
**CUARTA COMPETENCIA INTERUNIVERSITARIA DE
ARBITRAJE COMERCIAL**

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

**MEMORIA DE LA PARTE
DEMANDADA**

DEMANDANTE

Everest

V

DEMANDADA

BuscaBit

EQUIPO No. 975

ÍNDICE

	Pág.
I. ABREVIATURAS.....	i
II. TABLA DE AUTORIDADES	ii
III. RELACIÓN CRONOLÓGICA DE LOS HECHOS.....	1
IV. ARGUMENTOS DE LA PARTE ADJETIVA	2
A. INTRODUCCIÓN A LOS ARGUMENTOS RELATIVOS A LA FORMA.....	2
B. PRIMER PUNTO: LEGISLACIÓN APLICABLE	2
C. SEGUNDO PUNTO: LA CLÁUSULA ARBITRAL ES INVÁLIDA	2
a) El derecho a la libre competencia no es arbitrable	3
b) El Tribunal Arbitral es incompetente para conocer la presente controversia.....	5
D. TERCER PUNTO: EL LAUDO ARBITRAL QUE SE EMITA EN EL PROCESO ARBITRAL, NO SERÁ RECONOCIDO NI EJECUTADO.....	5
E. CUARTO PUNTO: PLANTEAMIENTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD EN EL CASO CONCRETO DE LAS REGLAS DE COMPETENCIA DEL CONTRATO <i>JOINT VENTURE</i>	6
a) El tribunal arbitral es competente para conocer y resolver una inconstitucionalidad de la ley en caso concreto	7
V. ARGUMENTOS DE LA PARTE SUSTANTIVA	10
A. INTRODUCCIÓN A LOS ARGUMENTOS RELATIVOS AL FONDO	10
B. PRIMER PUNTO: PLANTEAMIENTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD EN CASO CONCRETO	10
a) Motivo de la comparecencia.....	10
b) Identificación de la norma que se estima inconstitucional	11
c) Exposición de los motivos jurídicos sobre los que descansa la inconstitucionalidad	11
C. SEGUNDO PUNTO: EL CONTRATO DE <i>JOINT VENTURE</i> HA SIDO CUMPLIDO POR BUSCABIT. LAS CLÁUSULAS DE COMPETENCIA SON NULAS.	12
a) Compartir la base de datos no es una obligación derivada del <i>Joint Venture</i> , ni forma parte del cumplimiento del contrato satélite de <i>savoir-faire</i>	13
b) Otorgar acceso a la base de datos no es indispensable para el cumplimiento de la cláusula de competencia, ni evita una conducta anticompetitiva	15
D. TERCER PUNTO: BUSCABIT NO ABUSÓ DE SU POSICIÓN DE DOMINIO. EVEREST NO HA SUFRIDO NINGÚN DAÑO INDEMNIZABLE.	18

a)	BuscaBit no incumplió las cláusulas de libre competencia	18
b)	Everest no ha sido dañada ni ha tenido pérdidas provocadas por BuscaBit.....	24
E.	CUARTO PUNTO: EVEREST INCURRIÓ EN UNA PRÁCTICA ANTICOMPETITIVA AL REALIZAR VENTAS CONDICIONADAS O <i>TYING</i>	25
a)	La venta condicionada está prohibida por el derecho de competencia, en general, y por el acuerdo entre las partes en particular.	25
b)	La venta condicionada realizada por Everest afecta directamente las condiciones competitivas en el mercado de buscadores, agravando directamente a BuscaBit. Por lo cual procede una indemnización por daños y perjuicios.	27
F.	QUINTO PUNTO: EVEREST INCUMPLIÓ LA CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD	28
a)	Everest dañó a BuscaBit por incumplimiento de la cláusula de confidencialidad	28
b)	Everest debe indemnizar por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento contractual, así como por el daño moral	29
VI.	PETITORIO	30

