

Régimen de responsabilidad civil por daños derivados de la infracción del derecho antitrust respecto a prácticas restrictivas: la aplicación privada del derecho de competencia

Civil liability regime for damages arising from antitrust violations regarding restrictive practices: private enforcement of competition law

PAOLA MOREIRA PINARGOTE*
NICOLE IZA ABAD**

Recibido / Received: 26/06/2023
Aceptado / Accepted: 10/08/2023
DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3026>

Citación:

Moreira Pinargote, P. N. Iza Abad. “Régimen de responsabilidad civil por daños derivados de la infracción del derecho antitrust respecto a prácticas restrictivas: la aplicación privada del Derecho de Competencia”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 2, <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3026>

* Universidad San Francisco de Quito, USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: kpaolamoreira@outlook.com, ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8833-6072>

** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: nicoleizaabad@outlook.com, ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0006-4622-1951>

RESUMEN

El presente trabajo pone en manifiesto el régimen aplicable para demandar una indemnización por daños derivados de prácticas restrictivas que afecten a los consumidores y otros competidores. Concluyéndose que se debe aplicar un régimen de responsabilidad civil extracontractual. Si bien no existe un régimen especial para este tipo de indemnizaciones, se debe tener en consideración ciertos elementos importantes, como la prejudicialidad de la declaratoria de las prácticas restrictivas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, la prevalencia de los daños de carácter patrimonial y la posibilidad de establecer un régimen de responsabilidad subjetivo con presunción de culpabilidad. Estas consideraciones, al momento de resolver una demanda por indemnización de daños, pueden representar un avance significativo en la forma en que se aborda la responsabilidad por conductas anticompetitivas, al ofrecer a las partes perjudicadas una nueva vía para buscar justicia y reparación.

PALABRAS CLAVE

Conductas colusorias; derecho *antitrust*; prácticas restrictivas; procedimiento administrativo; responsabilidad objetiva; reclamación de daños

ABSTRACT

This paper shows the applicable regime for claiming compensation for damages derived from restrictive practices affecting consumers and other competitors, concluding that a tort liability regime should be applied. Although there is no special regime for this type of indemnity, certain important elements must be considered, such as the prejudicial nature of the declaration of restrictive practices by the Superintendence of Control of Market Power, the prevalence of pecuniary damages and the possibility of establishing a subjective liability regime with presumption of guilt. These considerations —when resolving a claim for damages— may represent a significant advance in the way in which liability for anticompetitive conduct is addressed, by offering the affected parties a new way to seek justice and redress.

KEYWORDS

Collusive practices; antitrust law; restrictive practices; administrative procedure; objective liability; private enforcement; tort claim

1. INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico ecuatoriano adoptó el derecho de competencia hace doce años. No obstante, todavía existen temas que no han sido completamente tratados en el marco legal. Actualmente, la Superintendencia de Competencia Económica (en adelante SCE) tiene la competencia exclusiva de declarar si una práctica es anticompetitiva en un proceso administrativo. Por ello, este tratado busca explorar una alternativa distinta en el ámbito civil, centrándose en abordar el problema jurídico relacionado con el régimen de responsabilidad civil por daños resultantes de prácticas restrictivas.

El surgimiento de prácticas restrictivas que afectan a los consumidores y a otros competidores genera la necesidad de establecer un marco legal en el ámbito civil para establecer la indemnización por los daños generados. Por lo cual, se plantea la interrogante sobre cuál es el régimen de responsabilidad civil más adecuado para abordar esta problemática.

De esta manera, la aplicación privada del derecho ofrece a los afectados la oportunidad de recibir una compensación, que puede fomentar una mayor rendición de cuentas por parte de los infractores y reforzar la salvaguardia de los intereses de los consumidores y otros competidores en el mercado.¹ Al proporcionar específicamente el ámbito civil como una alternativa adicional a los procedimientos administrativos llevados por la SCE, se promueve una mayor accesibilidad a la justicia y se amplían las opciones disponibles para remediar los daños causados por prácticas anticompetitivas. De este modo, la vía civil aborda de manera más exhaustiva los perjuicios sufridos y otorga una mayor capacidad para garantizar una adecuada reparación de los daños causados.

Es importante destacar que, si bien no existe un régimen especial para la compensación de daños derivados de prácticas restrictivas, el derecho de competencia y el régimen de responsabilidad civil ofrecen un enfoque integral para este tipo de situaciones. Esto implica considerar elementos como la prejudicialidad de la declaratoria de las prácticas restrictivas por parte de la SCE, la prevalencia de los daños patrimoniales y la posibilidad de establecer un régimen de responsabilidad subjetivo con inversión de la carga probatoria.

Además, se ofrece un análisis de jurisprudencia comparada, tomando como referencia el caso de España, donde ya se ha aplicado un régimen de indemnización de daños para particulares. Este estudio conjunto proporciona una visión integral del problema y sienta las bases para un enfoque más efectivo en la reparación de los particulares afectados por prácticas restrictivas.

1 Ernesto Rengifo, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante* (Bogotá: Universidad del Externado, 2004), <https://doi.org/10.2307/j.ctv25tnvc1>.

