

EQUIPO NO. 702

**CUARTA COMPETENCIA INTERUNIVERSITARIA DE  
ARBITRAJE Y DERECHO COMERCIAL 2017-2018**



COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
DE LA CÁMARA DE INDUSTRIA DE GUATEMALA

**MEMORIAL DE DEMANDA**

**Parte Demandante**

Everest

**Parte Demandada**

BuscaBit

## Contenido

LISTADO DE ABREVIATURAS .....	4
DOCTRINA.....	4
CASOS.....	6
LEGISLACIÓN.....	7
ANTECEDENTES.....	8
RESUMEN DE HECHOS .....	9
PRIMERA PARTE: ASUNTOS PROCESALES.....	11
I. Normativa aplicable a la cláusula compromisoria y al procedimiento arbitral.....	11
a) Aplicación del Reglamento de CRECIG como normativa procesal elegida por las partes para el desarrollo del presente proceso. ....	11
II. Los asuntos relacionados a la defensa a la libre competencia son cuestiones arbitrales por diversos criterios jurisprudenciales. ....	12
a) Los asuntos de defensa de competencia son materia arbitrable por ser incluidos en un contrato internacional.....	12
b) El orden público es tutelado por el Estado en la ejecución del laudo arbitral, por lo tanto, no interfiere en la competencia del Tribunal Arbitral. ....	13
c) Los criterios jurisprudenciales en Europa establecen que las cuestiones de defensa de competencia son materia arbitrable en pro de mantener la armonía en el sistema comercial internacional. ....	14
III. El Tribunal Arbitral es competente para conocer de la presente controversia.....	14
a) La cláusula compromisoria suscrita entre Buscabit y Everest es válida. ....	14
b) Buscabit no puede retractarse del procedimiento de arbitraje puesto que aceptó la cláusula compromisoria mediante el contrato de <i>Joint Venture</i> . ....	16
SEGUNDA PARTE: ASUNTOS SUSTANTIVOS .....	16
I. Normativa sustantiva aplicable a la presente controversia. ....	16
a) Aplicación de la legislación de la República de Guatemala como la norma sustantiva elegida por las partes para la resolución de la presente controversia. ....	16
II. El acuerdo de <i>Joint Venture</i> contractual es plenamente válido y sus cláusulas contractuales no sustituyen la existencia de una ley de competencia. ....	18
b) El contrato entre las partes es plenamente válido por concurrir cada uno de sus elementos esenciales. ....	18
c) Las cláusulas contractuales del <i>Joint Venture</i> contractual no sustituyen la existencia de una ley de observancia general (Ley de Competencia). ....	19
III. El intercambio de <i>Savoir-faire</i> pactado abarca la Base de Datos.....	20
a) Las partes se comprometieron al intercambio de <i>savoir-faire</i> en el Contrato. ....	20

b) El <i>savoir-faire</i> incluye conocimientos preexistentes, información secreta y transferencia de tecnología.....	21
c) El intercambio de <i>savoir-faire</i> en el contrato de <i>Joint Venture</i> es válido.....	22
d) BuscaBit está incumpliendo el contrato de <i>Joint Venture</i> al no otorgar acceso a su base de datos. ....	23
e) La pretensión es obligar a BuscaBit a otorgar acceso a su base de datos.....	24
IV. BuscaBit ha cometido abuso de su posición de dominio en el mercado de motores de búsqueda por negarse a dar acceso a sus bases de datos. ....	24
a) BucaBit tiene una posición de dominancia en el mercado de motores de búsqueda en Davos.....	24
b) La bases de datos de Buscabit como un activo inmaterial necesario para que Everest pueda competir en libertad.....	26
V. Everest no ha violado las cláusulas de libre competencia en el contrato al obligar a sus usuarios a instalar GoSearch a través de la barra de búsqueda. ....	29
a) La descarga del buscador GoSearch no supone una venta atada o “ <i>tying</i> ” anticompetitivo, toda vez que no supone una barrera de entrada en el sector de mercado de BuscaBit.com. ....	29
b) El impacto de GoSearch en el mercado es de poca relevancia (Ley de <i>Minimis</i> ). 31	
VI. La cláusula del acuerdo de confidencialidad no es vulnerada por medio de la publicación de un texto en una red social.....	32
a) Everest en ningún momento violó la cláusula de confidencialidad.....	32
VII. El Tribunal Arbitral es competente para declarar el cumplimiento forzoso del <i>Joint Venture</i> . ....	34
a) El intercambio del know how, el cual abarca la base de datos de Buscabit, se pactó expresamente en el <i>Joint venture</i> . ....	34
b) De no proceder el cumplimiento forzoso de lo pactado en el <i>Joint Venture</i> contractual es necesaria una compensación punitiva. ....	34
VIII. La inconstitucionalidad en caso concreto planteada por BuscaBit es improcedente. ....	35
a) Las cláusulas contractuales por su naturaleza son de observancia estrictamente particular y no general. ....	35
PETITORIO .....	36
PROCESAL:.....	36
SUSTANTIVO: .....	36

## LISTADO DE ABREVIATURAS

<b>§/§§</b>	Párrafo / Párrafos.
<b>V o c/</b>	Versus.
<b>Pág. o Págs.</b>	Página o Páginas.
<b>Acuerdo o Cláusula</b>	Acuerdo Arbitral y/o cláusula compromisoria de arbitraje.
<b>Art. o Arts.</b>	Artículo o Artículos.
<b>Hechos</b>	Caso Hipotético de la Cuarta Edición de la Competencia Interuniversitaria de Arbitraje y Derecho Comercial de CRECIG.
<b>CNUDMI</b>	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
<b>CCI</b>	Cámara de Comercio Internacional.
<b>Convención de New York</b>	Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.
<b>TUE</b>	Tratado de la Unión Europea
<b>CIETAC</b>	Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China.
<b>CRECIG</b>	Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala.
<b>JCAA</b>	Asociación de Arbitraje Comercial de Japón.
<b>Davos</b>	El Estado de Davos
<b>BuscaBit</b>	Empresa Buscabit.com y/o Empresa BuscaBit.
<b>Everest</b>	Empresa Everest.com y/o Empresa Everest.
<b>Contrato</b>	Acuerdo <i>Joint Venture</i> Contractual
<b>GoSearch</b>	Buscador GoSearch.
<b>EEUU</b>	Estados Unidos de Norteamérica.
<b>Tribunal</b>	Tribunal Arbitral.
<b>CIADI</b>	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

## DOCTRINA

- [Redfern, Hunter, Blackaby, & Partasides]** Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N., & Partasides, C. (2006). *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Navarra: Aranzadi.
- [Enciclopedia Jurídica]** *Enciclopedia Jurídica*. (2014). Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/savoir-faire%E2%80%9Dknowhow/savoirfaire%E2%80%9Dknow-how.htm>, el 15/8/2017.
- [De Miguel Asensio]** De Miguel Asensio, P. A. (1994). *Tesis de Doctorado: Contratos Internacionales sobre Derechos de Propiedad Industrial y Know How (conocimientos técnicos secretos): Estudio de Derecho Aplicable*. Madrid: Universidad Complutense.
- [Padilla & Gutierrez]** Padilla, I., & Gutierrez, I. (2005). *Una racionalización del concepto de posición y poder de mercado*. Fundación Rafael Pino.

## CASOS

- Mitsubishi Motors Cop c/ Soler Crysler Plymouth Inc. 473 US 614 105 S.Ct 3346, 1985, párrafo 628.
- *caso Eco Swiss China Time Lid c/ Benetton International NV.*
- Caso Morsi/Labinal en 1993.
- Asunto número 6,363 de la Corte de Arbitraje de la CCI.
- *asunto United Brands V Commision.*
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de Abril de 1993 (BPB Industries y British Gypsum/Comission As. T-65/89).
- (caso Microsoft) y Berkey Photo, Inc, v. Eastman Kodak Co. 603 F, 2d 263 (2and Cir.1979).
- Resolución del Tribunal de defensa de la Competencia en España del 3 de junio de 1993 (caso telefónicas en aeropuertos).
- *Esso Australia Resousorces Ltd c/ The Honourable Sidney James Plowman.*
- Willoughby Roofing Supply Co c/ Kajima International Inc. 776 D.2d 269 (11 th Cir. 1985).

## **LEGISLACIÓN**

### **I. Nacional**

- Decreto número 67-95, Ley de Arbitraje, Congreso de la República de Guatemala.
- Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala- CRECIG.
- Decreto Ley 106, Código Civil, 1963.
- Decreto 2-70, Código de Comercio, Congreso de la República de Guatemala, 1970.
- Decreto 1-86, Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, 1986.

### **II. Internacional**

- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.
- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.
- Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional.
- Tratado de la Unión Europea.