I. ABREVIATURAS

§	Párrafo / párrafos
Aclaraciones	Respuestas Aclaratorias Moot 2018 CRECIG
Arto. /artos.	Artículo / Artículos
BuscaBit	BuscaBit / BuscaBit.com (Parte demandada)
Caso	Caso hipotético Moot 2018 Crecig
CRECIG	Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala
Constitución, Carta Magna, CPRG	Constitución Política de la República de Guatemala
Contrato	Acuerdo <i>Joint Venture</i> Contractual
Demanda	Memorial de demanda, Equipo 108
Demandante	Everest/Everest. com
Everest	Everest /Everest.com (Parte demandante)
Partes	Everest o Everest.com / BuscaBit o BuscaBit.com
LAEPyC	Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto 1-85 de la Asamblea Nacional Constituyente
N°	Número
OMPI	Organización Mundial de Propiedad Intelectual
Pág. /págs.	Página / Páginas
S.A.	Sociedad Anónima
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
V.	Versus

II. TABLA DE AUTORIDADES

LIBROS Y TEXTOS ACADÉMICOS		
CITA	BIBLIOGRAFÍA	PÁRRAFO
[AZHAR]	Azhar, Ahman. Anti-Competitive Practices in Indiana: Under the new Competition Law Regime. VDM Verlag Dr. Muller. Estados Unidos.	155
[BAKER]	Baker, Jonathan. Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation. The American Antitrust Institute, AAI Working Paper No. 07-04. 2007.	123
[BOGUERO]	Boffi Boguero, Luís María. Responsabilidad (conceptos generales, con especial referencia al derecho civil) , artículo en enciclopedia jurídica Omeba, 5t., Buenos Aires, Argentina: Ed. Driskill, 1979.	165
[BRAUNSTEIN]	Braunstein, Yale. Repercusiones económicas de la protección de las bases de datos en los países en desarrollo. 2002. Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos conexos, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.	86
[BUSTOS ROMERO]	Bustos Romero, Federico. El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español. Revista CES Derecho, Volumen 6, No. 1, Enero-Junio. 2015.	117 y 122
[CAIVANO]	Caivano, Roque. Arbitrabilidad y Orden Público. Revista Foro Jurídico.	5 y 7
[CAIVANO 1]	Caivano, Roque. La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene. Disponible en: www.juridicas.unam.mx	37

[CAIVANO 2]	Caivano, Roque. Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje.	37, 43, 47 y 49
[DERECHO UNAM]	López Zamarripa, Norka, El contrato de Joint Venture en el escenario del comercio global. División de Universidad Abierta y Educación a Distancia, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: http://www.derecho.duad.unam.mx/amicus-curiae/descargas/amicus14/EL_CONTRATO_DE_JOINT_VENTURE.pdf	73, 75, 76, 94, 95, 96 y 99
[DIGHERO]	Dighero Herrera, Saúl. El control de la constitucionalidad de las leyes en Guatemala.	43
[ECURED]	ECURED. Motor de búsqueda. 2017. Disponible en: https://www.ecured.cu/Motor_de_b%C3%BAsq%u00ueda	85
[ENCICLOPEDIA ECONOMÍA]	Gran enciclopedia de economía. Mercado. 2017. Disponible en: http://www.economia48.com/spa/d/mercado/mercado.htm	77
[ENCICLOPEDIA ECONOMÍA 2]	ECONOMIPEDIA. Mercado relevante. 2017. Disponible en: http://economipedia.com/definiciones/mercado-relevante.html	79
[FELIÚ]	Feliú, Olga. La protección del consumidor y la libre competencia. 2012. Disponible en: https://www.df.cl/noticias/opinion/columnistas/olga-feliu/la-proteccion-del-consumidor-y-la-libre-competencia/2012-06-15/213121.html	97
[FREYRE, KUNZE y MINAYA]	Freyre, Mario y otros. La nueva Ley de Arbitraje: ¿Cuáles son las materias arbitrables? (2008) Lima.	13