Con este antecedente sobre la relevancia del mercado y la influencia de las prácticas restrictivas en la dinámica económica, es fundamental examinar cómo estas prácticas impactan directamente en la libre competencia y en los derechos de los consumidores.

2. DERECHO DE COMPETENCIA Y SU FUNCIÓN DE PROTECCIÓN DEL MERCADO

El mercado actúa como un sistema para la asignación de recursos, la producción y el intercambio de bienes y servicios en una economía.² Por esta razón, desarrolla un papel crucial en el funcionamiento de la sociedad al facilitar la interacción entre compradores y vendedores. Siguiendo esta línea, la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) enmarca al mercado como un bien jurídico protegido que tiene titularidad general por toda la sociedad.³ Así, la importancia de una relación dinámica y equilibrada del mercado permite que exista armonía entre la sociedad y el Estado. Por otro lado, el sistema económico que permite que los precios de los bienes y servicios sean determinados por la oferta y la demanda es el sistema de libre mercado. Este sistema se basa en la propiedad privada, competencia y libre elección por parte de los consumidores.⁴ Por ello, su protección es fundamental ya que asegura la eficiencia económica al permitir una asignación eficiente de recursos. Punto que beneficia a los consumidores al garantizar opciones, precios competitivos y productos de calidad.⁵ Empero, la intervención del Estado se debe limitar a los fallos de mercado.

Asimismo, los fallos de mercado se refieren a circunstancias en las que el mercado no logra asignar eficientemente los recursos o no produce resultados deseables desde el punto de vista económico o social.⁶ Por ende, se busca evitar que las condiciones o los precios del mercado sean resultado de fallos artificiales o situaciones de dominancia. En línea con estos objetivos, la CRE prescribe que la política comercial tiene como finalidad evitar prácticas monopólicas y oligopólicas que afecten el funcionamiento de los mercados.⁷

Así, el Estado vigila al mercado por medio del derecho de competencia. Primordialmente enfocándose en prevenir y sancionar prácticas anticompetitivas que puedan restringir la competencia y afectar negativamente el

2 Selma Mushkin, "Hacia una definición de la economía de la salud", *Lecturas de Economía* 51 (diciembre 1999): 89-109. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4833839>.

3 Artículo 335, Constitución de la República del Ecuador, R. O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez Tercer Suplemento del R. O. 377 de 25 de enero de 2021.

4 Teresa Freire Rubio, *Prácticas y conceptos básicos de microeconomía* (Madrid: ESIC, 2006), 23-49.

5 Agustín Grijalva, y José Vicente Troya, "Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador", *Foro: Revista de Derecho* 1 (Enero 2003): 5-47, <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/269>.

6 Ricardo Reveco, y Ricardo Padilla, "Derecho de la libre competencia," *Revista Chilena de Derecho Privado* 28 (julio 2017): 375-86, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370852131014>.

7 Artículo 304, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

funcionamiento eficiente del mercado.⁸ Siendo así que la estructura del derecho de competencia ecuatoriano se encuentra contemplada en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (en adelante LORCPM). El artículo 1 de la LORCPM establece que el sistema de regulación y control se divide en cuatro subrégimenes especializados, que abordan diferentes conductas como (i) abusos de poder de mercado; (ii) prácticas restrictivas; (iii) competencia desleal y (iv) concentraciones económicas.

3. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS COMO INFRACCIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA

Si bien es completamente viable que los operadores económicos involucrados en la cadena de producción realicen acuerdos, el límite se traza cuando estos comprometen la competencia justa o perjudican los intereses de los consumidores. Así, en el marco de los acuerdos entre los operadores económicos, se ha regulado a las prácticas restrictivas como aquellas conductas en las que dos o más operadores económicos,⁹ de manera actual o potencialmente, rempazan la competencia por la colaboración.¹⁰ Estas acciones limitan, obstaculizan o distorsionan la competencia debido a que cambian la competencia por la colaboración.¹¹ En su artículo 11, la LORCPM considera que un acuerdo puede ser anticompetitivo por su intención y por sus consecuencias en el mercado, independientemente de si se han ejecutado efectivamente con dicho fin. Estos acuerdos pueden darse en el mismo nivel de la cadena de producción, conocidos como acuerdos horizontales, y entre diferentes niveles de la cadena, llamados acuerdos verticales. En este contexto, resulta relevante examinar las diversas formas de clasificar las prácticas restrictivas.

3.1. FORMAS DE CLASIFICAR LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS

Existen dos formas de clasificación de las prácticas restrictivas: (i) por los operadores económicos intervinientes (acuerdos horizontales y verticales) y (ii) por su objeto o efecto. Estas clasificaciones no son excluyentes, basta con que la conducta se encuadre en el concepto de una práctica restrictiva. Siguiendo

8 Paul Nihoul, *Introducción al derecho de la competencia* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 47.

9 Se entiende como operadores económicos todos aquellos que realizan actividades económicas. La LORCPM prescribe que el régimen del derecho de competencia establece que regula a todos los operadores económicos: "sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional". Ver artículo 2, LORCPM.

