuística. Cuando un tribunal estatal examine la posibilidad de someter al arbitraje una determinada controversia, lo hará aplicando su concepción del orden público, pero en un arbitraje internacional los árbitros aplicarán consideraciones integrales sobre ejecutabilidad del laudo (Ibídem).

Al no existir una respuesta uniforme acerca de las áreas que pueden ser arbitrables en su desarrollo espacio-temporal, se atenderá al derecho sustantivo de cada país o región donde se somete el conflicto. La jurisprudencia estadounidense expreso que una sentencia es inejecutable por ser violatoria del orden público en la medida que

sea contraria a las nociones fundamentales de lo que es decente y justo en el Estado donde se busca la ejecución, evitando que se menosprecie el interés público, la confianza pública en la administración de justicia o la seguridad de los derechos y libertad personal o propiedad privada (Termorio S.A. E.S.P. and LeaseCo Group, LLC v. Electranta S.P., 2007). En este caso, la jurisprudencia establece que el orden público es el conjunto de reglas y de valores que no pueden ser desconocidos al ejecutar un laudo, por lo cual el juez no puede analizar la validez del laudo en base a la revisión sobre el fondo de la decisión, sino en la nulidad debe proceder en contraposición a la concepción del orden público internacional (González de Cossío, 2013).

En la noción de orden público como carácter normativo, se puede indicar que la vulneración de una de dichas normas se considera un acto ilícito, violatorio de las normas imperativas o prohibitivas (Betancourt, 2012). Es decir, un acto de nulidad de orden público es definido como un acto falto de regulación, contrario al interés general, carente de legitimidad y legalidad.

Se puede determinar si una controversia es arbitrable o no a través del análisis de los instrumentos, pero en la identificación de las materias que interesan al orden público no siempre se verifica ese punto con claridad (Ibídem). Lafuente Torralba (2011) señala que la debida interpretación de los preceptos legales conducen a que las partes puedan disponer de todo aquello concerniente a su exclusivo interés, pero todo lo que sobrepase su órbita privada y afecten el orden público o a un tercero, es indisponible e inarbitrable.

5.2. EL ORDEN PÚBLICO Y SU REGULACIÓN DESDE EL ASPECTO ECONÓMICO

El modelo económico orientado a la creación de riqueza y bienes como valores en sí mismos establece el concepto del orden económico como un orden natural. Cuanto más éxito se obtiene en los negocios, más se contribuye al bienestar general, pues ello quiere decir que sus productos y servicios satisfacen a los ciudadanos en medio de transacciones libres e informadas. En esta línea de pensamiento es fundamental la libertad, por lo cual el sistema jurídico debe tratar de no perturbar la “mano invisible”, como también se le llama al orden natural económico.

Es un hecho de que el orden natural de la economía, con sus leyes encaminadas a la búsqueda de la eficiencia económica, a menudo puede entrar en conflicto con los valores humanos de solidaridad, justicia distributiva, protección de grupos vulnerables, etc. Inclusive, se han desarrollado tres grandes fenómenos que configuran el derecho público económico: 1) la globalización o mundialización de los mercados, 2) el individualismo que ha surgido de nuevo como consecuencia de una mayor capacidad de elegir de las personas, y 3) la necesidad de una mayor eficiencia en un mundo cada vez más competitivo en todos los órdenes.

La globalización afecta naturalmente a la economía, y de un modo más sutil, al Derecho y su regulación, aunque las evoluciones jurídicas y económicas se producen a distinta velocidad. En las sociedades desarrolladas la capacidad de elegir de las personas es cada vez más grande y, aunque a cierta distancia, las sociedades en desarrollo siguen la misma senda; la capacidad de elegir está reforzando las tendencias individualistas y este fenómeno refuerza también el principio de subsidiariedad del Estado, la regulación para la competencia y demás técnicas protectoras de la libre iniciativa particular. Por último, la eficiencia se impone en todas las actividades económicas, industriales o de servicios si se quiere sobrevivir en un mercado abierto; por supuesto, en la economía de mercado se exige una mayor eficiencia con mejores análisis económicos, técnicos o sociológicos, es decir, la eficiencia aconseja que el Estado abandone muchas tareas de gestión y se centre en lo que sabe hacer: marcar el camino a los protagonistas privados.

Por tanto, la relación entre Economía y Derecho puede expresarse inicialmente en los siguientes términos:

La Economía tiene sus leyes, que son bastante autónomas e inexorables en busca de la eficiencia productiva, pero una aplicación incondicionada de las mismas puede dejar a muchas personas por el camino, son leyes de producción que consiguen maximizar esta, pero no atienden la distribución de lo producido.

El Derecho, en tanto derechos fundamentales y demás principios rectores de la política social, imponen determinados parámetros en base a valores, principios de justicia y humanidad que el orden económico no puede violentar... (Martínez Caballero, 2014, pág. 55).

Si hay una transacción libre y racional entre las partes en litis, ambas aceptarán compensaciones mutuas en función de la rentabilidad que les suponga. El pacto entre las partes resulta, en la mayoría de las ocasiones, la solución más propicia y económica. De esta forma se afirma que hay sistemas más eficientes para resolver problemas jurídicos que las leyes de responsabilidades, regulaciones, prohibiciones y otras medidas de

intervención estatal sobre la economía que privan a las personas de la posibilidad de pactar.

A partir de la relación del Derecho con la Economía, se concibe la idea del orden público en dos criterios: uno tradicional y otro moderno. El primero se basa en la invalidez de los actos contrarios a sus preceptos, y el segundo agrega la exigencia de obrar ciertas conductas impuestas legalmente (Altería & López Cabana, 1995). Dicho concepto toma en cuenta el cambio de los bienes y servicios considerando resguardar a una de las partes y el equilibrio interno de sus contratos privados. Así se constituyen todas las normas y principios que regulan, organizan y dirigen los diferentes aspectos basándose en la economía y la sociedad, es decir, el orden público tiene como objetivo primordial lograr un equilibrio entre las partes que se involucran en un contrato enfocándose en las leyes emitidas por el Estado. La dirección del orden público se disuelve en el sistema de libertad de mercados debido a que el Estado disminuye en estos casos su capacidad regulatoria y mantiene su rol protector (Ibídem).

En este sentido, la protección de la competencia tutela los intereses de los competidores y de la propia economía nacional, complementado con el principio de unidad de mercado limitado a las competencias autonómicas mediante la expresión económica del principio de igualdad y en el marco de la libertad de empresa (Pirovano, 2014).

5.3. LA DIRECCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO - COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO

La Constitución de la República del Ecuador reconoce al Estado la competencia general de fijar la política económica mediante reserva de ley exclusiva (artículos 283 y 284). La valoración con equilibrio pondera el impacto de ese poder de dirección sobre el sistema de competencia. Las leyes que componen esta rama guardan su relación con el orden público, ya que han sido definidas como parte del orden jurídico que asegura los fines esenciales de la sociedad (Martínez Paz, 2006). Su observancia es necesaria para establecer el mantenimiento mínimo e indispensable para la normal convivencia y no puede dejar de aplicarse por los particulares. En consecuencia, estas normas de orden

público marcan el límite de la autonomía de la voluntad, por lo cual se han desarrollado dos teorías que lo conciben: una desde el punto de vista clásico y otra que identifica las leyes de orden público con las leyes imperativas (Pirovano, 2014).

La primera concepción establece que las normas están encaminadas de forma inmediata y directa a la paz y la seguridad social, las buenas costumbres, en un sentido primario de la justicia y la moral; de ahí que estas normas no pueden ser dejadas sin efecto por acuerdo de las partes en sus contratos, no tienen carácter retroactivo, tienen prevalencia sobre normas extranjeras y no se pueden invocar un error de derecho para eludir la aplicación de una ley de orden público. Por otra parte, la segunda teoría identifica las leyes de orden público con las leyes imperativas porque ambas responden al interés general y colectivo, siendo irrenunciables a diferencia de las de orden privado que son renunciables, permisivas y confieren a sus titulares la posibilidad de disposición sobre ellas. Todo esto implica que las legislaciones generalmente definen qué materias son arbitrales, algunas por su carácter patrimonial, otras por su carácter económico.

Aunque se ha aceptado al arbitraje a nivel constitucional como instrumento alternativo de justicia para la resolución de controversias, en el ámbito administrativo no se entienden sus particularidades y lo siguen viendo con recelo, además de que desde el campo de los civilistas se pretende aplicar a la Administración el mismo aparato doctrinal que se utiliza en el arbitraje privado, lo cual no es posible (Aguilar, 2009).

6. INARBITRABILIDAD DEL DERECHO DE COMPETENCIA

Como característica tradicional, los árbitros no estaban facultados para decidir sobre temas relacionados con la competencia (Creus Carreras & Josep Insenser, 2008). La oposición a la inarbitrabilidad de esta materia ha evolucionado en algunos Estados, y en otros se ha mantenido en la misma postura tradicional que no ha favorecido al arbitraje.

Las jurisprudencias de los Estados Unidos de América y de la Unión Europea ilustran de mejor manera dichos elementos, en unos casos demostrando los temas de reserva de la arbitrabilidad en base al carácter público de la normativa de competencia

y, por otro lado, la justificación de algunas excepciones en cuestiones de arbitrabilidad y orden público (este tema se desarrollará más a fondo en el Capítulo 3).

Por una parte, la jurisprudencia norteamericana presenta la doctrina tradicional que negaba la arbitrabilidad de las cuestiones de competencia, fundamentándose en el razonamiento del caso *American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co.* (1968). El órgano decisor del caso plasmó en el laudo principalmente tres argumentos para rechazar la arbitrabilidad del derecho de la competencia, citadas por Creus Carreras y Josep Insenser (2008, pág. 8):

- 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.
- 2) Los casos de competencia suponen normalmente temas complejos y una prueba extensa y diversa, siendo más conveniente por tanto 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.

Por otra parte, se debe considerar la arbitrabilidad del Derecho de Competencia en Europa, esto es antes de la reforma del antiguo Reglamento 17 / 11 de aplicación de los artículos 81⁶ y 82⁷ del Tratado de Roma (antiguos artículos 85 y 86) establecía la

⁶ Artículo 81: 1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. 2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho. 3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: - cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, - cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, - cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

⁷ Artículo 82: Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones

necesidad de notificación para beneficiarse de la exención del artículo 81.3, así como la competencia exclusiva de la Comisión para declarar la aplicabilidad de dicha exención. Este mecanismo de autorización por el Tribunal de Defensa de la Competencia era un intento de mejorar la eficiencia del sistema y aliviar la carga de trabajo de la Comisión (Creus Carreras & Josep Insenser, 2008). La aplicación de los mencionados artículos no parecía plantear cuestiones de arbitrabilidad en cuanto que el efecto directo de los mismos era reconocido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, o si el acuerdo no había sido notificado, ya que entonces no era susceptible de exención y el artículo 9.3 del Reglamento 17 / 11 reconocía la aplicabilidad de los artículos 81.1. y 82 mientras la Comisión no iniciase un procedimiento de exención (Ibídem). El problema de la arbitrabilidad únicamente se podía producir cuando la Comisión había iniciado un procedimiento radicando su competencia exclusiva de exención reconocida en el Reglamento 17 / 11, por lo cual se impedía arbitrar un pronunciamiento sobre la validez de la conducta objeto del control; en este mismo sentido, el control de las concentraciones entre empresas reconocen a la Comisión la competencia exclusiva, siendo la aplicación del derecho de la competencia una materia indisponible en el arbitraje.

La aceptación de la arbitrabilidad del Derecho de Competencia acarrea diversos problemas. Si bien se puede observar al arbitraje como un mecanismo para cumplir pactos y resolver controversias entre privados, el Derecho de la Competencia es un instrumento de política económica que busca la eficiencia del mercado a través de la investigación y, consecuentemente, la respectiva sanción por parte de la autoridad que corresponda (González de Cossío, 2013). A partir de este razonamiento se puede llegar a la conclusión que el laudo como mecanismo *in natura* privado no es el medio idóneo para resolver conflictos que afectan a los consumidores, inclusive a los mismos competidores: en base a circunstancias económicas y políticas su vigilancia debe ser realizada por la autoridad competente.

La apertura de la arbitrabilidad implicaría que la decisión de un árbitro sería *res iudicata* (Ibídem), porque existe una diferencia marcada del derecho contractual y el derecho de competencia, al cual no se le puede hacer *shopping*. Esto quiere decir que las

suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos

partes no pueden contractualmente eludir su aplicación. Las normas de competencia económica sí deben ser consideradas como de orden público para efectos de ejecución del laudo, pero no deben ser aplicadas *ex officio* por los tribunales arbitrales (Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International N.V., 1999); aunque el orden público debe ser aplicado forzosamente por los árbitros.

6.1. REGULACIÓN NORMATIVA DEL MERCADO EN BASE AL ORDEN PÚBLICO

El derecho romano-germánico se ha expresado mediante leyes o normas escritas que denotan el posible comportamiento humano en una situación específica y que regula directamente la actuación del individuo y frente a esta mediante consecuencias jurídicas (Velandia M. , 2011). Esta composición se ha desarrollado por el legislador incluyendo las consecuencias jurídicas determinadas para cada una ante ellas que permiten el normal desarrollo social y la sana convivencia (García Maynez, 2002).

La adecuación de una figura o conducta prohibitiva que acarrea consecuencias jurídicas es conocida como tipicidad, y en materia civil dicha adecuación entre norma y conducta se le denomina presunción, la cual conlleva un acto probatorio que no admite prueba en contra. Si la norma no permite establecer la presunción de Derecho no siempre determina una consecuencia judicial, por lo que se requerirá que las partes aleguen lo que proceda, convirtiéndose esta situación en un verdadero juicio de responsabilidad donde se tratara de probar el daño o culpa sobre el bien tutelado. Las claras definiciones de bien tutelado y responsabilidad nos permiten distinguir normas para evitar el abuso de derecho, por lo que la responsabilidad la constituyen los actos que deberán efectuarse para reparar el daño causado al bien jurídico tutelado según sea el caso (Velandia M. , 2011).

En base a esta idea sancionadora, lo que se busca como ideal en el mercado es su desarrollo independiente y autónomo, espontáneamente, como consecuencia de la libertad, y todo intento de configurarlos desde fuera es peligroso y contraproducente; es decir, la regulación se debe producir bajo las siguientes proposiciones que expone Ariño Ortiz (2014, pág. 26):

- ✓ La regulación para la competencia sigue naturalmente a la ruptura de los grandes monopolios de servicio público y a la privatización de las empresas estatales que los gestionaban.
- ✓ La introducción de la competencia es un proceso, su regulación debe venir de un esquema claro inicial y aceptar sucesivos ajustes.
- ✓ Una adecuada regulación es clave para el éxito, al aportar la seguridad jurídica que necesitan los potenciales inversores.
- ✓ Debe eliminarse todo aquello que impida la innovación, es decir, deben incorporarse cuantas acciones sean necesarias para que la competencia se desarrolle efectivamente en la práctica.
- ✓ La regulación debe actuar tan sólo en los "cuellos de botellas" y demás fallos del mercado para hacer viable la competencia.
- ✓ El compromiso de las autoridades para la aceptación de las nuevas reglas del juego por operadores y usuarios y la minimización de los costos transaccionales.
- ✓ Una agencia reguladora independiente debe garantizar la neutralidad de la aplicación a todos de tales reglas, con poderes normativos, ejecutivos y arbitrales.

La responsabilidad administrativa sancionadora se establece entonces por el incumplimiento de las normas establecidas en el orden jurídico público. Cuando las acciones están establecidas dentro de la descripción legal, se determina la culpabilidad cuando la persona ha actuado en contra del comportamiento normal y causó la lesión del bien jurídico; por lo cual se castiga con pena punitiva o multa en pro de la prevención especial (Velandia M. , 2011).

El concepto de daño como figura reparadora en el campo administrativo busca el castigo por la vulneración al interés tutelado por la Administración, es decir, un interés colectivo erosionado por violación a la prevención especial.

La Superintendencia de Control de Mercado, a través de la LORCPM, está facultada con potestades de investigación en cada caso, con el objetivo de determinar si existen sanciones a los operadores económicos por vulneraciones al mercado. De aquí nace la necesidad de normar el desarrollo de la economía y el mercado, permitiéndole al Estado organizar y regular las libres negociaciones brindando a todos los participantes un ambiente estable y seguro donde se permita una competencia leal entre ofertantes y demandantes. En estos casos, el Estado siempre buscará precautelar a las empresas y a los consumidores dentro de un marco jurídico ajustado a las previsiones de la Carta Magna.

Las relaciones jurídicas existentes entre el distribuidor y los proveedores se encuentran reguladas por el Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el Sector de los Supermercados y/o Similares y sus Proveedores, por lo cual se comprende la acción de distribución a la movilización de un bien desde el productor hasta el consumidor, llegando así a su mercado meta. Esto puede ser realizado directamente por la empresa o

por los intermediarios (Stanton, Etzel, & Walker, 2003), lo que justifica la regulación de dicha actividad para resguardar el interés colectivo de la sociedad.

En el caso de la distribución, el Derecho de Competencia le presta primordial importancia al caso cuando el productor contrata a terceros, lo que bajo ningún concepto podrá derogarse por convenios particulares que afecten el orden público y las buenas costumbres (Velandia M. , 2011). Por tal razón, las partes intervinientes en las prácticas comerciales de los supermercados no podrán establecer contratos, es decir, derechos y obligaciones que contraríen lo establecido en la ley y el orden público.

6.2. LAS FACULTADES ADMINISTRATIVAS COMO INARBITRABILIDAD EN EL DERECHO DE COMPETENCIA

Como se mencionó en el Capítulo 1, para que una materia pueda ser sometida a arbitraje es necesario que sea transigible, es decir, que verse sobre derechos de los que su titular pueda disponer libremente, aunque cabe mencionar que dicho requisito se ha enfocado en el ámbito del Derecho Administrativo (Aguilar, 2009), a partir de la idea de los conceptos de transigibilidad y no-transigibilidad que se relacionan con la potestad reglada y la discrecional (Trayter, 1997).

Como los órganos administrativos titulares de derechos ejercen competencias, el término de transigibilidad en el ámbito de la administración pública debe interpretarse a partir del principio de legalidad. La actuación de la administración pública está limitada a lo que la norma autoriza a hacer (García de Enterría & Fernández, 2001), pues resulta un poder atribuido previamente por Ley y por ella delimitado y construido (Fernandez, 2002).

En la presentación de las facultades del órgano administrativo, es decir, de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se nota que este carece de la autonomía propia de los particulares y no puede disponer libremente de sus derechos en la medida en que no exista prohibición expresa (artículo 11 del Código Civil), ya que esta actúan en base a las consideraciones del interés de la sociedad.

La administración debe cumplir un mandato legal y, por ende, la admisión de la pretensión de transigir resulta en carácter irónico dar a ley la condición de negociable

(Aguilar, 2009) sobre el ejercicio de potestades discrecionales que no son cuestiones litigiosas en materias de libre disposición (Trayter, 1997).

En este caso, la arbitrabilidad de las decisiones regulatorias son varias. Por ejemplo, se ha mencionado de manera muy ilustrativa los típicos errores que suelen cometerse cuando se analiza la arbitrabilidad de las decisiones regulatorias (Bullard, 2011), al decir que la ley de arbitraje establece que se pueden someter a ella las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, por lo cual no se tiene libre disposición sobre las funciones de los actos administrativos otorgadas por ley, y tampoco están en aptitud de otorgar a un tercero la potestad de determinar el contenido o el alcance de estas (Castillo Freyre & Sabroso Minaya, 2010). Por ello, se niega la arbitrabilidad de los asuntos que deriven de las decisiones regulatorias por entrar en contradicción con el principio de que no son arbitrables los temas que no son de libre disposición.

En resumen, se ha considerado al interés colectivo como materia no transigible, ya que las decisiones se justifican en los fines del orden público y su negociación sería como negociar sobre ellos. La arbitrabilidad en el ámbito del Derecho Administrativo no es viable en el ejercicio de potestades regladas o de potestades discrecionales. Esta premisa es aplicable al Derecho de Competencia en función de las facultades y competencias que posee el órgano regular del mercado, y la mera intromisión sería considerada una violación al marco normativo del Estado y, por simple deducción, la inarbitrabilidad de esta materia.

7. CONCLUSIONES PRELIMINARES

Del análisis y revisión propuesta en este Capítulo, el laudo al ser la decisión última en el procedimiento arbitral con lleva implícitamente requerimientos y principios innatos a su naturaleza, así como las sentencias en la justicia ordinaria como la debida motivación y cumplimiento de la normativa como debe ser escrito, el idioma debe ser castellano, entre otros. Uno de los requerimientos necesarios e indispensables para que esta decisión sea válida y ejecutable es que el objeto de la controversia sea susceptible

de transacción, si no nos encontraríamos en una casual por la cual se puede aplicar el debido control al mismo.

Ante el incumplimiento de los requerimientos se ha establecido el control posterior a la actividad de administrar justicia de los árbitros, este procedimiento en la legislación ecuatoriana al igual que en otros países, se denomina acción de nulidad del laudo, aunque, equívocamente al control posterior se le ha llamado recurso y esto resulta anti-técnico.

En la actividad de control de los laudos y en especial manera en materias inarbitrables que por su condición con lleva el concepto de orden público, se limita sin excepción alguna al examen *in procedendo*, sin intromisión y análisis del fondo de la controversia; por eso determinar si se han conocido o resuelto temas de competencia conlleva a la pérdida de la eficacia y la naturaleza del arbitraje.

Debe entenderse que el orden público al ser un conjunto de principios esenciales en el ordenamiento jurídico y la sociedad, obliga a que un laudo sea nulo por atentar contra el mismo. En esta base, el derecho de la competencia y su normativa al tener facultades y funciones de gran importancia pública en el marco de la economía de mercado es considerado como norma imperativa de carácter policía o control, es decir, en un principio se considera inarbitrable aunque en lo posterior se demostrara lo contrario.

Por último, el rasgo excepcional del control a los laudos en base al orden público se centra en si existe de manera imperativa en la Ley, la causal por la cual los jueces pueden determinar la nulidad en estos casos, sino se violaría el principio fundamental de la legalidad en el Derecho; en esta línea de pensamiento Marchán (2011, pág. 12) refiere que “(...) de no existir se corre el riesgo de retroceder hacia una protección jurisdiccional no acorde con la evolución política y económica a nivel internacional...” (Marchán, 2011, pág. 12)

CAPÍTULO 3

ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL EN LA APERTURA Y RELACIÓN DEL ARBITRAJE DENTRO DEL DERECHO DE COMPETENCIA

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Antes de iniciar con el desarrollo de este Capítulo, se debe aclarar la importancia de referirse a la doctrina y la jurisprudencia de los Estados que han presentado en sus contextos políticos, sociales, económicos y culturales, además de su marco jurídico, un mayor desarrollo en temas que apenas en los últimos años vienen presentándose en el Ecuador.

La mayor incidencia de estos análisis jurídicos está en los jueces y árbitros que han tenido que observar las controversias y plantear un cambio al paradigma que se enfrenta en el campo del Derecho. Aun en el reconocimiento del poco avance y casi nulo desarrollo de la jurisprudencia en el Ecuador, existe la necesidad de estudiar y analizar el problema a nivel internacional y comunitario, para poder hacer referencia a nivel nacional e interno de cada Estado y poder comprender el campo de acción y tutela de este medio de justicia alternativo.

En un primer plano, se analizará la jurisprudencia que ha marcado al arbitraje y su relación con el Derecho de la Competencia, desde los casos relevantes en Estados Unidos hasta el cambio normativo y jurisprudencial de la Comunidad Europea, para luego concluir con uno de los laudos del Estado Colombiano que puede ser de mayor referencia para el Ecuador, al tener un contexto casi similar por ser parte de la misma región. El examen termina con varias concepciones y guías para que el árbitro designado para el proceso no incurra en las causales de la nulidad de su decisión.

2. CONSIDERACIONES EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS CORTES DE ESTADOS UNIDOS – CASO MITSUBISHI

En la jurisprudencia del caso *American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co.* se estableció una imposibilidad de arbitrar el Derecho de Competencia como se presenta con anterioridad en este trabajo, por lo cual en el desarrollo doctrinal, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos revisó el tema en el caso *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc* (1985).

Realizaré una breve introducción de los hechos del caso, concernientes a la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Las partes intervinientes, la sociedad suiza Chrysler Internacional S.A. y la sociedad puertorriqueña Soler Chrysler Plymouth Inc. (Soler) distribuidor en Puerto Rico, firmaron un contrato de venta y distribución, en virtud del cual Soler debía vender un número determinado de coches Mitsubishi al año en un área concreta (el territorio de Puerto Rico, es decir la venta directa de los productos de Mitsubishi a Soler). Este acuerdo que incluía una cláusula de sumisión a arbitraje de la Asociación Japonesa de Arbitraje Comercial y una cláusula relativa que establecía como rector al Derecho suizo. Ello derivó del incumplimiento del volumen de ventas por el distribuidor (Soler), solicitando a los restantes que le permitieran vender los coches fuera del área predeterminada, es decir, en Estados Unidos e Hispanoamérica, petición que fue denegada por Chrysler. El arbitraje inició a petición de las empresas suiza y japonesa, solicitando su formalización con oposición del distribuidor, el cual presentó la reconvención en base a la infracción de normas de competencia.

El desarrollo jurídico de la controversia posterior, en la demanda presentada por Soler en la Corte de Puerto Rico, en la cual se alegaba la infracción por Chrysler y Mitsubishi de la *Sherman Act* y otras normas de competencia, empresas responsables de prácticas restrictivas de la competencia. Posteriormente, se conoció su alzada a la Corte Suprema de los Estados Unidos, la cual afirmó en su cuerpo sobre la importancia de la indemnización privada de daños dentro de los mismos tribunales americanos.

Se dispuso que a pesar de la importancia que tiene la función de policía, es decir, la acción por el triple de los daños concedida en la Sección 4 de la *Clayton Act*⁸ que perseguía Soler, en la reparación del daño a un competidor perjudicado (Calvo Caravaca & Rodríguez Rodrigo, 2005). Se puede concluir que es la esencia de dicha disposición el compensar el daño a cualquier persona perjudicada en su negocio o propiedad por el comportamiento prohibido por las normas *antitrust* o de competencia.

El dictamen del Tribunal Supremo de los Estados Unidos permite formular varias consideraciones en relación con el problema de arbitrabilidad del Derecho de Competencia, a través del reconocimiento de la aplicación de las normas de *antitrust* por parte de los árbitros para resolver un conflicto en el campo del Derecho privado (Mitsubishi Motors Corp. V. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 1985), dando paso a la resolución de conflictos internacionales en razones de cortesía internacional frente a tribunales extranjeros, y en un futuro abrir paso a los litigios domésticos.

A partir de este caso la Corte Suprema presentó nuevas opiniones que constituyeron el cambio y desuso de la doctrina del *American Safety*, resumidas por Creus Carreras y Josep Insenser (2008, pág. 8) en base a que:

- ✓ La doctrina no tiene fundamentos en la Sherman Act o en la Federal Arbitration Act.
- ✓ En base a la cortesía internacional, el respeto de las jurisdicciones extranjeras y del comercio internacional susceptible a un sistema predecible de resolución de disputas, requiere ejecutar el acuerdo de sumisión de las partes aunque el resultado contrario al que resultaría en un contexto doméstico.
- ✓ “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”.
- ✓ No se puede presumir la hostilidad de los árbitros a la aplicación del derecho de la competencia ya que estos son elegidos entre la comunidad legal y las instituciones.
- ✓ El análisis de la importancia de las reclamaciones privadas dentro del sistema de defensa de la competencia, se señaló que los daños punitivos fueron diseñados principalmente como un remedio compensatorio. No se puede presumir que en el arbitraje no se tendrán en cuenta las normas imperativas y que la Convención de Nueva York permite tener en cuenta el interés público de la normativa de competencia mediante la aplicación del orden público en el reconocimiento de laudos internacionales.