[HARROCH]	Harroch, Richard. The Key Elements Of Non-Disclosure Agreements. 2016. Forbes. Disponible en: https://www.forbes.com/sites/allbusiness/2016/03/10/the-key-elements-of-non-disclosure-agreements/#360adbf8627d	176 y 177
[INAPI]	Instituto Nacional de Propiedad Industrial, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo de Chile. Bienes Inmateriales. 2017. Disponible en: http://www.inapi.cl/portal/orientacion/602/w3-propertyvalue-1086.html	184
[LAINO]	Laino, Antonella. Innovation and monopoly: The position of Schumpeter. Munich Personal RePEc Archive –MPRA- Paper No. 35321, posted 11. 2011.	124
[MATA]	Mata, Gustavo. Las barreras para la entrada de competidores potenciales a los sectores de actividad y su influencia en la posibilidad de obtener beneficios en los mismos. Revista de Dirección, Organización y Administración de Empresas de La Fundación General de la Universidad Politécnica de Madrid, No. 36. 2008.	126
[McCHESNEY]	The concise Encyclopedia of Economics: Antitrust. Sitio digital “Library Economics and Liberty”. Consultado 7/ 12/2017.	157
[MONTROYA]	Montoya, Juan David. Qué es el mercado y sus tipos. 2017. Disponible en: http://www.actividadeseconomicas.org/2014/06/que-es-el-mercado-y-sus-tipos.html	77

[NELSON & WINTER]	NELSON, RICHARD & WINTER, SIDNEY. An Evolutionary Theory of Economic Change. Harvard University Press. 1982.	126
[NICHOLAS]	Nicholas, Tom. Why Schumpeter was Right: Innovation, Market Power, and Creative Destruction in 1920s America. Disponible en: http://www.people.hbs.edu/tnicholas/JEH03.pdf	123 y 125
[OECD]	Glossary Of Statistical Terms. Commercial Confidentiality. 2002. Disponible en: https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=4464	178
[OMPI, BUSSINESS]	Organización Mundial De La Propiedad Intelectual. Technology licensing. 2017 Disponible en: http://www.wipo.int/sme/en/ip_business/licensing/technology_license.htm	73
[OMPI NDA]	Organización Mundial De La Propiedad Intelectual. Disclosing Confidential Information. 2003. Disponible en: http://www.wipo.int/sme/en/documents/disclosing_inf_fulltext.html	178
[OMPI PUBLICIDAD]	Lien Verbauwheide, Organización Mundial De La Propiedad Intelectual. Cuestiones relativas a la propiedad intelectual en la publicidad. 2005. Disponible en: http://www.wipo.int/sme/es/documents/ip_advertising.htm#intro	80
[ORTIZ BAQUERO]	Ortiz Baquero, Ingrid. La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia. Revista e-Mercatoria, Volumen 7, Número 1. 2008.	148

[OSTERLING]	Osterling, Felipe. La indemnización de daños y perjuicios. Disponible en: http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1os.pdf	149, 182, 183 y 184
[PORTER]	Porter, Michael. Competitive Strategy: Techniques for Analyzing Industries and Competitors. The Free Press. 1998.	126
[POSNER]	Posner, Richard. Natural Monopoly and Its Regulation. 21 Stanford Law Review 548. 1968	123 y 124
[RAMANUJAN, BHATTACHARYA & GUPTA]	Ramanujan, Adarsh; Bhattacharya, Prateek & Esheetaa, Gupta. Infringement Analysis in Copyright Law. Lakshmi Kumaran & Sridharan, New Delhi, India. 2011.	137 y 138
[SAINZ]	Sainz Moreno, Fernando. Orden Público Económico y restricciones de la competencia. 2017. Disponible en: file:///C:/Users/Mario%20Merida/Downloads/Dialnet-OrdenPublicoEconomicoYRestriccionesDeLaCompetencia-1098114.pdf	97 y 98
[SANDERS]	Sanders, Bernie. Outsider in the White House. Verso Books. 2105.	158
[SCHUMPETER]	Schumpeter, Joseph. Capitalism, Socialism & Democracy. Routledge. 1976.	123 y 125
[SCHUMANN]	Schumann, Guillermo. Acciones de responsabilidad civil por infracciones del derecho de la competencia. La acumulación de acciones y la cesión de derechos de indemnización como estrategias de litigación	148