10 Carolina Salazar, "Algunos apuntes sobre la culpa en la responsabilidad derivada de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia", *Revista Digital de Derecho Administrativo* 10 (diciembre 2013), 147-60, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3689>.

11 Leidy Medina, y Mileth Osorio, "Fines del régimen sancionatorio en materia de protección a la libre competencia en Colombia: Un estudio desde los acuerdos restrictivos de la libre competencia" (tesis de grado, Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2017), 55, <http://hdl.handle.net/20.500.12749/543>.

el objeto de estudio de este trabajo, las prácticas a las que se hará referencia son las prácticas restrictivas horizontales por objeto y efecto anticompetitivas.

Las prácticas horizontales son prácticas entre competidores que forman parte del mismo mercado relevante, es decir, se encuentran en el mismo escalón de la cadena de valor. Estas representan graves obstáculos para la competencia en el mercado. Los carteles implican acuerdos entre competidores con objetivos anticompetitivos.¹² Estas restricciones incluyen prácticas como la fijación de precios, que abarca elementos como descuentos, formas de pago y publicidad. También se encuentra el reparto de mercado, que implica la división de zonas geográficas o categorías de clientes. Otra práctica común es la imposición de cuotas y restricciones en la producción, limitando la oferta y generando escasez artificial para elevar los precios. Por último, el amaño de subastas públicas donde la coordinación entre los participantes constituye una forma típica de cartel.

Respecto a la clasificación por objeto y efecto, por un lado, la categoría por objeto es aquella en la que las manifestaciones se revelan por sí mismas como ilegales. Estas presentan un alto riesgo para la sociedad, debido a que su objetivo principal es restringir, obstaculizar o distorsionar la competencia de manera directa. Motivo por el cual estas prácticas son consideradas anticompetitivas por su naturaleza y se consideran ilícitas sin necesidad de analizar sus efectos concretos. Por otro lado, la categoría por efecto se refiere a aquellas prácticas que, aunque no tengan como objetivo directo restringir la competencia, tienen efectos anticompetitivos en el mercado. Son aquellas en las que no es evidente el riesgo competitivo. Razón por la que se evalúan en función de su impacto real en la competencia, los precios, la aptitud y la oferta de bienes y servicios. Se consideran ilícitas sobre todo si se demuestra que causan un perjuicio significativo a la competencia.¹³

En definitiva, las conductas anticompetitivas por efecto tienen como resultado la limitación o eliminación de la competencia en el mercado. A su vez, las conductas anticompetitivas por objeto tienen como meta directa restringir la competencia. Ambas prácticas son ilegales y están sujetas a sanciones a cargo de la autoridad reguladora de la competencia.

12 Andrés Palacios, Guillermo Sossa, y Bernardo Carvajal, "Aspectos procesales en prácticas restrictivas de la competencia", *Con-texto: Revista de Derecho y Economía*, n.º 54 (julio-diciembre 2020): 113-26, <https://doi.org/10.18601/01236458.n54.08>.

13 Pinkas Flint, *Tratado de defensa de la libre competencia: Estudio exegetico del DL 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2002).

4. SANCIONES ADMINISTRATIVAS FRENTE A CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

En la legislación ecuatoriana se establecen diferentes sanciones administrativas para las prácticas restrictivas, que están contempladas en la LORCPM. Estas tienen como objetivo principal proteger la competencia. Las principales sanciones que se aplican son las multas.¹⁴ Al considerar la cuantía de una multa, la misma se establece según en el volumen de ventas o de ingresos obtenidos por los infractores. El monto de esta penalización monetaria puede ser significativa, con el propósito de disuadir la realización de prácticas restrictivas y asegurar el cumplimiento de las normas de competencia.

Además, se establecen medidas correctivas que obliguen a los infractores a cesar o modificar sus prácticas restrictivas. Estas políticas buscan restablecer la competencia en el mercado y garantizar un entorno de negocios equitativo y transparente.¹⁵ Las intervenciones correctivas pueden incluir acciones como la modificación de contratos, la apertura del mercado a nuevos competidores o la adopción de prácticas que promuevan la competencia leal.

Otra sanción prevista en la legislación es la publicidad de la infracción. Esto implica que la autoridad competente puede ordenar la difusión de la infracción cometida, con el propósito de informar a los consumidores y al público en general sobre la conducta anticompetitiva realizada. Esta medida busca crear conciencia y transparencia en el mercado, así como generar un impacto disuasorio en otras empresas que puedan estar considerando prácticas restrictivas. Empero, esta función puede ayudar a los consumidores y competidores afectados a conocer las declaratorias de las prácticas restrictivas en el supuesto en el que quieran presentar acciones indemnizatorias por daños.

Es importante destacar que, como persona o entidad particular, se puede denunciar la realización de prácticas restrictivas ante la SCE. No obstante, esta entidad no tiene la facultad de declarar la existencia de perjuicios ni de condenar al infractor al resarcimiento de sus faltas. Esto debido a que su competencia se limita a un procedimiento y sanción administrativos. La LORCPM prescribe la posibilidad de que:

[L]as sanciones impuestas a los infractores [...] no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que

¹⁴ Capítulo VI, LORCPM.