⁸ The Sherman Antitrust Act (1890), Section 4. Jurisdiction of courts; duty of United States attorneys; procedure: “The several district courts of the United States are invested with jurisdiction to prevent and restrain violations of sections 1 to 7 of this title; and it shall be the duty of the several United States attorneys, in their respective districts, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations. Such proceedings may be by way of petition setting forth the case and praying that such violation shall be enjoined or otherwise prohibited. When the parties complained of shall have been duly notified of such petition the court shall proceed, as soon as may be, to the hearing and determination of the case; and pending such petition and before final decree, the court may at any time make such temporary restraining order or prohibition as shall be deemed just in the premises .

Cabe recalcar que el caso Mitsubishi se decide en el contexto del arbitraje internacional, sin pronunciamiento sobre la legitimidad de la doctrina *American Safety* en el arbitraje doméstico (Ibídem); aunque constituye en la jurisprudencia fundamento empleados por los tribunales federales (Kotam Elecs., Inc. v. JBL Consumer Products, Inc. , 1995) para el arbitraje doméstico, a pesar de Mitsubishi. Este argumento empleado por los tribunales federales ha ido reconociendo que en cierto modo la Corte Suprema evita pronunciarse en Mitsubishi sobre el arbitraje doméstico, pero su razonamiento contradice todos los argumentos que fundamentan la doctrina *American Safety* y, por tanto, se llega a la conclusión de extensión de la arbitrabilidad de las normas de competencia al ámbito doméstico.

El razonamiento del caso Mitsubishi ha sido de gran importancia, ya que la Corte Suprema en Shearson/American Express inc. v. McMahon utiliza las misma motivación en arbitraje doméstico para declarar la arbitrabilidad de reclamaciones de la Securities Exchange Act y la Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act; empleado en citas en relación con el arbitraje doméstico de normas de competencia en el asunto Kowalski v. Chicago Tribune (1988) (Creus Carreras & Josep Insenser, 2008).

Además, este caso no solo implicó un reconocimiento absoluto de la arbitrabilidad de la controversia *Antitrust*, sino fue el primer caso en que el control del orden público en la arbitrabilidad se transfería de la fase negocial a la post-arbitral o de control del laudo según la *Second Look* (Gonzalo Quiroga, 2007). Entonces, quedaba sentado que los jueces encargados del control del laudo y posterior reconocimiento o ejecución podían revisar la correcta aplicación de la normas en forma efectiva y verificando si los árbitros tenían la facultad en base a la arbitrabilidad en la materia del Derecho de Competencia, orientando a que desde el primer momento en que se pacta al arbitraje hasta la constitución del mismos debe resguardarse el fiel cumplimiento de los principios y normas del lugar donde se desarrolla aquel y los derechos e intereses de cada parte que interviene.

3. LA ARBITRABILIDAD DEL DERECHO DE COMPETENCIA EN LOS CASOS EUROPEOS

En el Capítulo anterior mencionamos la situación del arbitraje en el Derecho de Competencia, pero en esta parte se presentará el cambio a partir del nuevo Reglamento 1/2003 de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma, el cual tiene como principal novedad la descentralización de la aplicación del derecho de la competencia europeo.

La aplicación del antiguo Reglamento del Tratado tuvo varias repercusiones en las legislaciones nacionales de los Estados Miembros, por la extraordinaria importancia del arbitraje en su rol de método de arreglo de controversias tanto en el comercio nacional e internacional. Ante esta postura, en varios casos se ha pronunciado la Comisión frente al arbitraje, por darse casos de eludir las obligaciones derivadas del Derecho europeo de la competencia, por ejemplo en la asociación de empresas de Amsterdam y la Central Bureau voor de Rijwielhandel (Asociación fabricantes, mayoristas e intermediarios de bicicletas, piezas y accesorios con sede en Amsterdam con el objeto de promover el comercio y defender los intereses profesionales comunes a sus miembros) regulando la distribución y postventa de bicicletas en Holanda, excluyendo a la jurisdicción civil ordinaria en tanto que el procedimiento tuviese por objeto la aplicación de la interpretación de las disposiciones de su Reglamento General (Calvo Caravaca & Rodríguez Rodrigo, 2005).

En dicho Reglamento se disponía un régimen colectivo de transacciones y la obligación de respetar las diferentes funciones de distribución y exclusividad, descuentos, métodos de ventas, sanciones; en este aspecto, entre 1971 y 1974, la Comisión recibió denuncias contra la Central Bureau voor de Rijwielhandel, recibiendo advertencia de la necesidad de adaptar su Reglamento al artículo 81 del Tratado. A pesar de este apercibimiento, la Comisión verificó que la Central Bureau voor de Rijwielhandel mantuvo el sistema colectivo de exclusivas, obstaculizó las importaciones intracomunitarias e incluso, acudió a los tribunales para exigir el pago de alguna multa, terminando en la declaración del reglamento contraria.

En su motivación de última instancia de la Comisión se decidió el rechazo la validez de la cláusula de exclusión de recurrir ante un tribunal estatal, debido a que se

daba paso a la existencia de denegación de justicia, e indefensión de los intereses de la libre competencia; esto puede resumirse como un antecedente de recurrir a la justicia en busca de protección a la par de los órganos competentes en la materia.

Posterior a dicho caso, la Comisión abrió las puertas al arbitraje a través de las exenciones individuales del artículo 81.3 del Tratado, subordinándola al cumplimiento de varias obligaciones por las partes beneficiarias, especialmente se estableció como obligación ulterior la comunicación de cualquier laudo arbitral en base a las controversias de interpretación o ejecución del acuerdo objeto de exención (Ibídem).

En la praxis, esta idea fue concebida en el caso de la sociedad Campari-Milano SpA, citado por Calvo Caravaca y Rodríguez Rodrigo (2005), la cual constituyó marcas en el extranjero mediante una red de licencias⁹ que permitían la fabricación y venta de sus productos. En dichas licencias se estableció el método de arreglo de diferencias, el arbitraje con sede en Milán salvo una con sede en Suiza, bajo conocimiento de la misma Comisión.

Lo determinante en el caso, se originó a través de la solicitud de exención individual de la Comisión para cinco contratos de licencia, a más de su concesión en la resolución final se impuso expresamente la obligación de comunicar de manera inmediata los laudos dictados con base a la cláusula arbitral; la justificación ante la medida se concibe en razón del riesgo de interpretación de los contratos que no tenga en cuenta el alcance de la exención individual, el posible traspaso de los límites de la exención ya que los árbitros no están obligados a aplicar el Derecho material, y, por último el control *a posteriori* del laudo en compatibilidad con los artículos 81 y 82 del Tratado en base a los conceptos de orden público.

Los cambios presentados en el nuevo reglamento no exige la previa notificación para poder beneficiarse de la exención del artículo 81.3., con la pérdida de exclusividad de concesión de las mismas por parte de la Comisión, donde se buscaba instaurar un régimen de cooperación para la aplicación de la normativa de competencia (Ibídem).

⁹ La Licencia contenía Compromiso por parte de Campari-Milán de no fabricar por sí misma sus productos durante la validez de los contratos, y en el territorio de sus licenciarios; y por otra parte, los licenciarios se comprometieron a no emprender ninguna política activa de venta y establecer sucursales, ni publicidad fuera de sus respectivos territorios.

Aunque el Reglamento 1/2003 no menciona al arbitraje, con la clara observancia de la pérdida de la competencia exclusiva de la Comisión en materia de exenciones desaparece el límite a la arbitrabilidad del derecho de la competencia. Se puede observar que el artículo 29 del Reglamento, numeral segundo, permite a un árbitro pronunciarse sobre la existencia de una exención en virtud del artículo 81.3. del Tratado de Roma al tratarse de un órgano jurisdiccional, en base a los siguiente argumentos (Ibídem, págs. 11-12): el artículo 6 del Reglamento 1/2003 reconoce a los órganos jurisdiccionales la competencia para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma, sin exclusión expresa de los árbitros y los apartados 1 y 2 del artículo 1 del Reglamento 1/2003 no dejan lugar a dudas sobre el efecto directo del artículo 81.3., ya que el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones no requieren decisión previa.

Cabe decir que la intervención de la Comisión de oficio, e incluso aunque no pueda revisar el efecto privado entre las partes, podría tener en cuenta los efectos producidos por la conducta sancionada cuando un laudo que erróneamente interprete un acuerdo genere la incorrecta aplicación del Derecho de la Competencia, en suposición de la existencia de infracciones del orden público.

El cambio de paradigma para el Derecho de Competencia al derogar el antiguo Reglamento abrió la discusión en cuanto a si los árbitros podían aplicar los artículos del Tratado de Roma, dándose una respuesta positiva en la arbitrabilidad de los temas relacionados con la materia en discusión. Ante el hito presentado, el Derecho Comunitario establecía límites de las facultades de los árbitros (Ibídem): el primero que remite a las relaciones entre este y las legislaciones nacionales, y el segundo referido a la competencia exclusiva de las autoridades de velar por la libre competencia en el mercado.

Del examen de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Soc. Kledingverkoopbedrijf de Geus en uitdenbogerd / Bosch, 1962, citado por Calvo Caravaca y Rodríguez Rodrigo (2005), se amplía que el árbitro puede conocer la demanda de anulación de un contrato contrario al Derecho de competencia, y como punto relevante se puede proceder en su laudo a la fijación de la indemnización por el daño causado en base a un comportamiento anticompetitivo.

Una primera conclusión a la que se puede llegar es el extraordinario cambio a partir de la reforma del Reglamento sobre la aplicación de la competencia de los

mercados, en base a la apertura favorable a la privatización, tomando en cuenta como límite el interés comunitario superior para el caso Europeo. Como se observó además en el caso Mitsubishi, se abrió la posibilidad de reconocer al arbitraje como el medio de resolución de controversias en materias de regulación del mercado, considerando la necesidad de dar paso a las nuevas ciencias del Derecho.

3.1. IMPORTANCIA DEL CASO ECO SWISS C. BENETTON INTERNACIONAL EN EL ARBITRAJE Y EL DERECHO DE COMPETENCIA

Por el avance normativo, doctrinal y jurisprudencial que se producía en la Comunidad Europea en sus esfuerzos de los procesos de integración comunitaria, se considera el caso Eco Swiss c. Benetton Internacional de gran relevancia en el campo del arbitraje al presentar nuevas consideraciones sobre su relación con el Derecho de Competencia (Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International N.V., 1999).

Los antecedentes generales del caso son por una parte la sociedad Benetton Internacional, con sede en Ámsterdam, concluyó un contrato de licencia con Eco Swiss China Time, sociedad con sede en Hong Kong, mediante el cual se concedía la autorización de fabricar y vender relojes con la inscripción «Benetton by Bulova», la manifestación de la voluntad de las partes en el contrato pactaron una cláusula compromisoria, la cual permitió dar paso al procedimiento arbitral por terminación anticipada del contrato.

La controversia se suscitó cuando Benetton decidió rescindir tres años antes de su conclusión final, la parte perjudicada acudió ante el Instituto holandés de arbitraje, bajo normas del Derecho holandés como el derecho de fondo del proceso; la litis fue resuelta mediante dos laudos dictados por el tribunal arbitral, el primer laudo se determinó la indemnización a la sociedad licenciada por los perjuicios ocasionados de la resolución de Benetton en el contrato.

El segundo laudo resuelto por los árbitros fue fruto de la falta de acuerdo entre las partes intervinientes, es decir, se procedió a fijar la cuantía de la indemnización; aunque en el desarrollo del arbitraje del caso no se invocó alegación por Benetton,

aquella si fue presenta en la nulidad de las sentencias arbitrales, en el Tribunal Estatal Holandés (Calvo Caravaca & Rodríguez Rodrigo, 2005).

La causal de la nulidad del laudo en base a que el contrato de licencia en su opinión era contrario al Derecho comunitario de la competencia, recurso que recayó en el Tribunal Holandés de primera instancia, el cual desestimó la petición de anulación; antes de la resolución en su recurso de alzada Benetton solicitó la no-ejecución de ambos laudos, negándose tal petición al primero; posterior ante tal medida se resolvió en apelación dar la razón a Benetton, anulando al segundo laudo el Tribunal Holandés, por comprender las prohibiciones del artículo 81 del Tratado de Roma como una norma de orden público, en base al ordenamiento jurídico holandés.

El punto decisivo para comprender este caso se dio en la etapa de casación, donde el Tribunal Supremo Holandés planteó cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en lo adelante, TJCE) sobre la aplicación de oficio del artículo 81 del TCE a los laudos arbitrales y la compatibilidad de las normas procesales holandesas que regulan el control jurisdiccional de los laudos arbitrales con la validez del Derecho Europeo de la competencia.

La primera cuestión preliminar que conoció el TJCE se refiere en cuanto a la ley holandesa considera que un laudo parcial con carácter final tiene fuerza de cosa juzgada y siendo únicamente anulado en el plazo de tres meses; por lo cual la interrogante se planteó si se debe ignorar norma interna dando paso a la revisión del laudo por nulidad por infringir el artículo 81 del Tratado.

Se consideró en el análisis del TJCE que el plazo establecido no imposibilidad de examinar un laudo posterior por motivo de la fuerza de cosa juzgada ya que está justificada por los principios básicos de seguridad jurídica y cosa juzgada (Creus Carreras & Josep Insenser, 2008). En esta línea de pensamiento, el TJCE se fundamentó en el caso Van Schijndel (Jeroen van Schijndel y Johannes Nicolaas Cornelis van Veen / Stichting, 1995). El debate fue alrededor de si una disposición procesal nacional dificulta la aplicación del derecho comunitario, debe analizarse su jerarquía en el ordenamiento nacional tomando en cuenta los principios del sistema de justicia.

La segunda cuestión planteada por el Tribunal Supremo Holandés se refiere a la ley holandesa que contempla la nulidad del laudo por motivo del orden público, pero este último no incluye que la ejecución del laudo arbitral limita la aplicación de una

prohibición de derecho de la competencia, es decir, el tribunal que conocía la apelación entiende la existencia de una infracción por el pago de daños en ejecución y no por el pronunciamiento principal del laudo. Esto conduce a la pregunta, si existe violación al artículo 81 del Tratado aunque el laudo cumpla los requisitos, aun puede ser susceptible del recurso de anulación.

La propuesta del TJCE en su motivación declara que un órgano jurisdiccional nacional competente en resolver los recursos de anulación de un laudo arbitral debe considerar si es contrario al artículo 81 del Tratado, o a las normas procesales internas de cada Estado de orden público, debe mencionar que se debe diferenciar al concepto de orden público de norma imperativa para no caer en la confusión, cual paradigma no fue aclarado por la respuesta elaborada del TJCE a la pregunta en su totalidad.

No se considera si era necesario el plazo de anulación, ya que el Tribunal Supremo Holandés consideró que el acuerdo objeto del primer laudo parcial era contrario al Derecho de la Competencia, procediendo a cuestionar la validez del segundo laudo que resuelve la determinación de daños. El análisis comprendido en base al caso Van Schijndel sí considera la imposibilidad que el TJCE determine la nulidad por ser contrario al artículo 81 del Tratado, ya que la ley holandesa no permitía la anulación basada en la revisión de los efectos del laudo firme.

Como conclusión, en el caso Eco Swiss se debe considerar como fundamento para aceptar la arbitrabilidad de las normas *antitrust* la respuesta dada por el TJCE, quienes se basaron en los principios de impulso procesal, defensa de las partes, el debido proceso, la seguridad jurídica, y en especial los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, ya que la posible revisión de un laudo no por sus pronunciamientos sino por los efectos de aplicación o ejecución afectarían los principios antes mencionados.

En este sentido, la decisión del TJCE debe ser comprendida en que forma de que el órgano jurisdiccional debe anular el laudo en razón del orden público y que sus efectos violan que en este caso sería el artículo 81 del Tratado, fundamentándose en normas procesales que consideran causal de nulidad cuando se infringen una norma imperativa, cabe resaltar que la premisa anterior se refiere a la infracción de las normas nacionales de orden público como a la infracción de las normas imperativas nacionales (Calvo Caravaca & Rodríguez Rodrigo, 2005).

El análisis del caso Eco Swiss debe ser estudiado con precaución ya que las respuestas del TJCE a las preguntas pueden crear confusión, permitiendo a las partes que no están conformes con la decisión de los árbitros en este medio de realización de la justicia presentar recursos que no están normados o con el fin de obtener una revisión de fondo con base en el orden público. Para concluir, una de las posturas doctrinarias en cuanto a la motivación del TJCE conduce a que las exigencias para obtener la eficacia del procedimiento arbitral están justificadas a través del control de los laudos de forma limitada y en casos excepcionales, es decir, la aplicación de los principios en que se basa el ordenamiento jurídico proveen de seguridad ante el examen de fondo de los laudos por el orden público.

3.2. REFERENCIA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL

Inclusive ante la observancia y análisis de las jurisprudencias desarrolladas en Estados Unidos, Europa y Colombia como claros ejemplos que orientan y dan luces para la correcta aplicación, y por ende el impulso eficaz del procedimiento arbitral en relación a las controversias que intervienen normas reguladoras del mercado; existe varios ejemplos claros a más de los citados que cumplen la misma función de los que se han presentado en este trabajo.

Gonzalo Quiroga (2007) cita algunos laudos referenciales que aclaran como los árbitros proceden al analizar y aplicar la normativa del Derecho de la Competencia en su estimación de la arbitrabilidad. Entre ellos se pueden citar el Laudo No. 7097/1993 de la Cámara de Comercio Internacional (en lo adelante, CCI) cuyo objeto desarrolló la normativa de defensa de la competencia centrando la temática del orden público transnacional, su arbitrabilidad e inmediatamente la competencia arbitral, por lo cual el árbitro decidió sobre la validez del convenio de arbitraje con fundamentación en la norma comunitaria de defensa de la competencia de características que son inherentes al orden público supranacional y, por ende, aplicable por los árbitros. El razonamiento de la decisión está orientado por dos sentencias del TJCE (Ibídem), la primera del 30 de enero de 1974 expresando que la norma referida es de carácter supranacional en base al artículo 81 del actual Tratado de Roma, y la segunda del 11 de enero de 1990 del caso

Sandoz c. European Commission, que alude en similares términos al carácter supranacional, y que no depende de si el contrato es válido y obligatorio, o no, para la eficacia del convenio de arbitraje según una determinada normativa nacional, sino si consta la manifestación clara de la voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias relacionadas al control del mercado.

Se considera que el tema y los casos analizados son netamente del ámbito internacional y que han presentado ideas claras y guías para comprender la tendencia actual a nivel mundial de abrir nuevas puertas para que los árbitros puedan ejercer la jurisdicción de cada Estado, en la importancia de centrarse dentro de los límites necesarios que implica el orden público.

Aun recordando que en el Ecuador se considera la aceptación de someter las controversias entre los proveedores y supermercados al arbitraje, en ejecución de la normativa del Manual de Buenas Prácticas Comerciales del Sector de los Supermercados y/o Proveedores, debe respetarse la garantía de solicitar el resguardo posterior en el control de la arbitrabilidad.

4. LA EXPERIENCIA DEL ARBITRAJE EN EL DERECHO DE COMPETENCIA SEGÚN EL CASO COLOMBIANO

En el análisis de la apertura del arbitraje, otro de los laudos que proporciona guías en la elaboración de laudos eficaces carente de vicios y nulidades es el Laudo Cell Point Ltda. c. Comcel S.A (Cellular Trading de Colombia Ltda. - Cell Point Ltda. c. Comunicación Celular S.A.- Comcel, 2002) dentro de la normativa colombiana, que se analiza por sus semejanzas a nivel normativo, social y cultural.

Los antecedentes del caso en cuestión corresponden a la controversia suscitada entre el proveedor de servicios de telecomunicaciones Comcel S.A. impuso a uno de sus distribuidores, Cell Point Ltda., condiciones discriminatorias respecto a otros distribuidores por no querer firmar un contrato previo firmado anteriormente por miembros de la red de distribuidores.

La discriminación versó en las comisiones diferentes y prohibiciones de ofrecer otros servicios tecnológicos diferentes a los de la activación del servicio de telefonía

celular, por lo que en el laudo se declaró que la sociedad Comcel S.A. incumplió de manera grave y en reiterada veces sus obligaciones contractuales, al no pagar en forma integral el valor de las comisiones causadas a favor de Cell Point Ltda. sin tener en cuenta las activaciones efectuadas bajo el sistema de prepago en las escalas de comisiones crecientes acordadas, y en la disminución unilateral del monto de las comisiones por activación al excluir de la base de cálculo el volumen de venta; así mismo por ejercer conductas abusivas de su posición dominante al imponer condiciones discriminatorias en contra de Cell Point.

En su resolución el laudo de la controversia reconoce la facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio en aplicar las normas de competencia, salvo con la excepción de no goza de exclusividad en la aplicación de las normas sobre libre competencia, ni la existencia de norma alguna que condicione las decisiones judiciales previa decisión de la mencionada autoridad administrativa.

Esta deducción presenta la admisibilidad del arbitraje, ya que el tribunal arbitral no encuentra limitaciones a la hora de analizar y declarar la incursión de una de las partes en una práctica comercial restrictiva en el mercado. Otra de las razones que justifican a los árbitros para conocer controversias que guardan estrecha relación con las prácticas desleales o abuso de la posición dominante en el mercado son aquellos ejemplos de coexistencias de funciones administrativas y judiciales para aplicar el derecho de la competencia; cuyo ejemplo estipulado acontece en el campo de la competencia desleal tanto la Superintendencia de Industria y Comercio como por los jueces civiles pueden sancionar dichos actos según la normativa colombiana (Comentarios al Laudo Cell Point Ltda. c. Comcel S.A., 2010).

La discusión se centra en la pregunta de si son arbitrables las normas de competencia, ya que estas son consideradas como de orden público; tesis expuesta por el Tribunal para aceptar su apertura, recordando que solo aquellas materias que son objeto de transacción, de carácter patrimonial y renunciables, son arbitrables. En esta línea de pensamiento, cuando se habla de competencia desleal y de prácticas restrictivas o desleales se habla también de prácticas generadoras de un derecho subjetivo de carácter particular cuya violación ocasiona indemnización de perjuicios a las primeras, y a las segundas de sanciones impuestas por el órgano competente (Ibídem).

Una de las cuestiones que planteó la parte demandante para obtener el pago de la prestación fue que la relación jurídica originada entre las partes había sido de agencia comercial, y no de un contrato de distribución como lo aseguraba la otra parte, a lo cual el Tribunal terminó pronunciándose en favor del primero, y reconocía a esta prestación como renunciable, en vista de su carácter patrimonial y de interés particular.

El negocio jurídico al que se refiere el laudo se analizó en forma que se da al carácter de renunciable en base a las calidades de los contratantes, y la libertad de estipulación al momento de la celebración y la facultad de renunciar cualquier condición o encaminada a eludir el pago futuro de las prestaciones.

La estimación por parte del Tribunal a lo acordado por las partes no adolecía de invalidez ni de ineficacia, ya que el contrato del prepago es válido y la extinción de las obligaciones procede únicamente cuando se cumple los términos convenidos, a lo que en este punto Cell Point se refería a dicha cláusula como abusiva por ser una estipulación impuesta por la otra parte en posición dominante para aligerar sus obligaciones del pago, indemnización o bonificación a Cell Point a la terminación del contrato con respecto a un porcentaje de ventas que tenía que recibir por parte de la última (exonerarse de las responsabilidades futuras).

La presunción de Cell Point no procedió, ya que el acuerdo de las partes poseía validez jurídica conforme a la normativa que se regía en el momento del Estado lugar del arbitraje; la cláusula que Comcel en su posición dominante estableció no constituye abuso ni está prohibido de acuerdo al Tribunal, por lo cual en cumplimiento de la normativa solo se refiere al incumplimiento de las obligaciones que se derivaban de la cláusula.

Por ende, la controversia se refiere a un tema arbitrable ya que tiene características patrimoniales, corresponde a un derecho renunciable que puede ser conocido por el árbitro. Lo interesante del laudo con respecto a las pretensiones se puede observar en el análisis del Tribunal arbitral al dar una idea clara donde se abre la posibilidad de arbitrar controversias que conllevan ser materia del Derecho de Competencia.

Recordando la discusión sobre el abuso de posición dominante en el mercado, el Tribunal Arbitral expresó que la facultad de control sobre las relaciones que se originan en negocios del mercado y por ende la declaratoria de la eficacia de una cláusula que

fuera considerada como excesiva corresponde al Derecho de la Competencia, es decir, a aquellas normas que regulan el mercado son de orden público (materia inarbitrable que no reúne las características necesarias como son su transigibilidad, carácter patrimonial y renunciabile).

Inclusive la tesis en la que se admiten como materias arbitrables aquellos efectos patrimoniales frutos de las incidencias y/o controversias que comprometen intereses públicos fue abordada por el Tribunal, que declaró la existencia del abuso de la posición del mercado por parte de Comcel y no solo el efecto económico y patrimonial en el distribuidor (Cell Point); queda la cuestión de observar si el laudo dictado tiene cómo ser un fallo inhibitorio, lo que resulta ajeno a la realidad, ya que el laudo resuelve sobre los incumplimientos contractuales origen de los perjuicios (Ibídem).

5. CONSIDERACIONES PARA LA APERTURA DEL ARBITRAJE EN EL DERECHO DE COMPETENCIA

En el Derecho comparado y las jurisprudencias relevantes responden que el arbitraje sólo es posible en cuestiones o litigios de carácter patrimonial, en los que hay libre disponibilidad de los derechos o de asuntos que no están regidos por normas de orden público o que no son competencia exclusiva del Estado; criterios amplios que deben ser analizados individualmente por cada tribunal competente de los Estados conociendo las diferencia de cada caso determinando su arbitrabilidad (Calvo Caravaca & Rodríguez Rodrigo, 2005). Esta idea se ha desarrollado en varios ordenamientos jurídicos como el suizo y el alemán, admitiendo la arbitrabilidad de las controversias del Derecho de Competencia bajo la salvedad de la reserva del derecho de las partes de recurrir al juez estatal una vez originada la controversia (Ibídem).

Se puede observar que incluso en varios antecedentes jurisprudenciales franceses se acabó admitiendo la arbitrabilidad de las controversias en el Derecho de la Competencia en los casos Almira Films de la Decisión de la Corte de Apelación de París de 1989; en el caso Ganz en la Decisión de la Corte de Apelación de París de 1991, el caso Labinal de la Sentencia del Tribunal de París de 1993, entre otros, como el caso Velero y el caso Aplix del año de 1993. Inclusive, en la jurisprudencia italiana se

dio apertura a la arbitrabilidad de las controversias en esta materia conforme a la Decisión de la Corte de Apelación de Bolonia de 14 de octubre de 1991 (Ibídem).

Otro punto de apertura se da en la jurisprudencia sueca, a través de la Decisión de la Corte de Apelación del Oeste de Suecia del 29 de diciembre de 2003, en el caso Dirland Télécom S.A. v. Viking Télécom AB; se admitió que el rol de los árbitros cuando dictan laudos, se deben tener en cuenta las normas que garanticen los intereses públicos para evitar contravenir los principios de orden público (Ibídem).

De lo presentado se puede llegar a la conclusión de que en la mayoría de los Estados se ha aceptado con carácter general la arbitrabilidad del Derecho de la competencia, práctica que en el arbitraje contemporáneo ha sido ratificado a través de varios laudos arbitrales, y posteriormente en apelaciones y acciones de nulidad en que los Tribunales y Cortes de la justicia ordinaria dan por evidente su apertura a la justicia alternativa.

5.1. APLICACIÓN DEL DERECHO DE COMPETENCIA POR PARTE DE LOS ÁRBITROS

Como se puede observar a través de la experiencia norteamericana y europea en los casos más relevantes de sus jurisprudencias (Mitsubishi y Eco Swiss), se ha presentado la apertura del sistema arbitral hacia nuevos horizontes y materias en sus praxis, por lo cual en la doctrina se ha discutido si es obligatoria la aplicación de las normas de competencia por parte de los árbitros.