## ANTECEDENTES

1. Everest.com es una empresa de comercio electrónico y venta de libros en línea, con sede en la ciudad de Davos, que fue fundada por Rosa Park el 25 noviembre de 1994. Es considerada un gigante tecnológico y fue una de las primeras compañías en el mundo en vender libros a través de internet.
2. Actualmente, Everest es la librería online más popular en Davos y tiene aproximadamente un millón de usuarios activos cada mes, funciona como un sitio minorista con un modelo de ingresos basado en ventas y publicidad. Para leer y comprar libros en la tienda en línea o mediante la Everest App, es necesario pagar una suscripción anual de \$50.
3. BuscaBit.com es una empresa multinacional de tecnología especializada en búsquedas por internet, fue fundada en 1998 por Max Silva, mientras estudiaba su doctorado en la Universidad Micael Reisman. Antes de la fundación de BuscaBit, los escasos motores de búsqueda convencionales clasificaban las páginas de internet contando cuantas veces aparecían las palabras de búsqueda en la página, sin embargo, Max Silva ideó un mejor sistema que analizaba como se relacionaban las páginas entre sí. Bautizó a la nueva tecnología como *PageRank*, en la que determinaba la relevancia de un sitio por el número e importancia de cada página vinculada a su página de inicio.
4. Debido a que cuenta con mejores algoritmos para encontrar páginas web, a comparación de sus competidores, desde sus inicios el motor de búsqueda se ha convertido, por mucho, en el más usado de internet, manejando aproximadamente dos billones de búsquedas cada día a escala mundial. En los últimos 5 años el mercado que abarca BuscaBit.com en Davos es de aproximadamente un 97%, su posición de dominio es indiscutible. La mayor parte de sus ganancias provienen de su sistema de publicidad en línea, dado que las búsquedas que se hacen en el sitio son gratuitas.
5. Con más de un millón de servidores y centros de datos, BuscaBit es capaz de procesar más de 100 millones de peticiones de búsqueda diarias. A pesar de su éxito, la empresa ha sido criticada por su ambición de expandirse comercialmente en todos los continentes.
6. Los gerentes generales de Everest y BuscaBit, Rosa Park y Max Silva, se conocieron en la convención anual de informática y nuevas tecnologías organizada por el Ministerio de Economía de Davos en 2007, en dicha ocasión tuvieron la oportunidad de estrechar manos e intercambiar halagos entre sí. Un año más tarde, tuvieron una reunión de negocios privada donde contemplaron la idea de unir fuerzas en el sector de publicidad



en internet, dado que la mayor parte de los ingresos de ambas empresas provenían de ahí.

7. En 2009 Rosa y Max volvieron a coincidir en un viaje de negocios en la ciudad de Grayevo, donde se volvieron a mostrar muy interesados en concretar la alianza estratégica. Llegaron a la conclusión de que un contrato de larga duración entre ambos gigantes informáticos, sería un éxito rotundo.
8. Una semana después los abogados de ambas empresas se reunieron en la capital de Davos para discutir los términos de la alianza comercial, estuvieron de acuerdo en que era innecesario alguna fusión, absorción o la creación de una nueva empresa, sino que, bastaba un acuerdo comercial de intercambio de capital, recursos y *savoir-faire* en el sector de publicidad en internet. Compartirían las ganancias y los riesgos, manteniendo cada empresa su propia identidad e independencia.
9. Justo antes de concluir la reunión, Pamela Paulsson, abogada de la empresa Everest y especialista en derecho de competencia, pidió la palabra, agradeció los buenos oficios de todos los presentes y reconoció que a pesar del hecho de que ambas empresas tenían cuotas de mercado diferentes la alianza sería únicamente en relación al sector publicidad.
10. El Estado de Davos aún no contaba con una Ley de Competencia, por lo tanto, era imprescindible que la nueva alianza estratégica regulara las prácticas anticompetitivas que pudiesen surgir a lo largo de la relación contractual entre ambas entidades, más allá de la publicidad. Manolo Hunter, abogado de BuscaBit, reconoció que era beneficioso regular la libre competencia entre ambas Partes y con voz firme concluyó diciendo que era de suma importancia plasmar en el contrato claramente las reglas del juego, porque en el derecho como en la vida, nada es seguro.
11. El 10 de marzo de 2010 Everest y BuscaBit firmaron una alianza comercial mediante un acuerdo de *Joint Venture Contractual*.

## **RESUMEN DE HECHOS**

12. Everest.com decidió incrementar su rango de servicios en el año 2013 aprovechando que sus usuarios pasaban mucho tiempo buscando, comprando y leyendo libros tanto en la página web como en la Everest App. Por ello y ante la sorpresa de los *Geeks* más famosos de internet, lanzó su propio motor de búsqueda llamado GoSearch.
13. Desde entonces los usuarios de Everest han podido acceder a GoSearch por medio de una barra de búsqueda ubicada en el lado superior derecho de su sitio web. Ésta no

puede ni deshabilitarse ni ocultarse de la vista de ningún usuario. Dicha barra de búsqueda también aparece en la EverestApp.

14. GoSearch no solo sirve para buscar libros dentro del sitio web de Everest sino que, también, puede accederse a GoSearch.com desde cualquier navegador web (chrome, firefox, iexplorer, Tor, etc.) permitiéndole a sus usuarios realizar búsquedas en internet de manera gratuita, como en cualquier otro motor de búsqueda.
15. Desde el 2014 los usuarios que se registran en Everest necesitan aceptar los términos y condiciones del servicio. Una vez que le dan clic al botón Aceptar, se descarga e instala automáticamente GoSearch en la computadora o celular del usuario. Everest realizó muchos esfuerzos para promocionar GoSearch, como resultado en el 2015 su cuota de mercado era del 15% en Davos, lo que significó un record. A pesar de dicho logro, GoSearch sigue siendo poco o nada rentable. De acuerdo con los cálculos de los expertos, GoSearch necesitará al menos 10 años para convertirse en un negocio rentable y auto sostenible en el largo plazo.
16. Desde enero de 2016, Everest ha intentado obtener acceso a las palabras más frecuentes que buscan los usuarios almacenadas en la base de datos recolectada por BuscaBit en los últimos 10 años de operaciones, porque de acuerdo con Everest, toda esa base de datos, que incluye información personal de usuarios, es necesaria para permanecer dentro del mercado de los motores de búsqueda.
17. BuscaBit ha rechazado en varias oportunidades otorgar acceso, dejando bien en claro que no pretende otorgar permiso para que Everest ni nadie acceda a su base de datos, aún si a cambio le quisieran pagar millones de dólares.
18. Everest no niega que la base de datos de BuscaBit pueda replicarse, sin embargo, lograrlo tomaría al menos unos 10 años más de recolección de información de sus usuarios, eso en el mejor de los casos, suponiendo que el índice de crecimiento sea igual de exitoso que BuscaBit. De lo contrario, quizás tomaría 15 o 20 años más. Lo que no sería económicamente viable dado que es poco probable que GoSearch pudiera continuar en el mercado por un periodo de tiempo tan prolongado, a la luz de su situación económica actual.
19. El 16 de febrero de 2017, Everest presentó una demanda de arbitraje ante la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala – CRECIG – argumentando que BuscaBit ha cometido abuso de su posición de dominio en el mercado de motores de búsqueda por negarse a darle acceso a sus bases de datos.

## PRIMERA PARTE: ASUNTOS PROCESALES

### I. Normativa aplicable a la cláusula compromisoria y al procedimiento arbitral.

#### a) Aplicación del Reglamento de CRECIG como normativa procesal elegida por las partes para el desarrollo del presente proceso.

20. El principio de autonomía de la voluntad de las partes es la piedra fundamental del arbitraje comercial internacional, este principio abarca también la libertad que tienen las partes de poder elegir la normativa aplicable a la cláusula compromisoria y al procedimiento arbitral.
21. Por lo general, los arbitrajes comerciales se realizan en un país “neutral”, en el sentido de que ninguna de las partes que intervienen en el arbitraje tiene sede comercial o residencia en dicho país. Esto quiere decir que, en la práctica, el derecho del país en cuyo territorio se celebra el arbitraje, la *lex arbitri*, generalmente será distinto al derecho aplicable al fondo de la controversia [Redfern, Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006, pág. 154].
22. En el presente caso, de conformidad con la cláusula compromisoria suscrita entre Buscabit y Everest, la ley procesal aplicable va a ser el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala – CRECIG–, que se encuentre vigente al momento de surgir el conflicto [Cláusula IX del Contrato].
23. Puede determinarse que al presente proceso arbitral también le es aplicable, en complemento al Reglamento de CRECIG, la ley del lugar de la sede del arbitraje, en este caso, atendiendo a la cláusula compromisoria suscrita entre Buscabit y Everest, la sede del arbitraje será el territorio guatemalteco, por lo tanto, las disposiciones de la Ley de Arbitraje de Guatemala también son aplicables al presente proceso arbitral.
24. El concepto según el cual el arbitraje se rige por el derecho correspondiente al lugar en que se celebra, que es la sede arbitral (*locus arbitri*), se encuentra firmemente consagrado tanto en la teoría como en la práctica internacional, ya que ha influido en la redacción de convenios internacionales desde el Protocolo de Ginebra de 1923 hasta la Convención de New York de 1958” [Redfern, Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006, pág. 160]. El primero instrumento establece lo siguiente: “*El procedimiento arbitral, incluida la constitución del tribunal, se regirá por la voluntad de las partes y el derecho del país en cuyo territorio se desarrolle*” [Protocolo de Ginebra, 1923, artículo 9] y el segundo, la Convención de New York conserva la referencia “*La ley del país donde se ha efectuado el arbitraje*” [Convención de New York, 1958, artículo V (I) (d)].

25. El artículo 2, numeral I de la Ley de Arbitraje de Guatemala establece lo siguiente: *“Un arbitraje es internacional, cuando: ... b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del estado en el que las partes tienen sus domicilios: i) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje...”*.
26. En el caso concreto, evidentemente el arbitraje es internacional por haber seleccionado las partes, en la cláusula compromisoria, a Guatemala como el lugar de la sede del arbitraje, es decir, un lugar situado fuera del domicilio de las partes, por lo tanto, no cabe duda que el presente arbitraje encuadra dentro de lo estipulado en la Ley de Arbitraje de Guatemala.
27. En virtud del carácter internacional que tiene el presente proceso de arbitraje puede determinarse que también le son aplicables otros instrumentos internacionales como la Ley Modelo de CNUDMI, el Reglamento de la Cámara Comercio Internacional y la Convención de New York. Ello derivado de que de la integración de los mismos puede surgir un cuerpo de reglas procesales internacionales.
28. Con base a lo anteriormente expuesto se solicita al Tribunal Arbitral que se desarrolle el presente proceso de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de la Arbitraje de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala – CRECIG-, y supletoriamente, se aplique la ley del lugar sede del arbitraje y los instrumentos internacionales anteriormente citados, respetando siempre la autonomía de la voluntad.