¹⁵ Francisco Marcos, "La sanción a las administraciones públicas cuando restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas sin actuar como operadores económicos en el mercado", working paper IE Law School AJ8-237 (abril 2017): 17, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3040026>.

corresponda de conformidad con las normas del derecho común, así como la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir delitos.¹⁶

Por lo tanto, los perjudicados deben buscar la satisfacción de sus intereses a través de la vía civil, a través de acciones tendientes a lograr la indemnización por daños y perjuicios.¹⁷ Lo cual significa que, en casos en los que se haya ocasionado un perjuicio económico a los consumidores u otros competidores, se puede requerir que los infractores compensen o restituyan los daños causados. Esto con el objeto de reparar el daño económico sufrido por las partes afectadas y restablecer la situación previa a la práctica restrictiva.

De modo que la sanción de las prácticas restrictivas a través de la vía civil es de suma importancia debido a varias razones: (i) permite a las partes perjudicadas buscar una compensación y reparación adecuadas por los daños sufridos, (ii) promueve un elemento disuasorio efectivo contra futuras conductas anticompetitivas y (iii) fomenta una mayor participación y transparencia en el proceso de búsqueda de justicia.¹⁸ A continuación, es importante analizar el régimen de responsabilidad civil que se debería aplicar en los supuestos de indemnización por daños derivados de la realización de prácticas restrictivas.

5. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE A PRÁCTICAS RESTRICTIVAS

El ordenamiento jurídico ecuatoriano diferencia los distintos regímenes de responsabilidad de acuerdo con su naturaleza. Estos pueden ser contractuales o extracontractuales.

La responsabilidad contractual es aquella que surge como consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico singular y concreto, mientras que la extracontractual surge al margen o con prescindencia de un vínculo jurídico de tal índole.¹⁹

Esta distinción cobra relevancia por la diferencia en los tratamientos del tema probatorio, la gradación de la culpa y los términos de prescripción.

Mayoritariamente, la responsabilidad civil en asuntos de competencia se enmarca en la esfera extracontractual. Esta situación surge porque la libre competencia se considera un interés económico “colectivo y difuso”, que involucra

¹⁶ Artículo 25, LORCPM.

¹⁷ Joaquín Tallá, “La aplicación privada del derecho de la competencia: La reclamación por daños derivados de una infracción del derecho antitrust”, (tesis de maestría, Universitat Jaume I, 2023), 5-8, <https://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/202208>.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Paola Carrillo, “Responsabilidad civil derivada de prácticas anticompetitivas: Estudio de sus presupuestos axiológicos”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 56 (julio-diciembre 2016): 1-30, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360055998011>.

a un número indeterminado de personas.²⁰ En consecuencia, se dificulta la creación de un vínculo jurídico previo e individualizado entre la víctima y su victimario para establecer una relación contractual como fuente de responsabilidad.²¹ Incluso si existiera una relación jurídica previa entre el agente infractor y la víctima, “si el daño no se origina en el incumplimiento de una de las obligaciones surgidas de ese contrato, no [se estaría] en el campo de la responsabilidad contractual sino de la extracontractual”.²² Es decir, la existencia de un contrato entre quien realizó la práctica restrictiva que provocó un daño y quien lo sufrió no basta para categorizar la responsabilidad como contractual. El daño debe ser ocasionado por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el instrumento. No obstante, en el caso objeto de estudio, la hipótesis es la práctica restrictiva que haya afectado al orden público económico y, consecuentemente, a los particulares. En definitiva, el régimen de responsabilidad será extracontractual.

5.1. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS COMO CAUSAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

En nuestro sistema legal, la responsabilidad civil extracontractual tiene su origen en el artículo 1453, el cual establece que: “las obligaciones nacen [...] a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos”.²³ De esta forma, el ordenamiento contempla el surgimiento de una obligación derivada de delitos y cuasidelitos civiles. Sin embargo, frente a un supuesto de afectación a los derechos o intereses de las personas, el ordenamiento regula si la misma persona que experimenta el daño es quien debe resignarse o si puede esperar algo de quien lo causó.²⁴ A partir de lo cual existe la posibilidad de solicitar una indemnización. Se ha establecido que el objeto del derecho de la responsabilidad civil “es establecer los requisitos para que el daño sufrido por una persona dé lugar a una acción reparatoria contra un tercero”.²⁵

De acuerdo con lo anterior, se debe indicar que no todo daño lleva consigo la obligación de indemnizar a la víctima. La doctrina ha establecido cuatro elementos que, verificada su confluencia, dan lugar a la responsabilidad extracontractual. Estos elementos son (i) daño, (ii) hecho antijurídico, (iii) nexo

20 Sergio Rojas, *Responsabilidad civil: La nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014), 283-4.

21 Ibid.

22 Jaime Arrubla, “Tensión, balance y proyecciones de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual”, en *Tendencias de responsabilidad civil en el siglo XXI*, ed. Javier Celis (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2009), 162.