Ante esta cuestión, posterior a la aceptación por parte de los árbitros en su facultad de aplicar la normativa competencial como requisito de la arbitrabilidad, se han dado respuestas ante la preocupación de en qué medida y forma debe ser aplicada en la práctica, en el cual se puede entender que los árbitros pueden en cierta manera aplicar dichas leyes de oficio, guardando su observancia como respeto a los sistemas jurídicos, a las normas imperativas y al orden público, conociendo que no constituyen la ley del fondo del procedimiento arbitral elegidos por las partes intervinientes en la litis.

En el caso europeo, en base a los artículos 81 y 82 del Tratado Europeo sobre la competencia y los reglamentos afines, no cabe duda de su aplicación por invocar una de

las partes en el procedimiento arbitral, aunque queda la duda si se puede aplicar de oficio por los árbitros (Ibídem). Para poder comprender dicha aplicación, se puede remitir a las actuaciones de los árbitros internacionales que están facultados y obligados a observar e inclusive de aplicar el Derecho de la competencia, ya que se puede comprender el carácter del orden público y por ende el carácter imperativo de las normas de competencia.

Por otro lado, ante la premisa anterior, se ha sostenido que los árbitros no se encuentran obligados a aplicar las normas de competencia, ya que estos no equivalen a las competentes ni órganos jurisdiccionales, en base a que el laudo arbitral puede suponer que este viciado por la resolución *ultra petita*, al no ser determinada por las partes excediendo sus límites de competencia (Ibídem). Estas posturas presentadas por la experiencia europea no se puede separar por el peligro de incurrir en nulidad o de ser objeto de no reconocimiento por inobservancia del Derecho de la competencia.

La eficacia del laudo arbitral en controversias que tiene como base al Derecho de competencia, rigiéndose al orden público de cada Estado como respeto al ejercer sus funciones los árbitros, en los cuales e pueden remitir a varias cuestiones que se han planteado en base a la obligación de aplicar las normas de competencia de oficio:

- ✓ Para la ejecución del laudo extranjeros se debe observar el juez nacional que el mismo ni no está en contra el orden público, aplicando las normas que los rigen.
- ✓ Al existir un contrato que origina la controversia y en este caso cuando interviene un Estado, se debe observar las reglas de orden público internacional del Derecho de la competencia, conociendo su efecto directo en el Derecho interno, es decir su aplicación de oficio aun a falta de petición de parte. Esto se puede aplicar para las controversias internas a través de la teoría del estatuto obligacional en el cual los tribunales arbitrales deben aplicar a la controversia el derecho e fondo escogido por las partes y las normas imperativas del Derecho económico (Calvo Caravaca & Rodríguez Rodrigo, 2005, pág. 32).

Se puede determinar que son aplicables las normas que regulan el mercado aun cuando las partes no las designaron como leyes aplicables en el contrato, es decir, en la cláusula arbitral. No obstante, la ejecución del laudo arbitral puede no ser efectiva por no haberse respetado las disposiciones del Derecho de Competencia.

5.2. COMUNICACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES ANTE EL ÓRGANO COMPETENTE

El Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el Sector de los Supermercados y/o Similares y sus Proveedores, en el articulado referido a la solución de controversias, (artículo 24, literal b), establece que las partes que no han encontrado un acuerdo directo a través de la negociación podrán recurrir ante el proceso jurisdiccional que consideren necesario, guardándose el derecho de la Superintendencia de recibir comunicación por escrito de dicha manifestación de la voluntad de las partes que intervendrán en la litis.

Esta disposición se puede observar en el Derecho comparado europeo, donde se mantiene la comunicación a través de la Comisión, órgano competente regulador del mercado, y en este caso los tribunales arbitrales; dicha disposición, establecida en el Reglamento 1/2003 de la aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE, implica el deber que tienen los Estados miembros de remitir a la Comisión una copia de las sentencias dictadas por sus órganos jurisdiccionales después de la notificación respectiva a las partes. La cuestión se planteó ante la posibilidad de aplicar las normas de forma análoga para los árbitros, si podían aplicar al mismo tiempo que un órgano jurisdiccional, es decir, existiría la obligación de remitir a la Comisión una copia de los laudos arbitrales cuando se han aplicado los artículos 81 u 82 del TCE.

La importancia de comunicar los laudos arbitrales tiene como objetivo evitar las aplicaciones incorrectas del Derecho de la competencia por parte de los árbitros, teniendo en cuenta los principios de eficacia y eficiencia del procedimiento alternativo de solución de controversias. Aunque se mantenga la discusión por la naturaleza privada y confidencial de los arbitrajes, se puede pensar como público al arbitraje de tal manera que los laudos puedan ser remitidos al órgano competente del mercado (Ibídem).

En palabras de Nazzini, citado por Ortiz Baquero (2010), la coordinación y cooperación entre los tribunales arbitrales y las autoridades de competencia depende en la forma que apliquen los instrumentos, que deben adecuarse a la flexibilidad del procedimiento arbitral y las decisiones arbitrales adoptadas deben ser ejecutables previendo la probabilidad de la anulación del laudo.

5.3. PATRIMONIALIDAD Y ARBITRABILIDAD DEL DERECHO DE COMPETENCIA

En el campo del arbitraje se debe determinar qué controversias o litis pueden ser resueltas por el árbitro o por el tribunal arbitral, por lo cual es preciso determinar la arbitrabilidad como elemento de esta institución, presupuesto material fundamental que establece la materia objeto del arbitraje, su alcance conforme a los intereses de los particulares por un lado o de los Estados en controversias relacionadas a su soberanía o sus actuaciones que conllevan derechos y obligaciones.

En lo concerniente a los límites de *ratione materiae*, depende de cada ordenamiento jurídico, la corriente doctrinaria y el desarrollo jurisprudencia, en base a las normas imperativas y el orden público correspondiente a cada jurisdicción, y en este análisis atañe al Derecho de la Competencia.

Los criterios de la arbitrabilidad en base a la patrimonialidad, la disponibilidad, y la ausencia de la facultad imperativa de jurisdicción y su no contrariedad con el orden público son variables, es decir la controversia en un determinado tribunal arbitral puede ser arbitrable e inarbitrable en cuestión del ordenamiento de cada Estado (Gonzalo Quiroga, 2007).

Por lo cual, ante la premisa anterior, el Derecho de Competencia se caracteriza por su aplicación inmediata e independiente de los efectos anticompetenciales que regule el caso concreto al que se aplique, regulaciones que se deben ser concebidas como leyes de policía económicas de la competencia; así pues, es normativa que constituye un ejemplo típico de las normas calificadas de leyes de policía aplicable a las relaciones económicas (Ibídem).

La conjugación de las características de los Derechos Público y Privado en el Derecho de Competencia, por su objeto y objetivo de regular el funcionamiento del mercado del primero, y en aspectos penales, administrativos y civiles del segundo, concurren en el cumplimiento de las condiciones o requisitos mínimos para que un árbitro sea competente sobre controversias de los sujetos del mercado, que son aquellas de carácter patrimonial, que sean disponible y que no recaiga en una atribución imperativa de jurisdicción.

La naturaleza patrimonial de las normas de competencia se debe a que se encuentra en el ámbito económico, por lo cual se entiende que son derechos arbitrables sin restricción patrimonial; característica que se presente por el desarrollo en las prácticas comerciales han orienta en necesidad de buscar regular por parte de los Estados a través de la aplicación de la normativa con el objetivo de la defensa de la competencia para impedir concentraciones de empresas o prácticas restrictivas en la economía de los mercados; esto se concentra en un objetivo ulterior centrado en el interés general y del orden público económico.

Se debe considerar en este aspecto la buena fe o *bona fide* de las partes que suscribieron el convenio arbitral, en la cual manifestaron su voluntad de proceder en la resolución de controversias mediante este medio alternativo de justicia, a diferencia de lo que normalmente se ha desarrollo en los tribunales y legislaciones al denunciar un convenio arbitral de un contrato que pueda afectar al Derecho de la competencia, es decir, creando desconfianza y perjuicios en el arbitraje.

La arbitrabilidad es considerada por la disponibilidad de acuerdo al Derecho de invocar la nulidad de acuerdos y la ilicitud de comportamientos prohibidos en las prácticas de competencia, así como también de la validez de los acuerdos que se benefician de una exención por categoría individual; esto es que no se incumban en las facultades normadas para la autoridad competente de regular el mercado ya que estos sería indisponibles y por tanto inarbitrables, por ejemplo el Derecho a comprobar y hacer cesar las infracciones contrarias al Derecho de la competencia (Ibídem). De ahí que las competencias exclusivas en materias relativas al Derecho de la competencia sean inarbitrables por su objeto, que deriva en el problema principal de la consideración del orden público en la arbitrabilidad, a lo cual con lleva que el elemento de convicción para determinar su apertura se ha la atribución imperativa de jurisdicción.

En esta línea de pensamiento, cada normativa debe determinar las atribuciones imperativas de jurisdicción, encargada de decidir sobre las competencias y la autoridad que la debe ejecutar, ya sean los árbitros, los jueces ordinarios o los reguladores del mercado que en el Ecuador corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. De esta hipótesis surge la interrogante sobre si se debe observar la facultad órganos específicos que se encarguenn de aplicar las normas sobre competencia y de

decidir sobre los procedimientos administrativos o penales de aplicación de las conductas restrictivas conforme al ordenamiento jurídico.

La competencia que se debe centrar para distinguir el conflicto de las facultades tiene como base la resolución de conflictos en base a consecuencias civiles por la violación por la nulidad del contrato o de determinadas cláusulas que vayan en contra del Derecho de Competencia, que son resueltas por el arbitraje privado y comercial al igual que los tribunales ordinarios a pesar de ser ésta una materia de orden público, cuestión que ha sido subsana a través de la evolución normativa y jurisprudencial de la práctica habitual en el arbitraje en el cual se ha resultado sobre indemnizaciones para resarcir los daños y perjuicios provocados de la práctica anticompetitiva, decisión sobre consecuencias civiles de la violación del Derecho de Competencia (Ibídem).

Varias jurisprudencias de la CCI, como el Laudo No. 1397/1966.16, cuya resolución versaba sobre la controversia entre dos sociedades de nacionalidad francesa y otra italiana respectivamente, cuyo objeto corresponde a la fabricación de productos muy similares en el mercado. La primera presentó su demanda ante un árbitro con sede en Bélgica en contra de la segunda, por el incumplimiento del acuerdo de exclusividad que le prohibía vender en Francia sus productos, por su parte la sociedad italiana alegó la nulidad del acuerdo en base a la violación de las normas comunitarias de la competencia, es decir, el árbitro carecía de competencia para decidir sobre la controversia, en base al orden público y las normas de competencia comunitarias europeas. En su resolución se rechazaron los argumentos de la demandada, pronunciándose sobre el fondo del asunto al estimar que las materias relativas al Derecho de la competencia sí son arbitrables y pueden ser aplicadas por los árbitros como orden público comunitario.

5.4. POSTURA DEL ARBITRAMIENTO EN CASOS DE COMPETENCIA DESLEAL Y ABUSO DE PODER DE MERCADO

La conclusión a la que llega el autor Velandia (2016) en su desarrollo académico en cuanto a la competencia de los árbitros y tribunales arbitrales es fundamental en la afirmación sobre la posibilidad de expedir un laudo que conoce el daño privado por

asuntos de competencia, ya sea una práctica comercial restrictiva o de competencia desleal.

La discusión sobre la competencia yace en los temas sobre los cuales un Tribunal Arbitral conoce y decide sobre asuntos relacionados con el Derecho de la Competencia, teniendo en cuenta el interés, y la discusión que se crea alrededor del tema, una de las premisas que se considera es el tema de responsabilidad privada por una práctica comercial restrictiva que origina un daño. En esta línea de pensamiento, se propone que el daño sufrido en la propiedad privada es de carácter transigible, por lo cual el árbitro o los árbitros de ser caso están facultados de administrar de justicia (Ibídem).

La base de esta idea se parte de las normas en las cuales se refieren al hecho que ha concluido en un daño a otra persona es considerado como fuente de obligaciones, es decir, en el mercado las prácticas comerciales restrictivas así como el régimen de competencia desleal amparan diferentes bienes jurídicos tutelados, el primero cuida el mercado, y el segundo la concurrencia de los posibles daños causados de estas conductas. Cabe reflexionar que un determinado comportamiento no puede causar injerencia en los intereses del mercado, pero comportamiento causal del daño a la propiedad privada, y como lo mencionamos anteriormente es arbitrable.

Iniciando por el arbitramento de las prácticas comerciales restrictivas, corresponde observar la relación existente entre los operadores del mercado en su desarrollo a partir de la oferta y la demanda, creándose un mercado competitivo a través de la competencia, en esta base al originarse la pugna por captar mayor consumidores, los operadores en su uso de mecanismos que en algunos casos con imperfecciones por ejemplo incremento de los precios, disminuyendo de opciones en la oferta son causas de daño y, por ende, responsables de afectar el mercado.

Una de las medidas para resguardar al mismo es dada por el Estado que tiene la facultad de regular y proteger, estableciendo las reglas de participación y al encontrar una infracción, este puede proceder a la debida sanción por el comportamiento prohibido; y por otra parte la segunda medida, no obstante ante la voluntad y facultad de cada individuo, por el daño causado en su patrimonio como consecuencia de las conductas restringidas en la norma quedan aquellas acciones privadas para restituir el

perjuicio (Ibídem), premisa que garantiza la arbitrabilidad al tratarse de derechos transigibles.

En la misma concepción de buscar una forma de proceder a la arbitrabilidad de la competencia desleal, aunque diferente a la primera por los derechos que desea resguardar, resguardo de las conductas opuestas a la buena fe y la transparencia, por ejemplo cuando se desacredita una empresa competidora sin causa, o se presenta con un producto engañoso; daño y perjuicio generado a lo cual su dirección es hacer prohibida o sancionado por el Estado y ser indemnizada por el perjuicio como consecuencia del comportamiento desleal.

El arbitraje se emplea como una acción privada ante el daño por la conducta o acción sufrida, recordando que el daño al mercado es competencia del Estado, más aun cuando la afectación al mercado tiene consecuencias directas a la competencia y su patrimonio, este tiene el derecho a solicitar la debida indemnización por los perjuicios. En estos casos el árbitro o el tribunal arbitral debe estar orientado al análisis independiente del perjuicio así como su causa, de si existe violación o no de las normas de competencia.

Por último, hay que reflexionar que determinados casos son fruto de prácticas restrictivas presentes a la hora de cumplir el objeto y las cláusulas de un contrato, por lo cual al contar este último con una cláusula arbitral, el Tribunal tendrá la facultad de resolver la controversia gracias a la manifestación de la voluntad de las partes. En esta línea de pensamiento, se considera que al momento de incorporar las características de las normas de competencia se está incorporando al orden público, es decir, se genera nulidad del contrato, y la revisión del mismo por el tribunal al ejecutarse la cláusula arbitral (Ibídem).

5.5. *LEX FORI* Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS

El arbitraje y su procedimiento están regidos por varios principios como son de autonomía y confidencialidad consagradas en el artículo 190 de la Constitución (Asamblea Constituyente, 2008) y en los artículos 1, 34 y 38 de la LAM. Por ello, las

partes intervinientes tiene la facultad de definir las normas que presiden la resolución o laudo.

Uno de los problemas en la arbitrabilidad del Derecho de Competencia es la consideración de la norma del fondo o *lex fori*, a lo cual obliga a los árbitros a establecer las normas aplicables teniendo en cuenta que las normas de libre forman parte de la *lex fori* y estas a su vez normas de conflicto de leyes (Ortiz Baquero, 2010); aun cuando una de las característica de los árbitros no tienen *lex fori*, y en el procedimiento las partes en la cláusula arbitral establecen las normas a las cuales se deben regir los primeros.

Teniendo en cuenta el principio antes nombrado y considerando como en la Unión Europea se ha aplicado las normas comunitarias del Derecho de Competencia, los árbitros y tribunales arbitrales se ven obligados a la aplicación de las normas (comunitarias o nacionales) al ser consideradas del orden público.

Cabe mencionar antes de reflexionar de las ideas presentadas, que todo procedimiento legal está regido bajo principios innatos al derechos y específicos en este caso, en el arbitraje; y la independencia de que marca cada procedimiento se debe regir a lo que manda el marco legal a los casos y las partes decidan cuando se los permita la ley.

La óptica de aplicación de las normas del mercado se orienta a que los árbitros de ser una controversia dentro de cada Estado, o la norma de un Estado que dentro del contrato y la cláusula dentro de la constitución del fuera del tribunal del Estado de las partes, o el acuerdo de establecer la ley aplicable al fondo del asunto es la un tercer Estado, apliquen y ejecuten de forma directa y obligatoria las normas de orden público que guardan estrecha relación al caso presentado y analizado en el momento de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

En segundo lugar, los laudos arbitrales como lo desarrollamos en el Capítulo precedente son considerados como cosa juzgada entre las partes implicadas. Sin embargo la dificultad que atemoriza a los recurrentes del arbitraje es el cumplimiento de los laudos por un órgano netamente dentro contexto arbitral, por ello los legisladores han visto la necesidad de norma el requerimiento del cumplimiento dispuesto en el laudo ante un órgano jurisdiccional.

El Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, de 1958, es aplicable con independencia del Estado donde se ejecute o proceda; es así que los jueces o tribunales de un Estado parte del Convenio a petición de parte tiene que verificar que no concurre ninguna de las causales de denegación de ejecución del laudo.

El artículo V.2. literal b) del Convenio de Nueva York establece como causal del no reconocimiento o inejecución del laudo arbitral el ir en contra del orden público. Por lo que si se considera aplicable este artículo sería ineficaz la solicitud de la ejecución del laudo dentro del Estado suscrita al convenio ates mencionado. Pero vale como excepción a la casual, la no alegación por olvido o inaplicación de las normas de competencia pertenecientes al orden público a ejecutarse en determinado Estado (Calvo Caravaca & Rodríguez Rodrigo, 2005). En palabras más simples, puede rechazarse por parte de los órganos jurisdiccionales la ejecución de un laudo arbitral cuando el árbitro no ha asumido en su razonamiento las normas del Derecho de Competencia pertenecientes al ordenamiento jurídico de un Estado.

A manera de conclusión, el elemento trascendental para que los árbitros apliquen dicho Derecho es la existencia de una determinada conducta anticompetitivo con afectación al mercado en la medida que se los faculte; sin incurrir a consideraciones por parte de la autoridad que ejerce el control arbitral a incurrir a pensar en supuestos de anulación el irrespeto de las normas de competencia o que se ha excedido, *ultra petita*, cuando ha prestado atención a normas de competencia aplicables al caso no seleccionadas por las partes (*lex fori*).

6. CONCLUSIONES PRELIMINARES

El desarrollo normativo y jurisprudencial a nivel mundial ha reconocido las dificultades que existen dentro de la arbitrabilidad del Derecho de Competencia, a lo cual la experiencia ha demostrado que el interés público no se ve afectado por el reconocimiento de la arbitrabilidad y sus efectos no causan posibles violaciones del orden público en el procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo.

En lo principal, la jurisprudencia norteamericana se había manifestado en un inicio a favor de la inarbitrabilidad del derecho *antitrust* por varias ocasiones, hasta el cambio significativo a través de la jurisprudencia de Mitsubishi, cuya decisión fue la primera en reconocer al Derecho de la Competencia como materia arbitrable. Esto significó que la apertura aunque era limitada por el orden público ante algunas materias, se concedió cierta clase de confianza a los árbitros para que apliquen la normativa de interés general, con salvedad ante la garantía de control al laudo arbitral observando si la aplicación ha sido correcta.

Otra de las experiencias que marcan el desarrollo del arbitraje se centra en Europa y con especial referencia a nivel comunitario, en donde se procedió el derogación y cambio normativo para fijar una cooperación entre las autoridades de competencia y los árbitros, siendo así una descentralización de competencia para un eficaz control y aplicación normativa.

De igual manera, la jurisprudencia en determinados casos como el caso Eco-Swiss presentaron posturas y parámetros que ayudan en determinada forma a que los árbitros sean competentes para conocer la normativa reguladora del mercado, sin olvidar que dentro de la jurisprudencia de varios países entre ellos Colombia han cambiado sus ideas y han comenzado a aceptar la arbitrabilidad de esta materia en base a ciertos parámetros como son la patrimonialidad y disponibilidad de la controversia.

Estos parámetros se pueden resumir en la arbitrabilidad del Derecho de Competencia para resolver cuestiones de indemnización por daños y responsabilidad causa por un comportamiento anticompetitivo. Cabe recordar, que ante la arbitrabilidad de la materia la doctrina y jurisprudencia aun limitan a los árbitros a resolver la controversia más no establecer las regulaciones, prohibiciones de comportamientos anticompetitivos o imponer sanciones y multas ante la conducta regulada, por ser una competencia exclusiva de la autoridad reguladora del mercado y establecida de manera imperativa en el marco jurídico.

Otra de las razones que se expresa en este Capítulo y que se debe considerar es que no existe una separación total entre la autoridad de control y los árbitros, sino una separación de facultades y una cooperación para la aplicación correcta del Derecho de la competencia, aunque se presenta de manera mínima ante el recelo por la materia y su relación al orden público.

Por último, una de las interrogantes que preocupa y se debe tener en cuenta para no incurrir en la violación del orden público, es en base a si los árbitros están facultados para aplicar las normas sobre el Derecho de la competencia, que en algunos casos se afirma su aplicación imperativa para evitar una inminente violación y por otra parte si ha sido determinada en la cláusula arbitral como la *lex fori* de la controversia.

Concluyendo, las relaciones establecidas entre el arbitraje y el Derecho de la Competencia plantean complejidades y abren puertas para nuevas discusiones sobre los factores que determinan la arbitrabilidad de la competencia; y que ante el desarrollo normativo en el contexto nacional e internacional no se puede encerrar al arbitraje dentro de posturas que limitan su aplicación, ya que existe evidencias y premisas que explican la apertura teniendo en cuenta los limitantes que son la transigibilidad de lo patrimonial y la disponibilidad de la controversia.

CONCLUSIONES

El arbitraje, al no depender de la justicia ordinaria, es completamente autónomo, ya que se caracteriza por un orden espontáneo, debido a que son las personas las que interactúan según su voluntad; no es rígido: nadie lo crea, ni tampoco se planifica, por el contrario, permite a las partes que pacten y realicen sus propias reglas según cada caso o conflicto.

En la comprensión de la premisa de que cada Estado en base a su soberanía tiene la facultad inmediata de decidir aquellas materias que pueden ser objeto de arbitraje y aquellas prohibidas por las normas, hace varias décadas existía gran desconcierto por la institución privada arbitral, considerándola como incapaz de resolver bajo los principios de justicia y equidad las controversias que afectaban las materias de gran importancia para la comunidad nacional.

Estas garantías fundamentales hallan su resguardo en el orden público y la normativa imperativa del Derecho de la Competencia, por lo cual, en un primer plano, la competencia de los árbitros tiene estrecha relación con el orden público.

Respecto a la anulación del laudo, equívocamente se ha concebido como recurso, pero el producto del raciocinio de los árbitros no es fruto de una actividad jurisdiccional, sino arbitral y, por tanto, lo válido y coherente es ejercer una acción de nulidad.

La redacción del artículo 31 de la LAM en cuanto al término de presentación de la acción de nulidad es oscura, en razón de que la notificación del laudo a las partes no implica que se ejecutorie este, ya que la ley prevé recursos horizontales con el fin de que los árbitros, de oficio, corrijan los errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar, sobre los cuales pueden suspender la ejecución del fallo (Andrade Cevallos, 2011).

Por las razones expuestas, los órganos jurisdiccionales que conocen la acción de nulidad únicamente tienen la facultad de controlar y velar por el cumplimiento de las garantías y derechos procesales de las partes en el proceso arbitral, mediante la

realización de un examen *a posteriori* y externo de este, sin extralimitaciones en el análisis fundamental de lo resuelto por el árbitro.

Cabe la interrogante en cuanto a la ejecución de un laudo resuelto por un tribunal arbitral constituido ilegalmente, o de la aceptación de un laudo basado en un pacto o convenio arbitral nulo por objeto o causa ilícita, cuestiones omitidas por los legisladores ecuatorianos.

En las relaciones jurídicas que se ejecutan en el mercado se ha señalado el abuso de posición dominante derivado del negocio jurídico expresado de forma contractual entre los competidores, cuyo punto de realce se contrapone el interés general de la libre competencia del mercado. En consecuencia, se origina la necesidad de calificar la procedencia de la controversia originada del contrato y la afectación posible al interés general, lo que genera un control especializado por el órgano jurisdiccional del Estado, facultad que se establece en el ejercicio de la acción efectuada bajo la norma constitucional y la ley especial, lo que en el Ecuador recae en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

Se hace la salvedad de que el Manual de Buenas Prácticas Comerciales para Supermercados y Proveedores ha ampliado sin perjuicio o afectación los mercados y las competencias que se desarrollan bajo las normas vigentes, lo que da oportunidad a otras autoridades de atender las reclamaciones de ciertos afectados; es decir, se cede ante la voluntad de las partes si la norma lo permite.

El fondo de la litis arbitral, para ser resuelta por los árbitros, debe estar regulada en el ordenamiento jurídico, motivo por el cual el legislador reserva determinadas materias o conflictos en base a la Constitución por razón de las normas imperativas y el orden público. Por ello, para que las partes adopten un método alternativo de resolución de controversias se deben regir por la LAM, que se basa en la transigibilidad material y, como expresa Caivano (2011), estos son derechos patrimoniales disponibles.

Las conductas que infringen las normas reguladoras del mercado se asimilan a los criterios de la responsabilidad civil, es decir, constituye materia susceptible del arbitraje en base a su contenido patrimonial y de disposición; de igual manera, los alcances de la nulidad absoluta han sido tratados por los árbitros como una sanción civil y la responsabilidad originada observa los derechos conferidos por los efectos directos de las normas de competencia (Ortiz Baquero, 2010).

Cabe la exégesis de que las acciones destinadas a quebrantar los límites de la autonomía privada constituyen una violación a las normas imperativas. Por ello, es necesario separarlas del orden público y de la facultad de solicitar sanción. Esto indica la inarbitrabilidad y la no-disposición de las partes; sin embargo, la competencia de los árbitros radica en la garantía de los derechos que regulan los mercados y los efectos de la declaración de nulidad, ya sean económicos, patrimoniales o contractuales.

El avance doctrinal y jurisprudencial del derecho de la competencia europeo aparentemente manifiesta haber descartado de forma absoluta los impedimentos sobre la arbitrabilidad y competencia de algunos temas relacionados con el derecho de la competencia a nivel comunitario, a través del cambio normativo sin que este se constituya un obstáculo al arbitraje. Inclusive los órganos encargados como es la Comisión, que a través de sus decisiones y postura se refleja esta confianza hacia el arbitraje con el fin de disminuir su carga y dar apertura a que cada parte recurra a la forma más eficaz de reclamar su derecho que se presume que le corresponde.

El arbitraje tiene caracteres interesantes como la confidencialidad, la eficiencia, la agilidad del proceso y supone beneficio en la economía procesal. Como dicen los autores Creus Carreras y Josep Insenser (2008, pág. 32): “Sin perjuicio del abuso del arbitraje para fines colusorios, el arbitraje se ha articulado como un mecanismo de apoyo del derecho a la competencia”.