**II. Los asuntos relacionados a la defensa a la libre competencia son cuestiones arbitrales por diversos criterios jurisprudenciales.**

- a) Los asuntos de defensa de competencia son materia arbitrable por ser incluidos en un contrato internacional.**
29. La doctrina ha establecido que el arbitraje es un proceso privado con consecuencias públicas, por lo que ciertas controversias, por ser de orden o dominio público, quedan reservadas a tribunales nacionales del Estado. Las normas de defensa de la competencia se consideran de orden público debido a que su violación puede generar perjuicios a la economía y afectar a toda una colectividad.
30. No obstante lo anterior, la Corte Suprema de EEUU en el caso Mitsubishi estableció expresamente: “que los asuntos de defensa de la competencia, que surjan de contratos internacionales son susceptibles de ser resueltas por arbitraje [Mitsubishi

Motors Cop c/ Soler Crysler Plymouth Inc. 473 US 614 105 S.Ct 3346, 1985, párrafo 628]”.

31. El Artículo 1517 del Código Civil de Guatemala, Decreto Ley 106 regula establece: "Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación".
32. En el caso concreto, el acuerdo *Joint Venture* contractual suscrito constituyó un acuerdo de cooperación para la realización de un negocio en común, por lo que es evidentemente un acuerdo de voluntades, que crea la obligación específica del intercambio de capital, recursos y *savoir-faire* en el sector de publicidad en internet de ambas partes [cláusula II del Contrato]. Derivado de lo anterior, se cumplen con los elementos del artículo mencionado y al ser ambas partes de distintos Estados, claramente existe un contrato internacional, por lo que atendiendo al criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de EE.UU la materia del mismo, incluyendo lo relativo a la defensa de la competencia, es materia arbitrable.

**b) El orden público es tutelado por el Estado en la ejecución del laudo arbitral, por lo tanto, no interfiere en la competencia del Tribunal Arbitral.**

33. La Corte Suprema de EEUU establece en el caso *Mitsubishi*: “que los tribunales nacionales tienen la posibilidad de asegurar el interés legítimo que presenta el cumplimiento de las leyes de defensa de la competencia en la etapa de ejecución del laudo” [Misubishi Motors Cop c/ Soler Crysler Plymouth Inc. 473 US 614 105 S.Ct 3346, 1985, párrafo 628]”, lo anterior en virtud de que la Convención de Nueva York establece que todo país signatario se reserva el derecho de negar la ejecución del laudo cuando el reconocimiento resulte contrario al orden público.
34. En el año 1958 la Comunidad Europea adoptó normas destinadas a aplicarse en todos los estados miembros, mediante los cuales: “se prohíbe los acuerdos o arreglos cuyo objetivo o resultado fuera impedir, restringir, o distorsionar la competencia [Artículo 81 y 82 del Tratado de la Unión Europea, 1958].
35. En el histórico fallo del caso *Eco Swiss China Time Lid c/ Benetton International NV*, el tribunal de justicia de las Comunidades Europeas determinó que el artículo 81 del Tratado de la Unión Europea, era una cuestión de orden público, por lo que justificaba la anulación del laudo que no lo haya tomado en consideración.
36. En virtud de lo anterior se demuestra que un tribunal arbitral es perfectamente competente para conocer asuntos relativos a la defensa de la competencia, con la

salvedad de ser necesario que aplique ex officio el artículo 81 del Tratado de la Unión Europea, para evitar que en la fase de ejecución arbitral este pueda adolecer de nulidad.

**c) Los criterios jurisprudenciales en Europa establecen que las cuestiones de defensa de competencia son materia arbitrable en pro de mantener la armonía en el sistema comercial internacional.**

37. En la actualidad se reconoce ampliamente que las cuestiones referentes la defensa de la competencias constituyen materia arbitrable.
38. En Francia, se reconoció la naturaleza arbitrable de las cuestiones referentes a la ley de defensa de la competencia del caso Morsi/Labinal en 1993 y así lo confirmó la corte de casación en 1999.
39. Del mismo modo en Suiza, en un fallo de 1992, el Tribunal Federal reconoció la naturaleza arbitrable de la ley de defensa de competencia de la Unión Europea determinando que: Ni en el artículo 85 del TUE, ni el artículo 17 del Reglamento referente a su aplicación, prohíbe que un tribunal nacional o arbitral analice la validez de dicho contrato.
40. Estos fallos están en concordancia con lo afirmado por la Corte Suprema de EEUU en el caso Mitsubishi, al establecer: “ que debido a los intereses referentes a la armonía internacional, el respeto a los tribunales extranjeros y transnacionales y la necesidad de tener presente que el sistema internacional requiere de previsibilidad en la solución de controversias, es preciso que se interponga el cumplimiento de los acuerdos entre partes, incluso si en el contexto nacional se llegaría a un resultado contrario.

**III. El Tribunal Arbitral es competente para conocer de la presente controversia.**

**a) La cláusula compromisoria suscrita entre Buscabit y Everest es válida.**

41. El acuerdo que celebran las partes para someter toda controversia o diferencia suscitada entre ellas constituye la piedra fundamental del arbitraje comercial internacional moderno. De esta manera se puede afirmar que para que haya un arbitraje válido, debe existir primero un acuerdo válido de arbitraje. Así lo reconocen los ordenamientos jurídicos internos y los tratados internacionales, tales como la Convención de New York y la Ley Modelo [Redfern, Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006, pág. 61].
42. El elemento del consentimiento de las partes en el acuerdo arbitral es fundamental. Sin él no puede haber arbitraje válido. “Algunos juristas pertenecientes a la tradición del civil

*law* asignan especial importancia al hecho que el arbitraje internacional depende del acuerdo de las partes. Se considera que el proceso arbitral constituye una expresión de la voluntad de las partes y es su función de la autonomía (*l' autonomie de la volonté*) que a veces sostiene la conveniencia de liberar el arbitraje comercial internacional de las restricciones del derecho interno y tratarlo como un proceso desnacionalizado o deslocalizado [Redfern, Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006, pág. 63].

43. Generalmente, el acuerdo de arbitraje está incorporado en el contrato principal mediante una “cláusula compromisoria”, sin embargo, también puede incorporarse mediante un “compromiso arbitral” independiente. La cláusula compromisoria legisla a futuro, mientras que el compromiso arbitral refiere al pasado.
44. Para que un acuerdo arbitral se repute como válido necesita cumplir con ciertos requisitos. Primero, los convenios internacionales en materia de arbitraje, como la Convención de New York y la Ley Modelo de la CNUDMI, exigen que el acuerdo de arbitral conste por escrito<sup>1</sup>; segundo, debe existir una determinada relación jurídica, es decir, es necesario que las partes mantengan una relación contractual dado a que debe existir un acuerdo arbitral como base del proceso arbitral; tercero, la materia debe ser arbitrable y cuarto, las partes deben haber manifestado su consentimiento.
45. En el caso concreto, BuscaBit y Everest, con base en el principio de autonomía de la voluntad, decidieron libremente, en el contrato de *Joint Venture*, lo siguiente: “Los contratantes convienen en que toda disputa, controversia o reclamo, que se relacione con la aplicación, interpretación y/o cumplimiento de este contrato, por cualquier causa, deberá resolverse mediante Arbitraje de Derecho (...) [Cláusula XI del Contrato]”. Esta disposición hace dilucidar que las partes cumplieron con los requisitos establecidos anteriormente, puesto que evidentemente las partes otorgaron su consentimiento por escrito en el contrato de *Joint Venture*, mismo que crea una relación contractual entre las mismas y, como ya se mencionó en el apartado anterior, el derecho a la libre competencia es arbitrable.
46. En virtud de lo anterior, se puede afirmar que la cláusula compromisoria suscrita por BuscaBit y Everest, en el acuerdo de *Joint Venture* contractual, es válida y así debe ser reconocida por el presente Tribunal Arbitral.

---

<sup>1</sup> El mismo requisito se encuentra contemplado en el artículo 10 de la Ley de Arbitraje de Guatemala.

**b) BuscaBit no puede retractarse del procedimiento de arbitraje puesto que aceptó la cláusula compromisoria mediante el contrato de Joint Venture.**

47. En las jurisdicciones estatales, *la Cour d'appel de Paris, première chambre C*, 11 de enero de 1990 señala que "según los usos del comercio internacional, la cláusula compromisoria inserta en un contrato internacional posee una validez y una eficacia propias que ordenan extender su aplicación a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato y los litigios que puedan resultar de aquél, desde que se establece que su situación contractual, sus actividades y las relaciones comerciales habituales que existen entre las partes hacen presumir que ellas han aceptado la cláusula de arbitraje, de la cual conocen su existencia y el alcance, aunque no hayan firmado la cláusula que la estipulaba".
48. De esta jurisprudencia surge con claridad una primera conclusión: un intercambio de propuestas de contrato de *Joint Venture* entre las partes, que contenga invariablemente una cláusula arbitral, como punto no discutido, unido a un comienzo de ejecución de las actividades del contrato, basta ya para determinar la vinculabilidad del pacto arbitral en relación a los litigios que surjan entre las partes en relación con dicho contrato. En apoyo de esta misma solución cabría también argüir la doctrina de los actos propios (doctrina del *Estoppel*), como derivación del principio de la buena fe en las relaciones jurídicas.
49. Con base a lo anterior descrito, BuscaBit no puede retractarse aduciendo falsamente que el derecho a la libre competencia no es arbitrable, puesto que al momento de la celebración del contrato de *Joint Venture*, y su posterior ejecución, aceptó la cláusula de arbitraje la cual se vuelve vinculante para ambas partes.