	conjunta en España. Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. 2016.	
[SEMANARIO JUDICIAL]	Cuarto Tribunal Colegiado En Materia Administrativa Del Primer Circuito, Suprema Corte De Justicia. Mercado relevante. Su concepto en materia de competencia económica. 2008. Disponible en: https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/168/168609.pdf	78, 79 y 87
[SOTO]	Soto Pineda, Jesús Alfonso. Vías de aplicación del derecho de la competencia. (2012) Universidad Autónoma de Madrid, Madrid.	9 y 65
[UNIDROIT]	Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales. 2010.	73
[VALPUESTA]	Valpuesta Fernández, María R. Teoría general de la obligación. Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch, 1995.	166
[VATIERO]	Vatiero, Massimiliano. Power in the market: On the dominant position. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/005.pdf	117
[VEGA]	Vega Clemente, Virginia. El negocio jurídico: Invalidez e ineficacia. 2017. Disponible en: https://core.ac.uk/download/pdf/72045208.pdf	92
[WITKER]	Witker, Jorge. Derecho de la Competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México (2000). Chile: Fondo de Cultura Económica.	8
[ZANONI]	Zanoni, Eduardo A. El daño en la responsabilidad civil. 2ª. ed. Astrea, 1987.	167

JURISPRUDENCIA		
CITA	BIBLIOGRAFÍA	PÁRRAFO
[AMERICAN SAFETY V. MAGUIRE]	Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de Norteamérica. American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co. , 391 F.2d 821 (1968).	17
[AIMCEE V. TOMAR PRODUCTS]	Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de Norteamérica. Aimcee Wholesale Corp. v. Tomar Products Inc , 21 N.Y.2d 621, 289 N.Y.S.2d 968, 237 N.E.2d 223 (1968)	17
[A.&E. V. MONSANTO]	Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de Norteamérica. A. & E. Plastik Pak Co. Vs. Monsanto Co. , 396 F.2d 710 , 9th Cir., (1968)	18
[BURLINGTON HOME SHOPPING V. RAJNISH CHIBBER]	Corte de Delhi (<i>High Court of Delhi, India</i>) Burlington Home Shopping v. Rajnish . Chibber, 61 (1995) DLT 6.	137
[CASO OTONDO]	Juez nacional de Primera Instancia en lo Comercial. Otondo vs Cortina Beruatto	48
[CASO TT.BB.]	Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Rosario. Caso TT.BB. (17/03/2003)	47
[CASO CIE R.P.S.A.]	Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Caso Cie R.P.S.A. (2002)	48

[CCH CANADIAN LTD. V. LAW SOCIETY OF UPPER CANADA]	Corte Suprema de Canadá (<i>Supreme Court of Canada</i>). CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada , (1) SCR 339 (2004)	138
[EASTERN BOOK COMPANY V. D.B. MODAK]	Suprema Corte de la India (<i>Supreme Court of India</i>) Eastern Book Company v. D. B. Modak , AIR 2008 SC 809 (2008)	139
[EXPEDIENTE 364-90]	Corte de Constitucionalidad. Expediente No. 364-90 . Apelación de Sentencia de Amparo. Sentencia de fecha 26 de junio de 1991.	67
[EXPEDIENTE 439-95]	Corte de Constitucionalidad. Expediente No. 439-95 . Inconstitucionalidad. Sentencia de fecha 03 de enero de 1996.	64
[EXPEDIENTE 444-98]	Corte de Constitucionalidad. Expediente No. 444-98 . Apelación de Sentencia de Amparo. Sentencia de fecha 10 de noviembre de 1998.	61
[EXPEDIENTE 1048-99]	Corte de Constitucionalidad. Expediente No. 1048 . Inconstitucionalidad General. Sentencia de fecha 02 de agosto del 2000.	67
[HELFENBEIN V. INTERNATIONAL INDUSTRIES]	Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de Norteamérica. Helpfenbein v. International Industries, Inc. , 438 F.2d 1068, 8 Cir. (1971).	19
[KODAK V. IMAGE TECHNICAL]	Corte Suprema de los Estados Unidos. Eastam Kodak Co. v. Image Technical Servs, Inc. (1992).	159