23 Artículo 1453, Código Civil [CC], R. O. Suplemento 46, 24 de junio de 2005, reformado por última vez R. O. Suplemento de 14 de marzo de 2022.

24 Luis Díez-Picazo, *Fundamento del derecho civil patrimonial: La responsabilidad civil extracontractual* (Pamplona: Thomson Civitas, 2011), 21.

25 Enrique Barros, “La culpa en la responsabilidad civil”, en *Ensayos Jurídicos*, ed. Pedro Irureta (Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado, 2005), 2.

causal y (iv) culpa o dolo.²⁶ En el caso de la responsabilidad objetiva, no se considera el último elemento, puesto que esta última establece la obligación de reparar todo daño que se produzca como consecuencia del ejercicio de determinadas actividades, con independencia del grado de diligencia que se haya empleado.²⁷ Por lo tanto, es importante analizar la confluencia de cada elemento para verificar si de las prácticas restrictivas se puede generar responsabilidad civil.

En primer lugar, el efecto general de las prácticas restrictivas es la vulneración del orden público económico. En términos simples, la vulneración del mercado. Esto no significa que como parte de sus efectos generales no existan efectos negativos en contra de particulares. De la ocurrencia de dichas prácticas es posible establecer dos daños a la propiedad privada: aquel que impacta en el patrimonio de los otros competidores y aquel que impacta en el patrimonio de los consumidores.

Desde un enfoque netamente patrimonial, dichas afectaciones pueden conllevar principalmente a indemnizaciones derivadas por daño emergente —entendido como la pérdida del patrimonio—, por lucro cesante o las ganancias dejadas de percibir. A modo de ejemplo, podrían considerarse daños emergentes los sobrecostos, ya sean directos o indirectos,²⁸ en los que haya tenido que incurrir el agente económico para mejorar su posición en el mercado debido a las prácticas restrictivas. Asimismo, puede clasificarse como lucro cesante las estimaciones de ventas que se dejaron de percibir frente a dichas prácticas.

Desde el punto de vista de los consumidores, la afectación resulta más ligada al daño emergente. Esto ocurre, entre otros factores, cuando se cuenta con menor variedad de opciones de productos o servicios en el mercado para elegir. Así, los consumidores se ven obligados a adquirir productos a precios elevados debido a que no existen otros competidores ni productos sustitutos. Sin embargo, el impacto puede ser mayor frente al supuesto de que se limite el acceso al producto en cuestión. Este fue el caso de tres farmacéuticas chilenas que colisionaron pactando el precio para sus productos de pastillas anti-conceptivas. Como consecuencia de la limitación para la obtención de dicho fármaco, se tuvo un pico de embarazos y más gasto en salud y educación.²⁹ Es decir, como consecuencia de las prácticas restrictivas de las farmacéuticas se produjeron daños emergentes a los consumidores ligados con gastos que no deberían haber contemplado si hubiesen tenido acceso a los fármacos.

En segundo lugar, respecto al requisito del hecho antijurídico, la LORCPM

26 Hernán Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago de Chile: Legal Publishing, 2003), 5-39.

27 Barros, “La culpa en la responsabilidad civil”, 2.

28 Joaquín Tallá realiza un análisis sobre los tipos de sobrecostos de conformidad con el impacto que estos hayan tenido en el agente económico. Ver Tallá, *La aplicación privada del derecho de la competencia*, 20-2, https://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/202208/TFM_2023_Talla%20Ortiz_Joaquin.pdf?sequence=1&isAllowed=y

29 Farmacias Ahumada S. A. (FASA), Farmacias Cruz Verde S. A. y Farmacias Salcobrand S. A. c. Fiscalía Nacional Económica, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 31 de enero de 2012.

prohíbe claramente las prácticas restrictivas. Es decir, se trata de una antijuridicidad formal, por cuanto este presupuesto se encuentra regulado en la normativa correspondiente. No obstante, existe un factor importante a analizar: para que se configure la antijuridicidad se requiere un acto administrativo sancionador que declare la existencia de una práctica restrictiva. Esto porque el ente rector del poder de mercado y, por ende, el órgano competente en Ecuador para declarar a una práctica económica como restrictiva es la SCE. La LORCPM prescribe que las personas que se hayan visto afectadas por la comisión de una conducta prohibida por dicha normativa podrán solicitar indemnización civil en un plazo de cinco años contados desde la ejecutoría de la resolución.³⁰ Esto representa una excepción al régimen extracontractual general, en el que la acción prescribe en “cuatro años contados desde la perpetración del acto”.³¹

En tercer lugar, corresponde analizar el nexo causal de la práctica restrictiva y el daño al particular. Frente a una infracción, la procedencia de la indemnización surge con la acreditación de una relación causa-efecto entre la infracción y el daño producido. Ya que este es un tema probatorio, y en el ámbito procesal se deben analizar las consideraciones particulares de cada caso, procede un análisis general del requisito. Con este fin, es posible señalar diferencias importantes entre la aplicación de la indemnización por daños derivada de las prácticas restrictivas frente al régimen común.