## **SEGUNDA PARTE: ASUNTOS SUSTANTIVOS**

### **I. Normativa sustantiva aplicable a la presente controversia.**

**a) Aplicación de la legislación de la República de Guatemala como la norma sustantiva elegida por las partes para la resolución de la presente controversia.**

50. Una vez decididas las cuestiones procesales, la tarea primordial del tribunal arbitral consiste en determinar los hechos que hacen al fondo de la controversia, para luego determinar cuál es la normativa aplicable para su resolución.
51. Todo contrato cuenta con el sostén de un ordenamiento jurídico, lo cual se conoce generalmente como "ley aplicable", "derecho de fondo", "derecho aplicable". Haciendo referencia estas expresiones al ordenamiento jurídico específico por el que se rige la



- interpretación y validez del contrato, los derechos y obligaciones de las partes, la modalidad de cumplimiento y las consecuencias del incumplimiento contractual.
52. Con base a la cláusula X contenida en el contrato *Joint Venture* suscrito entre BuscaBit y Everest la ley sustantiva aplicable a la presente controversia se encuentra constituida por la legislación de la República de Guatemala [Hechos, §16].
  53. El principio de la autonomía de la voluntad en el arbitraje engloba la libertad de las partes de elegir las normas sustantivas que resolverán el fondo de la controversia. Este principio ha sido acogido por numerosos instrumentos internacionales como la Convención de México de 1994, el Convenio de Roma de 1980 y los Principios de La Haya en materia comercial, los cuales pueden ser aplicados por el Tribunal Arbitral como guía para coadyuvar en la labor interpretativa como criterio para la selección del derecho aplicable. Ello en virtud de que son las partes quienes se encuentran en mejor posición para evaluar y seleccionar cual es el derecho aplicable que resultará más apropiado para la resolución de la controversia.
  54. En el caso en concreto, esa autonomía material se fundamenta incluso con la misma normativa procesal pactada por las partes, que si bien en el art. 28 del Reglamento se establece que en los Arbitrajes de Derecho podrán ser aplicadas las normas sustantivas del lugar del arbitraje, en su último párrafo expresamente reconoce esa autonomía de la voluntad al indicar que “en todo caso se respetará lo que las partes hayan pactado en el contrato o acuerdo arbitral (...)”.
  55. Éste principio, a su vez, se encuentra respaldado por la ley del lugar de la sede del arbitraje ya que tanto la ley de Arbitraje de Guatemala en su art. 36 y la Ley Modelo en su art. 28 establecen expresamente que “El tribunal arbitral decidirá el litigio, en los arbitrajes internacionales, de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio.”
  56. La elección de un ordenamiento jurídico autónomo, como el de la República de Guatemala como el derecho aplicable resulta razonable pues que dicho sistema no es simplemente un conjunto de principios generales y normas jurídicas aisladas. Se trata de un conjunto de leyes, reglamentos y ordenanzas interdependientes e interconectadas, sancionadas por el Estado o en su representación cuya interpretación y aplicación corresponde a los Tribunales. Se trata de un ordenamiento jurídico completo, concebido para dar respuesta a cualquier cuestión legal que pueda surgir. Además, el ordenamiento jurídico nacional en principio será un ordenamiento existente

y conocido, susceptible de ser interpretado con razonable precisión por profesionales con experiencia.

57. En consecuencia, por la naturaleza de la presente controversia surgida entre BuscaBit y Everest, las leyes del ordenamiento jurídico guatemalteco aplicables son el Código Civil, Código de Comercio y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad.

## **II. El acuerdo de *Joint Venture* contractual es plenamente válido y sus cláusulas contractuales no sustituyen la existencia de una ley de competencia.**

### **a) El contrato entre las partes es plenamente válido por concurrir cada uno de sus elementos esenciales.**

58. La doctrina en materia civil establece que la naturaleza jurídica de todo contrato es ser un negocio jurídico bilateral. Para que un negocio jurídico se pueda formalizar y llevar a cabo entre las partes, deben concurrir dos elementos fundamentales: A) la emisión de voluntad; y, B) el cumplimiento de la ley. Si alguno de estos elementos no se da, el negocio no nace a la vida jurídica, ya que tanto la voluntad como la observancia de la ley constituyen una *conditio sine qua non* para su validez dentro del marco jurídico.

59. Como se ha dicho, el contrato es un negocio jurídico bilateral, por ello su validez también requiere del cumplimiento estricto de ciertos elementos. Un contrato debe contar con la capacidad de los otorgantes, el consentimiento, objeto lícito y la causa, para que pueda ser plenamente válido. Si no concurre alguno de estos elementos, el contrato adolecería de nulidad absoluta, por lo que su efecto inmediato es que no nace a la vida jurídica, sería nulo de pleno derecho. Dicho esto, es importante centrarnos en el presente Caso, pues como se analizará posteriormente, el *Joint Venture Contractual* sí cumple con cada uno de sus requisitos esenciales para ser considerado válido.

60. El contrato fue suscrito entre la compañía Everest y Busca Bit, ambas empresas tienen **capacidad** para poder contratar, pues son personas jurídicas colectivas capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones. Cada una de ellas suscribió el contrato a través de sus representantes. Asimismo, ambas partes dieron su **consentimiento** expreso para suscribir el presente contrato, al momento de firmar respectivamente el negocio jurídico. Es de mencionar que el consentimiento se dio en cumplimiento de sus elementos comunes, pues se exteriorizó a través de la firma, fue congruente entre las pretensiones de cada parte y se externó con total libertad, sin ningún tipo de vicios. El **objeto** del contrato es totalmente lícito y permitido por el ordenamiento jurídico del

Estado en que este surtirá efectos. El contrato establece de forma textual en el apartado de objeto, lo siguiente: “(...) Su intención es llevar a cabo el intercambio de capital, recursos y savoir-faire en el sector de publicidad en internet. Se comprometen a compartir las ganancias y los riesgos, manteniendo cada empresa su propia identidad e independencia [Cláusula II del Contrato].”

61. El Joint Venture Contractual fue motivado entre ambas partes por la necesidad de establecer una alianza comercial a través de la cual, ambos gigantes compartirían capital, recursos y savoir-faire en el sector de publicidad en internet, es por ello que la **causa** principal del mismo es la constitución de esta alianza comercial para alcanzar mayor rentabilidad y ganancia en el área de publicidad en internet.
62. De conformidad con la legislación civil guatemalteca, la interpretación de los contratos se debe llevar a cabo a través del Sistema objetivo y subjetivo indistintamente; ello quiere decir que desde un plano objetivo, el presente contrato debe interpretarse de forma textual y al tenor de lo que está contenido estrictamente en las cláusulas, mientras que desde el plano subjetivo también debe tomarse en consideración el elemento volitivo e internacional de ambas partes, el cual se ha dicho, es “llevar a cabo el intercambio de capital, recursos y savoir-faire en el sector de publicidad en internet (...) [cláusula II del Contrato].”
63. En suma, el contrato suscrito entre ambas partes es totalmente válido por cuanto concurre cada uno de sus elementos esenciales que le dan vida dentro del marco jurídico, pues no existe ningún vicio que impida que este pueda surtir efectos.

**b) Las cláusulas contractuales del *Joint Venture* contractual no sustituyen la existencia de una ley de observancia general (Ley de Competencia).**

64. Como se ha establecido anteriormente, el *Joint Venture* Contractual suscrito entre ambas partes es válido y tiene incorporadas ciertas cláusulas de observancia particular que únicamente regulan los lineamientos a seguir en la ejecución y cumplimiento de la alianza comercial por las partes.
65. Cada una de las cláusulas contractuales constituye los términos que debe precisar cada compañía en el ejercicio de su función informática y también los parámetros legales que debe considerar cada empresa para no violentar los derechos de la otra compañía ni evadir sus obligaciones. En este sentido, las cláusulas contractuales por naturaleza son de observancia estrictamente particular, es decir, son de cumplimiento obligatorio y

coercitivo únicamente por las partes que suscribieron el contrato: Everest y BuscaBit. El elemento obligatorio de dichos términos únicamente será exigible entre partes, toda vez que son estas compañías quienes de forma voluntaria y de mutuo consentimiento decidieron someterse a una alianza comercial con fines de lucro.

66. Es evidente que solo una ley de observancia general puede sustituir a otra ley, ya que su naturaleza y fuero de atracción es el mismo. Sin embargo, en el presente caso el contrato como se ha manifestado, tiene una observancia particular, no general. Por tal razón el *Joint Venture* Contractual bajo ninguna circunstancia pretende sustituir o suplir la inexistencia de una ley de competencia, únicamente establece parámetros éticos y comerciales entre las partes. Muy distinto sería si dicho contrato estableciera lineamientos de conductas de observancia general o social.

67. Finalmente, es importante hacer mención que un contrato (negocio jurídico bilateral), únicamente va ser obligatorio entre los sujetos que lo hayan suscrito, jamás podrá expandir su fuero de atracción o pretender legislar conductas de observancia general. Es por ello que las cláusulas contractuales del *Joint Venture* son totalmente exigibles entre Everest y BuscaBit.

68. De lo anterior descrito se puede afirmar que la compañía mundial de informática Everest, parte demandante en el presente procedimiento arbitral, se encuentra en derecho de poder sustentar su demanda y pretensión en el acuerdo *Joint Venture* Contractual suscrito con la compañía BuscaBit, toda vez que dicho contrato es jurídicamente válido por concurrir cada uno de sus elementos esenciales y en ningún momento sus cláusulas tienen la finalidad de sustituir o suplir la inexistencia de alguna ley de observancia general, específicamente alguna ley de competencia, ya que el contrato suscrito entre partes es de observancia particular y no general.