Una de las bases para la arbitrabilidad del Derecho de Competencia es la jurisprudencia de Estados Unidos, que en un inicio negaba la competencia de los árbitros para aplicar las normas que regulan el mercado, lo que si bien se mantiene en algunos Estados, cambió a partir del caso *Mitsubishi*, que reconoció el papel esencial de los árbitros en la aplicación privada de las normas *antitrust*, a fin de mantener el funcionamiento del mercado en condiciones competitivas (Ortiz Baquero, 2010). Lo importante de esta jurisprudencia fue la exposición para que se reconozca de manera expresa la competencia de los árbitros de aplicar normas que son parte del orden público y delimitar los efectos jurídicos de carácter privado de su violación.

En el ámbito europeo se vio limitada la ejecución de las normas del Derecho de Competencia durante mucho tiempo, pues dicha tarea correspondía a los órganos fundamentalmente de carácter administrativo. En esta línea, al considerar la actualidad del arbitraje en el contexto europeo como medio privado para aplicar las normas de libre

competencia, se obtuvo una forma de aplicar los artículos 81 y 82 del TCE por aquellos que deseaban hacer efectivos los derechos conferidos incluyendo de manera progresiva una apertura casi total a los tribunales de arbitraje.

Cabe aclarar que las competencias en las cuales puede actuar un árbitro no se ha concebido para suplantar las potestades que la ley otorga a las entidades administrativas, sino se prevé aligerar la carga de trabajo que puede implicar la resolución de las diferencias entre las partes, y más en esta materia que las partes, a través de la cláusula arbitral, manifiestan su voluntad de que los árbitros intervengan en determinados hechos que pueden surgir, aunque la exclusividad de sancionar las conductas contrarias al mercado y al orden público se mantiene en manos del Estado.

La invocación de las normas de competencia por las partes en sus pretensiones y excepciones invita a los árbitros a aplicarlas, lo que a su vez guarda estrecha relación con el control que debe ejercer en el laudo, en base a si las normas de orden público han sido aplicadas de forma ordenada, coherente y efectiva.

La efectividad del control judicial de los laudos a través de la nulidad debe ser prevista en el marco normativo, describiendo la violación de las normas de orden público como casual (principio de legalidad), y consecuentemente se denegará el reconocimiento y ejecución del laudo contrario al orden público. La intervención del juez que revisa el laudo se enmarca dentro de las normas procesales cuando se ha presentado la impugnación por una de las partes afectadas; de lo contrario, el objetivo de la acción de nulidad no se realiza si se considera una nueva instancia de revisión de la controversia.

Ante el cambio normativo de los procesos con la entrada en vigor del Código Orgánico General de Procesos se consagra el arbitraje como un medio de resolución de conflictos autónomo, por lo que se pueden acoger normas de dicho Código siempre que no vayan en contra de la naturaleza del arbitraje. Es así que tanto las partes involucradas en el procedimiento del arbitraje así como su tribunal determinarán cuáles se pueden considerar según las circunstancias de forma supletoria, ya sean estas del COGEP como referencia para un procedimiento de arbitraje, o del Derecho de Competencia para el fondo de la controversia.

Como conclusión final, el arbitraje en la actualidad es un medio alternativo para la administración y la realización de la justicia, reconocido en el punto superior

jerárquicamente del ordenamiento jurídico (la Constitución), a través del cual se puede garantizar la protección y el efectivo cumplimiento de los derechos regulados en las normas del Derecho de Competencia a favor de los particulares. El estudio de los casos y la jurisprudencia debe orientar a que el producto del análisis de las pretensiones como de las excepciones y de la carga de la prueba sean los que determinen los tipos de laudo, recordando que su resolución se basa en hechos contractuales y no como abuso de posición dominante en el mercado.

RECOMENDACIONES

Todo ente regulador no debe incurrir en la tentación de sentirse dueño del sector regulado y protagonista de sus decisiones, conduciéndose a no hacer el trabajo que se precisa, sino encaminarse a la toma de decisiones. No es admisible que se configure a sí mismo la realidad, sin dar explicaciones, ni que diga cuál tiene que ser el número de operadores, sus cuotas de mercado, sus inversiones y modalidades de prestación, pues todo ello ocasiona un comportamiento errático que lleva al caos del mercado.

Por ello, sería deseable que el ordenamiento jurídico contuviera más fórmulas abstractas que permitieran un mayor listado de soluciones a un supuesto de hecho y, por ende, los Tribunales deben intentar analizar qué es lo más conveniente en cada situación para maximizar el beneficio y, de existir intereses económicos en conflicto, que estos sean transigibles al mínimo coste, es decir, de una manera fácil. De hecho, la mejor solución resulta ser el pacto entre partes, pues ellas saben mejor qué es lo conveniente.

Se mantiene la interrogante en cuanto a la posibilidad de ejecución de un laudo resuelto por un tribunal arbitral constituido ilegalmente, o de la aceptación de un laudo basado en un pacto o convenio arbitral nulo por objeto o causa ilícita, cuestiones omitidas por los legisladores ecuatorianos, ante lo cual es necesario una modificación de la normativa para que se adecue al ordenamiento jurídico general.

Como mencionado Caivano (2011), el arbitraje supuso una gran apertura en varios sentidos: en la materia de arbitrabilidad objetiva, medidas cautelares, control judicial o ejecución de laudos extranjeros, orientados a la tendencia de la eficacia de los laudos en el sistema judicial; en este punto el desenvolvimiento de las partes recurrentes al arbitraje deben conocer aquellas materias susceptibles a la decisión de los árbitros y, por ende, los efectos a producirse cuando se ejecute el control judicial sobre el laudo o la actuación de ellos.

Las partes deben mantener la libertad de manifestarse a través de una cláusula arbitral en su compromiso de recurrir al arbitraje si se suscitan controversias entre las partes, por lo cual sus bases deben ser adecuadas a nivel interno de los Estados para que

cada parte pueda convenir en la institución arbitral que más le convenga, en observancia de sus intereses (Robayo, 2012).

Las conclusiones que se llegan en este trabajo, aun incipientes y prácticas para el futuro desarrollo del Derecho, sus materias, campos de aplicación y la correlación entre ellas, busca la armonización de mecanismos para la cooperación y coordinación entre las autoridades de competencia con los árbitros o tribunales arbitrales.

El Estado debe participar de manera destacada en el cambio de la postura tradicional a una amplia visión favorable de la arbitrabilidad de los asuntos de Derecho de Competencia, permitiendo a los árbitros tener facultades para verificar la validez de un acuerdo o la responsabilidad de las disposiciones de libre competencia dentro de la y del pacto arbitral.

La actual normativa vigente (el Manual de Buenas Prácticas Comerciales para los Supermercados y/o Proveedores) permite el sometimiento de una controversia a los árbitros, por lo cual estos agentes administradores de justicia deben aplicar las normas de competencia del mercado a fin de definir la titularidad de un derecho y sus efectos de ser el caso, por ejemplo, la nulidad absoluta del contrato y su incumplimiento al existir un hecho que constituye un infracción a la ley.

Se debe reconocer en la doctrina la importancia de los árbitros como jueces privados, quienes en su actuación consiguen descentralizar la aplicación de la justicia y deducir los hechos de las normas del Derecho de Competencia, aun en la dificultad que estos tienen de aplicar dichas normas para garantizar el orden público de la sociedad.

No se debe olvidar la existencia del principio de confidencialidad que caracteriza al arbitraje, por lo que de acuerdo a la idea de que exista una forma de prejudicialidad o de control posterior con el órgano competente en la materia, no se debe afectar dicho principio sino guardar esta confianza que las partes persiguen con el arbitraje.

El objetivo de los tribunales arbitrales que deben aplicar las normas de libre competencia a la controversia sometida a su conocimiento es resguardar los intereses y derechos tanto individuales como colectivos, empleando medidas que pueden coincidir con las funciones de las autoridades de competencia cuando se pronuncien sobre la nulidad absoluta de acuerdos afectados por actos restrictivos, la responsabilidad civil de los infractores y, en algunos casos, adoptar las medidas cautelares pertinentes.

Uno de los trabajos que los árbitros tienen que afrontar en el preludio de resolver la controversia y dictar el laudo es realizar una auto-evaluación, razonando si existe un riesgo efectivo de su decisión de ser anulada o no ser reconocida. De ser el caso, las medidas adoptadas tienen que ser efectivas para evitar acarrear nulidad a las actuaciones y, entre otras, solicitar y aceptar la intervención de la autoridad competente.

Se observa la necesidad de definir el límite a la competencia de los jueces encargados de controlar la validez de los laudos arbitrales, cuando se encuentre casos de alegaciones sobre violación de las normas de la materia, sino se beneficiarían de validez actuaciones que impliquen la mala fe procesal en una instancia donde su finalidad es el control de errores *in procedendo*.

El arbitraje corre un gran riesgo de ser considerado poco fiable si los laudos son infundados, por lo que se requiere un organismo de control ante la opinión que asegura la necesidad de implementar la apelación en los procesos de arbitraje para que las personas tengan la confianza de que si se necesita una revisión del laudo esta podría suscitarse, pero afectaría la naturaleza innata del mismo proceso. Por eso debe existir dentro de los centros de arbitraje nacionales el deber de establecer las reglas y normas de apelación, logrando así que se popularicen los laudos arbitrales, que se obtienen con celeridad, confidencialidad, autonomía e independencia del sistema judicial tradicional.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Aguilar, A. J. (2009). Materias Arbitrals en el Derecho Administrativo. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 19-30.
- Alsina, H. (1965). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo VII . Buenos Aires: Ed. Ediar.
- Altería, A. A., & López Cabana, R. M. (1995). *Temas de Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad de Argentina.
- Alvarado Garaicoa, T. (1952). *Sinopsis del Derecho Territorial Ecuatoriano*. Guayaquil: Cervantes.
- Álvarez Sánchez de Movellán, P. (1976). *La anulación del laudo arbitral*. Granada: Comares.
- Álvarez, H. (2008). Artículo V (2) (A) de la Convención de Nueva York. La arbitrabilidad como criterio para negar el reconocimiento y la ejecución. En *Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50 aniversario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Andrade Cevallos, M. (2011). Ley de Arbitraje y mediación Transigible y Arbitraje en Equidad. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* , 203-221.
- Andrade, C. X. (06 de 01 de 2012). Recuperado el 19 de 10 de 2014, de La Nulidad de Laudos Arbitrales: http://www.andradeveloz.com/newSite/descargas/publicaciones/nulidad_de_laudos_arbitrales.pdf
- Ariño Ortiz, G. (2014). *Principios de derecho público económico*. Recuperado el 15 de marzo de 2016, de Scribd: <https://es.scribd.com/doc/76479541/Arino-Ortiz-Gaspar-Principios-der-publico-economico-copia>
- Asamblea Constituyente. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. *Registro Oficial*(449).
- Asamblea Nacional Constituyente. (1998). *Constitución Política de la República del Ecuador*. Recuperado el 3 de marzo de 2016, de <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Ecuador/Leyes/constitucion.pdf>
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (9 de marzo de 2009). Ley No. 0, modificativa de la Ley de Arbitraje y Mediación. *Registro Oficial, Suplemento*(544).
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (13 de octubre de 2011). Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. *Registro Oficial, Suplemento*(555).

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (22 de mayo de 2015). Código Orgánico General de Procesos. *Registro Oficial, Suplemento*(506).
- Barona Vilar, S. (2004). Arts. 40-43, en *Comentarios a la ley de arbitraje*, coord.. Silvia Barona. Madrid: Civitas.
- Barrios de Angelis, D. (1956). *El Juicio Arbitral*. Montevideo: Facultad de Derecho de Montevideo.
- Bercovitz Rodríguez Cano, A. (2011). *Apuntes de Derecho Mercantil: Derecho Mercantil, Derecho de Competencia y Propiedad Intelectual*. Navarra: Aranzadi.
- Betancourt, J. C. (30 de Abril de 2012). *Libertad de Contracción, Orden Público, y sus repercusiones en el marco de la Arbitrabilidad*. Recuperado el 29 de Agosto de 2015, de Centre for Construction Law and Dispute Resolution - King's College London: http://www.indret.com/pdf/898_es.pdf
- Blume Fortini, E. (1997). La Constitución Económica Peruana y el Derecho de la Competencia. *Themis*(36), 24-36.
- Borja, J., & Reyes, J. (2015). *El Sector de Supermercados en Ecuador*. Recuperado el 4 de diciembre de 2015, de <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2015/04/PONENCIA-3-Supermercados.pdf>
- Broeta, M. (1991). *Manual de Derecho Mercantil* (Novena ed.). Madrid: Tecnos.
- Bullard, A. (2011). El Estado soy Yo. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 301-367.
- Cabanillas Sánchez, A. (1991). Título VII. En *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, R. Bercovitz coordinado. Madrid: Tecnos.
- Caivano, R. J. (2011). *La Cláusula Arbitral, Evolución histórica y comparada*. Colombia: Universidad de Rosario.
- Caivano, R. J. (2011). *La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada*. Rosario, Colombia: Universidad del Rosario.
- Calvo Caravaca, A. L., & Rodríguez Rodrigo, J. (2005). *Arbitraje y Derecho Europeo de la Competencia: viejos problemas y nuevos dilemas*. Recuperado el 28 de Septiembre de 2015, de Estudios de Deusto Vol 53, No 2: <http://www.revista-estudios.deusto.es/index.php/estudiosdeusto/article/view/203>
- Cantuarias, S. F. (2007). *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Carnelutti, F. (1959). *Instituciones del Proceso Civil, Tomo I, traduc.* Buenos Aires: Sentís Melendo.
- Castillo Freyre, M., & Sabroso Minaya, R. (2010). ¿Las Funciones del OSITRAN son materia arbitrable? *Revista de Regulation en Infraestructura de Transporte*(5).
- CEDEC, C. d. (2002). *Compilación documentos sobre derecho de competencia, Tomo III*. Bogotá: Potificia Universidad Javeriana .
- Chacón Corado, M. R. (1989). *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*. Texas: Universidad de Texas.

- Chillón Medina, J., & Merino Marchán, J. (1991). *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid: Civitas.
- CNUDMI. (2008). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006*. Nueva York: Naciones Unidas.
- Comisión de Legislación y Codificación. (14 de diciembre de 2006). Codificación 14 - Ley de Arbitraje y Mediación. *Registro Oficial*(417).
- Comisión Legislativa del Congreso Nacional. (8 de diciembre de 1960). Código de Procedimiento Civil, de 31 de marzo de 1960. *Registro Oficial*(81).
- Comité Venezolano de Arbitraje. (2006). Venezolana de Televisión C.A. c. Elletronica Industriale SPA. *Boletín del Comité Venezolano de Arbitraje*(17), 4-10.
- Congreso Nacional. (28 de octubre de 1963). Ley de Arbitraje Comercial. *Registro Oficial*(90).
- Congreso Nacional. (4 de octubre de 1971). Ley de Arbitraje y Mediación. *Registro Oficial*(145).
- Congreso Nacional. (13 de abril de 2004). Ley de la Procuraduría General del Estado. *Registro Oficial*(312).
- Congreso Nacional. (10 de mayo de 2005). *Código Civil (Codificación No. 2005-010)*. Recuperado el 8 de abril de 2016, de Fiel Web 13.0: <http://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2015/06/Codigo-Civil1.pdf>
- Contreras, B. O. (2012). *La competencia desleal y el deber de corrección en la Ley chilena*. Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile.
- Creus Carreras, A., & Josep Insenser, M. J. (2008). *Arbitraje y Defensa de la Competencia*. Madrid: Instituto Universitario de Estudios Europeos CEO.
- Cueva, C. L. (1993). *La Casación en materia civil, Tomo I*. Quito: Ed. Ecuador.
- Fernandez, T. R. (2002). *De la Arbitrabilidad de la Administración*. Madrid: Civitas.
- Flint, P. (2002). *Tratado de Defensa a la Libre Competencia*. Lima: Pontificia.
- Fouchard. (1965). *L'arbitrage Commercial International*. París: Dalloz.
- Francisco González de Cossio. (10 de Enero de 2013). *Arbitrabilidad de la Competencia Económica*. Recuperado el 21 de Julio de 2015, de Gonzáles de Cossío Abogados S.C.: <http://www.gdca.com.mx/PDF/competencia/ARBITRABILIDAD%20DE%20LA%20COMPETENCIA%20ECONOMICA.pdf>
- Galindo Cardona, Á., & García Larriva, H. (2014). Relación entre el Código Orgánico General de Procesos y el procedimiento arbitral. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*(6), 47-77.
- García de Enterría, E., & Fernández, T. R. (2001). *Curso de Derecho Administrativo (Vol. I)*. Madrid: Civitas.
- García Maynez, E. (2002). *Introducción al estudio del Derecho*. México: Porrúa.
- García, S. R. (2012). Nulidades en el proceso y en el laudo arbitral. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*(35), 133-151.

- Gil Echeverry, J. H. (1993). *Curso Práctico de Arbitraje*. Bogotá: Ediciones Librería Profesional.
- González C. Francisco. (10 de Enero de 2013). *Orden Público y Arbitrabilidad: Dúo dinámico del Arbitraje*. Recuperado el 25 de Junio de 2015, de González de Cossío Abogados S.C.: [http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ORDEN%20PUBLICO%20Y%20ARB ITRABILIDAD.pdf](http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ORDEN%20PUBLICO%20Y%20ARB%20ITRABILIDAD.pdf)
- Gonzalez de Cossio Francisco. (2004). *Arbitraje*. Ed Porrúa.
- González de Cossío, F. (2013). *Orden público y arbitrabilidad: dúo dinámico del arbitraje*. Recuperado el 10 de febrero de 2016, de <http://www.unis.edu.gt/ap/fetch/orden-publico-arbitrariedad.pdf>
- Gonzalo Quiroga, M. (2007). Arbitraje y Derecho de Competencia, Volumen III. En Autores diversos, *El Arbitraje en la Distintas Areas del Derecho, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre* (págs. 311 - 354). Liima: Palestra Editores e Universitat Abat Oliba CEU.
- Gräslund, D. (2015). *Arbitrability and Foreign Law. An analysis under which state's law a dispute must be amenable to out-of-court settlement in order to be arbitrable under Swedish Law*. Master's Thesis in International Commercial Arbitration 30 ECTS, Uppsala Universitet, Department of Law, Uppsala.
- Guasp. (1950). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Española*. Madrid: Aguilar.
- Guasp, D. J. (1968). *Derecho Procesal Civil, Tomo I, 3ra Edición*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Guerra, L. F. (17 de julio de 2013). *Regulación del poder de mercado*. Recuperado el 4 de enero de 2016, de Revista Judicial [derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocomercial/2013/06/03/regulacion-del-poder-de-mercado): <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocomercial/2013/06/03/regulacion-del-poder-de-mercado>
- Homero, C. (2004). *Fundamentos de la economía de mercado* (Segunda ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jequier Lehuedé, E. (2013). La arbitrabilidad de la controversia contencioso-administrativa en el ámbito de las relaciones contractuales del Estado. *Revista Chilena de Derecho*, 40(1), 157-180.
- Jijón Leort, R., & Marchán, J. M. (2010). Breves reflexiones sobre el "arbitraje fast track". *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*(42), 505-519.
- Jiménez, M., & Saldarriaga, A. (2010). Arbitrabilidad, inversión e ilegalidad. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*(36), 131-167.
- Kleinheisterkamp, J. (2005). *Internacional Comercial Arbitration in Latin america: Regulation and Practice in the Mercosur and the Associated Countries*. New York Oceana Publicatons.
- Lacruz Mantecón, M. L. (2011). *La impugnación del arbitraje*. España: Editorial Reus, 2011. ProQuest ebrary. Web. 10 September 2015.
- Lafuente Torralb, A. (2011). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores, dirigidos por Cámara Lapuente*. Colex.

- Lafuente Torralba, A. (2011). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Colex.
- León Robayo, E. I. (julio-diciembre de 2012). Perspectiva y arbitrabilidad de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional. *Opinión Jurídica*, 131-144.
- López de Argumendo Piñero, Á., & Llopis-Llombart, M. d. (29 de Julio de 2015). *El Orden Público como Causa de Denegación del Reconocimiento de un Laudo Arbitral Extranjero. Criterios para su aplicación práctica*. Recuperado el 08 de Agosto de 2015, de Actualidad Jurídica Uría y Menéndez / 11-2005: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1399/documento/articuloUM.pdf?id=3191>
- Lorca Navarrete, A. M., & Silguero Estagnan, J. (1994). *Derecho de Arbitraje Español*. Madrid: Ed. Dykinson.
- Marchán, J. M. (2011). La aplicación de la acción de nulidad de laudos arbitrales en el Ecuador. *Revista Ecuatoria de Arbitraje*, 17 - 30.
- Marín Sevilla, M. (diciembre de 2011). El Derecho de Competencia Económica en la Constitución del Ecuador. *Ius Humani. Revista de Derecho*, 2, 43-70.
- Martínez Caballero, K. (2014). *Aranceles obligatorios versus aranceles orientativos*. Tesis de defensa de la competencia y honorarios profesionales, Universidad de Montevideo, Montevideo.
- Martínez Paz, E. (2006). *El equilibrio de los poderes y la Constitución Nacional*. Córdoba: Marcos Lerner Editora.
- Martínez Vázquez de Castro, L. (1991). *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil* (Segunda ed.). Madrid: Civitas.
- Medel Lucas, C. A. (Diciembre de 2010). *Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros - La Convención de Nueva York y la Jurisprudencia Chilena Actual*. Recuperado el 07 de Agosto de 2015, de Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Internacional: http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-medel_c/pdfAmont/de-medel_c.pdf
- Montalvo Perero, J. F. (28 de abril de 2011). *Arbitraje tributario. ¿La fiscalización puede quedar a merced de los árbitros?* Recuperado el 22 de marzo de 2016, de Revista Judicial [derechoecuador.com: http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechotributario/2011/01/24/arbitraje-tributario](http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechotributario/2011/01/24/arbitraje-tributario)
- Montero Aroca, J. (2004). *Materias objeto de arbitraje*. Madrid: Civitas.
- Montesinos García, A. (2007). *Arbitraje y nuevas tecnologías*. Cizur Menor: Thomson-Cvitas.
- Montoya Alberti, U. (1988). *El Arbitraje Comercial*. Lima: Cultural Cuzco, S.A.
- Naciones Unidas. (1958). *Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York, 1958)*. Recuperado el 15 de enero de 2016, de Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional:

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html
l

- Nadal, S. (15 de agosto de 2015). *Arbitrabilidad, Derecho de la Competencia, Propiedad Industrial y Propiedad Intelectual*. Recuperado el 20 de febrero de 2016, de snabogados: <http://www.snabogados.com/blog/arbitrabilidad-derecho-de-la-competencia-propiedad-industrial-y-propiedad-intelectual/>
- Neira Orellana, E. (2016). *El Estado y el Juicio de Arbitraje según la Legislación Ecuatoriana*. Recuperado el 4 de abril de 2016, de Latin Arbitration Law: <http://www.latinarbitrationlaw.com/el-estado-y-el-juicio-de-arbitraje-seg-n-la-legislaci-n-ecuatoriana/>
- Organización de Estados Americanos. (1975). *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*. Recuperado el 15 de enero de 2016, de Departamento de Derecho Internacional, OEA: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-35.html>
- Organización de Estados Americanos. (1979). *Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros*. Recuperado el 15 de enero de 2016, de Departamento de Derecho Internacional, OEA: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-41.html>
- Ortiz Baquero, I. (2010). El arbitraje como vía de aplicación privada de las normas de libre competencia en el sistema europeo. *La Propiedad Inmaterial*(14), 3-17.
- Pallares Portillo, E. (1967). *Historia del Derecho Procesal*. México: UNAM.
- Paulsson, J. (2008). El orden público como criterio para negar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales. En G. S. Tawil, & E. Zuleta, *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario* (págs. 609-616). Rosario: Abeledo Perrot.
- Peñaherrera, V. M. (1960). Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal. En J. A. Cadena, *La Nulidad de Laudos Arbitrales* (Vol. III). Quito: Universitaria.
- Peñaherrera, V. M. (s.f.). Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal, Tomo III, Ed. Universitaria, Quito, 1.960. En J. A. Cadena, *La Nulidad de Laudos Arbitrales*.
- Peralta Quintanilla, T. R. (2009). *La mediación comunitaria como medio alternativo de solución de conflictos en la legislación ecuatoriana*. Tesis de grado previa a la obtención del título de Doctor en Jurisprudencia, Universidad Técnica Particular de Loja, Escuela de Ciencias Jurídicas, Loja.
- Pirovano, P. A. (13 de Mayo de 2014). *El Contrato de Arbitraje y el orden Público en el proyecto de unificación de los Códigos civil y Comercial. Disertación en el Seminario de Arbitraje organizado por CEDEF con fecha 24 de abril de 2014*. Recuperado el 08 de Agosto de 2015, de Estudios Moltedo Abogados: http://www.moltedo.com.ar/usr/archivos/186_El%20Contrato%20de%20Arbitraje%20y%20el%20Orden%20Publico%20en%20el%20proyecto%20de%20unificacion%20de%20los%20Codigos%20Civil%20y%20Comercial.pdf
- Pleno de la Comisión Legislativa y de Fiscalización. (9 de marzo de 2009). Código Orgánico de la Función Judicial. *Registro Oficial, Suplemento*(544).
- Pozo Jácome, P. A. (2012). *Ejecución de laudos arbitrales. Sus limitaciones en la justicia ordinaria*. Tesis de grado para la obtención del título de Abogada de los

- Tribunales y Juzgados, Universidad Internacional del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Quito.
- Real Academia Española. (2014). *competencia*. Recuperado el 5 de marzo de 2016, de Diccionario de la lengua española. Edición del Tricentenario: <http://dle.rae.es/?id=A0fanvT|A0gTnnL>
- Rivero Hernández, F. (2012). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Civitas.
- Robalino, D. (2011). Arbitraje Comercial Internacional: Intervención Jurisdiccional en el Arbitraje. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 223-242.
- Robayo, E. I. (2012). *Perspective and arbitrability of the Interamerican Convention on International Commercial Arbitration*. Recuperado el 04 de Junio de 2015, de Revista Opinión Jurídica, Opin. jurid. vol.11 no.22 Medellín July/Dec. 2012: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-25302012000200009&script=sci_arttext
- Robert, J. (1967). *Arbitraje civil y comercial* (Cuarta ed.). París: Librairie Dallos.
- Roca Martínez, J. M. (1992). *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*. Madrid: Bosch.
- Rocco, U. (1969). *Tratado de Derecho Procesal, Parte General Vol I*. Bogotá: Temis.
- Sajardo Moreno, A. (1999). Fundamentación económica del Tercer Sector. En G. Vittadini, & M. Barea, *La economía del non profit. Libre expresión de la sociedad civil* (págs. 169-196). Madrid: Ediciones Encuentro.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2000). *Jurisprudencia Constitucional. Recopilación de sentencias de constitucionalidad dictadas entre 1890 y 1990 por la Corte de Casación y la Corte Plena* (Vol. I). San José: EUNED.
- Salcedo Verduga, E. (2001). *El Arbitraje: la justicia alternativa*. Quito: Editorial Jurídica Míguez Mosquera.
- Senes Montilla, C. (2007). *La intervención judicial en el arbitraje*. Cizur Menor: Thomson-Civitas .
- Silva Romero, E. (2003). *Reflexiones sobre el contrato de arbitraje. Algunas confusiones conceptuales en derecho colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Silva Romero, E. (2005). *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis y Universidad del Rosario.
- Silva Silva, J. A. (2001). *Arbitraje Comercial Internacional en México* (Segunda ed.). México: Ediciones Oxford.
- Stanton, W., Etzel, M., & Walker, B. (2003). *Fundamentos del marketing*. MC Graw-Hill.
- Subgerencia Cultural del Banco de la República. (2015). *Mercado de divisas*. Recuperado el 2 de mayo de 2016, de Banco de la República de Colombia: http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/economia/mercado_de_divisas
- Superintendente de Control del Poder de Mercado. (29 de agosto de 2014). *Resolución No. SCPM-DS-057-2014 - Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el*

Sector de los Supermercados y/o Similares y sus Proveedores. Recuperado el 10 de enero de 2016, de <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2014/09/Resoluci%C3%B3n-No.-SCPM-DS-057-2014.pdf>

Trayter, J. M. (1997). *El Arbitraje en el Derecho Administrativo*. *Revista de Administración Pública*(143).