En la categoría de daños, “para que se dé una afectación a un interés particular y concreto, la conducta anticompetitiva fuente ha debido haber generado un efecto en el mercado”.³² De dicha afectación se deben haber derivado los perjuicios hacia el competidor o consumidor, quienes deberán acreditarlos como tal para probar, a su vez, la causalidad del daño. Por lo que, si la causalidad se encuentra debidamente fundamentada y no se presentan eximentes de responsabilidad, no existe un impedimento para la reparación de tales daños.

A pesar de lo anterior, existen varias circunstancias que dificultan la acreditación del nexo causal propias de las mismas acciones anticompetitivas. De esta forma, son factores concurrentes a la práctica restrictiva, entre otros, la dificultad de cuantificar el daño efectivamente sufrido por la víctima y la atribución del daño a lo largo de la cadena de distribución.³³ Frente a estos supuestos, y con el objetivo de facilitar la indemnización derivada por daños, ordenamientos

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

31 Artículo 2235, CC.

32 Carrillo, “Responsabilidad civil derivada de prácticas anticompetitivas”, 6.

33 Fernando Díez, “La aplicación privada del derecho de la competencia: Acciones de daños y pronunciamientos judiciales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* 11, n.º 1 (marzo 2019): 267-305. <http://orcid.org/0000-0002-5011-0051>.

como el español han desarrollado figuras para alivianar la carga probatoria en relación con la acreditación del nexo causal para la víctima. Entre estas figuras se citan: “la presunción del daño, el régimen del *passing-on* cuando la reclamación la realiza un consumidor indirecto, o la facultad conferida al juez de estimación del daño si esta es muy complicada para el demandante”.³⁴ A pesar de lo indicado, en la normativa correspondiente a la regulación de la competencia en el ordenamiento ecuatoriano no se han mantenido dichas figuras. Por lo cual, pese a la dificultad probatoria para los particulares, se mantiene el régimen de causalidad general.

En cuarto lugar, corresponde analizar el elemento de culpabilidad. La necesidad de la concurrencia o no de este elemento dependerá del tipo de régimen de responsabilidad aplicable. En este caso, la responsabilidad será subjetiva si depende de la culpabilidad del sujeto cuya conducta ocasionó el daño. Mientras que la responsabilidad es objetiva si depende exclusivamente de la justicia o licitud del resultado de la conducta del sujeto.³⁵ Es decir, no cobra relevancia si el sujeto actuó con dolo (intencionalmente) o con culpa (sin la intención de llegar a tal resultado). De acuerdo con el régimen aplicable se podrá prescindir o no de la prueba del elemento aplicable. En consideración a la norma que regula la materia de competencia, se requiere un análisis más extenso sobre este tema.

5.2. FRENTE A LAS INDEMNIZACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS, ¿PROCEDE UN RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA O SUBJETIVA?

Para responder a esta interrogante es importante considerar que la LORCPM contiene criterios para la graduación de la sanción pecuniaria a imponer y actuaciones que equivalen a atenuantes o agravantes.³⁶ No obstante, de esta no se desprenden criterios de imputación que atiendan a la evaluación de prudencia, diligencia o intencionalidad en la conducta realizada por el agente infractor.

La LORCPM, en su artículo 11, prescribe que la sanción frente a prácticas restrictivas clasificadas por su objeto —es decir, por acuerdo intencional entre los agentes— o por su efecto son sancionables de conformidad con la misma ley.³⁷ Esto es, en caso de declararse una práctica restrictiva, la sanción se aplica independientemente de la diligencia con la que haya actuado el operador económico. Sin embargo, este régimen corresponde a la responsabilidad

³⁴ Ibid, 275.

³⁵ Luis Díez-Picazo, *Fundamento del derecho civil patrimonial*, 19-31.

³⁶ Ver LORCP, artículos 77 a 88.

³⁷ Bajo la misma línea, el artículo 25 del mismo cuerpo legal prescribe en su inciso tercero que “[l]a determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil”. Ver Artículo 25, LORCPM.

administrativa derivada de la LORCPM, en el que la SCE cuenta con la carga de la prueba dentro del procedimiento.³⁸

El hecho de que en materia administrativa no se requiere el factor de atribución de culpa o dolo para atribuir responsabilidad administrativa al agente infractor, no implica que la víctima que demande al infractor por una indemnización por daños en vía civil se encuentre dispensado de probar la culpa o el dolo del agente económico declarado como partícipe de prácticas restrictivas por la SCE. Si bien esta posibilidad podría contribuir a reducir la dificultad probatoria del particular que ha sido víctima de los perjuicios derivados de dichas prácticas, el régimen de responsabilidad civil es, por regla general, subjetivo.³⁹ Frente a esto, los supuestos de responsabilidad objetiva civil deben ser detallados de forma expresa por la ley. En el caso de estudio, no es posible encontrar una norma que establezca de forma expresa este tipo de responsabilidad. Por lo tanto, en principio, no es aplicable un régimen de responsabilidad civil objetivo.