### **III. El intercambio de *Savoir-faire* pactado abarca la Base de Datos.**

#### **a) Las partes se comprometieron al intercambio de *savoir-faire* en el Contrato.**

69. En relación a los contratos el artículo 1517 del Código Civil establece: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.”

70. El artículo 1254 del Código Civil establece: “Toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en un negocio jurídico, salvo aquéllas a quienes la ley declare específicamente incapaces”.

71. Es evidente que el origen y pilar fundamental de cualquier relación contractual consiste en la autonomía de la voluntad privada o autonomía de la voluntad de las partes –

*l'autonomie de la volonté*-, que no es más que la libertad que tienen las personas civilmente capaces (en el ámbito privado) de pactar, obligarse y de elegir el derecho aplicable al momento de celebrar el contrato sin más limitaciones que las establecidas en la ley, como que el objeto no sea contrario al orden público o a las leyes prohibitivas expresas y que la elección del derecho aplicable se efectuó de buena fe. Este principio ha sido acogido por numerosos instrumentos internacionales como el Convenio de Roma de 1980, la Convención de México de 1994 y los Principios de La Haya en materia comercial.

72. El artículo 1538 del Código Civil establece: “Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.”
73. Al momento de celebrar el contrato de *Joint Venture*, BuscaBit y Everest, a través de sus representantes legales, manifestaron que su intención era el intercambio de capital, recursos y *savoir-faire* en el sector de publicidad en internet, comprometiéndose a compartir las ganancias y los riesgos, manteniendo cada empresa su propia identidad e independencia, perfeccionando así dicho contrato [Cláusula II del Contrato] [Hechos, § 14].
74. Asimismo, el artículo 1519 del Código Civil establece: “Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes.”
75. Por lo tanto, desde el momento que ambas partes, BucaBit y Everest, otorgaron su consentimiento expreso en el contrato, quedaron obligados al cumplimiento de lo convenido, en otras palabras, quedaron obligados al intercambio de *savoir-faire*.

**b) El *savoir-faire* incluye conocimientos preexistentes, información secreta y transferencia de tecnología.**

76. El *Savoir-faire*, también conocido por sus siglas en inglés como *know how*<sup>2</sup>, es definido en el Derecho Comercial como: “conocimientos cuyo objeto concierne a la fabricación de los productos, a su comercialización, o a servicios, y a la financiación de las empresas que a ellos se consagran, que son fruto de la investigación o de la

---

<sup>2</sup> Neologismo del idioma inglés que data del año 1838 y significa saber cómo o saber hacer.

experiencia, y que no están protegidos por patentes, ni son inmediatamente accesibles al público, pero sí transmisibles por contrato [Enciclopedia Jurídica, 2014]”.

77. El término *know how* (*savoir-faire*) se refiere a información, conocimiento, productividad y experiencia que las empresas poseen y que les otorga una ventaja con respecto a otras empresas dentro del mercado. Generalmente para que el conocimiento o información sean considerados como *know how*, debe tener un valor comercial alto y no debe estar disponible públicamente sino que deber ser conocimiento o información secreta transferible únicamente mediante contrato. Es decir que puede considerarse como *know how*: fórmulas, procedimientos, experiencia, habilidades, bases de datos, datos sobre clientes y datos sobre proveedores.
78. “El know how recae siempre sobre un elemento inmaterial, su objeto es un conjunto de ideas, procedimientos o experiencias aplicables en el ámbito empresarial; con independencia de que el elemento incorporal tenga un soporte tangible en el que se manifieste. Es fundamental que se trata de un elemento secreto, al margen de que sea o no patentable. El carácter reservado es presupuesto de la existencia de *know how* como bien con valor económico propio, solo entonces el su titular dispone de una ventaja frente a los competidores, que desconocen los conocimientos de los que él sí puede hacer uso [De Miguel Asensio, 1994, pág. 53]”.
79. Es así como puede llegarse a la conclusión que el *know how* se caracteriza por tres notas esenciales: en primer lugar, debe tratarse de un conocimiento o información de carácter empresarial; en segundo lugar, no debe estar divulgado y, por último, otorgar con fundamento en su carácter confidencial una ventaja competitiva que justifica la voluntad de su titular de mantenerlo oculto.
80. Por lo tanto, evidentemente el intercambio de *know how* pactado por BuscaBit y Everest, en el acuerdo de Joint Venture Contractual, abarca la Base de Datos, puesto que esta contiene información no divulgada de carácter empresarial cuyo carácter de confidencial crea una ventaja competitiva para Buscabit.com, lo que justifica la voluntad de Buscabit.com de mantenerla oculta.

**c) El intercambio de *savoir-faire* en el contrato de *Joint Venture* es válido.**

81. Como ya se dijo anteriormente, en el acuerdo de *Joint Venture* Contractual, ambas partes manifestaron que su intención era el intercambio de capital, recursos y *savoir-faire* en el sector de publicidad en internet [Cláusula II del Contrato].

82. El contrato de *Joint Venture*, por su naturaleza atípica mercantil, no está sujeto a ninguna formalidad para su validez y se perfecciona únicamente por las disposiciones que las partes acuerden, tomando en cuenta los principios de autonomía de la voluntad y buena fe, siempre y cuando no sean contrarias al orden público.
83. El contrato es una forma legal de transmisión de la propiedad de un bien u objeto y, al igual que el resto de los bienes inmateriales, el *know how* o *savoir-faire* posee valor patrimonial propio y entidad para ser objeto de transmisión contractual, con frecuencia mediante contratos atípicos, como lo es el Joint Venture.
84. Este criterio ha sido afirmado en reiteradas ocasiones por la Corte de Arbitraje de la CCI siendo más notorio en el laudo dictado en el asunto número 6,363 de 1991 que trata acerca de la posibilidad de la cesión de *know how*, ya sea esta mediante contrato o licencia.
85. Es de esta manera como se puede afirmar que el intercambio de *know how* o *savoir-faire* pactado en el acuerdo de *Joint Venture* contractual es totalmente válido, por ser este objeto de transmisión contractual, por no ser contrario al orden público y por existir el consentimiento de ambas partes al momento de celebrar el contrato.

**d) BuscaBit está incumpliendo el contrato de *Joint Venture* al no otorgar acceso a su base de datos.**

86. El día 10 de marzo de 2010 Everest y BuscaBit firmaron una alianza comercial mediante un acuerdo de *Joint Venture* Contractual [Hechos, § 16]. Aun así, y a pesar que dicho contrato es totalmente válido y vinculante, Buscabit.com ha rechazado en varias oportunidades otorgar acceso a su base de datos, manifestando y dejando bien en claro que "(...) no pretende otorgar permiso para que Everest ni nadie acceda a su base de datos, aún si a cambio le quisieran pagar millones de dólares (...)" [Hechos, § 21].
87. Es así como del texto se desprende que BuscaBit en ningún momento tuvo ni tiene la intención de otorgar acceso a Everest.com a su base de datos incumpliendo de esta manera con lo establecido en acuerdo de *Joint Venture* contractual, puesto que en el mismo se estableció como objeto el intercambio de capital, recursos y *savoir-faire* en el sector de publicidad en internet [Cláusula II del Contrato].

**e) La pretensión es obligar a BuscaBit a otorgar acceso a su base de datos.**

88. En virtud de lo anterior expuesto, es importante destacar que lo que se busca mediante el presente proceso arbitral, por parte de Everest, no es más que, con base en las cláusulas plasmadas en el contrato, el Tribunal Arbitral obligue a BuscaBit a otorgar acceso a su base de datos no solo por estar incluida en el *savoir-faire* pactado en el acuerdo de *Joint Venture* Contractual, sino, también, por cometer a abuso de dominio al no otorgarlo.

**IV. BuscaBit ha cometido abuso de su posición de dominio en el mercado de motores de búsqueda por negarse a dar acceso a sus bases de datos.**

**a) BucaBit tiene una posición de dominancia en el mercado de motores de búsqueda en Davos.**

89. El concepto de posición de dominio es una pieza crucial en cualquier sistema de defensa de la competencia, puesto que constituye un pre-requisito para establecer la existencia de abuso, y establecer de este modo si el agente económico se encuentra sujeto a obligaciones especiales.

90. Según se establece, en el acuerdo *Joint Venture* suscrito entre Everest y BuscaBit, la Posición de Dominio es la capacidad individual o conjunta, de cualquier agente económico, para emprender acciones unilaterales que atenten contra el proceso de libre competencia en un Mercado Relevante en particular, sin que sus competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dichas acciones [Cláusula IV del Contrato].

91. De igual forma, establece dicho contrato, que para determinar si un agente económico tiene individual o conjuntamente posición de dominio en el mercado relevante debe considerarse, entre otros: A) Su participación en ese mercado; B) La existencia de barreras al acceso y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros agentes económicos competidores; C) La existencia y poder de sus agentes económicos competidores.

92. Asimismo, en la sentencia del Tribunal de Justicia de las *Comunidades Europeas en el asunto United Brands V Commision*, la posición de dominio se define como: “La posición de fortaleza económica que disfruta un operador y que le permite obstaculizar el mantenimiento de competencia efectiva en el mercado relevante al proporcionarle el poder de comportarse con suficiente independencia de sus competidores, clientes y, en última instancia, de los consumidores.”