Varias naciones. (2013). *Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1889*. Recuperado el 5 de enero de 2016, de <https://societip.files.wordpress.com/2013/12/tratado-de-derecho-procesal-internacional-montevideo-1889.pdf>

Velandia, M. (2011). *Derecho de la competencia y del consumo* (Segunda ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Velandia, M. (22 de Febrero de 2016). *Derecho de los Mercados (Apuntes)*. Recuperado el 25 de Abril de 2016, de Mauricio Velandia Abogados: <http://www.mauriciovelandia.com/libros.html>

Wöss, H. (28 de Noviembre de 2012). *El Orden Público, Derecho Público, Cosa Juzgada e Inarbitrabilidad en Contratos Públicos de Mexico. La Anulacion del Laudo del CASO ICC 13613/CCO/JRF*. Recuperado el 07 de Agosto de 2015, de Revista del Club Español del Arbitraje - 14/2012: <http://www.woessetpartners.com/BackOffice/manager/pdf/65.pdf>

Zuleta, L. A. (2011). La Renuncia al Recurso de Anulación contra el Laudo en el Arbitraje Comercial. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 245-261.

CASOS JUDICIALES

Prima Paint Corp. v. Conklin Manufacturing Co., 388 U.S. 395 (US Supreme Court 1967).

American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co., 391, F.2d (2d Cir.) (1968).

Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc., Plaintiff-appellant-appellee, v. Societe Generale De L'industrie Du Papier (rakta), and Bankof America, Defendants-appellees, Societe Generale de L'industrie Du Papier (rakta), defendant-appellee-appellant, 508 F.2d 969 (U.S. Court of Appeals for the Second Circuit 23 de diciembre de 1974).

Southland Corp. v. Keating, 465 US 1 (US Supreme Court 1984).

Mitsubishi Motors Corp. V. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S., 614 (Tribunal Supremo de Estados Unidos 1985).

Jeroen van Schijndel y Johannes Nicolaas Cornelis van Veen / Stichting, C-430/93 y C-431/93 (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea 14 de Diciembre de 1995).

Kotam Elecs., Inc. v. JBL Consumer Products, Inc., 99 F. 3d (11th Cir. 1995).

Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International N.V., Case C-126/97 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea 01 de Junio de 1999).

Sociedad Naviera Transpacific Steamship Ltda. v. Compañía de Seguros Euroamérica S.A., 2087-1999 (Corte Suprema de la República de Chile 18 de octubre de 1999).

Cellular Trading de Colombia Ltda. - Cell Point Ltda. c. Comunicación Celular S.A.- Comcel (Cámara de Comercio de Bogotá 18 de Marzo de 2002).

Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc., 537 US 79 (US Supreme Court 2002).

Pacificare Health Systems, Inc., et al. v. Book et al., No. 02-2015. Argued February 24, 2003 - Decided April 7, 2003 (US Court of Appeals for the Eleventh Circuit 2003).

Tensaccia S.P.A. v. Freyssinet Terra Armata, R. L., 4P.278/2005 (Tribunal Federal Suizo 8 de marzo de 2006).

Latin American Telecom Inc. vs. Pacifictel S.A., R.O. Suplemento 542, 6 de marzo 2009 (Corte Suprema de Justicia, Decisión No. 242-2007 11 de Julio de 2007).

Termorio S.A. E.S.P. and LeaseCo Group, LLC v. Electranta S.P., No. 06-7058 (Corte de Apelación del Distrito de Columbia - Estados Unidos 25 de Mayo de 2007).

Termorio S.A. E.S.P. and LeaseCo Group, LLC v. Electranta S.P., No. 06-7058 (Corte de Apelacion de los Estados Unidos, del Distrito de Columbia 25 de Mayo de 2007).

TERMORIO S.A. E.S.P. and LeaseCo GROUP, LLC, Appellants v. ELECTRANTA S.P., et al., Appellees, 06-7058 (United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit 25 de mayo de 2007).

Olicorp S.A. vs. Masgas S.A. (Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha 10 de Diciembre de 2008).

Quasar Nautica Expeditions S.A. vs. Oceanadventures S.A. (Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha 25 de noviembre de de Noviembre de 2009).

Comentarios al Laudo Cell Point Ltda. c. Comcel S.A. (04 de Agosto de 2010). Recuperado el 01 de Marzo de 2016, de Garrido & Rengifo Abogados: http://www.garridorengifo.com/bienvenidos/doc/Com_laudo_comcel.pdf

Jr. Security Cia. Ltda. vs. Productos Avon del Ecuador S.A. (Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha 30 de Junio de 2010).

ANEXOS

Anexo No. 1. Texto vigente de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador.

Codificación 14

Registro Oficial 417 de 14-dic-2006

Última modificación: 09-mar-2009

Estado: Vigente

CODIFICACIÓN DE LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

INTRODUCCIÓN

La Comisión de Legislación y Codificación del H. Congreso Nacional de conformidad con lo dispuesto en el Art. 160 de la Constitución Política de la República, codifica la Ley de Arbitraje y Mediación, considerando las disposiciones de la Constitución Política de la República; Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial No. 145 del 4 de septiembre de 1997; Ley Reformatoria a la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial No. 532 del 25 de febrero del 2005; Código Civil, codificación publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio del 2005; Código de Procedimiento Civil, codificación publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 58 del 12 de julio del 2005; y, Ley Orgánica del Ministerio Público, codificación publicada en el Registro Oficial No. 250 del 13 de abril del 2006.

Con este antecedente, se codifican las disposiciones de ésta Ley, y nos referimos de manera particular a la Ley Reformatoria a la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial No. 532 del 25 de febrero del 2005, que manda agregar un segundo inciso al Art. 7 relacionado a otras formas de someterse al arbitraje; sustituye íntegramente el Art. 8 referente a la renuncia del convenio arbitral; al Art. 31 se efectúan las siguientes reformas expresas: Al final del literal d), se agrega la expresión "o"; a continuación del literal d), se agrega como literal e) el texto: "Cuando se hayan violado los procedimientos previstos en esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el Tribunal Arbitral"; al final de los literales a), b) y c), se suprime la expresión "o"; se sustituyen los incisos segundo y séptimo por un solo inciso relacionado a la interposición del recurso de nulidad respecto del laudo arbitral y su procedimiento; en el inciso cuarto se dispone sustituir expresamente la frase "el recurso de nulidad" por "la acción de nulidad", y, la frase "a los árbitros" por "al árbitro o tribunal arbitral"; y, al inicio del quinto inciso se sustituye el texto "Los árbitros" por "El árbitro o tribunal arbitral". En el Art. 41 relacionado al arbitraje internacional, se reemplaza el literal c) por el siguiente: "Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad".

Adicionalmente y por sistematización, en el segundo inciso del Art. 4, concerniente a la capacidad para acudir al arbitraje, cuando son las entidades del sector público las que se

sometan, se agregan literales a los requisitos establecidos en los incisos tercero, cuarto, quinto y sexto. En el penúltimo inciso del Art. 10, la referencia que se hace al Art. 72 del Código de Procedimiento Civil, se lo sustituye y actualiza por Art. 68, según la nueva numeración del articulado de ese cuerpo legal que consta en la codificación publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 58 del 12 de julio del 2005.

En el segundo inciso del Art. 18, relacionado a la obligación de cumplir con el encargo de árbitro, se hace alusión a la lista de árbitros mencionada en el Art. 41, empero, en dicho artículo se regula el arbitraje internacional, por lo que la referencia es equivocada, y se la corrige puesto que se refiere al literal a) del Art. 40, referente a la organización de centros de arbitraje.

La referencia que se hace al Código de Menores en el último inciso del Art. 47, se lo reemplaza por Código de la Niñez y Adolescencia, ya que el primero fue derogado por el Art. 389 del Código de la Niñez y Adolescencia, publicado en el Registro Oficial No. 737 del 3 de enero del 2003.

En el primer inciso del Art. 59, del Título III, "De la mediación comunitaria", se actualiza y sustituye en concordancia con lo dispuesto en el Art. 83 de la Constitución Política de la República, haciendo referencia a los pueblos indígenas, negros o afroecuatorianos.

Al codificar el subtítulo de las Derogatorias, se excluyen los incisos segundo, cuarto, quinto y sexto, relacionados a la derogatoria de la Sección XXX del Título II del Libro II del Código de Procedimiento Civil; así mismo a la derogatoria del artículo 21 de la Ley Orgánica del Ministerio Público; de igual forma a la derogatoria de la interpretación realizada al artículo 1505 del Código Civil en el Decreto Supremo No. 797-B, publicado en el Registro Oficial No. 193 de 15 de octubre de 1976 ; y, a la derogatoria en el artículo 1505 del Código Civil, de la frase: "Así la promesa de someterse en el Ecuador a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas, es nula por vicio del objeto", ya que fueron incorporadas en cada uno de estos cuerpos legales codificados por esta Comisión y publicados en el Registro Oficial.

En el artículo final se sustituye el texto: "entrará en vigencia" por la frase "se encuentra en vigencia", ya que esta Ley de Arbitraje y Mediación que se codifica, está vigente desde la fecha de su publicación en el Registro Oficial No. 145 del 4 de septiembre de 1997.

H. CONGRESO NACIONAL

LA CODIFICACIÓN DE LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

Resuelve:

EXPEDIR LA SIGUIENTE CODIFICACIÓN DE LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

TITULO I DEL ARBITRAJE

Validez del sistema arbitral

Art. 1.- El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje

administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.

Arbitraje administrado o independiente

Art. 2.- El arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta Ley y a las normas y procedimientos expedidos por un centro de arbitraje, y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta Ley.

Arbitraje de equidad o derecho

Art. 3.- Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad.

Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados.

Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados.

Capacidad para acudir al arbitraje

Art. 4.- Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

- a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;
- b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;
- c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,
- d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral.

Definición de convenio arbitral

Art. 5.- El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. En los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las

indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje.

La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral.

No obstante haber un juicio pendiente ante la justicia ordinaria en materia susceptible de transacción, las partes podrán recurrir al arbitraje, en este caso, conjuntamente solicitarán al Juez competente el archivo de la causa, acompañando a la solicitud una copia del convenio arbitral y, de hallarse pendiente un recurso, deberán, además, desistir de él.

Otras formas de someterse al arbitraje

Art. 6.- Se entenderá que existe un convenio arbitral no sólo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje.

Art. 7.- El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria.

Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje.

Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días.

Renuncia al convenio arbitral

Art. 8.- Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá, sin embargo, que tal renuncia existe cuando presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, al contestar la demanda, la excepción de existencia del convenio arbitral. En el evento de haber sido propuesta esta excepción, el órgano judicial respectivo deberá sustanciarla y resolverla, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriado el auto dictado por el juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales.

Medidas cautelares

Art. 9.- Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo.

La parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá pedir la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el tribunal.

Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.

Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en el párrafo dos (2) y tres (3) de este artículo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral.

Demanda arbitral

Art. 10.- La demanda se presentará ante el director del centro de arbitraje correspondiente o ante el árbitro o árbitros independientes que se hubieren establecido en el convenio. La demanda contendrá:

1. La designación del centro o del árbitro ante quien se la propone.
2. La identificación del actor y la del demandado.
3. Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión.
4. La cosa, cantidad o hecho que se exige.
5. La determinación de la cuantía.
6. La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor.
7. Los demás requisitos que la ley exija para cada caso.

Se deberán, además, cumplir los requisitos señalados en el artículo 68 del Código de Procedimiento Civil. A la demanda se acompañará necesariamente el instrumento en que conste el respectivo convenio arbitral o copia auténtica de éste.

Adicionalmente, se adjuntarán las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en la demanda.

Citación y contestación de la demanda arbitral

Art. 11.- Presentada la demanda, el director del centro de arbitraje, o si fuere el caso, el árbitro o árbitros independientes previa su posesión conforme lo establecido en el artículo 17, calificarán la demanda y mandarán a citar a la otra parte, debiendo practicarse la diligencia de citación dentro de los cinco días subsiguientes, concediéndole el término de diez días para que conteste con los mismos requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil para la contestación de la demanda.

Adicionalmente, se adjuntarán las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias, que justifiquen lo aducido en la contestación.

El silencio se considerará como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. Si al actor le fuere imposible determinar el domicilio del demandado, la citación se hará mediante dos publicaciones en un diario de amplia circulación en el lugar en donde se sigue el arbitraje y en el domicilio del demandado. Si el demandado no compareciere en el término de diez (10) días después de la última publicación, este hecho se tendrá como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. La

imposibilidad de determinación del domicilio del demandado deberá justificarse con arreglo a las normas del Código de Procedimiento Civil.

Art. 12.- Si el demandado tuviere su domicilio fuera del lugar de arbitraje, se le concederá un término extraordinario para que conteste la demanda, el que no podrá exceder del doble del ordinario.

Al contestar la demanda, el demandado podrá reconvenir exclusivamente sobre la misma materia del arbitraje siempre y cuando su pretensión pueda, conforme al convenio arbitral, someterse al arbitraje.

En este caso se concederá al actor el término de diez días para que conteste la reconvención.

A la reconvención y su contestación se deberá adjuntar las pruebas y solicitar las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en éstas.

Modificación de la demanda o contestación

Art. 13.- Las partes podrán modificar la demanda, la contestación a ésta, la reconvención a la demanda, o la contestación a ésta, por una sola vez, en el término de cinco días luego de presentada cualquiera de éstas. Las partes tendrán el término de tres días para contestar cualquiera de las modificaciones, en cuyo caso no correrán los términos que estuvieren transcurriendo.

Art. 14.- Si el demandado, una vez citado con la demanda no compareciere al proceso, su no comparecencia no impedirá que el arbitraje continúe su curso.

Audiencia de mediación

Art. 15.- Una vez contestada o no la demanda o la reconvención, el director del centro de arbitraje o el árbitro o árbitros independientes notificarán a las partes, señalando día y hora para que tenga lugar la audiencia de mediación a fin de procurar un avenimiento de las partes. En la audiencia podrán intervenir las partes, sus apoderados o representantes y podrán concurrir con sus abogados defensores. Esta audiencia se efectuará con la intervención de un mediador designado por el director del centro de arbitraje o el tribunal independiente, quien escuchará las exposiciones de los interesados, conocerá los documentos que exhibieren y tratará que lleguen a un acuerdo que ponga término a la controversia, lo cual constará en un acta que contendrá exclusivamente lo convenido por las partes y no los incidentes, deliberaciones o propuestas realizadas en la audiencia. El acta en la que conste la mediación total o parcial de la controversia tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez ordinario acepte excepción alguna ni sea necesario iniciar un nuevo juicio.

Si concurriere una sola de las partes será escuchada y se anotará la ausencia de la otra, a la que se declarará en rebeldía, lo que será tomado en cuenta para la condena en costas.

Designación de árbitros

Art. 16.- De no existir acuerdo total en la audiencia de mediación, el director del centro de arbitraje enviará a las partes la lista de árbitros, para que de común acuerdo designen en el término de tres días los árbitros principales y el alterno que deban integrar el tribunal.

Los acuerdos parciales a que arriben las partes en la audiencia de mediación serán aprobados conforme a lo previsto en el artículo anterior.

Las partes, de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista presentada por el respectivo centro.

Las partes podrán acordar expresamente y por escrito que sea un solo árbitro el que conozca de la controversia. Este árbitro tendrá su alterno.

Si las partes no efectuaren la designación de alguno o varios árbitros o no se pusieren de acuerdo en ella, la designación se hará por sorteo, para lo cual el director del centro de arbitraje notificará a las partes a fin de que, en la fecha y hora que se señale y ante el presidente del centro de arbitraje, se efectúe el sorteo, de cuya diligencia se sentará el acta respectiva, quedando en esta forma legalmente integrado el tribunal de arbitraje.

En tratándose de arbitraje independiente, las partes designarán en el convenio arbitral al árbitro o árbitros principales y al alterno que deban integrar el tribunal.

Si las partes no se pusieren de acuerdo para nombrar todos los árbitros, los designados, una vez posesionados, nombrarán a los que faltaren.

En el evento de que el árbitro o árbitros independientes no aceptaren o no se posesionaren de su cargo y los árbitros posesionados no se pusieren de acuerdo en el nombramiento de los árbitros que faltaren, cualquiera de las partes podrá pedir la designación de éstos al director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor. Dicha designación se la hará conforme a lo establecido en el presente artículo.

Constitución del Tribunal

Art. 17.- El Tribunal se constituirá con tres árbitros principales y un alterno, quien intervendrá inmediatamente en el proceso en caso de falta, ausencia o impedimento definitivo de un principal.

Los árbitros designados, dentro de tres días de haber sido notificados, deberán aceptar o no el cargo. Si guardan silencio se entenderá que no aceptan. Una vez aceptada la designación, los árbitros serán convocados por el director del centro para tomar posesión de sus cargos ante el presidente del centro de arbitraje y procederán a la designación del presidente y del secretario del tribunal de lo cual se sentará la respectiva acta.

El presidente designado dirigirá la sustanciación del arbitraje y actuará como secretario del tribunal la persona designada por el tribunal de entre los constantes en la lista de secretarios del centro de arbitraje.

Para el caso de árbitros independientes el tribunal se posesionará ante un notario y actuará como secretario la persona designada por los propios árbitros.

Obligación de cumplir el encargo de árbitro

Art. 18.- Aceptado por los árbitros el cargo de tales, éstos tienen la obligación irrestricta de cumplir las funciones que la presente Ley les asigna, debiendo responder a las partes, en caso de incumplimiento de sus funciones por los daños y perjuicios que su acción u omisión les causare, a menos que se trate de un impedimento justificado.

Si un árbitro dejase de constar en la lista mencionada en el artículo 40 continuará actuando como tal hasta la resolución de la controversia conocida por el tribunal que integra.

Inhabilidades para ser árbitro

Art. 19.- No podrán actuar como árbitros las personas que carezcan de capacidad para comparecer por sí mismas en juicio.

Son causas de excusa de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces.

El árbitro que conociera que está incurso en inhabilidad para ejercer su cargo notificará inmediatamente al director del centro de arbitraje o a las partes que lo designaron para que procedan a reemplazarlo.

Reemplazo de árbitros

Art. 20.- En caso de que los árbitros designados estuvieran comprendidos en una de las inhabilidades previstas en el artículo anterior, se hará una nueva designación siguiendo el procedimiento previsto por el artículo 16, excluyendo a los árbitros inhabilitados.

Si por muerte, excusa justificada o cualquier otra causa llega a faltar definitivamente alguno de los árbitros, lo reemplazará el alerno quien se principalizará. Se designará entonces otro alerno, en la misma forma establecida en el artículo 16.

Recusación de árbitros

Art. 21.- Son causas de recusación de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces.

Si actuare en el tribunal quien estuviere impedido de hacerlo, podrá ser recusado por la parte interesada.

La recusación deberá ser resuelta:

a) En el caso de un tribunal colegiado, por aquellos no comprendidos en la demanda de recusación.

Si éstos no se pusieren de acuerdo, la recusación deberá ser resuelta por el director del centro;

b) En el caso de que la recusación recayere sobre todos los árbitros, ésta deberá ser resuelta por el director del centro;

c) En el caso de tribunal unipersonal la recusación deberá ser resuelta por el director del centro. Para su reemplazo se procederá en la misma forma establecida en el artículo 16;

d) Para el caso de arbitraje independiente la recusación deberá ser resuelta por los miembros del tribunal que no han sido recusados; y,

e) Si fuere tribunal unipersonal o si la recusación recayere en todos los árbitros, ésta deberá ser resuelta por el director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor.

Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes sólo podrán ser recusados por causales desconocidas al tiempo del nombramiento o sobrevinientes a la designación.

Audiencia de sustanciación

Art. 22.- Una vez constituido el tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el tribunal resolverá sobre su propia competencia.

Si el tribunal se declara competente ordenará que se practiquen en el término que el tribunal señale las diligencias probatorias solicitadas en la demanda, contestación, reconvencción, modificación y contestación a ésta, siempre que fueren pertinentes, actuaciones que deberán cumplirse durante el término señalado por el tribunal arbitral.

Si las partes se encontraren presentes en la audiencia podrán precisar las pretensiones y los hechos en las que ésta se fundamenta.

Diligencia para mejor proveer

Art. 23.- Si antes de la expedición del laudo, el tribunal o las partes estiman que se necesitan otras pruebas o cualquier otra diligencia para el esclarecimiento de los hechos, de oficio o a petición de parte podrá ordenar que se practiquen señalando día y hora.

Audiencia en estrados

Art. 24.- Una vez practicadas las diligencias probatorias el tribunal señalará día y hora para que las partes presenten sus alegatos en audiencia en estrados si es que lo solicitan.

Duración del arbitraje

Art. 25.- Una vez practicada la audiencia de sustanciación y declarada la competencia del tribunal, éste tendrá el término máximo de ciento cincuenta días para expedir el laudo.

El término podrá prorrogarse, en casos estrictamente necesarios, hasta por un período igual, ya por acuerdo expreso de las partes, ya porque el tribunal lo declare de oficio.

Art. 26.- El laudo y demás decisiones del Tribunal se expedirán por mayoría de votos. Las resoluciones deberán firmarlas todos los árbitros; el que no estuviere conforme con la opinión de los demás anotará su inconformidad a continuación de la resolución anterior y consignará su voto salvado, haciendo constar sus fundamentos.

Firma de los árbitros

Art. 27.- Si uno de los miembros del tribunal se rehusare o estuviere inhabilitado para firmar el laudo o cualquier otra providencia o resolución, el secretario anotará este particular y firmarán los demás, sin que esta circunstancia anule o vicie la resolución.

Transacción

Art. 28.- En el caso de que el arbitraje termine por transacción, ésta tendrá la misma naturaleza y efectos de un laudo arbitral debiendo constar por escrito y conforme al artículo 26 de esta Ley.

Conocimiento del laudo

Art. 29.- Las partes conocerán del laudo en audiencia, para el efecto el tribunal señalará día y hora en la cual se dará lectura del laudo y entregará copia a cada una de las partes.

Inapelabilidad de los laudos

Art. 30.- Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes. Dentro de este mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en este artículo serán resueltas en el término de diez días

Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley.

Nulidad de los laudos

Art. 31.- Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando:

a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía.

Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;

b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte;

c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;

d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,

e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.

Del laudo arbitral podrá interponerse ante el árbitro o tribunal arbitral, acción de nulidad para ante el respectivo presidente de la corte superior de justicia, en el término de diez días contado desde la fecha que éste se ejecutorió. Presentada la acción de nulidad, el árbitro o tribunal arbitral dentro del término de tres días, remitirán el proceso al presidente de la corte superior de justicia, quien resolverá la acción de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa. La acción de nulidad presentada fuera del término señalado, se tendrá por no interpuesta y no se la aceptará a trámite.

Quien interponga la acción de nulidad, podrá solicitar al árbitro o tribunal arbitral que se suspenda la ejecución del laudo, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte.

El árbitro o tribunal arbitral, en el término de tres días, deberán fijar el monto de la caución, disponiendo la suspensión de la ejecución del laudo.

La caución deberá constituirse dentro del término de tres días, contados a partir de esta notificación.

Ejecución del laudo

Art. 32.- Ejecutoriado el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato.

Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada.

Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de

apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo.

Rechazo de incidentes

Art. 33.- No podrán aceptarse en el curso del proceso incidentes que promuevan las partes, para retrasar el trámite o entorpecer cualquier diligencia. Las peticiones que en tal sentido se presentaren serán rechazadas con multa de diez a cien salarios mínimos vitales generales, que será fijada por el árbitro o árbitros.

Confidencialidad del proceso arbitral

Art. 34.- Las partes sin perjuicio de los derechos de terceros, podrán convenir en la confidencialidad del procedimiento arbitral, en este caso podrán entregarse copias de lo actuado solamente a las partes, sus abogados o al juez que conozca el recurso de nulidad u otro recurso al que las partes se hayan sometido.

Lugar del arbitraje

Art. 35.- De no constar en el convenio, las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje, y de no llegarse a un acuerdo podrá optarse por el lugar de los efectos del acto o contrato materia del arbitraje o el del domicilio del demandante a elección de éste, en caso de no existir tribunal de arbitraje en uno de los referidos lugares, deberá acudir al de la localidad más próxima.

El Tribunal competente podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o las partes y para examinar cosas, lugares, evidencias o documentos.

Estas diligencias deberán ser notificadas a las partes, de acuerdo a lo establecido en esta Ley.

Idioma del arbitraje

Art. 36.- Los procedimientos arbitrales se seguirán en castellano. En caso de existir documentos en otros idiomas se presentarán traducidos de conformidad con la ley.

Normas supletorias

Art. 37.- En todo lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate, de arbitraje en derecho.

Procedimiento

Art. 38.- 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, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables.

Organización de centros de arbitraje

Art. 39.- Para facilitar la aplicación de la presente Ley, las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro, podrán organizar centros de arbitraje, mismos que podrán funcionar previo registro en la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador. La comprobación de la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente

Ley y su reglamento, por parte de un centro de arbitraje dará lugar a la cancelación del registro y prohibición de su funcionamiento.

Los centros de arbitraje existentes previos a la vigencia de esta Ley también deberán registrarse, sin perjuicio de continuar con su normal funcionamiento.

Los centros de arbitraje deberán contar con una sede dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo a los juicios arbitrales y para dar capacitación a los árbitros, secretarios y mediadores que se designen de acuerdo a esta Ley.

Art. 40.- Todo centro de arbitraje tendrá su propio reglamento que deberá regular al menos, los siguientes asuntos:

- a) La manera de formular las listas de árbitros, secretarios y mediadores, las que tendrán una vigencia no superior a dos años, los requisitos que deben reunir las personas que las integren, y las causas de exclusión de ellas;
- b) Tarifas de honorarios para árbitros, secretarios y mediadores y la forma de pago de éstas;
- c) Tarifas para gastos administrativos y la forma de pago de éstas;
- d) Forma de designar al director del centro, sus funciones y facultades; y,
- e) Código de ética para los árbitros, secretarios y mediadores.

Arbitraje internacional

Art. 41.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:

- a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes;
- b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,
- c) Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad.

Regulación

Art. 42.- El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador.

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero.

Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y leyes de la República.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes.

Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional.

TITULO II DE LA MEDIACIÓN

Art. 43.- La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.

Art. 44.- La mediación podrá solicitarse a los centros de mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados.

Podrán someterse al procedimiento de mediación que establece la presente Ley, sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir.

El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder.

Art. 45.- La solicitud de mediación se consignará por escrito y deberá contener la designación de las partes, su dirección domiciliaria, sus números telefónicos si fuera posible, y una breve determinación de la naturaleza del conflicto.

Art. 46.- La mediación podrá proceder:

a) Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. En estos casos cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación. El órgano judicial deberá resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones en el término de tres días contados desde la notificación. Si prosperare esta excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales;

b) A solicitud de las partes o de una de ellas; y,

c) Cuando el juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten.

Si dentro del término de quince días contados desde la recepción por parte del centro de la notificación del juez, no se presentare el acta que contenga el acuerdo, continuará la tramitación de la causa, a menos que las partes comuniquen por escrito al juez su decisión de ampliar dicho término.

Art. 47.- El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo.

En caso de lograrse el acuerdo, el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador.

Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticas.

El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación.

Si el acuerdo fuere parcial, las partes podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no han sido parte del acuerdo. En el caso de que no se llegare a ningún acuerdo, el acta de imposibilidad firmada por las partes que hayan concurrido a la audiencia y el mediador podrá ser presentada por la parte interesada dentro de un proceso arbitral o judicial, y esta suplirá la audiencia o junta de mediación o conciliación prevista en estos procesos. No obstante, se mantendrá cualquier otra diligencia que deba realizarse dentro de esta etapa en los procesos judiciales, como la contestación a la demanda en el juicio verbal sumario.