<p>[MACMILLAN & COMPANY LTD. V. COOPER]</p>	<p>Alta Corte de Bombay, India, (<i>Bombay High Court, India</i>) Macmillan Company v. J.K. Cooper. 26 BOMLR 292(1924)</p>	<p>137</p>
<p>[POWER REPLACEMENTS AIR PREHEATER] V.</p>	<p>Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de Norteamérica. Power Replacements, Inc. v. Air Preheater Co., 426 F.2d 980, 9 Cir. (1970)</p>	<p>19</p>
<p>[UNIVERSITY OF LONDON PRESS V. UNIVERSITY TUTORIAL PRESS]</p>	<p>Tribunal Supremo de la Judicatura de Inglaterra y Gales (<i>Supreme Court of Judicature, England and Wales</i>) University of London Press Ltd v University Tutorial Press Ltd. 2 Ch 601, 1916.</p>	<p>131 y 136</p>
<p>[WILKO V. SWAN]</p>	<p>Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de Norteamérica. Wilko v. Swan, 201 F.2d 439, 444, revisado, 346 U.S. 427, 74 S. Ct. 182, 98 L. Ed. 168, 2 Cir. (1953)</p>	<p>19</p>

LEGISLACIÓN APLICABLE	
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA	Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala . Vigencia: 14 de enero de 1986.
CÓDIGO CIVIL	Presidente de la República de Guatemala, Código Civil , Decreto Ley 106. Vigencia: 01 de julio de 1964.
CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA	Congreso de la República de Guatemala, Código de Comercio de Guatemala , Decreto No. 2-70. Vigencia: 01 de enero de 1971.
LEY DE ARBITRAJE	Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje , Decreto No. 67-95. Vigencia: 25 de noviembre de 1995.
LEY DE AMPARO	Asamblea Nacional Constituyente, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad , Decreto No. 1-86. Vigencia: 14 de enero de 1986.
LEY DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS	Congreso de la República de Guatemala, Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos , Decreto Número 33-98
LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL	Congreso de la República de Guatemala, Ley del Organismo Judicial , Decreto No. 2-89. Vigencia: 31 de diciembre de 1990.

HONORABLE TRIBUNAL ARBITRAL DE LA COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA CÁMARA DE INDUSTRIA DE GUATEMALA

Situados en la posición de defender la justicia como valor jurídico fundamental, comparecemos atentamente a contestar la demanda planteada por la entidad Everest ante el Tribunal Arbitral, por lo que atentamente exponemos:

III. RELACIÓN CRONOLÓGICA DE LOS HECHOS

- 10 de marzo de 2010** Las entidades Everest y BuscaBit celebraron un acuerdo de *Joint Venture* con la intención de llevar a cabo un intercambio de capital, recursos y *savoir-fair* en el sector de publicidad en internet, comprometiéndose a compartir las ganancias y riesgos. Además, estipularon de mutuo acuerdo reglas de competencia, así como un acuerdo de confidencialidad. Por otra parte, estipularon que en caso de controversia, dirimirían la misma en la vía arbitral estableciendo 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, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CRECIG, que se encuentre vigente en el momento de surgir el conflicto. El arbitraje será administrado, por la CRECIG, en la Ciudad de Guatemala, por medio de un tribunal compuesto de tres árbitros, nombrados de conformidad con el reglamento antes relacionado, y el idioma será el español. El laudo deberá ser cumplido de buena fe y sin demora alguna, por las partes.
- 2013** Everest lanza un motor de búsqueda llamado *GoSearch*.
- 2016** Desde enero, 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, debido a que considera que toda base de datos, que incluye información personal de usuarios, es clave para poder competir en igualdad de condiciones con BuscaBit y, además, es crucial para permanecer dentro del mercado de los motores de búsqueda. Por su parte, BuscaBit ha rechazado otorgar el acceso.
- 16 de febrero de 2017** Everest plantea una demanda de arbitraje ante la 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.

IV. ARGUMENTOS DE LA PARTE ADJETIVA

A. INTRODUCCIÓN A LOS ARGUMENTOS RELATIVOS A LA FORMA

1. En lo concerniente al mérito de la presente defensa ante este honorable Tribunal Arbitral, nos abocaremos a exponer la legislación aplicable al presente asunto (PRIMER PUNTO) y a demostrar la improcedencia de la solución del conflicto mediante la vía arbitral y la consecuente incompetencia del Tribunal Arbitral por existir un acuerdo arbitral inválido (SEGUNDO PUNTO) e inejecutable (TERCER PUNTO). Asimismo, se presentará, de manera subsidiaria, el argumento que fundamenta la competencia del Tribunal Arbitral para conocer procesos de inconstitucionalidad (CUARTO PUNTO).