93. Por lo cual, se puntualiza que la dominancia requiere que el comportamiento independiente del operador o la acciones unilaterales que este realice sea en grado suficiente para obstaculizar el desarrollo de la competencia, es decir, que genere barreras al acceso, pero, ¿Qué quiere decir comportarse con independencia? Se refiere a la capacidad de ofertar al mercado un producto o servicio en condiciones tales que permitan a la empresa en cuestión ganar un beneficio superior al que obtendría en condiciones de competencia. En término del análisis económico, esta interpretación guarda íntima relación con lo que se denomina poder de mercado.
94. Al aludir a que se tenga una independencia de comportamiento suficiente se está pidiendo que los operadores para ser dominantes tengan un poder de mercado grande y estable. Siendo la cuota de mercado interpretada como una proxy de poder de mercado. Siendo este, el caso específico de BuscaBit, pues en los últimos 5 años el mercado que abarca BuscaBit en Davos, es de aproximadamente un 97%. Por lo cual, su posición de domino en cuanto al poder de mercado es indiscutible [Hechos, § 10].
95. Ahora bien, en cuanto a la generación de barreras al acceso el que una empresa como BuscaBit.com disfrute de un poder de mercado que pueda ejercer dependerá fundamentalmente de las alternativas que existan a los productos que ofrecen. En la medida en que existan alternativas BuscaBit no puede imponer sus condiciones en el mercado. Que eso suceda depende del grado de sustituibilidad que tenga el motor de búsqueda de BuscaBit con respecto al de sus competidores, como es el caso de GoSearch.
96. Si bien es cierto, actualmente GoSearch constituye una competencia para Buscabit.com en el mercado de motores de búsqueda, debido a la gran diferencia que existe entre las cuotas de mercados de cada empresa [Hechos, § 15], dicha competencia no se considera alternativa suficiente y creíble para constituir una restricción competitiva, para BuscaBit. Por ello es necesario que la oferta se expanda. Esto es que GoSearch pueda incrementar la capacidad productiva de manera que el comportamiento del agente dominante se vea afectado por la sustituibilidad de oferta, lo cual depende de lo que se denomina barreras al acceso o a la expansión.
97. El economista George Stigler define barrera al acceso como “un coste que soportan los entrantes (GoSeach) y ninguna vez soporto el incúmbete (BuscaBit) para producir un bien o servicio [G. Stigler, 1968]”. Asimismo, el servicio de la Defensa de la competencia en España define las barreras de entrada como “aquellos obstáculos a los que deben hacer frente los potenciales competidores y que pueden incidir en la decisión de entrada

en el mercado hasta el punto de eliminar su posible efecto disciplinante sobre los operadores ya presentes”.

98. Por lo cual, encontramos que BuscaBit genera barrera al acceso del mercado de motores de búsqueda, siendo afectado GoSearch específicamente en dos aspectos. A) Barrera del coste hundido: La existencia de costes hundidos constituye el elemento clave de la existencia de barreras a la entrada estructurales. En presencia de costes irre recuperables de magnitud el incentivo a la entrada se reduce. Replicar la base de datos con la que cuenta BuscaBit representa un coste hundido, es decir un coste irre recuperable para GoSearch, pues esto le tomaría de 15 a 20 años [Hechos, § 22], tiempo que estaría en el mercado sin obtener alguna renta considerable, pues un entrante potencial únicamente incurriría en estos costes hundidos derivados de la entrada si espera ser capaz de recuperar no sólo estos costes hundidos, sino, también, los costes “evitables” a través de los ingresos que espera obtener; y B) Barrera por el acceso privilegiado a factores de producción: BuscaBit tiene un acceso privilegiado a factores de producción claves ya que gozan de los activos necesarios para brindar un motor de búsqueda rápido y eficaz, siendo estos activos necesarios la base de datos que contiene la información de las palabras más frecuentes que buscan lo usuarios en el internet.
99. Por lo tanto, se establece que BuscaBit se encuentra en una posición de dominio en el mercado de búsqueda de motores, por lo cual es sujeto de obligaciones especiales, es decir, obligaciones que cualquier otra empresa que no se encuentra en posición de dominio no tendría. De igual forma, al no cumplir con estas obligaciones, BuscaBit, estaría abusando de su posición de dominio.

**b) La bases de datos de Buscabit como un activo inmaterial necesario para que Everest pueda competir en libertad.**

100. Establecido que BuscaBit se encuentra en una posición de dominancia de acuerdo a lo establecido en el contrato suscrito entre Everest y BuscaBit, pasaremos a examinar como la negativa a brindar acceso a la base de datos constituye un abuso de dicha posición.
101. Definir la posición de dominio trata de establecer criterios que identifiquen a aquellos operadores que realmente tengan una posición susceptible de restringir la competencia y detraer excedente de los consumidores. “La calificación de dominante tiene

importantes implicaciones y costes para los operadores, porque por el mero hecho de serlo los convierte en sujetos de obligaciones especiales que limitan su comportamiento frente a competidores, proveedores y clientes [Padilla & Gutierrez, 2005].”

102. Un derecho de propiedad privada, como es la propiedad inmaterial que BuscaBit tiene sobre su base de datos, puede venir a quedar limitado en la plenitud de su disfrute a fin de preservar una competencia libre.
103. La base de datos es un activo inmaterial esencial para que otras empresas puedan competir. Esos activos inmateriales conforman ya el “estándar” necesario para los competidores en el mercado relevante
104. En el medio o largo plazo la estandarización es en muchos casos inevitable, puesto que una vez que los consumidores se decantan por cierto estándar, los consumidores adicionales tenderán a decidirse por el estándar “vencedor” hasta extinguir al “perdedor”.
105. En aquellos casos en que una determinada tecnología propiedad de una empresa se convierte en el estándar, es más difícil lograr que dicha empresa comparta su tecnología. Sin embargo, al encontrarse en una posición de dominio dicha empresa tiene obligaciones especiales.
106. BuscaBit, en su lucha competitiva, está facultado para llevar a cabo conductas agresivas para ganar o consolidar cuotas de mercado, pero no debe sobrepasar determinados límites. Las razones de esta limitación hay que encontrarla en el hecho de que dicha empresa se encuentra en una situación de dominio, es decir con poder de mercado absoluto, y debido a ello la competencia queda debilitada. Por ello, en primer lugar la jurisprudencia de los Estados Unidos y más tarde la de los Tribunales Europeos, comenzaron a elaborar una teoría en virtud de la cual al operador con poder de mercado debería imponérsele una especial diligencia (obligaciones especiales arriba mencionadas) en sus relaciones en el mercado.<sup>3</sup>
107. En los Estados Unidos el caso Alcoa en 1945 constituyó el más claro ejemplo en el que los Tribunales restringían las actuaciones comerciales de las grandes empresas, precisamente por imponerles un comportamiento que no les sería exigible si carecieran de tal posición. Por su parte, tanto la Comisión Europea como los Tribunales

---

<sup>3</sup> Valga como ejemplo la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de Abril de 1993 (BPB Industries y British Gypsum/Comission As. T-65/89) que señala que ciertas “consideraciones, aplicables en una situación normal de mercado competitivo, no pueden admitirse sin reserva en el caso de un mercado en el que precisamente por el hecho de que uno de los operadores ostenta una posición dominante, la competencia se encuentra ya restringida”

Comunitarios elaboraron bien pronto la teoría de la especial responsabilidad, según la cual al operador dominante le viene impuesta una especial responsabilidad de actuar en el mercado de forma tal que la competencia no quede distorsionada.<sup>4</sup>

108. El primer asunto en el que Tribunales Comunitario de Europa llegaron a la conclusión, de que el ejercicio del derecho excluyente frente a un competidor potencial efectivamente daba lugar a un comportamiento abusivo, fue el famoso asunto Magill, en el que varias cadenas de televisión cuyos programas podían recibirse en Irlanda se reservaban, apoyándose en sus derechos de autor, el derecho de publicar un programación semanal de sus ofertas televisivas en su propia revista de Televisión. La negativa de las cadenas de televisión a suministrar su programación a terceros –para así excluir cualquier competencia en el mercado derivado de las revistas sobre programación televisiva-, tenía el efecto de mantener el monopolio que estas disfrutaban en este mercado complementario a través de la publicación de sus propias revistas, cuyo contenido, sin embargo, se limitaba a la programación de las respectivas cadenas.

109. La jurisprudencia posterior a Magill ha desarrollado con más nitidez el concepto de “recurso esencial” y los demás requisitos que deben concurrir para que la negativa de dar acceso a tales recursos sea abusiva. Según la Sentencia Magill, estos requisitos son: A) Que el producto o servicio en cuestión sea un recurso indispensable en el sentido de que no exista ninguna alternativa real o potencial al mismo; B) Que la negativa pueda excluir toda competencia de un mercado derivado<sup>5</sup>; C) Que obstaculice la aparición de un producto nuevo para el que existe una demanda potencial de los consumidores; D) Que carezca de justificación objetiva [Decisión de la Comisión de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 (caso Microsoft) y Berkey Photo, Inc, v. Eastman Kodak Co. 603 F, 2d 263 (2and Cir.1979)].

110. En sentido de dicha jurisprudencia encontramos la resolución del Tribunal de defensa de la Competencia en España del 3 de junio de 1993 (caso telefónicas en aeropuertos): Primera Sentencia en el que un Tribunal español impuso una obligación de suministro, en dicho caso la empresa telefónica había denegado y retrasado la interconexiones de los terminales telefónicos de la denunciante 3C Communications a su

---

<sup>4</sup> Desde la Sentencia del TJ de 21 de febrero de 1973 (Europemballage Corporation y Continental Can. As. 6/72) se viene admitiendo en la jurisprudencia comunitaria la teoría de la “especial responsabilidad”

<sup>5</sup> En la sentencia IMS se establece que no es necesario la existencia de dos mercados sino que puede ser en el mismo mercado relevante de los agentes económicos

red, alegando que estos carecían de homologación. En su resolución el TDC destacó que la conducta de la Telefónica estaba impidiendo que 3C accediera al mercado de la prestación de servicios telefónicos con pago mediante tarjeta de crédito, eliminando toda competencia en dicho mercado y obstaculizando la aparición de un producto nuevo. Por lo cual, ordeno a la empresa telefónica, permitir el acceso a la interconexión en la terminales del aeropuerto.