En los asuntos de menores y alimentos, el acuerdo a que se llegue mediante un procedimiento de mediación, será susceptible de revisión por las partes, conforme con los principios generales contenidos en las normas del Código de la Niñez y Adolescencia y otras leyes relativas a los fallos en estas materias.

Art. 48.- La mediación prevista en esta Ley podrá llevarse a cabo válidamente ante un mediador de un centro o un mediador independiente debidamente autorizado.

Para estar habilitado para actuar como mediador independiente o de un centro, en los casos previstos en esta Ley, deberá contarse con la autorización escrita de un centro de mediación. Esta autorización se fundamentará en los cursos académicos o pasantías que haya recibido el aspirante a mediador.

El centro de mediación o el mediador independiente tendrá la facultad para expedir copias auténticas del acta de mediación.

Art. 49.- Quien actúe como mediador durante un conflicto queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto objeto de la mediación, ya sea como árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes.

Además por ningún motivo podrá ser llamado a declarar en juicio sobre el conflicto objeto de la mediación.

Art. 50.- La mediación tiene carácter confidencial.

Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva.

Las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso arbitral o judicial subsecuente, si tuviere lugar.

Las partes pueden, de común acuerdo, renunciar a la confidencialidad.

Art. 51.- Si alguna de las partes no comparece a la audiencia de mediación a la que fuere convocada, se señalará fecha para una nueva audiencia. Si en la segunda oportunidad alguna de las partes no comparece, el mediador expedirá la constancia de imposibilidad de mediación.

Art. 52.- Los gobiernos locales de naturaleza municipal o provincial, las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro y, en general, las organizaciones comunitarias, podrán organizar centros de mediación, los cuales podrán funcionar previo registro en el Consejo Nacional de la Judicatura. La comprobación de la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley y su reglamento, por parte de un centro de mediación dará lugar a la cancelación del registro y prohibición de su funcionamiento. El Consejo de la Judicatura podrá organizar centros de mediación pre procesal e intraprocesal.

Nota: Artículo reformado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de Marzo del 2009.

Art. 53.- Los centros de mediación que se establecieren deberán contar con una sede dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo para las audiencias.

Los centros que desarrollen actividades de capacitación para mediadores deberán contar con el aval académico de una institución universitaria.

Art. 54.- Los reglamentos de los centros de mediación deberán establecer por lo menos:

- a) La manera de formular las listas de mediadores y los requisitos que deben reunir, las causas de exclusión de ellas, los trámites de inscripción y forma de hacer su designación para cada caso;
- b) Tarifas de honorarios del mediador, de gastos administrativos y la forma de pago de éstos, sin perjuicio de que pueda establecerse la gratuidad del servicio;
- c) Forma de designar al director, sus funciones y facultades;
- d) Descripción del manejo administrativo de la mediación; y,
- e) Un código de ética de los mediadores.

Art. 55.- La conciliación extrajudicial es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos. Para efectos de la aplicación de esta Ley se entenderán a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos.

Art. 56.- Los jueces ordinarios no podrán ser acusados de prevaricato, recusados, ni sujetos a queja por haber propuesto fórmulas de arreglo entre las partes en las audiencias o juntas de conciliación.

Art. 57.- En caso de no realizarse el pago de los honorarios y gastos administrativos conforme a lo establecido en la ley y el reglamento del centro de mediación este quedará en libertad de no prestar sus servicios.

TITULO III

DE LA MEDIACIÓN COMUNITARIA

Art. 58.- Se reconoce la mediación comunitaria como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos.

Art. 59.- Las comunidades indígenas y negras o afroecuatorianas, las organizaciones barriales y en general las organizaciones comunitarias podrán establecer centros de mediación para sus miembros, aun con carácter gratuito, de conformidad con las normas de la presente Ley.

Los acuerdos o soluciones que pongan fin a conflictos en virtud de un procedimiento de mediación comunitario tendrán el mismo valor y efecto que los alcanzados en el procedimiento de mediación establecido en esta Ley.

Los centros de mediación, de acuerdo a las normas de esta Ley, podrán ofrecer servicios de capacitación apropiados para los mediadores comunitarios, considerando las peculiaridades socio-económicas, culturales y antropológicas de las comunidades atendidas. El Consejo de la Judicatura también podrá organizar centros de mediación comunitaria.

Nota: Artículo reformado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de Marzo del 2009.

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 60.- La presente Ley por su carácter de especial prevalecerá sobre cualquier otra que se le opusiere.

Art. 61.- El Presidente de la República, en uso de las facultades que le confiere la Constitución Política, expedirá en el plazo de noventa días el correspondiente reglamento para la aplicación de esta Ley.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Art. 62.- Las normas de la presente Ley se aplicarán inclusive a aquellos convenios arbitrales suscritos con anterioridad a su vigencia, siempre que el procedimiento arbitral no haya comenzado.

Art. 63.- Las instituciones que cuenten con un centro de mediación previo a la vigencia de esta Ley, necesitarán registrar al centro, sin perjuicio de continuar con su normal funcionamiento.

Art. 64.- Hasta que el Consejo Nacional de la Judicatura esté integrado o tenga sus delegaciones o representaciones en las provincias, cumplirán las funciones que le asignen esta Ley, las cortes superiores.

DEROGATORIAS

Derógase la Ley de Arbitraje Comercial dictada mediante Decreto Supremo No. 735 de 23 de octubre de 1963 y publicada en el Registro Oficial No. 90 de 28 de octubre de 1963.

Derógase la Sección XV del Título I de la Ley Orgánica de la Función Judicial.

Artículo Final.- La presente Ley se encuentra en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

En adelante cítese la nueva numeración.

Esta Codificación fue elaborada por la Comisión de Legislación y Codificación, de acuerdo con lo dispuesto en el número 2 del Art. 139 de la Constitución Política de la República.

Cumplidos los presupuestos del Art. 160 de la Constitución Política de la República, publíquese en el Registro Oficial.

Quito, 29 de noviembre del 2006.

FUENTES DE LA CODIFICACIÓN DE LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

1. Constitución Política de la República.
2. Ley s/n, publicada en el Registro Oficial No. 145 del 4 de septiembre de 1997.
3. Ley No. 2005-48, publicada en el Registro Oficial No. 532 del 25 de febrero del 2005.
4. Código de la Niñez y Adolescencia, publicado en el Registro Oficial No. 737 del 3 de enero del 2003.
5. Código Civil, codificación publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio del 2005.
6. Código de Procedimiento Civil, Codificación publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 58 del 12 de julio del 2005.
7. Ley Orgánica del Ministerio Público, codificación publicada en el Registro Oficial No. 250 de 13 de abril del 2006.

Anexo No. 2. Texto vigente del Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el Sector de los Supermercados y/o Similares y sus Proveedores.

MANUAL DE BUENAS PRACTICAS COMERCIALES A SUPERMERCADOS Y PROVEEDORES

Resolución de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado 75

No. SCPM-DS-075-2014 Pedro Páez Pérez

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

Considerando:

Que el numeral 5 del artículo 3 de la Constitución de la República del Ecuador, en lo referente a los deberes del Estado manifiesta: "Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir";

Que el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador sostiene: "Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades [...] La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad";

Que el mismo artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador en su numeral 8 señala: "El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos";

Que en el último inciso del artículo 13 de la Constitución de la República se ordena que el: "Las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos; preferentemente producidos a nivel local y en correspondencia con sus diversas identidades y tradiciones culturales. Estado ecuatoriano promoverá la soberanía alimentaria";

Que la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 52 indica que: "Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características. La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor";

Que la Constitución de la República del Ecuador ordena: "Art. 53.- Las empresas, instituciones y organismos que presten servicios públicos deberán incorporar sistemas de medición de satisfacción de las personas usuarias y consumidoras, y poner en práctica sistemas de atención y reparación. El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de

los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados";

Que la Constitución de la República del Ecuador especifica: "Art. 54.- Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore. Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas";

Que el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador determina que: "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes";

Que el numeral 6 del artículo 132 de la Constitución de la República del Ecuador establece que: "(...) Se requerirá de ley en los siguientes casos: 6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales";

Que el inciso primero del artículo 213 de la Constitución de la República del Ecuador estipula que: "Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley (...)";

Que el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador denota que: "Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución";

Que el artículo 250 de la Constitución de la República del Ecuador nos señala: "El territorio de las provincias amazónicas forma parte de un ecosistema necesario para el equilibrio ambiental del planeta. Este territorio constituirá una circunscripción territorial especial para la que existirá una planificación integral recogida en una ley que incluirá aspectos sociales, económicos, ambientales y culturales, con un ordenamiento territorial que garantice la conservación y protección de sus ecosistemas y el principio del *sumak kawsay*";

Que el artículo 275 de la Constitución de la República del Ecuador apunta: "El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*. El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución. La planificación propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación, y será participativa,

descentralizada, desconcentrada y transparente. El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza";

Que el primer inciso del artículo 281 de la Constitución de la República del Ecuador subraya que: "La soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiados de forma permanente";

Que el artículo 283 de la Constitución de la República del Ecuador revela que: "El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios";

Que el artículo 288 de Constitución de la República del Ecuador ostenta que: "Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas";

Que el artículo 304 de la Constitución de la República señala que la política comercial del Estado tendrá entre sus objetivos: "4. Contribuir a que se garanticen la soberanía alimentaria y energética, y se reduzcan las desigualdades internas";

Que el artículo 311 de la Constitución de la República del Ecuador alega que: "El sector financiero popular y solidario se compondrá de cooperativas de ahorro y crédito, entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales, cajas de ahorro. Las iniciativas de servicios del sector financiero popular y solidario, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas, recibirán un tratamiento diferenciado y preferencial del Estado, en la medida en que impulsen el desarrollo de la economía popular económica y solidaria";

Que el artículo 316 de la Constitución de la República dispone: "El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico. El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley";

Que el artículo 319 de la Constitución de la República del Ecuador, señala que: "Se reconocen diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas. El Estado promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivará aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza; alentará la producción que satisfaga

la demanda interna y garantice una activa participación del Ecuador en el contexto internacional";

Que el artículo 325 de la Constitución de la República del Ecuador puntualiza: "El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de auto sustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores";

Que el artículo 334 de la Constitución de la República del Ecuador puntualiza que el Estado promoverá el acceso equitativo a los factores de producción, para lo cual le corresponderá: "4. Desarrollar políticas de fomento a la producción nacional en todos los sectores, en especial para garantizar la soberanía alimentaria y la soberanía energética, generar empleo y valor agregado";

Que el artículo 335 de la Constitución de la República destaca que: "El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos... [...]";

Que el artículo 336 de la Constitución de la República decide que: "El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley";

Que el artículo 387 de la Constitución de la República del Ecuador publica que será responsabilidad del Estado: "2. Promover la generación y producción de conocimiento, fomentar la investigación científica y tecnológica, y potenciar los saberes ancestrales, para así contribuir a la realización del buen vivir, al *sumak kawsay*";

Que el artículo 427 de la Constitución de la República del Ecuador publica que será responsabilidad del Estado señala: "Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional";

Que el artículo 30 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, establece: "Las restricciones permitidas de acuerdo con esta Convención, el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma no pueden ser aplicados sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidos";

Que el artículo 32 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, manifiesta: "Correlación entre Deberes y Derechos. 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos; y, por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática";

Que la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor divulga en el artículo uno que: "El objeto de esta Ley es normar las relaciones entre proveedores y consumidores,

promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en dichas relaciones entre las partes";

Que el artículo 4 de la Ley de Defensa del Consumidor establece: "Son derechos fundamentales del consumidor, a más de los establecidos en la Constitución Política de la República, tratados o convenios internacionales, legislación interna, principios generales del derecho y costumbre mercantil, los siguientes: 2. Derecho a que proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, y a elegirlos con libertad [...] 4. Derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren presentar; 5. Derecho a un trato transparente, equitativo y no discriminatorio o abusivo por parte de los proveedores de bienes o servicios, especialmente en lo referido a las condiciones óptimas de calidad, cantidad, precio, peso y medida; 6. Derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales; 7. Derecho a la educación del consumidor, orientada al fomento del consumo responsable y a la difusión adecuada de sus derechos; 8. Derecho a la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios; 9. Derecho a recibir el auspicio del Estado para la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, cuyo criterio será consultado al momento de elaborar o reformar una norma jurídica o disposición que afecte al consumidor; 10. Derecho a acceder a mecanismos efectivos para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a la adecuada prevención sanción y oportuna reparación de su lesión; 11. Derecho a seguir las acciones administrativas y/o judiciales que correspondan";

Que el artículo 7 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor explica que el proveedor comete infracción a la Ley cuando cualquier tipo de mensaje que induzca al error o engaño, en especial siempre que se refiera a: "1. País de origen, comercial o de otra índole del bien ofrecido o sobre el lugar de prestación del servicio pactado o la tecnología empleada; 2. Los beneficios y consecuencias del uso del bien o de la contratación del servicio, así como el precio, tarifa, forma de pago, financiamiento y costos del crédito; 3. Las características básicas del bien o servicio ofrecidos, tales como componentes, ingredientes, dimensión, cantidad, calidad, utilidad, durabilidad, garantías, contraindicaciones, eficiencia, idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y otras; 4. Los reconocimientos, aprobaciones o distinciones oficiales o privadas, nacionales o extranjeras tales como medallas, premios, trofeos o diplomas";

Que el artículo 9 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor dice: "Todos los bienes a ser comercializados deberán exhibir sus respectivos precios, peso y medidas, de acuerdo a la naturaleza del producto. Toda información relacionada al valor de los bienes y servicios deberá incluir, además del precio total, los montos adicionales correspondientes a impuestos y otros recargos, de tal manera que el consumidor pueda conocer el valor final. Además del precio total del bien, deberá incluirse en los casos en que la naturaleza del producto lo permita, el precio unitario expresado en medidas de peso y/o volumen";

Que el artículo 14 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor expone que: "Sin perjuicio de lo que dispongan las normas técnicas al respecto, los proveedores de productos alimenticios de consumo humano deberán exhibir en el rotulado de los

productos, obligatoriamente, la siguiente información: a) Nombre del producto; b) Marca comercial; c) Identificación del lote; d) Razón social de la empresa; e) Contenido neto; f) Número de registro sanitario; g) Valor nutricional; h) Fecha de expiración o tiempo máximo de consumo; i) Lista de ingredientes, con sus respectivas especificaciones; j) Precio de venta al público; k) País de origen; y, l) Indicación si se trata de alimento artificial, irradiado o genéticamente modificado";

Que el artículo 17 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor declara que: "Es obligación de todo proveedor, entregar al consumidor información veraz, suficiente, clara, completa y oportuna de los bienes o servicios ofrecidos, de tal modo que éste pueda realizar una elección adecuada y razonable";

Que el artículo 18 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor comunica que: "Todo proveedor está en la obligación de entregar o prestar, oportuna y eficientemente el bien o servicio, de conformidad a las condiciones establecidas de mutuo acuerdo con el consumidor. Ninguna variación en cuanto a precio, costo de reposición u otras ajenas a lo expresamente acordado entre las partes, será motivo de diferimiento";

Que el artículo 19 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor refiere que: "Los proveedores deberán dar conocimiento al público de los valores finales de los bienes que expendan o de los servicios que ofrezcan, con excepción de los que por sus características deban regularse convencionalmente. El valor final deberá indicarse de un modo claramente visible que permita al consumidor de manera efectiva, el ejercicio de su derecho a elección, antes de formalizar o perfeccionar el acto de consumo. El valor final se establecerá y su monto se difundirá en moneda de curso legal";

Que el artículo 28 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor comunica que: "Serán solidariamente responsables por las indemnizaciones civiles derivadas de los daños ocasionados por vicio o defecto de los bienes o servicios prestados, los productores, fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, quien haya puesto su marca en la cosa o servicio y, en general, todos aquellos cuya participación haya influido en dicho daño. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Tratándose de la devolución del valor pagado, la acción no podrá intentarse sino respeto del vendedor final. El transportista solo responderá por los daños ocasionados al bien con motivo o en ocasión del servicio por él prestado";

Que el artículo 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor decide que: "Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que: 1. Eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados; 2. Impliquen renuncia a los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores o de alguna manera limiten su ejercicio; 3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; 4. Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento; 5. Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato; 6. Autoricen exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato, excepto cuando tal resolución o modificación esté condicionada al incumplimiento imputable al consumidor 7. Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o utilizados antes de que se suscriba el contrato, o sean ilegibles; 8. Impliquen renuncia por parte del consumidor, de los derechos procesales consagrados en esta Ley, sin perjuicio de los casos especiales previstos en el Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio,

Ley de Arbitraje y Mediación y demás leyes conexas; y, 9. Cualesquiera otras cláusula o estipulación que cause indefensión al consumidor o sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres. Lo determinado en el presente artículo incluye a los servicios que prestan las Instituciones del Sistema Financiero";

Que el artículo 46 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor señala que: "Toda promoción u oferta especial deberá señalar, además del tiempo de duración de la misma, el precio anterior del bien o servicio y el nuevo precio o, en su defecto, el beneficio que obtendría el consumidor, en caso de aceptarla. Cuando se trate de promociones en que el incentivo consista en la participación en concursos o sorteos, el anunciante deberá informar al público sobre el monto o número de premios de aquellos, el plazo y el lugar donde se podrán reclamar. El anunciante estará obligado a difundir adecuadamente el resultado de los concursos o sorteos";

Que la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria en su artículo 8 denota que: "Para efectos de la presente Ley, integran la Economía Popular y Solidaria las organizaciones conformadas en los Sectores Comunitarios, Asociativos y Cooperativistas, así como también las Unidades Económicas Populares";

Que la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria en su artículo 12 señala: "Para ejercer el control y con fines estadísticos las personas y organizaciones registradas presentarán a la Superintendencia, información periódica relacionada con la situación económica y de gestión, de acuerdo con lo que disponga el Reglamento de la presente Ley y cualquier otra información inherente al uso de los beneficios otorgados por el Estado";

Que la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria en su artículo 18 declara que: "Es el conjunto de asociaciones constituidas por personas naturales con actividades económicas productivas similares o complementarias, con el objeto de producir, comercializar y consumir bienes y servicios lícitos y socialmente necesarios, auto abastecerse de materia prima, insumos, herramientas, tecnología, equipos y otros bienes, o comercializar su producción en forma solidaria y auto gestionada bajo los principios de la presente Ley";

Que la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria en su artículo 129 dice: "El Estado a través de los entes correspondientes formulará medidas de acción afirmativa a favor de las personas y organizaciones a las que se refieren el ámbito de esta Ley, tendientes a reducir las desigualdades económicas, sociales, étnicas, generacionales y de género";

Que el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversión en el artículo 2 dice: "Se considerará actividad productiva al proceso mediante el cual la actividad humana transforma insumos en bienes y servicios lícitos, socialmente necesarios y ambientalmente sustentables, incluyendo actividades comerciales y otras que generen valor agregado";

Que el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversión en su artículo 4 enuncia que como principales, se rige por los siguientes fines: "a. Transformar la Matriz Productiva, para que esta sea de mayor valor agregado, potenciadora de servicios, basada en el conocimiento y la innovación; así como ambientalmente sostenible y eco eficiente; b. Democratizar el acceso a los factores de producción, con especial énfasis en las micro, pequeñas y medianas empresas, así como de los actores de la economía popular y solidario. c. Fomentar la producción nacional, comercio y consumo

sustentable de bienes y servicios, con responsabilidad social y ambiental, así como su comercialización y uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas; (...) f. Garantizar el ejercicio de los derechos de la población a acceder, usar y disfrutar de bienes y servicios en condiciones de equidad, óptima calidad y en armonía con la naturaleza; (...) i. Promocionar la capacitación técnica y profesional basada en competencias laborales y ciudadanas, que permita que los resultados de la transformación sean apropiados por todos. j. Fortalecer el control estatal para asegurar que las actividades productivas no sean afectadas por prácticas de abuso del poder del mercado, como prácticas monopólicas, oligopólicas y en general, las que afecten el funcionamiento de los mercados; k. Promover el desarrollo productivo del país mediante un enfoque de competitividad sistémica, con una visión integral que incluya el desarrollo territorial y que articule en forma coordinada los objetivos de carácter macroeconómico, los principios y patrones básicos del desarrollo de la sociedad; las acciones de los productores y empresas; y el entorno jurídico -institucional; (...) q. Promover las actividades de la economía popular, solidaria y comunitaria, así como la inserción y promoción de su oferta productiva estratégicamente en el mundo, de conformidad con la Constitución y la ley; r. Incorporar como un elemento transversal en todas las políticas productivas, el enfoque de género y de inclusión económica de las actividades productivas de pueblos y nacionalidades; s. Impulsar los mecanismos que posibiliten un comercio justo y un mercado transparente (...);

Que el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversión en su artículo 19 expresa que se reconocen los derechos de los inversionistas en especial los siguientes: "a. La libertad de producción y comercialización de bienes y servicios lícitos, socialmente deseables y ambientalmente sustentables, así como la libre fijación de precios, a excepción de aquellos bienes y servicios cuya producción y comercialización estén regulados por la Ley; b. El acceso a los procedimientos administrativos y acciones de control que establezca el Estado para evitar cualquier práctica especulativa o de monopolio u oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal; c. La libertad de importación y exportación de bienes y servicios con excepción de aquellos límites establecidos por la normativa vigente y de acuerdo a lo que establecen los convenios internacionales de los que Ecuador forma parte (...)e, i. Acceso a los demás beneficios generales e incentivos previstos en este Código, otras leyes y normativa aplicable";

Que la Ley Orgánica de la Soberanía Alimentaria permite en el artículo 2 que: "Las disposiciones de esta Ley son de orden público, interés social y carácter integral e intersectorial. Regularán el ejercicio de los derechos del buen vivir - *sumak kawsay* concernientes a la soberanía alimentaria, en sus múltiples dimensiones"; Su ámbito comprende los factores de la producción agroalimentaria; la agro biodiversidad y semillas; la investigación y diálogo de saberes; la producción, transformación, conservación, almacenamiento, intercambio, comercialización y consumo; así como la sanidad, calidad, inocuidad y nutrición; la participación social; el ordenamiento territorial; la frontera agrícola; los recursos hídricos; el desarrollo rural y agroalimentario; la agroindustria, empleo rural y agrícola; las formas asociativas y comunitarias de los microempresarios, microempresa o micro, pequeños y medianos productores, las formas de financiamiento; y, aquéllas que defina el régimen de soberanía alimentaria. Las normas y políticas que emanen de esta Ley garantizarán el respeto irrestricto a los derechos de la naturaleza y el manejo de los recursos naturales,

en concordancia con los principios de sostenibilidad ambiental y las buenas prácticas de producción";

Que la Ley Orgánica de la Soberanía Alimentaria enuncia en el artículo 12 que: "Los incentivos estatales estarán dirigidos a los pequeños y medianos productores, responderán a los principios de inclusión económica, social y territorial, solidaridad, equidad, interculturalidad, protección de los saberes ancestrales, imparcialidad, rendición de cuentas, equidad de género, no discriminación, sustentabilidad, temporalidad, justificación técnica, razonabilidad, definición de metas, evaluación periódica de sus resultados y viabilidad social, técnica y económica";

Que la Ley Orgánica de la Soberanía Alimentaria en el artículo 13 dispone: "Para fomentar a los microempresarios, microempresa o micro, pequeña y mediana producción agroalimentaria, de acuerdo con los derechos de la naturaleza, el Estado: c) Regulará, apoyará y fomentará la asociación de los microempresarios, microempresa o micro, pequeños y medianos productores, de conformidad con el Art. 319 de la Constitución de la República para la producción, recolección, almacenamiento, conservación, intercambio, transformación, comercialización y consumo de sus productos. El Ministerio del ramo desarrollará programas de capacitación organizacional, técnica y de comercialización, entre otros, para fortalecer a estas organizaciones y propender a su sostenibilidad; (...) e) Fomentará las actividades artesanales de pesca, acuicultura y recolección de productos de manglar y establecerá mecanismos de subsidio adecuados; f) Establecerá mecanismos específicos de apoyo para el desarrollo de pequeñas y medianas agroindustrias rurales; g) Implementará un programa especial de reactivación del agro enfocado a las jurisdicciones territoriales con menores índices de desarrollo humano; h) Incentivará de manera progresiva la inversión en infraestructura productiva: centros de acopio y transformación de productos, caminos vecinales; e, i) Facilitará la producción y distribución de insumos orgánicos y agroquímicos de menor impacto ambiental";

Que la Ley Orgánica de la Soberanía Alimentaria permite en el artículo 27 que: "Incentivo al consumo de alimentos nutritivos.- Con el fin de disminuir y erradicar la desnutrición y malnutrición, el Estado incentivará el consumo de alimentos nutritivos preferentemente de origen agroecológico y orgánico, mediante el apoyo a su comercialización, la realización de programas de promoción y educación nutricional para el consumo sano, la identificación y el etiquetado de los contenidos nutricionales de los alimentos, y la coordinación de las políticas públicas";

Que la Ley Orgánica de la Soberanía Alimentaria enuncia en el artículo 29 que: "En caso de desastres naturales o antrópicos que pongan en riesgo el acceso a la alimentación, el Estado, mientras exista la emergencia, implementará programas de atención emergente para dotar de alimentos suficientes a las poblaciones afectadas, y para reconstruir la infraestructura y recuperar la capacidad productiva, mediante el empleo de la mano de obra de dichas poblaciones";

Que la Ley Orgánica de la Soberanía Alimentaria dispone en el artículo 31.1 que: "El Sistema de Soberanía Alimentaria y Nutricional (SISAN) es el conjunto articulado de personas, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, actores sociales, institucionales y estatales involucrados en la construcción participativa de propuestas de políticas públicas relacionadas con el régimen de la soberanía alimentaria";

Que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado fue creada mediante la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, publicada en el Registro

Oficial Suplemento No. 555 de octubre de 2011, como un órgano técnico de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa;

Que el artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado precisa: "El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible";

Que el artículo 4 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder Mercado, estipula los lineamientos para regular la formulación de la política pública en la materia de su competencia, los mismos que se resumen en los siguientes puntos: "1. El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico.- 2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular.- 3. El reconocimiento de la heterogeneidad estructural de la economía ecuatoriana y de las diferentes formas de organización económica, incluyendo las organizaciones populares y solidarias.- 4. El fomento de la desconcentración económica, a efecto de evitar prácticas monopólicas y oligopólicas privadas contrarias al interés general, buscando la eficiencia en los mercados.- 5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado.- 6. El establecimiento de un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre concurrencia.- 7. El impulso y fortalecimiento del comercio justo para reducir las distorsiones de la intermediación.- 8. El desarrollo de mecanismos que garanticen que las personas, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos a través de la redistribución de los recursos como la tierra y el agua.- 9. La distribución equitativa de los beneficios de desarrollo, incentivar la producción, la productividad, la competitividad, desarrollar el conocimiento científico y tecnológico; y, 10. La necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes";

Que el artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, advierte que: "Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general";

Que el artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, detalla las conductas que constituyen abuso de poder de mercado, dentro de las que se señalan las siguientes: "1.- Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia. 2.- Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado que les permitan aumentar sus márgenes de ganancia mediante la extracción injustificada del excedente del consumidor. 3.- Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado en condiciones en que debido a la concentración de los medios de producción o comercialización, dichas conductas afecten o puedan afectar, limitar o impedir la

participación de sus competidores o perjudicar a los productores directos, los consumidores y/o usuarios. 4.- La fijación de precios predatorios o explotativos. (...) 6.- La discriminación injustificada de precios, condiciones o modalidades de fijación de precios. 7.- La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación de desventaja frente a otros. 8.- La venta condicionada y la venta atada, injustificadas. 9.- La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios";