Frente a la dificultad de acreditar el nexo causal, ¿cómo sortear el obstáculo de la prueba de la culpa por parte de las víctimas? Sistemas como el europeo han optado por un sistema de culpa presunta aplicable tras la determinación del comportamiento ilícito en sus prácticas anticompetitivas.⁴⁰ De esta forma, si la conducta acreditada como práctica restrictiva por la SCE se considera como hecho antijurídico, el agente será responsable de los daños y perjuicios ocasionados.

Las prácticas restrictivas en el comercio son actividades de alto riesgo por su capacidad para distorsionar la competencia, perjudicar a los consumidores y dificultar la entrada de nuevos competidores e innovación. Estas prácticas, como acuerdos de fijación de precios y restricciones a la competencia, pueden generar precios artificiales, afectar la eficiencia de los recursos y limitar la diversidad del mercado. Además, al reducir la competencia, inhiben la innovación y pueden concentrar el poder económico en pocas empresas. Estos efectos negativos pueden llevar a un menor bienestar económico, menor calidad de productos y servicios, menor capacidad de elección para los consumidores y a una economía menos dinámica e innovadora en general.

En este contexto, el ordenamiento ecuatoriano contempla la inversión de la carga de la prueba frente a los supuestos de actividades de riesgo.⁴¹ Este régimen podría categorizarse como un aspecto intermedio entre el régimen subjetivo puro y el objetivo. El ordenamiento considera que quien realiza actividades de riesgo tiene la obligación de probar su diligencia. Como explica Barros

38 Artículo 48, LORCP.

39 Francisco Tamayo, "El daño civil y su reparación", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n.º 62 (octubre 2020): 31-70, <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5345>.

40 Ver Comisión de las Comunidades Europeas, "Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia", *Libro Blanco*, 2008, 7, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:es:PDF>.

41 Artículo 2229, CC.

Bourie, la combinación de los elementos de intensidad y probabilidad del daño determina el nivel de riesgo de determinada conducta. De acuerdo con su criterio, “el riesgo de una actividad puede definirse en términos estadísticos como función, por un lado, de la intensidad del daño que amenaza ocasionar; y, por el otro, de la probabilidad de que ese daño ocurra”.⁴² Las actividades de riesgo enlistadas en el artículo 2229 no son taxativas, por lo tanto, corresponde al juzgador analizar cada supuesto en consideración con los hechos producidos para establecer si la actividad puede ser catalogada como de riesgo. *In casu*, es posible considerar las prácticas comerciales como una actividad de riesgo por el impacto que pueden tener sobre el interés económico general, el mercado y los particulares. Riesgo que se confirma bajo el criterio de Barros al realizar una práctica restrictiva que vuelva altamente probable la ocurrencia de un daño. Así, se puede concluir que la presunción de la culpa tiene asidero en el régimen de responsabilidad civil derivado de las prácticas restrictivas.

Al respecto, se ha reconocido en la doctrina que “el incumplimiento de cualquiera de los deberes u obligaciones que impone el ordenamiento jurídico genera de manera indefectible una culpa en cabeza del transgresor de la norma”.⁴³ Bajo la misma línea argumentativa, Alessandri indica que la valoración de la conducta de los autores del daño no es necesaria si se trata de la violación de una obligación impuesta por la ley. Si el agente ejecutó un acto prohibido, se infiere que omitió las medidas de prudencia o precaución que se estimaban necesarias para evitar un daño.⁴⁴ Es decir, la transgresión de la norma implica en sí misma una falta de diligencia y prudencia del agente económico, debido a que esta es una norma de orden público que busca asegurar el interés general. En consecuencia, la declaración de responsabilidad administrativa conlleva la presunción de culpabilidad por la transgresión de una norma.

En definitiva, en Ecuador podría aplicarse un sistema subjetivo de responsabilidad civil con presunción de la culpa, en el que la verificación del incumplimiento de la norma de competencia, a través de una declaración de la SCE, presuponga el elemento culpa. De esta forma la víctima no se encontraría inmersa en la obligación de demostrar la actuación negligente por parte del agente económico. La única opción del agente para su defensa sería la existencia de una causal de exoneración. Frente a un supuesto de responsabilidad civil extracontractual derivada de daños ocasionados por una práctica restrictiva, debe aplicarse un régimen de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba frente a la declaratoria de responsabilidad administrativa del agente económico por parte de la SCE.

42 Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 110.

43 Carrillo, “Responsabilidad civil derivada de prácticas anticompetitivas”, 23.

44 Arturo Alessandri, *Elementos de la responsabilidad delictual* (Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1981), 9.

En este marco, un análisis comparado en términos de aplicación jurisprudencial se torna esencial para abordar el propósito de este estudio.

6. ANÁLISIS COMPARADO EN APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL

Debido a que en el país no se ha desarrollado de forma representativa este tipo de demanda por indemnizaciones, se analizará la jurisprudencia española. Esto debido a que la ley ecuatoriana encuentra varias similitudes con la ley española.

El Tribunal Supremo de España resolvió el caso denominado MUSAAT, relacionado con una práctica restrictiva que generó el “cártel del seguro decenal”.⁴⁵ En primera instancia, el Juzgado de lo Mercantil conoció una demanda de resarcimiento patrimonial presentada por MUSAAT. Esta era una compañía que ofrecía seguros a precios inferiores que los acordados por un cartel, del cual no formaba parte.