111. Derivado de estos parámetros establecidos por dichas Autoridades de Competencia, podemos establecer que la bases de datos que posee BuscaBit consiste en un recurso esencial para el poder competir en el mercado de motores de búsqueda. Asimismo, al no permitir que Everest pueda utilizar ese recurso esencial, en su motor de Búsqueda, GoSearch, se está excluyendo a dicha empresa del mercado relevante. De este modo, BuscaBit en ejercicio y abuso de su poder de dominio está restringiendo la competencia y obstaculizando la aparición de un servicio nuevo y sin ofrecer una justificación objetiva para la negativa del acceso a la base de datos. Por lo cual, BuscaBit no está cumpliendo con sus obligaciones especiales, y por lo tanto abusa de su posición de dominio. Derivado de ello, se solicita al Tribunal arbitral, ordene a Buscabit.com la entrega de la base de datos donde se encuentra las palabras más buscadas por los usuarios, en concordancia con la teoría de los recursos esenciales sustentada por los Tribunales Europeos y norteamericanos.

**V. Everest no ha violado las cláusulas de libre competencia en el contrato al obligar a sus usuarios a instalar GoSearch a través de la barra de búsqueda.**

- a) La descarga del buscador GoSearch no supone una venta atada o “tying” anticompetitivo, toda vez que no supone una barrera de entrada en el sector de mercado de BuscaBit.com.**

112. Los autores Miguel Odriozola Alén y Begoña Barrantes Díaz definen a la venta conjunta o “tying” de la siguiente manera: “Consiste, básicamente, en la venta conjunta, por parte de una empresa en posición de dominio, de productos que, en ausencia de la práctica en cuestión, los consumidores adquirirían mediante dos relaciones contractuales diferentes. El abuso puede cometerse cuando la empresa dominante condiciona la venta de un producto o servicio (producto vinculante o atante) a la adquisición de otro diferente (producto vinculado o atado) u obliga o induce a sus clientes a adquirir dos o más productos de forma conjunta”.

113. De la anterior definición se analiza que es necesario que se den dos relaciones contractuales distintas entre proveedor y cliente, de tal manera que se haga un cargo pecuniario adicional o extra por la adquisición del producto atado y para que se incurra en “*tying*” anticompetitivo se debe estar en una posición de dominio del sector de mercado que se está ocupando, en el *cas d’ spece*.
114. Las ventas atadas o “*tying*” es una modalidad de venta en la que se condiciona la venta de un producto a la compra de otro, de manera que no se puede adquirir el producto uno sin la compra del producto dos. En ese sentido, para que exista *tying* o venta por abuso de dominio, debe existir un producto “atante” y otro “atado”: de tal suerte que se haga un cargo pecuniario adicional por la venta de este producto atado; en el *cas d’ spece* no se está obligando al consumidor a adquirir o comprar adicionalmente el buscador GoSearch, únicamente se está promocionando y publicitando un nuevo servicio que la plataforma de libros en línea ofrece a sus usuarios, ya que el uso de esta barra de búsqueda hace que la experiencia de los usuarios en Everest sea óptima, toda vez que la base de datos utilizada en dicha barra de búsqueda facilita la navegación en del producto principal. Entonces, el *tying* anticompetitivo alegado por la contraparte carece de sustento, ya que la figura promocional que Everest le está dando al buscador GoSearch no está prohibida por ninguna ley de competencia, tampoco por el contrato de *Joint Venture* que Everest celebró con BuscaBit y de conformidad con el principio de legalidad regulado por el artículo 5 de la Constitución Política de la República de Guatemala el cual establece: “Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; ...”, Everest se encuentra en la posibilidad de publicitar y promocionar nuestro buscador GoSearch en su portal de libros en línea.
115. De acuerdo con la Comisión Europea en consulta pública de diciembre 2005 en Bruselas Bélgica, y en la decisión del caso *COMP/C-3/37.792, Microsoft del 24 de marzo de 2004*, debe atenderse a una *rule of reason*, al momento de analizar la vinculación de productos, la cual dicta que la venta atada solo es anticompetitiva si estos efectos no son compensados por sus efectos procompetitivos y en consecuencia no son perjudiciales para el consumidor. El uso condicionado del buscador GoSearch no tiene efectos anticompetitivos, ya que no se encuentra en la posibilidad de siquiera competir con BuscaBit.com y si de cualquier forma los hubiere, los compensa totalmente con sus efectos procompetitivos, los cuales no producen ningún perjuicio para el consumidor, al contrario, la eficiencia de nuestro buscador GoSearch en conjunto con nuestra

plataforma Everest es consecuencia de su uso conjunto que beneficia directamente a nuestros consumidores.

116. Por tanto, la justificación objetiva del uso condicionado es válida toda vez que representa más beneficios o beneficios en su totalidad, antes que perjudicar a nuestros consumidores.
117. Las barreras de entrada son obstáculos físicos, legales, económicos o éticos a los que se enfrenta un proveedor de bienes o servicios para ingresar a un sector de mercado. Asimismo existen barreras de salida, las cuales constituyen una dificultad al momento que el proveedor quiere abandonar un sector de mercado, lo cual supone una obligación para el proveedor de permanecer en el mercado y seguir compitiendo y de luchar por sobrevivir en este, hasta que el proveedor es absorbido o extinto por otro competidor mejor posicionado en el mercado, es decir, quien goza de la posición de dominio sobre el mercado.
118. En virtud de lo expuesto, la descarga obligatoria con carácter promocional no supone para la relación contractual de BuscaBit con Everest, una práctica anticompetitiva, toda vez que las acciones realizadas por Everest no tiene efectos restrictivos de entrada ni de salida en el sector de mercado que domina BuscaBit.com, es decir, el uso condicionado de GoSearch.com no impone barreras de entrada o de salida al sector de mercado que maneja la contraparte, el cual, sería el único supuesto mediante el cual la figura de promoción del buscador GoSearch tendría efectos restrictivos para el mercado objeto de nuestras compañías.

**b) El impacto de GoSearch en el mercado es de poca relevancia (Ley de *Minimis*).**

119. Las conductas "*de minimis*" o de poca relevancia son aquellas conductas que son reputadas como de poca relevancia o de riesgo mínimo, es decir, son tan insignificantes que se puede permitir que sucedan. En el *cas d' spece*, nos encontramos frente a BuscaBit.com que realmente es quien domina el mercado de los buscadores web, y GoSearch, un buscador nuevo que se encuentra instalado en los dispositivos que también tengan Everest (plataforma de libros en línea), de tal suerte que la población lectora activamente es mucho menor comparada a la población que tiene acceso a internet y hace uso de BuscaBit. En este orden de ideas, quien realmente está imponiendo barreras de entrada al mercado de buscadores web es la hoy demandada, al no permitir que GoSearch entre a su mercado.

120. En el sentido de lo anteriormente expuesto, podemos concluir que: el impacto que tiene el buscador de Everest, GoSearch, en el sector de mercado que ocupa y domina actualmente BuscaBit es mínimo (*de minimis*), ya que no cuenta con los recursos para irrumpir abruptamente en el mercado que BuscaBit realmente domina con su popular buscador.

## **VI. La cláusula del acuerdo de confidencialidad no es vulnerada por medio de la publicación de un texto en una red social.**

### **a) Everest en ningún momento violó la cláusula de confidencialidad.**

121. Frecuentemente se considera que la confidencialidad del proceso es una de las ventajas principales que ofrece el arbitraje. A diferencia de lo que ocurre con los procesos judiciales estatales, en los que generalmente la prensa y el público tienen derecho a estar presentes, el arbitraje comercial internacional no es un proceso público, es fundamental que sea privado [Redfern, Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006, pág. 91]”.

122. Este principio se encuentra reconocido en diferente normativa, el artículo 21 del Reglamento de la CCI establece: “(...) El Tribunal Arbitral tendrá la plena dirección de las audiencias, en las cuales todas las partes tienen derecho a estar presentes. Salvo autorización del Tribunal Arbitral y de las partes, las audiencias no están abiertas a personas ajenas al proceso”. Asimismo, los reglamentos del CIRD, el CIADI, y la OMPI, al igual que los reglamentos de organizaciones de arbitraje comercial como la Cámara Económica Federal de Austria, la Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China (CIETAC) y la Asociación de Arbitraje Comercial de Japón (JCAA) contienen disposiciones similares.

123. En el caso concreto, Everest y BuscaBit, establecieron en el acuerdo de *Joint Venture* contractual, en el apartado de controversias, según el acuerdo de confidencialidad, se convino de forma literal que: “La institución arbitral, las partes, el tribunal arbitral, el secretario y los expertos deberán mantener los procedimientos y el laudo arbitral confidenciales, excepto que tengan que usarlo para proteger los derechos [cláusula XII del Contrato]”.

124. La entidad BuscaBit argumenta que se infringió el contrato y específicamente el acuerdo de confidencialidad por parte de Rosa Park, ya que en su cuenta de la red social Twitter publicó que se encontraba demandando en arbitraje a dicha entidad, lo cual es un argumento que carece de objetividad, pues como es claro en el acuerdo, la



confidencialidad debe de mantenerse con respecto a los procedimientos y el laudo arbitral únicamente, por lo que al publicar exclusivamente el hecho de llevar a cabo un arbitraje en contra de la entidad Buscabit no se está transgrediendo en ningún momento el acuerdo mencionado, ya que no se está haciendo público contenido que forme parte de los procedimientos.