Que el artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado manifiesta que las siguientes conductas también constituyen abuso del poder de mercado: "10.- La incitación, persuasión o coacción a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra, venta, movilización o entrega de bienes o la prestación de servicios a otros. 11.- La fijación, imposición, limitación o establecimiento injustificado de condiciones para la compra, venta y distribución exclusiva de bienes o servicios. 12.- El establecimiento de subsidios cruzados, injustificados, particularmente agravado cuando estos subsidios sean de carácter regresivo. 13.- La subordinación de actos, acuerdos o contratos a la aceptación de obligaciones, prestaciones suplementarias o condicionadas que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de los mismos. 14.- La negativa injustificada del acceso para otro operador económico a redes u otra infraestructura a cambio de una remuneración razonable; siempre y cuando dichas redes o infraestructura constituyan una facilidad esencial. 15.- La implementación de prácticas exclusorias o prácticas explotativas. 16.- Los descuentos condicionados, tales como aquellos conferidos a través de la venta de tarjetas de afiliación, fidelización u otro tipo de condicionamientos, que impliquen cualquier pago para acceder a los mencionados descuentos. [...] 19.-Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados. 20.- La fijación injustificada de precios de reventa. 21.- Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero. 22.- Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica. 23.- La imposición de condiciones injustificadas a proveedores o compradores, como el establecimiento de plazos excesivos e injustificados de pago, devolución de productos, especialmente cuando fueren perecibles, o la exigencia de contribuciones o prestaciones suplementarias de cualquier tipo que no estén relacionados con la prestación principal o relacionadas con la efectiva prestación de un servicio al proveedor";

Que el inciso segundo del artículo 37 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder Mercado, estipula que: "La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación";

Que el numeral 6, del artículo 44, de la de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado señala como atribuciones del Superintendente de Control del Poder de Mercado: "Elaborar y aprobar la normativa técnica general e instrucciones particulares en el ámbito de esta Ley";

Que dentro de las atribuciones del Superintendente de Control del Poder de Mercado, determinadas en el número 16, del artículo 44, de la Ley Orgánica de Regulación y

Control del Poder de Mercado, se establece la de "Expedir resoluciones de carácter general, guías y normas internas para su correcto funcionamiento";

Que el artículo 78 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, especifica que: "Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves.- [...] 3. Son infracciones graves: (...) d. Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, tanto en materia de abuso de poder de mercado, conductas anticompetitivas y de control de concentraciones.- Las infracciones graves y muy graves se juzgarán independientemente de que puedan constituir conductas tipificadas y sancionadas en la Ley Penal y ser objeto de la correspondiente acción por parte de la Función Judicial";

Que la libre y leal competencia, al igual que el respeto de los derechos de los consumidores, son presupuestos indispensables para el desarrollo de la actividad comercial;

Que es necesario generar una intermediación comercial armónica entre proveedores y supermercados y/o similares, para facilitar y agilizar un ambiente de competitividad real de cara a las exigencias del comercio justo y tratados de libre comercio;

Que las reglas claras entre proveedores y los supermercados y/o similares son fundamentales ante las exigencias de una creciente competitividad lo cual, también evita la discrecionalidad en la intermediación comercial;

Que dentro de una economía de libre mercado justo, el esfuerzo de auto vigilancia y la solución de controversias por los propios agentes económicos son esenciales;

Que la sofisticación y crecimiento de la cadena de abastecimiento permite nuevas opciones de productos para el consumidor y un mejoramiento en la productividad y competitividad del país;

Que el desarrollo de mecanismos que garanticen a los supermercados y/o similares, y a los proveedores una eficiencia administrativa y una logística previamente establecida es indispensable para alcanzar la eficacia en la intermediación;

Que la intermediación comercial justa, armónica, transparente, sin discriminación, proporcional y con procesos claros, entre los supermercados y/o similares y los proveedores de productos alimenticios, constituye uno de los ejes fundamentales de la soberanía alimentaria garantizada constitucionalmente en el Ecuador;

Que por sus características las PYMES y MIPYMES, las organizaciones sociales de economía popular y solidaria, legalmente existentes y los proveedores y productores individuales tienen efectos positivos en la competencia y en la generación de empleo; Que es necesario desarrollar y permitir una competencia legítima entre los operadores del mercado como mecanismo para mantener mercados transparentes y eficientes; y,

Que en vista de que los supermercados y/o similares y los proveedores y productores regularán individualmente sus relaciones comerciales, es necesario regular el contenido mínimo de los contratos de provisión.

Por todo lo expuesto, el Superintendente de Control del Poder de Mercado, amparado en lo dispuesto en los Art. 37, 44 numeral 6 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, resuelve expedir el siguiente Manual.

MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS COMERCIALES PARA EL SECTOR DE LOS SUPERMERCADOS Y/O SIMILARES Y SUS PROVEEDORES

CAPÍTULO I

ÁMBITO, OBJETIVOS Y OBLIGACIONES

Art. 1.- ÁMBITO DE COBERTURA.- Este Manual es de aplicación obligatoria para todos los operadores económicos, según el Art. 2 de la LORCPM del sector de los supermercados y/o similares, que realicen sus actividades de intermediación comercial en todo o en parte del territorio ecuatoriano; y, para todos los proveedores de los supermercados y/o similares que mantienen o mantengan relaciones comerciales contractuales de intermediación en el sector de bienes de consumo alimenticio y no alimenticio de consumo corriente.

El sector de bienes de consumo alimenticio y no alimenticio de consumo corriente, entre otras, comprende las siguientes canastas:

1. Alimentos;
2. Bebidas;
3. Higiene y cuidado personal;
4. Limpieza de hogar;
5. Confitería;
6. Frutas;
7. Legumbres;
8. Carnes/pollos; y,
9. Mariscos/congelados.

Art. 2.- CLASIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS.- Para los fines de este Manual los operadores económicos de este mercado sectorial, comprenden los siguientes:

1. Supermercados;
2. Comisariatos;
3. Mega mercados;
4. Hipermercados;
5. Tiendas grandes
6. Tiendas de conveniencia;
7. Bodegas;
8. Distribuidores;
9. Fabricantes;
10. Importadores; y,
11. Proveedores, en forma general.

Para la aplicación de este Manual a las primeras diez categorías se los denominará simplemente: "supermercados y/o similares". Si el importador vende con superficies superiores a mil (1.000) metros cuadrados se incluirá dentro de la categoría de los supermercados y/o similares.

Los supermercados y/o similares deben dedicarse exclusivamente a comercializar las líneas o giros de productos legalmente permitidos, la violación a esta norma será sancionada conforme a la Ley.

Art. 3.- REFERENCIAS BASICAS.- Para fines de este Manual se tendrán en cuenta las siguientes referencias básicas:

1. Los supermercados y/o similares, se consideran comercializadores o expendedores;
2. Cuando los supermercados y/o similares importen productos para este sector son también proveedores;
3. Los que venden los productos para la comercialización son proveedores;
4. Los que elaboran los productos, con o sin tecnología, son productores;
5. Los productores y comercializadores cuyos productos tengan marcas propias, también son proveedores;
6. Las bodegas son parte del sistema de proveedores y comercializadores; y,
7. Los distribuidores también se consideran proveedores.

Art. 4.- OBJETIVOS.- El presente Manual, tiene por objetivos los siguientes:

- a. Contribuir a que la calidad y el justo precio de los productos beneficie al consumidor;
- b. Establecer los mecanismos operativos para mantener a este mercado sectorial en forma armónica y equilibrada;
- c. Mantener en forma preventiva el control de las relaciones contractuales a fin de evitar prácticas abusivas en este mercado;
- d. Vigilar en coordinación con las entidades correspondientes el cumplimiento de los estándares técnicos de calidad establecidos por el INEN tales como el etiquetado, semaforización, peso y medida en base al sistema métrico decimal, de tal suerte que el consumidor esté en condiciones de tomar su mejor decisión;
- e. Colaborar con el control para que los productos que están en exhibición no contengan publicidad engañosa;
- f. Controlar las actividades del giro del negocio de intermediación de productos con el fin de alcanzar una competencia libre de distorsiones;
- g. Dar apertura e impulso a los proveedores, sean estos personas naturales, organizaciones sociales jurídicamente establecidas, MIPYMES, economía popular y solidaria, pequeñas y medianas empresas para que participen en este mercado sectorial como productores y proveedores;
- h. Coordinar con las demás entidades públicas pertinentes la vigilancia y cumplimiento de los fines de la seguridad alimentaria y el bienestar general;
- i. Armonizar las prácticas comerciales competitivas y eficientes entre los distintos operadores de los canales de provisión;
- j. Propender al desarrollo de la producción nacional para abastecer o satisfacer toda la demanda de este mercado sectorial;
- k. Asegurar el cumplimiento de las buenas prácticas comerciales acordadas; así como la resolución de sus discrepancias mediante el diálogo y mutuo acuerdo; y,

1. Propender al impulso y fortalecimiento del comercio justo, para reducir las distorsiones de la intermediación.

Art. 5.- OBLIGACIONES PARA LOS PROVEEDORES, PRODUCTORES Y SUPERMERCADOS Y/O SIMILARES.-

1. Proveedores y expendedores observarán con especial cuidado el cumplimiento de las disposiciones que les corresponden de acuerdo con su condición y en caso de consumidores sin escolaridad o con capacidades especiales (no videntes, etc.), se les ofrecerá la información y las facilidades adecuadas;

2. Los supermercados y/o similares deben garantizar a las personas con capacidades especiales contar con accesos fáciles a los locales de expendio;

3. Proveedores y expendedores deben obrar con lealtad, transparencia y buena fe en las relaciones comerciales; evitar actos o conductas de competencia desleal; y, velar por el mantenimiento de un sistema de libre competencia legítima para evitar prácticas restrictivas de comercio;

4. La adopción de nuevas tecnologías incorporará regímenes de transición que permitan contar con un plazo prudencial para realizar la correspondiente adaptación, atendiendo igualmente la capacidad financiera e infraestructura de cada proveedor, especialmente en el caso de las MIPYMES, las de economía popular y solidaria y las organizaciones sociales legalmente constituidas, las cuales, de ser pertinente, podrán cumplir tales exigencias individualmente o de manera asociativa;

5. Los supermercados y/o similares otorgarán igual trato comercial sin discriminación alguna a los operadores económicos equivalentes, no podrán establecer restricciones de acceso al mercado de nuevos proveedores así como de nuevos u otros productos;

6. Los supermercados y/o similares no aceptarán fraccionamientos de producción o la codificación de nuevos proveedores que sean intermediarios de los grandes productores;

7. Los supermercados y/o similares establecerán el tamaño de las góndolas de tal forma que permita una rotación adecuada de los productos dentro de las mismas por el tiempo que se encuentren en exhibición, de tal forma que siempre estén ubicados en visión horizontal;

8. Los Supermercados y/o similares deben conceder flexibilidad a los productores y/o proveedores para responder a las estrategias de mercadeo propias de la creciente competencia económica, dando estricto cumplimiento a las normas de promoción de la misma, de forma que se eviten acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituyan el objeto de la relación comercial, de acuerdo con las disposiciones legales;

9. Tanto proveedores como supermercados y/o similares deben abstenerse de disminuir los precios por debajo de los costos cuando tal conducta tenga por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos, salvo acuerdo entre los operadores económicos dentro de los límites de la ley;

10. Los supermercados y/o similares posibilitarán el ingreso de productos elaborados por micro, pequeñas y medianas empresas, MIPYMES, unidades de la economía popular y solidaria y organizaciones sociales legalmente aprobadas propiciando su fortalecimiento y asociatividad como proveedores del canal;

11. Proveedores, y supermercados y/o similares deben actuar con un compromiso ético y buena fe en sus relaciones. En caso de tener conocimiento de cualquier comportamiento contrario a la ética, buenas costumbres comerciales y la buena fe, adoptarán con celeridad soluciones eficaces, en aras de preservar la relación comercial cuando ello sea procedente o acudir a la autoridad pertinente;
12. Todos los acuerdos entre proveedores y los supermercados y/o similares, deben contemplar un compromiso de comercio justo que permita el bienestar social, económico y ambiental de los pequeños productores;
13. En la promoción publicitaria de los productos, se dará preferencia a aquellos productos nacionales que sin ser muy conocidos, contengan altas cualidades nutritivas;
14. Se propenderá a la exhibición de góndolas o islas exclusivas con productos temáticos ligados al comercio justo, de la Economía Popular y Solidaria, de la producción, orgánicos, agroecológica, de nuevas tecnologías nacionales o de la diversidad cultural ecuatoriana.
15. Los supermercados y/o similares deberán entregar al proveedor o productor la información sobre la rotación de sus productos sin ningún costo cuando éste lo solicite, petición que no podrá ser hecha más de una vez al mes;
16. Los proveedores tendrán la obligación de notificar inmediatamente a los Supermercados y/o similares acerca de cualquier circunstancia que pueda ocasionar desabastecimiento, en cuyo caso informarán del tiempo en el que se estime se supere la misma, a fin de que los Supermercados y/o similares estén debidamente informados y de ser el caso, implementen las medidas necesarias para evitar desabastecimiento y afectación alguna a los consumidores;
17. Los supermercados y/o similares no podrán obligar o prohibir a sus proveedores a promocionar o vender sus productos a otros supermercados y/o similares; tampoco podrán condicionar ilegalmente la fijación de precios para su beneficio ni condicionar su plazo de pago;
18. A los supermercados y/o similares les queda prohibido solicitar o exigir a los proveedores la entrega de productos de forma gratuita, salvo el caso de entrega de una muestra para la codificación del producto la cual no podrá exceder al equivalente del 10% de la facturación anual con ese proveedor; y,
19. Los supermercados y/o similares, así como los proveedores tendrán la obligación de notificar a la otra parte acerca de la implementación de medidas regulatorias y cambios normativos, como cambios a las normas de etiquetado, publicidad o requerimientos de calidad.

CAPÍTULO II

CONTRATOS DE PROVISIÓN, PRECIOS Y MEDIOS DE PAGO, PRECIOS PREDATORIOS, PLAZOS PARA EL PAGO, RECEPCIÓN DE PRODUCTOS, VIGENCIA Y SOBRE DÉBITOS, DESCUENTOS, CRÉDITOS Y DEVOLUCIONES

Art. 6.- CONTRATOS DE PROVISIÓN.- Los proveedores y los supermercados y/o similares convendrán, por separado e individualmente sus relaciones comerciales o de negocios, mediante contratos escritos de provisión que regulen la actividad comercial, que contendrán las condiciones legales básicas. En todo contrato se entenderán contenidas las disposiciones del presente Manual.

En los acuerdos, los proveedores se comprometerán a que los despachos de mercadería, sean completos o parciales en la cantidad y calidad acordada, en las sucursales o centros de distribución pertenecientes a los supermercados y/o similares y, según el caso, ajustarse a las fechas señaladas especialmente cuando se traten de ofertas publicitadas. Los productos deberán ser entregados por los proveedores con la suficiente vida útil respecto de su fecha de vencimiento, siendo aptos para su consumo y cumpliendo los procesos o la normativa que fuere aplicable para cada producto y proveedor.

Se aceptarán y propiciarán formas asociativas que permitan el establecimiento de economías de escala y de red que faciliten la calificación como proveedores de unidades de la economía popular y solidaria, con contratos de provisión de mediano plazo que incluyan capacitaciones.

Art. 7.- PRECIOS Y MEDIOS DE PAGO.- Los precios serán fijados de acuerdo a la dinámica legítima del mercado, cumpliendo con las normas legales aplicables a nivel nacional. Todos los productos serán entregados o comprados haciendo constar su valor real y además, serán exhibidos con su respectivo precio final legible al consumidor en los que se incluirá todos los impuestos y recargos. Para los pagos que realicen los supermercados y/o similares a sus proveedores se aceptarán todos los medios legales con poder liberatorio o pago efectivo vigentes en el país.

Para cumplir con lo establecido en el inciso que precede se observarán las siguientes reglas:

1. No están permitidos los convenios tendientes a concretar acuerdos de adelantos de pagos u otras formas de pago mediante las cuales se sacrifiquen los legítimos derechos del proveedor;
2. En todo contrato se incorporará una cláusula que estipule que en el caso de que los supermercados y/o similares no acepten cambios de precios de las mercaderías en el plazo de cinco (5) días, cuando la variabilidad de los precios sea justificada, los proveedores tendrán la facultad de suspender la entrega de éstas. Igual facultad tendrán los supermercados y/o similares sobre este tema, cuando la variabilidad de los precios no se justifique; y,
3. Está prohibida la incorporación de cualquier cláusula o condición que implique pacto de retroventa o retro compra de los productos entregados por el proveedor al supermercado y/o similares.

Art. 8.- PRECIOS PREDATORIOS O EXPLOTATIVOS.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 9 número 4), de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, constituye abuso de poder de mercado la fijación de precios predatorios o explotativos.

Para fines del comercio justo, los supermercados y/o similares y los proveedores, por regla general deberán vender por encima del precio de su respectivo costo y fijarán el precio final, salvo casos puntuales y temporales, estacionales, introductorios, promocionales, discontinuos, de fin de temporada, de caducidad inminente y productos averiados, entre otros.

Art. 9.- PLAZOS PARA EL PAGO.- En cuanto a los plazos máximos para que se realicen los pagos, se los harán considerando el monto de la facturación anual respecto de los Supermercados y/o similares del año anterior, de acuerdo con lo siguiente:

a. Hasta cincuenta mil Dólares (USD 50.000,00), se pagará dentro del plazo de quince (15) días contados a partir de la fecha de entrega-recepción de la mercadería, la cual deberá estar acompañada de la respectiva factura;

b. Desde cincuenta mil Dólares un centavo (USD 50.000,01) hasta doscientos cincuenta mil Dólares (USD 250.000,00), se pagará dentro del plazo de treinta (30) días contados a partir de la fecha de entrega - recepción de la mercadería, la cual deberá estar acompañada de la respectiva factura;

c. Desde doscientos cincuenta mil Dólares un centavo (USD 250.000,01) hasta un millón de Dólares (USD 1.000.000,00), se pagará dentro del plazo de cuarenta (40) días contados a partir de la fecha de entrega-recepción de la mercadería, la cual deberá estar acompañada de la respectiva factura;

d. Desde un millón de Dólares un centavo (USD 1.000.000,01) hasta tres millones de Dólares (USD 3.000.000,00), se pagará dentro de un plazo de cuarenta y uno (41) días a cincuenta (50) días contados a partir de la entrega-recepción de la mercadería, la cual deberá estar acompañada de la respectiva factura; y,

e. Desde tres millones de Dólares un centavo (USD 3.000.000,01), en adelante se pagará dentro del plazo de cincuenta y uno (51) días a sesenta días (60) contados a partir de la fecha de entrega-recepción de la mercadería, la cual deberá estar acompañada de la respectiva factura.

Los pagos que se realicen fuera de los plazos estipulados en los contratos de provisión generarán los correspondientes intereses legales, excepto cuando existan razones de incumplimiento de la normativa tributaria vigente.

Para beneficiar a los micro, pequeños y medianos (MIPYMES) proveedores y de la Economía Popular y Solidaria que se encuentren dentro de los segmentos a, b y c de este artículo, se puede acordar una reducción de los plazos arriba señalados y los pagos en plazos menores que se hayan venido realizando hasta la entrada en vigencia de este manual permanecerán siendo los mismos salvo acuerdo entre las partes, siempre bajo el techo establecido en este artículo.

La participación de los proveedores contenidos en los literales a, b y c del artículo 9, corresponderá obligatoriamente al 11% de las compras totales en cada uno de estos segmentos realizadas por los supermercados y/o similares correspondientes al ejercicio fiscal del año inmediato anterior y deberá cumplirse hasta el 31 de diciembre del año 2015.

En caso de que los proveedores escindan, desinviertan o dividan sus organizaciones así como su producción, comercialización y distribución de productos que tenga como objetivo el permanecer en alguna de las escalas arriba indicadas, su ubicación será la suma de las ventas totales realizadas del grupo al supermercado y/o similar del ejercicio fiscal concurrente.

En caso de que los supermercados y/o similares escindan, desinviertan o dividan sus organizaciones para la comercialización y distribución de los productos adquiridos a los proveedores, con el fin de lograr el nivel de compras exigidas en este artículo, los porcentajes arriba señalados se computarán en base a las compras totales realizadas de todo el grupo.

De no poder aplicar el plazo en base a la relación de facturación anual, se aplicará como principio el monto de la transacción con proyección anual.

Los supermercados y/o similares deberán reportar a la SCPM bajo juramento del cumplimiento de esta disposición una vez al año dentro de los cinco (5) primeros días del mes de febrero.

Los supermercados y/o similares por una sola ocasión bajo justificaciones debidamente sustentadas podrán solicitar una excepción de entre los literales a, b y c de este artículo.

Art. 10.- PARTICIPACIÓN DE LOS MICRO, PEQUEÑOS Y MEDIANOS PROVEEDORES Y DEL SECTOR DE LA ECONOMÍA POPULAR Y SOLIDARIA.- Si se privilegia la participación de los proveedores de la Economía Popular y Solidaria en los segmentos a, b y c del artículo 9 se propiciará que los supermercados y/o similares se beneficien de las siguientes ampliaciones de plazo:

PORCENTAJES DE LA COMPRA ANUAL DE LOS SUPERMERCADOS Y/O SIMILARES PARA LA ECONOMIA POPULAR Y SOLIDARIA EN CADA SEGMENTO

Nota: Para leer Cuadro, ver Registro Oficial 406 de 30 de Diciembre de 2014, página 39.

La verificación del cumplimiento de la tabla la realizará la Superintendencia de Control del Poder de Mercado emitiendo los certificados que permitan la ampliación de los plazos de manera consecutiva. El incumplimiento en cualquiera de los porcentajes en las fechas señaladas extinguirá el beneficio de plazo y en consecuencia generará el cumplimiento de la totalidad de la participación de cada segmento dentro de los siguientes seis meses.

En caso de que un supermercado y/o similar solicite prórroga para el cumplimiento de alguno de los plazos contenidos, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado solicitará a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria la certificación de oferta suficiente.

Art. 11.- RECEPCION DE PRODUCTOS EN LOS SUPERMERCADOS Y/O SIMILARES.- A fin de concretar la transparencia de la intermediación comercial, los operadores económicos cumplirán los siguientes lineamientos:

- a. Los cambios en procedimientos de entrega-recepción se anticiparán a los proveedores con un plazo mínimo de 15 días, por escrito o por medios electrónicos de acuerdo a la Ley de Comercio Electrónico, y se publicarán en los portales web;
- b. Las causas que provocan la devolución de productos; así como, las que provocan retrasos en la entrega de mercadería deberán ser publicadas en la página web para conocimiento de los proveedores;
- c. Los aspectos relacionados con la logística de entrega-recepción en los puntos de venta o de entrega serán fijados y acordados previamente con los proveedores;
- d. El desarrollo de tecnologías accesibles de información que agilicen y den mayor eficiencia a la administración de los inventarios y entrega de productos deberá ser conocida con la debida antelación y utilizada por los operadores económicos;
- e. Los operadores económicos acordarán los mecanismos precisos para que las entregas que se realizan de manera centralizada sean eficaces y permitan una reducción en costos y tiempos;

f. Los operadores económicos acordarán los horarios de entregas, implementando métodos y procedimientos que permitan eliminar o reducir los tiempos de espera en la entrega y recepción del producto; y,

g. Los horarios de entrega-recepción se aplicarán de manera precisa y su incumplimiento por efecto de caso fortuito o fuerza mayor no generarán ninguna clase de gravamen en contra de los proveedores; asimismo, los retrasos de hasta dos (2) horas tampoco generarán cualquier tipo de multa o sanción.

Art. 12.- VIGENCIA DE LOS CONTRATOS DE PROVISION O ABASTECIMIENTO.- Todos los contratos de provisión deberán necesariamente tener un plazo de vigencia, la duración de los contratos de provisión tendrá el plazo que los operadores económicos legalmente hayan pactado tomando en cuenta la Canasta de Productos.

Se podrá suscribir contratos marco de provisión con una duración concreta, con entregas parciales mediante órdenes de compra.

Para la codificación de nuevos productos, cambios de precios, plazos, forma de pago u otras modificaciones legalmente permitidas a los términos del contrato marco de provisión vigente, se lo hará mediante convenios modificatorios directos o mediante la utilización de mecanismos digitales de acuerdo a la Ley de Comercio Electrónico.

Art. 13.- SOBRE LOS DÉBITOS, DESCUENTOS, CRÉDITOS, Y DEVOLUCIONES DE PRODUCTOS.- Los mecanismos de débito, descuento, crédito y devoluciones se regirán por las siguientes reglas:

1. Los proveedores y supermercados y/o similares no podrán realizar cobros ni notas de débito unilaterales por productos que no se encuentren pactados en el contrato de provisión o multas por procedimientos ajenos a la realidad de la relación comercial;

2. Los supermercados y/o similares se abstendrán de emitir unilateralmente y sin motivo real y legítimo notas de débito o de crédito y descuentos a las personas o empresas proveedoras por motivos que no sean los relacionados con la transacción comercial;

3. Las notas de débito o las notas de crédito deberán ser emitidas con el acuerdo de las partes;

4. Los supermercados y/o similares no podrán devolver los productos luego de haberse firmado el acta de entrega-recepción, salvo por errores verificados de fabricación, rotulado o producción o de conformidad con las causales pactadas en los contratos de provisión, tales como, suspensión o inhabilitación del registro sanitario; detección de vida útil insuficiente; detección de incumplimiento de la normativa aplicable; detección de incumplimiento de estándares de calidad; detección del PVP impreso por debajo del precio de comercialización; fallas o inconsistencias en la presentación del producto; y las mencionadas en el artículo 17 literal g) de este Manual;

5. La mercadería no podrá ser rechazada al momento de entrega, salvo que ésta no se encuentre conforme a lo acordado por las partes, no sea apta para la comercialización y/o consumo o se detecte la ocurrencia de alguno de los eventos indicados en el literal anterior;

6. Para los casos en los que los supermercados y/o similares presten servicios de transporte a los productos de los proveedores hacia los centros de distribución o acopio

de los supermercados y/o similares, el precio de dicho servicio se determinará de mutuo acuerdo, el cual deberá constar por separado respecto del precio del producto entregado;

7. Al supermercado y/o similares les queda prohibida la devolución arbitraria de los productos;

8. Para evitar desabastecimientos de cualquier producto los supermercados y/o similares y los proveedores o productores incorporarán obligatoriamente en sus contratos cláusulas de abastecimiento periódico y permanente, ordinario y extraordinario, a fin de mantener siempre un stock suficiente, incorporando para el efecto sistemas informáticos de alerta y comunicación;

9. El supermercado y/o similares no podrán exigir al proveedor que le entregue los productos con la propia marca de los supermercados y/o similares; la marca propia tiene que ser realizada bajo contrato de producción independiente del contrato de provisión;

10. Es ilegal cualquier clase de retención económica por parte de los supermercados y/o similares, salvo con orden judicial;

11. Las actas de entrega recepción deberán utilizar medios electrónicos o computarizados, salvo cuando las circunstancias no lo permitan; y,

12. Los supermercados y/o similares podrán devolver los productos a pedido escrito del proveedor, única y exclusivamente cuando las circunstancias de los productos o los intereses del proveedor se vean afectados de seguir manteniendo sus productos en exhibición. Por las devoluciones que se realicen al amparo de este artículo el proveedor extenderá la nota de crédito correspondiente.