B. PRIMER PUNTO: LEGISLACIÓN APLICABLE

2. LEY QUE RIGE EL *JOINT VENTURE* CONTRACTUAL: La cláusula décima del contrato establece: “*LEY APLICABLE: Este contrato se regirá por la legislación de la República de Guatemala*”. Por lo tanto, el contrato se rige por la Constitución Política de la República de Guatemala, las disposiciones del Código de Comercio de Guatemala y demás legislación en materia de contratación mercantil del Estado sede del presente arbitraje.
3. LEX ARBITRI: Está conformada por la legislación en materia de arbitraje del Estado de Guatemala, ya que es en este país que tiene su sede el presente proceso arbitral. Es importante señalar, como argumentación subsidiaria, que se presenta una inconstitucionalidad en el caso concreto, la cual observa las disposiciones de la LAEPyC.
4. NORMAS PROCESALES QUE RIGEN EL ARBITRAJE: En la cláusula décimo primera del contrato, las partes acordaron resolver sus disputas por medio de un arbitraje institucional: “*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 , de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala –CRECIG- ... el arbitraje será administrado, por la CRECIG...*” En el presente caso, por acuerdo expreso de las partes, las normas procesales que rigen el arbitraje serán las establecidas en el Reglamento de Arbitraje de la CRECIG, vigente [CONTRATO, XI].

C. SEGUNDO PUNTO: LA CLÁUSULA ARBITRAL ES INVÁLIDA

5. La jurisdicción de los árbitros depende de la existencia de un acuerdo arbitral válido. De conformidad a lo que establece Roque Caivano, una cláusula arbitral, para ser válida, debe cumplir con un doble análisis sucesivo. El primero, versa sobre la validez, tanto objetiva (que hace alusión a que la materia sometida al fuero arbitral pueda ser objeto de esta, es decir, que se encuentre en la libre disposición de las partes) y subjetiva (capacidad de las partes para comprometerse mediante un acuerdo arbitral). Posteriormente, y en caso afirmativo, se procede al análisis de sus alcances, también de forma objetiva (lo que se somete a arbitraje

encuadre en la materia pactada) y alcance subjetivo (los sujetos que se someten a la vía arbitral, sean los mismos que se obligaron en el acuerdo arbitral) [CAIVANO, pág. 3].

6. En el presente caso, existe controversia en relación con la validez objetiva o arbitrabilidad del acuerdo arbitral, en este sentido, la contraparte pretende someter a la vía arbitral una materia que es inarbitrable, por lo motivos que se expondrán.

a) El derecho a la libre competencia no es arbitrable

i. El derecho a la libre competencia es de orden público

7. El orden público hace referencia a la preeminencia del interés general, público o social, por encima del interés individual, y la herramienta para tutelar dicho interés son normas imperativas que se imponen a los particulares. También es considerado como un conjunto de principios, implícita o explícitamente reconocidos en el ordenamiento jurídico, que por ser considerados fundamentales, se imponen imperativamente, excluyendo cualquier validez a las relaciones jurídicas voluntarias que sean contrarias a ellos [CAIVANO, págs. 66 y 67].
8. Por su parte, el derecho de competencia es una rama del derecho económico que tiene por objeto la ordenación de los mercados, tutelando la competencia como sistema en el que se protegen los intereses de los competidores, consumidores y los del interés público [WITKER, pág. 21]. De esta cuenta, se puede observar el énfasis en la protección del interés general.
9. El derecho de competencia tiene dos vertientes: el derecho a la libre competencia o *antitrust* y el derecho de la competencia desleal. El primero persigue y sanciona los abusos de posición dominante, los acuerdos colusorios y las prácticas concertadas; disciplinando igualmente las concentraciones empresariales y las ayudas públicas. El segundo, se basa en las exigencias de la buena fe, y en las sanciones a imponer a competidores que con sus comportamientos contraríen dicho principio [SOTO, pág.5].
10. La CPRG, en relación al derecho de competencia, establece y promueve la protección de la libertad de industria y comercio; asimismo, prescribe como una de las obligaciones del Estado promover el desarrollo económico de la Nación. Por otra parte, establece que el Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores (Artos. 43, 119 inciso a) y 130).
11. En el presente caso, se debe entender que el derecho de competencia se trata de un derecho que forma parte del orden público, en virtud de que a través del mismo se pretende la protección de intereses generales, como la libertad de industria, de mercado y la protección de los consumidores.