125. Este criterio se ha sostenido actualmente por diferentes tribunales, tal es el caso *Esso Australia Resourses Ltd c/ The Honourable Sidney James Plowman* en donde el Tribunal australiano establecía que si bien debía respetarse el carácter privado de la audiencia, la confidencialidad no constituía un atributo fundamental del arbitraje privado. Específicamente, el tribunal determinó que la exigencia de realizar las audiencias a puerta cerrada no importa la obligación de prohibir la divulgación de documentos e información aportada en el arbitraje y con ese fin. Luego el tribunal concluyó que si bien en determinadas situaciones podría surgir cierto grado de confidencialidad, está no era absoluta [caso *Esso Australia Resourses Ltd c/ The Honourable Sidney James Plowman*, (1995) CLR.10].

126. Esto quiere decir que Rosa Park en ningún momento reveló información relativa al contenido de la demanda, las razones por las cuales se estaba llevando a cabo el arbitraje ni menos aún divulgó algún documento ni información al procedimiento de arbitraje, únicamente hizo uso de la libertad de expresión que ostenta. Así, también, la normativa y jurisprudencia anteriormente citada, se refiere únicamente a la confidencialidad de las actuaciones de las audiencias más no a la confidencialidad de llevar a cabo un procedimiento arbitral, por lo tanto, el argumento de BuscaBit en cuanto la violación de la cláusula de confidencialidad es inválida por no tener sustento ni asidero legal.

127. Asimismo, BuscaBit argumenta que dicha publicación afecta la reputación de ellos, lo cual de igual forma no es cierto, ya que el anunciar que una persona, institución, sociedad, entidad, etc., mantiene un proceso o un conflicto con otra no es razón para dañar la reputación de la misma, a menos que se esté aceptando que los hechos que se le reclaman sean ciertos, de lo contrario el principio de inocencia, aplicable en cualquier procedimiento indica que ninguna persona puede ser condenada sin antes ser citada, oída y vencida en un proceso, de tal razón que no se está difamando o dañando la reputación de dicha entidad al no hacer de forma pública y del conocimiento de todos los seguidores de Rosa Park, los motivos del proceso, razón por la cual no se está tachando, etiquetando, afirmando, ni atacando públicamente a la entidad BuscaBit de

un hecho, por lo cual no se daña la reputación de la misma, el simple hecho de llevar a cabo un proceso de arbitraje es susceptible de cualquier persona, institución, entidad entre otros, ya que es una forma de resolver conflictos.

## **VII. El Tribunal Arbitral es competente para declarar el cumplimiento forzoso del *Joint Venture*.**

### **a) El intercambio del know how, el cual abarca la base de datos de Buscabit, se pactó expresamente en el *Joint venture*.**

128. Anteriormente ha quedado determinado que el *Joint Venture* contractual suscrito entre las partes, Buscabit y Everest, es absolutamente válido y que en el mismo, ambas partes manifestaron que su intención era el intercambio de capital, recursos y *savoir-faire* en el sector de publicidad en internet [Cláusula II del Contrato].

129. Del mismo modo se ha dilucidado el hecho de que el *know how* o *savoir-faire* abarca la base de datos de Buscabit, por lo que la negativa injustificada a entregarlo a Everest representa claramente un incumplimiento de lo pactado.

130. En virtud de que la ley aplicable al fondo es la ley de Guatemala y siendo este un país que sigue el *Civil Law*, el tribunal arbitral está facultado para declarar el cumplimiento forzosos de lo pactado, siendo este *el “principal recurso frente a incumplimientos contractuales en países con esta tradición jurídica”* Redfern, Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006, pág. 505]”.

### **b) De no proceder el cumplimiento forzoso de lo pactado en el *Joint Venture* contractual es necesaria una compensación punitiva.**

131. De considerar el tribunal arbitral improcedente el cumplimiento forzoso del *Joint Venture* y la entrega de la base de datos de Busca Bit a Everest, resulta claro que BuscaBit deberá otorgar una indemnización a Everest por incumplimiento de lo pactado

132. El tribunal arbitral es competente para determinar este tipo de compensaciones en virtud de que existen casos<sup>6</sup> de arbitraje en los Estados Unidos, en los que se ha determinado que la cláusula arbitral es tan amplio que confiere la facultad implícita de

---

<sup>6</sup> Willoughby Roofing Supply Co c/ Kajima International Inc. 776 D.2d 269 (11 th Cir. 1985) en el que el otorgamiento de la compensación punitiva en virtud de laudo arbitral por fraude en contratación y Mitsubishi/c Soler Chrysler Plumouth Inc. 473 US 614 (1985) en el que se dictaron laudos que fijaban una indemnización por violación de leyes de defensa de la competencia.

fijar una compensación punitiva, derivado de que se infiere del contexto de la operación subyacente que una controversia da lugar a una pretensión de indemnización. Redfern, Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006, pág. 503]”.

### **VIII. La inconstitucionalidad en caso concreto planteada por BuscaBit es improcedente.**

#### **a) Las cláusulas contractuales por su naturaleza son de observancia estrictamente particular y no general.**

133. De conformidad con el artículo 116 de la Ley de Amparo, Exhibición personal y Constitucionalidad, la *Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos* procede como acción, excepción o incidente. En el presente caso, se ha planteado por la parte demanda BuscaBit.com una inconstitucionalidad en caso concreto, argumentando que una ley solo puede ser sustituida por otra ley, no por contrato, por lo tanto, las cláusulas referentes a la Libre Competencia dentro del *Joint Venture* son nulas.

134. El *Joint Venture Contractual* suscrito entre ambas partes es plenamente válido y tiene incorporadas ciertas cláusulas de observancia particular que únicamente regulan los lineamientos a seguir en la ejecución y cumplimiento de la alianza comercial por las partes.

135. Cada una de las cláusulas contractuales constituye los términos que debe precisar cada compañía en el ejercicio de su función informática y también los parámetros legales que debe considerar cada empresa para no violentar los derechos de la otra compañía ni evadir sus obligaciones. En este sentido, las cláusulas contractuales por naturaleza son de observancia estrictamente particular, es decir, son de cumplimiento obligatorio y coercitivo únicamente para las partes que suscribieron el contrato: Everest.com y Buscabit.com.

136. En virtud de lo anterior, en el presente caso, resulta improcedente la inconstitucionalidad en caso concreto, ya que para que una ley pueda ser atacada de inconstitucional, debe ser estrictamente de observancia general, es decir, que únicamente las leyes de observancia general pueden ser declaradas inconstitucionales. Toda vez que son las leyes de carácter general las que por naturaleza van a obligar a todos los ciudadanos en su cumplimiento, mientras que aquellas que tienen observancia particular, no pueden adolecer de inconstitucionalidad pues únicamente rigen entre partes de forma privada.

137. Asimismo, es importante hacer énfasis en que el contrato firmado entre partes, no está en ningún momento sustituyendo la existencia o no de una ley general, sino simplemente está regulando conductas éticas y bases prácticas para el cumplimiento y ejecución del Joint Venture, por ello no puede considerarse que su contenido está sustituyendo alguna disposición normativa de carácter general.

### **PETITORIO**

Con base en la relación de hechos, derecho invocado y argumentos expuestos, Everest.com respetuosamente solicita a este Tribunal Arbitral que declare lo siguiente:

### **PROCESAL:**

- a. Que el presente asunto de derecho a la libre competencia es arbitrable por estar incluido en un contrato de carácter internacional con el cual se busca mantener la armonía en el sistema comercial internacional.
- b. Que la cláusula compromisoria suscrita entre BUSCABIT y EVEREST es válida.
- c. Que el Tribunal Arbitral es el único competente para conocer la presente controversia.

### **SUSTANTIVO:**

- a. Que la ley aplicable al fondo de la controversia está conformada por el Código Civil, Código de Comercio y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad.
- b. Que el acuerdo de *Joint Venture* es plenamente válido y sus cláusulas contractuales no sustituyen la existencia de una ley de competencia, puestos que las mismas son de observancia particular.
- c. Que el intercambio de *Savoir-faire* pactado en el acuerdo *Joint Venture* abarca la Base de Datos.
- d. Que BuscaBit ha cometido abuso de su posición de dominio en el mercado de motores de búsqueda al negarse a dar acceso a su base de datos.
- e. Que la base de datos de BuscaBit es un activo inmaterial necesario para que Everest pueda competir en libertad.
- f. Que con base en las cláusulas plasmadas en el contrato y por tener la obligación especial como operador dominante del mercado relevante, el Tribunal Arbitral obligue a Buscabit.com a otorgar acceso a su base de datos.

- g. Que Everest no ha violado las cláusulas de libre competencia en el contrato al obligar a sus usuarios a instalar GoSearch a través de la barra de búsqueda, puesto que la descarga del buscador GoSearch no supone una venta atada o “*tying*” anticompetitivo, toda vez que no existe una barrera de entrada en el mercado relevante.
- h. Que Everest ha respetado la cláusula del acuerdo de confidencialidad toda vez que dicha cláusula únicamente se refiere a los procedimientos y el laudo arbitral.
- i. Que se ordene el cumplimiento forzoso del *Joint Venture* y consecuentemente la entrega de la base de datos de Buscabit a Everest, siendo este cumplimiento forzoso el principal recurso frente a un incumplimiento de lo pactado en los países que siguen el civil war.
- j. Que en caso de no proceder la ejecución forzosa del *Join Venture* se condene a BuscaBit a una compensación económica correspondiente a una indemnización de las pérdidas y perjuicios que surjan por el incumplimiento de lo pactado en el *Joint Venture*.

Guatemala, treinta y uno de octubre de dos mil diecisiete.