CAPÍTULO III

SISTEMA DE PROMOCIÓN, REQUISITOS DEL PROVEEDOR, CODIFICACIÓN DE PROVEEDORES Y PRODUCTOS, DESCODIFICACIÓN, CARACTERÍSTICAS DEL PRODUCTO, SUMINISTRO DE INFORMACIÓN Y APERTURA DE NUEVOS PUNTOS DE VENTA

Art. 14.- SISTEMA DE PROMOCIÓN DE PRODUCTOS Y EXCEPCIONES.- Los Supermercados y/o similares no promocionarán o exhibirán los productos cuando el precio de éstos a ser publicados en distintos medios o exhibidos en las góndolas sea inferior al precio de compra constante en la factura o contrato de provisión, salvo las siguientes excepciones:

1. Ventas destinadas a la eliminación del stock por salida del producto del mercado;
2. Ventas por fin de temporada;
3. Productos estacionales;
4. Productos con caducidad inminente;
5. Productos con pequeñas fallas posteriores de presentación; y,
6. Productos bajo el sistema de promoción.

Para proceder a la publicación o exhibición de estas ofertas, los supermercados y/o similares deberán advertir a los consumidores, de modo escrito y en lugares o espacios destacados que se trata de algunos de las causales enumerados en este artículo, con un tamaño de caracteres que sean equivalentes al anuncio del descuento ofrecido.

El costo de las campañas promocionales propias y exclusivas de los supermercados y/o similares será siempre asumido por estos.

Ante el incumplimiento de las condiciones de entrega en relación con productos que sean objeto de promociones anunciadas al público o de la exhibición, salvo fuerza mayor comprobada o en caso fortuito, la parte incumplidora deberá responder legalmente. El supermercado y/o similares no podrá exigir bajo ningún concepto la realización de promociones con cargo al proveedor.

Una vez concluido el plazo de la promoción la publicidad deberá ser retirada inmediatamente. Mientras el anuncio de la promoción esté expuesto el consumidor exigirá en caja su cumplimiento.

Art. 15.- REQUISITOS MÍNIMOS PARA SER CONSIDERADO PROVEEDOR.- Para ser considerado proveedor, se tomará en cuenta lo siguiente:

- a. Ser persona natural legalmente capaz o persona jurídica legalmente constituida o domiciliada en el país, de conformidad con la legislación vigente;
- b. Tener Registro Único de Contribuyentes (RUC) o Régimen Impositivo Simplificado Ecuatoriano (RISE);
- c. Cuando el proveedor sea extranjero deberá cumplir los requisitos legales pertinentes, que permitan establecer las responsabilidades administrativas, civiles o penales adecuadas de ser el caso;
- d. Cuando el proveedor o producto ingrese por primera vez al mercado entregará documentos de producción que contengan información que permita al supermercado y/o similares verificar su capacidad comercial, financiera, operativa, de producción y suministro, a fin de evitar delitos como el lavado de activos, etc.; y,
- e. Estar vinculado a los sistemas tecnológicos de información que se emplean por el supermercado y/o similares, en los eventos en que su registro o inscripción sea requerido.

Art. 16.- CODIFICACIÓN DE PROVEEDORES, PRODUCTORES Y PRODUCTOS.- Con el fin de asegurar el conocimiento de los parámetros requeridos por los supermercados y/o similares para la codificación de los productos ofrecidos por los proveedores, los requisitos que se exijan para el efecto deberán ser dados a conocer al proveedor previamente a la celebración del contrato de provisión y estar disponibles al público en los respectivos portales web de los supermercados y/o similares.

Debido al proceso dinámico de codificación y descodificación de proveedores y productos y con el objeto de que se propicie la competencia y que el consumidor tenga alternativas, deberán existir al menos dos (2) proveedores por cada ítem exceptuando el escenario en el que sólo exista un proveedor en el país para este ítem en particular.

Cada nuevo proveedor así como cada producto será debidamente codificado siguiendo las normas legales comerciales y respetando el principio de no discriminación.

Los listados de proveedores debidamente codificados serán de naturaleza confidencial y no serán asequibles a terceros, salvo para la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y de los organismos públicos de control y competencia judicial.

Art. 17.- DESCODIFICACIÓN DE PROVEEDORES.- Se consideran como requisitos mínimos generales para la descodificación los siguientes:

- a. Los supermercados y/o similares deberán publicar en sus portales web las políticas de descodificación de proveedores a fin de que éstos las conozcan con antelación;
- b. Cuando el supermercado y/o similares encuentren una razón comercial debidamente justificada para descodificar a un proveedor o por las condiciones constantes en el contrato de provisión, deberá comunicarse con el proveedor, en un plazo de treinta (30) días, con el fin de exponer dichas razones y llegar a conclusiones que favorezcan continuar la relación comercial;
- c. Bajo toda circunstancia, se le permitirá al proveedor plantear sus argumentos, los cuales deberán ser considerados por el supermercado y/o similares antes de tomar su decisión. De dicha deliberación se dejará constancia escrita en acta, en los términos que determinen los operadores económicos.
- d. La resolución de descodificación no implicará desconocimiento alguno de las obligaciones recíprocas pendientes entre los operadores económicos, las cuales deberán finiquitarse en la respectiva acta;
- e. La misma facultad y con el mismo procedimiento tendrá el proveedor para descodificar al supermercado y/o similares cuando tenga razones legítimas o por las condiciones constantes en el contrato de provisión;
- f. Una vez descodificado, el proveedor podrá pedir la reconsideración de la descodificación presentando los argumentos que le den sustento a dicha petición en un plazo que no podrá exceder los treinta (30) días;
- g. Se exceptuará de este procedimiento a los supermercados y/o similares y a los proveedores, en los casos en los que se comprometa de manera inminente la salud pública, exista gravedad manifiesta declarada por autoridad competente o reforma legal;
- h. La descodificación procederá también cuando deje de existir el producto; e, i. Está prohibida la descodificación por motivos de retaliación.

Art. 18.- CARACTERÍSTICAS DEL PRODUCTO.-Para la codificación de los productos se considerará los siguientes aspectos:

- a. En relación con su contenido nutricional: Cuando aplique, todos los productos deberán contener información clara, veraz y precisa en sus tablas nutricionales que permitan conocer sus contenidos, efectos y excepciones para el consumo, de acuerdo a las normas legales pertinentes.
- b. En relación con su comercialización:
 - 1. Que su comercialización ofrezca el nivel mínimo de rentabilidad determinado por el supermercado y/o similares para la respectiva categoría;
 - 2. Que el producto ofrezca las cualidades alimenticias legalmente permitidas para los consumidores;
 - 3. Que pertenezca al portafolio de productos que el supermercado y/o similares tiene definido dentro de su surtido y giro; y,
 - 4. Que se acredite una estructura de producción adecuada y/o importación que le permita cumplir con los niveles mínimos de entrega o abastecimiento del producto.
- c. En relación con exigencias legales y técnicas:

1. Cumplir con las condiciones higiénico-sanitarias establecidas en la legislación vigente, incluyendo Registro Sanitario, por cada producto elaborado, que deberá encontrarse vigente durante toda la relación de suministro;
2. Todos los productos exhibidos deberán contener en forma clara, veraz y precisa, el precio final, la fecha de expiración y otras indicaciones relevantes a la calidad del producto;
3. En cuanto a marcas, patentes y otros derechos constituidos en propiedad intelectual, los proveedores y los supermercados y/o similares deberán cumplir la normativa legal nacional e internacional aplicable;
4. En todo caso, los proveedores deberán responder por la garantía de consumo establecida en la ley;
5. Cumplir con los requisitos legales sobre embalaje y empaque de los productos; y,
6. Los efectos dañinos de los productos por una indebida conservación posterior a la entrega es responsabilidad de los supermercados y/o similares.

d. En relación con exigencias de identificación:

Identificación de la mercancía con un solo código de barras por EAN (*European Article Number*), tanto en la unidad de venta como en la de empaque. Los requisitos para la codificación serán aplicables de manera general a todos los productores, proveedores y productos.

e. Caso fortuito o fuerza mayor:

En casos excepcionales y con la finalidad de atender la proveeduría social o la naturaleza del producto, en casos de fuerza mayor, conmoción social o nacional declarada por autoridad competente los supermercados y/o similares podrán variar y/o abstenerse de solicitar algunos de los requisitos exigidos para su codificación, salvo los sanitarios mínimos exigibles para el consumo.

Art. 19.- OBLIGACIÓN DE EXHIBICIÓN EN GÓNDOLAS.- El contrato de provisión lleva implícita y obligatoriamente la exhibición, sin costo adicional al proveedor, de los productos en las góndolas o estantería de los supermercados y/o similares.

No se permitirá que una categoría de productos por su marca ocupe exclusivamente una sola góndola o estantería, al contrario ésta deberá estar ocupada también por otros productos similares o competidores, cuyo espacio de ocupación no será inferior al 15% de la percha. La forma en que los productos sean exhibidos y colocados en las repisas, estantes o bandejas, según las zonas de las góndolas no podrán bajo ningún concepto responder a discriminación de ningún tipo.

El 15% del total de las cabeceras o finales de góndola y estantería, deberán estar ocupadas por los proveedores comprendidos en los literales a, b y c del artículo 9 de este Manual, ya sea por razones de comercialización o de promoción.

Los supermercados y/o similares deberán reportar a la SCPM bajo juramento, el cumplimiento de esta disposición una sola vez al año dentro de los cinco (5) primeros días del mes de febrero.

No serán consideradas como parte de las góndolas o estantería, los exhibidores contiguos a las cajas, los congeladores exclusivos, las islas de exhibición y las islas de venta personalizada.

Art. 20.- SOLICITUD DE APLICACIÓN DE CONDICIONES IGUALITARIAS A OTROS SUPERMERCADOS Y/O SIMILARES.- Los supermercados y/o similares no podrán exigir que se verifiquen aumentos o disminución de precios en otros comercializadores o expendedores, como condición previa para la aceptación de aumentos o disminución de precios de productos o de algún proveedor.

Art. 21.- APERTURA DE NUEVOS PUNTOS DE VENTA.- Las aperturas de nuevos puntos de venta ya sea en el ámbito nacional o internacional serán exclusivamente de cuenta y riesgo de los supermercados y/o similares.

CAPÍTULO IV

LOGÍSTICA, EFICIENCIA Y EFICACIA ADMINISTRATIVA, POLÍTICAS DE RECEPCIÓN, INFORMACIÓN ENGAÑOSA, PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, RETALIACIÓN Y CONDUCTAS SUBYACENTES

Art. 22.- LOGÍSTICA, EFICIENCIA Y EFICACIA ADMINISTRATIVA.- A fin de alcanzar la eficiencia y eficacia se observará lo siguiente:

1. Los operadores económicos deben tener en cuenta el potencial beneficio que tiene la generación de buenas prácticas orientadas a mejorar los procesos de entrega y recepción de mercadería, cuyo objetivo es mantener un comportamiento adecuado de los procesos de distribución y entrega de los productos en óptimas condiciones para los consumidores;
2. Los operadores económicos se comprometen a desarrollar y actualizar un formato de revisión al detalle, en el que se señale todos los elementos que provocan retrasos en la entrega de mercaderías;
3. Los operadores económicos deben desarrollar y actualizar un formato de herramientas de revisión al detalle, en el que se señale todos los elementos de los procesos internos de los supermercados, identificados por los proveedores, cuya mejora incida positivamente en la entrega-recepción de productos por parte de los proveedores y que dependa de la ejecución de los supermercados y/o similares;
4. Los supermercados y/o similares con sus proveedores generarán un documento de trabajo, cuyos puntos serán discutidos en reuniones que se convocarán y realizarán por lo menos una vez al año;
5. Para alcanzar la eficacia y eficiencia administrativa los operadores económicos utilizarán las herramientas informáticas que permitan concretar una mejora continua; y,
6. Los supermercados y/o similares deben desarrollar períodos de capacitación, ya sea por medios presenciales, semipresenciales o a distancia a criterio de los supermercados y/o similares sin costo para los proveedores, que incluyan cursos, seminarios y otros, orientados a mejorar los conocimientos y las habilidades de los proveedores en materia de entrega eficiente de mercadería, al menos una vez al año y las veces que el supermercado y/o similares considere necesarias.

Art. 23.- PUBLICIDAD ENGAÑOSA.- Por mandato legal, tanto proveedores como supermercados y/o similares se abstendrán de difundir publicidad engañosa que tenga como efecto la desviación de clientela; así como, la inducción a error o engaño en el mercado en perjuicio del consumidor.

Art. 24.- PROCEDIMIENTO Y MECANISMOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS.- Cuando surjan conflictos entre los operadores económicos en la

intermediación comercial y que se refiera al incumplimiento de esta normativa, el procedimiento básico debe contar con dos (2) etapas:

a. Etapa Uno: ARREGLO DIRECTO.- En caso de incumplimiento del contrato de provisión, sin perjuicio de las acciones legales, los operadores económicos procurarán un arreglo directo, para lo cual se tendrá en cuenta lo siguiente:

1. Presentación de la queja o reclamo: Las quejas y/o reclamos se presentarán y tramitarán por escrito, en el domicilio del supermercado y/o similares y/o proveedor o productor de ser el caso, dentro del plazo de tres (3) días contados desde cuando se conoció la infracción o desacuerdo;

2. Atención de las quejas o reclamos: Los supermercados y/o similares deberán resolver las quejas y/o reclamos dentro del plazo de quince (15) días posteriores a la recepción de la queja; y,

3. Duración de la etapa de arreglo directo: La etapa de arreglo directo no excederá del plazo de dieciocho (18) días.

b. Etapa Dos: MEDIACIÓN, PROCEDIMIENTO ARBITRAL O JUDICIAL: Si no se ha llegado a un acuerdo dentro del plazo establecido en la etapa uno, la parte que se creyere afectada podrá ejercer las acciones que considere pertinentes ante el organismo legal competente y se informará por escrito a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Toda información o notificación remitida será considerada como confidencial de conformidad con la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento.

Art. 25.- LAS RETALIACIONES.- El supermercado y/o similares no podrán ejercer retaliaciones como consecuencia de las acciones emprendidas por el proveedor o productor de conformidad a la ley.

CAPÍTULO V

INTERMEDIACIÓN FORMAL, FORMATOS, CONTENIDO MÍNIMO DE LOS CONTRATOS, DIFUSIÓN EN LOS PORTALES WEB, ACCESO A LISTADOS DE PROVEEDORES Y DIFUSIÓN PÚBLICA DE PRECIOS

Art. 26.- INTERMEDIACIÓN FORMAL.- La intermediación comercial siempre se hará en forma escrita directa o por medios electrónicos a fin de eliminar las distorsiones en la ejecución contractual comercial y evitar perjuicios económicos al proveedor. Art.

27.- FORMATOS.- Los supermercados y/o similares en general deben mantener los formatos de contratos de provisión en sus portales web, siguiendo la estructura formal determinada en este Manual.

Art. 28.- CONTENIDO MÍNIMO DE LOS CONTRATOS DE PROVISIÓN.- Los contratos de provisión que se suscriban entre los proveedores y los supermercados y/o similares, deben realizarse siguiendo esta estructura:

1. Lugar y fecha;

2. Comparecientes: generales de ley;

3. Cláusula de aplicación de este Manual de Buenas Prácticas Comerciales;

4. Objeto del contrato;

5. Plazos; y,

6. Precios de cada producto, incluido impuestos y formas de pago y los mecanismos y procedimientos legales para actualizar las listas de precios cuando sea procedente.

El proveedor y el supermercado y/o similares suscribirán por lo menos dos (2) originales de igual valor y tenor; uno para cada parte. En caso de usar medios electrónicos, cada parte recibirá una copia del contrato por esa vía, conforme a la Ley de Comercio Electrónico.

Art. 29.- COMERCIO ELECTRÓNICO.- Para el objeto y cumplimiento de las transacciones comerciales los operadores económicos podrán establecer uno de los medios legales de comunicación digital o conectividad para otorgar, cumplir, pagar, modificar y terminar los contratos de provisión cumpliendo estrictamente las normas de la Ley de Comercio Electrónico.

Art. 30.- CONDICIONES PARA TERMINACIÓN DE LAS RELACIONES COMERCIALES.- Las relaciones comerciales entre supermercados y/o similares y proveedores no deberán ser interrumpidas o terminadas abruptamente sin haber mediado una notificación escrita previa de cualquiera de los operadores económicos con al menos treinta (30) días de anticipación.

Art. 31.- ACCESO A LISTADOS DE PROVEEDORES.- Los listados de proveedores son restringidos y no son de libre acceso a terceros, salvo para la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y de los organismos públicos de control y acción judicial. Los listados se ejecutarán en base de las siguientes reglas:

- a. Es obligación de los supermercados y/o similares mantener la información en forma reservada así como los proveedores mantener el sigilo de los contratos;
- b. Los supermercados y/o similares deberán mantener en archivo a los proveedores clasificados por artículos o por categorías de productos;
- c. Hasta el quince (15) del mes de abril de cada año, en forma obligatoria y sin requerimiento previo alguno, los supermercados y/o similares, sin excepción alguna, remitirán a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en formato digital accesible el listado actualizado de todos sus proveedores debidamente clasificados. El formato de información mínimo será el siguiente:

Nota: Para leer Cuadro, ver Registro Oficial 406 de 30 de Diciembre de 2014, página 45.

- d. De igual forma, remitirán en forma obligatoria el listado a fecha de los proveedores y productos descodificados en el siguiente formato:

Nota: Para leer Cuadro, ver Registro Oficial 406 de 30 de Diciembre de 2014, página 45.

Art. 32.- DIFUSIÓN PÚBLICA DE PRECIOS AL CONSUMIDOR.- A fin de fomentar la competencia y el comercio justo, los supermercados y/o similares sin excepción alguna, deberán publicar mensualmente en sus respectivos portales web el listado de todos los productos que ofrecen con sus respectivos precios finales a fin de que el consumidor esté informado y pueda elegir el artículo y donde comprarlo. Con este fin se invita a la sociedad civil a auto organizarse en observatorios ciudadanos y comités de usuarios para monitorear permanentemente los precios y la calidad de los productos. La Superintendencia proveerá bajo pedido y sin costo la capacitación que se requiera.

Art. 33.- CONSERVACIÓN DE LA INFORMACIÓN.-Los supermercados y/o similares mantendrán una base de datos de naturaleza reservada con la información de las transacciones realizadas con sus proveedores la que deberán guardarla bajo su responsabilidad por siete (7) años. La SCPM solicitará que le sea enviada esta información cuando lo considere necesario dentro del cumplimiento de sus deberes y atribuciones.

DISPOSICIONES GENERALES:

PRIMERA.- Queda derogado el Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el Sector de los Supermercados y/o Similares y sus Proveedores, expedido mediante Resolución No. SCPM-DS-057-2014 de 29 de agosto de 2014 y toda norma de igual o menor jerarquía que se oponga a esta Resolución.

SEGUNDA.- El seguimiento de aplicación y cumplimiento lo realizará la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, Intendencia de Abogacía de la Competencia y la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, quienes presentarán los respectivos informes a la Intendencia General.

TERCERA.- En lo no previsto en este Manual, se estará sujeto a lo dispuesto en la LORCPM y su reglamento, así como, en lo que sea pertinente a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversión y sus respectivos reglamentos así como en lo que sea pertinente a la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria.

CUARTA.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado así como las instituciones públicas dentro de sus competencias, podrán otorgar sin costo su apoyo para la realización de un sistema de capacitación dirigido a proveedores, comercializadores, comités de usuarios y observatorios ciudadanos.

QUINTA.- En caso de no acogerse al artículo 10 del presente manual y con el fin de incentivar la producción nacional de los sectores menos favorecidos, los supermercados y/o similares deberán comprar, abastecerse, exhibir y vender los productos entregados por los MIPYMES y los de la Economía Popular y Solidaria en las temporadas de mayor movimiento comercial, tales como: San Valentín, Semana Santa, día de la madre, día del padre, Navidad y fin de año, en un porcentaje adicional superior al uno por ciento del promedio analizado de ventas de los productos.

SEXTA.- Se recomienda al Servicio de Rentas Internas (SRI), Defensoría del Pueblo, Intendencia de Policía, Agencia Nacional de Regulación Control y Vigilancia Sanitaria, Ministerio de Salud Pública, Gobiernos Autónomos Descentralizados, Gobernaciones, Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, Instituto de Economía Popular y Solidaria, Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, Ministerio de Industrias y Productividad, Instituto Ecuatoriano de Normalización, coordinar esfuerzos para el fiel cumplimiento de este Manual.

SÉPTIMA.- GLOSARIO.- Para la aplicación, ejecución y comprensión eficiente de este Manual, se establecen entre otras las siguientes definiciones:

1. ABUSO DE PODER: Se entenderá que se produce abuso del poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general;

2. **AUTOGESTIÓN:** Ejecutar y administrar actividades económicas con recursos propios;
3. **AUTO VIGILANCIA:** Mecanismo de fiscalización por las propias partes que lo crean;
4. **BUENAS PRÁCTICAS COMERCIALES:** Aquellas realizadas observando las normas legales de calidad, ética, buena fe y buenas costumbres comerciales;
5. **BODEGAS:** Operador económico encargado de la recepción o almacenamiento siendo punto de partida para la distribución de productos;
6. **CADUCIDAD INMINENTE:** Tiempo relativamente corto previo a la fecha de vencimiento de un producto;
7. **CANALES DE PROVISION:** Todas las formas lícitas de entregar productos a los supermercados y/o similares;
8. **CANASTA:** Es el conjunto de bienes de consumo alimenticio y no alimenticio de consumo corriente que sirve como referencia para un patrón de consumo en los hogares;
9. **CATEGORIA:** Es cada uno de los grupos básicos en la que puede incluirse o clasificarse un producto;
10. **CODIFICACION DE PROVEEDORES Y DE PRODUCTOS:** Se entenderá por codificación el ingreso o reingreso de productos y/o proveedores que no se encuentren registrados en los supermercados y/o similares;
11. **COMERCIALIZADORES:** Todos los agentes económicos que se dedican al comercio o intermediación de productos entre el proveedor y el consumidor final;
12. **COMERCIO JUSTO:** El realizado sin ninguna distorsión en el mercado en un nivel de competencia óptimo, equitativo y sustentable para todas las partes;
13. **COMPORTAMIENTO ETICO:** Realizar el comercio de buena fe, ética y buenas costumbres mercantiles tendiendo al bien general;
14. **CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS:** Actos antijurídicos que se encuentran tipificados y descritos como infracción en la LORCPM;
15. **CONTRATO DE PROVISION:** Instrumento jurídico que detalla los derechos y obligaciones contractuales, que tienen que suscribir entre el proveedor o productor con los supermercados y/o similares;
16. **DESCODIFICACION:** Sistema operativo para que un proveedor se desvincule de la relación contractual con un supermercado y/o similares, o se deje de proveer uno o más productos de los señalados en el contrato de distribución o viceversa;
17. **DISTORSIONES DE LA INTERMEDIACION:** Toda forma de comercialización alterada por los supermercados y/o similares respecto de los precios, información, entrega, manejo, calidad y cantidad de los productos;
18. **DISTRIBUIDORES:** Empresas grandes cuyo objeto social es recibir los bienes elaborados por los productores y entregarlos a los comerciantes.
19. **EQUIDAD Y JUSTICIA COMERCIAL:** Equilibrio en las relaciones de las partes;
20. **EXPENDEDORES:** Los supermercados y/o similares dedicados a la venta de los productos a los consumidores finales;

21. **GONDOLAS:** Son los muebles metálicos o de madera natural o refrigerado compuestos de estanterías donde se colocan los productos para la venta y permiten un fácil acceso a los compradores o consumidores.
22. **JUSTO PRECIO:** Precio razonable de las cosas según criterios de justicia y equidad y adecuación entre los intereses del comprador y el vendedor;
23. **LORCPM:** Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado;
24. **MERCADO SECTORIAL:** Es un segmento del mercado para un grupo de productos, similares y/o sustitutos;
25. **ÓPTIMA CALIDAD:** Es el atributo de un producto cuando está elaborado con los mejores o más altos estándares exigidos por la normas de un determinado lugar;
26. **PEQUEÑAS FALLAS:** Daños que tienen los productos, los cuales no afectan a la calidad sustancial;
27. **PRÁCTICAS ABUSIVAS:** Actos o conductas realizadas por dos o más operadores económicos, cuyo objeto o efecto sea el impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia;
28. **PRÁCTICAS DESLEALES:** Todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestas en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad comercial o publicitaria (publicidad engañosa, denigrante, etc.);
29. **PRÁCTICAS RESTRICTIVAS:** Todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizadas por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestadas, con la producción o intercambio de bienes y servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afectar negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general;
30. **PRECIOS LEGÍTIMOS:** Son los precios a los cuales se deberían vender los productos sin que exista una ganancia abusiva por parte del comercializador;
31. **PRECIOS PREDATORIOS:** Son los precios que se venden bajo el costo de un producto con el fin de eliminar a ciertos competidores del mercado;
32. **PRODUCTO:** Objeto que se ofrece en un mercado con la intención de satisfacer las necesidades del consumidor;
33. **PRODUCTORES:** Son los operadores económicos que elaboran el bien o producto que se va a comercializar en el mercado;
34. **PROVEEDORES:** Son los operadores económicos que venden sus productos a los supermercados o comercializadoras;
35. **SEGURIDAD ALIMENTARIA:** Regulación de los entes de control para que los alimentos puedan ser expendidos sin riesgo para la salud;
36. **SISTEMA DE CODIFICACION:** Es el mecanismo técnico comercial mediante el cual se asigna un registro o clave numérica o similar reducida y única a un proveedor o a los productos a ser expendidos en los supermercados y/o similares, el cual permite la individualización y singularización y evita la confusión. Esta codificación dentro de la administración permite un fácil acceso a la información registrada. El acceso a la codificación de proveedores y productos es confidencial conforme a la Ley;

37. SUPERMERCADOS, COMISARIATOS, MEGAMERCADOS e HIPERMERCADOS: Son establecimientos comerciales de autoservicio con superficies grandes de más de un mil (1000) metros cuadrados de superficie destinadas a la distribución minorista, en los cuales se venden productos alimenticios, bebidas, confitería, artículos del hogar, limpieza personal y productos no alimenticios de consumo corriente;

38. TIENDAS DE CONVENIENCIA: Son establecimientos comerciales cuya superficie va desde cien (100) metros cuadrados hasta menos de quinientos (500) metros cuadrados, destinadas a la distribución minorista en los cuales se venden productos alimenticios, bebidas, confitería, artículos del hogar, limpieza personal y productos no alimenticios de consumo corriente, con un horario de atención de más de doce horas continuas por día y trescientos sesenta y cinco días al año; y,

39. TIENDAS GRANDES: Son establecimientos comerciales de autoservicio cuya superficie total tenga desde quinientos (500) metros cuadrados hasta mil (1000) metros cuadrados, destinados al expendio de productos alimenticios, bebidas, confitería, artículos del hogar, limpieza personal y productos no alimenticios de consumo corriente.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- Los supermercados y/o similares y sus proveedores cumplirán con lo dispuesto en los artículos 6 y 12 de este Manual dentro de un plazo de seis (6) meses contados a partir de la publicación de este Manual en el Registro Oficial.

SEGUNDA.- En el plazo de seis (6) meses contados a partir de la publicación de este instrumento jurídico en el Registro Oficial, los supermercados y/o similares establecerán sin costo para el proveedor góndolas especiales o islas de exhibición de productos orgánicos, multiculturales, de los actores de la economía popular y solidaria y de Precios Justos.

TERCERA.- Los supermercados y/o similares hasta el 31 de diciembre de 2014 deberán comprar a los productores de la Economía Popular y Solidaria al menos el 1% de su facturación anual.

CUARTA.- La certificación que emita al concluir cada año la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria respecto de la existencia de la capacidad de oferta respectiva será a partir del año 2015.

DISPOSICIÓN FINAL

Este Manual regirá a partir de su promulgación, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito, el 28 de noviembre de 2014.

f.) Pedro Páez Pérez, Superintendente de Control del Poder de Mercado.

Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Secretaría General.- Es fiel copia del documento que reposa en el Archivo General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Lo certifico.- Fecha: 08 de diciembre de 2014.- f.) Ilegible.