ii. Las partes no tienen libre disposición sobre la materia objeto de controversia

12. La Ley de Arbitraje es aplicable en todos aquellos casos en los que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho (Arto. 3, numeral 1).

13. En el presente caso, debe entenderse que las partes tienen libre disposición conforme a derecho sobre todas aquellas materias en las cuales pueden celebrar una transacción o renunciar a las mismas, siempre que la ley no lo prohíba expresamente [FREYRE, KUNZE y MINAYA, pág. 6].
14. En el caso concreto, la contraparte planteó una demanda de arbitraje por abuso de posición de dominio en el mercado de motores de búsqueda, por la negativa al acceso de la base de datos de BuscaBit [CASO, § 23].
15. La demanda planteada cuestiona derechos de competencia, materia que se relaciona con los derechos que forman parte del orden público del Estado, como se expuso *ut supra*, y que, por lo tanto, la convierte en una materia que no está sujeta a la disposición de las partes. En consecuencia, debe declararse que el derecho de libre competencia no es arbitrable en virtud de que las partes no tienen libre disposición sobre el mismo.

iii. El derecho a la libre competencia no es arbitrable

16. El derecho de competencia constituye una materia sobre la cual las partes no tienen libre disposición, porque en ella se subsumen derechos de orden público, lo que excluye a las partes de su conocimiento ya que las mismas solo pueden transigir sobre materias en las que no se comprometa algún interés público, social o general; por ende, las partes no tienen la libertad de decidir sobre la forma de solucionar un conflicto que surja en la materia, debido a que los únicos competentes son los órganos estatales.
17. En este sentido, la jurisprudencia se ha pronunciado en contra de la arbitrabilidad del derecho de competencia. En el caso *American Safety v. Maguire*, los tribunales de apelación estadounidenses establecieron la exclusión de las demandas de arbitraje sobre derechos de competencia. En el mismo sentido se pronunciaron en el caso *Aimcee v. Tomar Products*, al establecer que las demandas sobre derechos de competencia no son arbitrables.
18. En el caso *A. & E. v. Monsanto* se someten a discusión temas relacionados al derecho de competencia, además existe un tema de interés público, por tal razón la Corte de Apelaciones de Estados Unidos consideró que cuando los tribunales judiciales pusieron a disposición del tribunal arbitral el tema, fue un abuso por parte de los primeros.
19. Asimismo, la Corte de Apelaciones en los casos *Wilko V. Swan*, *Power Replacements V. Air Preheater* y en *Helpenbein V. International Industries* estableció que los reclamos sostenidos en leyes antimonopolio son “*de un carácter inapropiado para la ejecución por arbitraje*”. En consecuencia, la jurisprudencia ha establecido la manifiesta inarbitrabilidad de cuestiones relacionadas con el derecho de competencia.

iv. La ley establece un procedimiento específico en materia de competencia

20. La Ley de Arbitraje establece que no podrán ser objeto de arbitraje las materias en las cuales la ley señala un procedimiento especial (Arto. 3, numeral 3, inciso c).