MUSAAT alegó que, entre los años 2006 y 2008, las aseguradoras demandadas llevaron a cabo actos de boicot y extorsión en su contra porque ofrecía seguros a mejores precios. Estos actos afectaron su capacidad para obtener reaseguro. Incluso, cuando este obtuvo un reasegurador, el proveedor optó por retirar su apoyo ya que sus “clientes más importantes amenazaron con tomar medidas de retorsión si [seguían] apoyando el Programa Decenal de MUSAAT en Exceso de Pérdida”.⁴⁶

El juez reconoció la continuidad de la conducta y estableció que las compañías del cartel presionaron a la reaseguradora para que no brindara apoyo a MUSAAT y luego intentaron evitar que obtuviera reaseguro de otras entidades. Con este objetivo, incluso condicionaron la celebración de contratos con compromisos de no contratación con MUSAAT. La sentencia califica este comportamiento como actos de boicot y las advertencias realizadas a otras empresas como actos de retorsión.

Aunque en primera instancia no se aceptó la indemnización, la Corte Suprema condenó a las aseguradoras que conformaban el cartel a pagar a MUSAAT una indemnización por los daños causados debido a actos de boicot y extorsión en contra de MUSAAT, que se encontraban en contravención con la Ley de Defensa de la Competencia y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.⁴⁷

45 Causa n.o 2681-2015, Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 26 de abril de 2018, párrs. 1-28, <https://vlex.es/vid/716805685>.

46 Id.

47 Id.

Es claro que en este caso existió una práctica restrictiva, específicamente un cartel en el mercado de seguros en España. Esta representa una práctica por objeto anticompetitivo, que además era horizontal, puesto que se realizó en la misma cadena de valor, es decir, entre competidores. En concordancia con el análisis previo, el hecho antijurídico es la infracción a las normas de competencia del ordenamiento español al adoptar conductas anticompetitivas. Respecto al daño, en este caso se identifica a MUSAAT como particular afectado. Las actuaciones provocaron tanto daño emergente, expresado en costos adicionales en los que se tuvo que incurrir para optar por una reaseguradora, como lucro cesante, manifestado en los clientes que perdió por el tiempo que no pudo contar con la reaseguradora.

El nexo causal se pudo demostrar en la afectación al mercado a través del control de precios. Además, se pudo demostrar la afectación directa al particular a través de las comunicaciones que realizaban las aseguradoras del cartel a las reaseguradoras que empezaban negociaciones con MUSAAT. Finalmente, el elemento culpa no fue analizado, debido a que esta culpa se presupone frente a la realización del ilícito del acto de colusión.

7. CONCLUSIONES

El derecho de competencia busca asegurar el interés general económico del mercado. Con su desarrollo, también se ha hecho necesario analizar sus efectos y aplicaciones en el régimen de la responsabilidad civil para establecer indemnizaciones.

Debido a que las prácticas restrictivas, y en general las prácticas anticompetitivas, carecen de un régimen especial de responsabilidad civil que proteja y garantice la libre y leal competencia, existe la posibilidad de que los agentes económicos no encuentren verdaderos desincentivos en la realización de este tipo de conductas. Frente a este supuesto se propone un régimen de responsabilidad civil extracontractual de culpa presunta, por el cual la mera declaración de prácticas restrictivas por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado permita imputar el daño al agente económico infractor en vía civil.

Además, se debe considerar que los perjuicios resultantes de esta indemnización serán principalmente de naturaleza patrimonial, tanto daño emergente como lucro cesante. Asimismo, parte del análisis del hecho antijurídico involucra analizar una prejudicialidad. Esta se cumpliría con la declaración de la Superintendencia de que el agente se vio inmerso en una práctica restrictiva. Desde el elemento causalidad, además de las consideraciones generales para determinar la responsabilidad civil, es importante acreditar la condición de competidor o consumidor del particular que opte por demandar la indemnización.

Frente a la dificultad probatoria en el elemento de causalidad, se requiere considerar herramientas para alivianar la carga en el particular afectado, especialmente si se trata de un consumidor.

Finalmente, respecto al elemento de culpabilidad, se concluyó que el ordenamiento jurídico ecuatoriano permite una presunción de culpa en contra del agente económico cuando existe una resolución de la SCE que acredite que se vio inmiscuido, ya sea por objeto o por efecto, en una práctica restrictiva. Esto por cuanto se considera a las actividades comerciales de esta índole como actividades de riesgo. Así, la doctrina contempla que la misma infracción es indicador de la negligencia del agente.

En virtud de lo anterior, la posibilidad de demandar daños en vía civil fortalece la protección de los consumidores y promueve una mayor rendición de cuentas en el ámbito de la competencia. Además, amplía las vías legales disponibles y fomenta la accesibilidad a la justicia en casos de prácticas anti-competitivas. Esto con el objetivo de alinear los principios constitucionales recogidos por el ordenamiento para el derecho de competencia.