21. El Código de Comercio, por su parte, al respecto del derecho de competencia, establece que una acción de competencia desleal puede ser entablada en la vía ordinaria, por cualquier perjudicado (Arto. 364).
22. En el presente caso, la ley aplicable establece un procedimiento especial, la vía ordinaria, para la resolución de controversias que versen sobre derechos de competencia. Por lo tanto, el derecho de competencia es una materia que se excluye expresamente por la ley, al tener un procedimiento especial aplicable, para su conocimiento por tribunales arbitrales.

b) El Tribunal Arbitral es incompetente para conocer la presente controversia

i. Interposición de excepción de incompetencia por invalidez de la cláusula arbitral

23. La Ley de Arbitraje establece que el tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o la validez del acuerdo de arbitraje (Arto. 21 numeral 1).
24. En el mismo cuerpo normativo, se establece que la excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación de la demanda (Arto. 21, numeral 2).
25. En el presente caso, la contraparte pretende someter a arbitraje una disputa que se relaciona con una materia sobre la cual no se tiene libre disposición, por relacionarse con derechos de orden público; además, que sobre dicha materia existe un procedimiento legalmente establecido para su resolución, lo que la excluye de ser objeto de arbitraje. En consecuencia la cláusula arbitral deviene en inválida por comprender materias no arbitrables.
26. Por lo anteriormente expuesto, presentamos excepción de incompetencia del tribunal arbitral, en virtud de la existencia de una cláusula arbitral inválida.

ii. El tribunal arbitral debe remitir el asunto a la jurisdicción estatal

27. En el presente caso, el tribunal arbitral debe declarar con lugar la excepción de incompetencia planteada, declararse incompetente para conocer el presente asunto, y remitirlo a los tribunales judiciales.

D. TERCER PUNTO: EL LAUDO ARBITRAL QUE SE EMITA EN EL PROCESO ARBITRAL, NO SERÁ RECONOCIDO NI EJECUTADO

28. El artículo 1 de la Convención de Nueva York regula: *“La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas”*.
29. En el presente caso, Guatemala y Davos son signatarios de la Convención de Nueva York [ACLARACIONES, §31]. El laudo arbitral se emitirá en Guatemala (sede del presente arbitraje), y se reconocerá y ejecutará en el Estado de Davos, ya que tanto Everest como

BuscaBit tienen su sede en este Estado [CASO, §3; ACLARACIONES, §31]. Por lo que las disposiciones del citado instrumento jurídico internacional resultan aplicables.

30. El artículo V de la Convención de Nueva York, establece: “Solo podrá denegarse el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: a) *Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II (cláusula arbitral) estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes se han sometido...*” (El subrayado es propio).
31. Las partes en el contrato se sometieron a la legislación de la República de Guatemala, la cual, en el artículo 3 numeral 3 de su ley de arbitraje, establece: “No podrán ser objeto de arbitraje: ... b) *Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición*”.
32. En el presente caso, la cláusula arbitral no cumple con el requisito de validez objetiva. Lo anterior, en virtud de que el derecho de competencia no se encuentra en la esfera de derechos disponibles por las partes y, por lo tanto, no es materia arbitrable. En conclusión, la presente cláusula arbitral no es válida de conformidad con la ley, consecuentemente el laudo que resulte de un proceso arbitral no será reconocido ni ejecutado por disposición del artículo V, inciso a) de la Convención de Nueva York, constituyéndose el proceso en sí mismo, como una pérdida de tiempo y recursos.

E. CUARTO PUNTO: PLANTEAMIENTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD EN EL CASO CONCRETO DE LAS REGLAS DE COMPETENCIA DEL CONTRATO *JOINT VENTURE*

33. Es preciso señalar que la siguiente argumentación es ABSOLUTAMENTE SUBSIDIARIA, ya que en el presente caso la cláusula arbitral no cumple con el requisito de arbitrabilidad objetiva, por lo cual no se puede dirimir esta controversia en jurisdicción arbitral. Sin embargo, en el caso extraordinario de que el tribunal arbitral se declarase competente para conocer del presente asunto, presentamos la siguiente argumentación.
34. El demandante basa su pretensión en el incumplimiento de las reglas de competencia contenidas en el contrato *Joint Venture*. Sin embargo, tales normas son inconstitucionales, porque al tratarse de un tema de orden público, le corresponde con exclusividad al Congreso de la República de Guatemala decretar estas normas y reglas de competencia, en consecuencia toda disposición emitida por un órgano distinto es inconstitucional. Por este motivo, presentamos una inconstitucionalidad de la ley en caso concreto, de las reglas de competencia pactadas en el contrato. En virtud de lo anterior, se demostrará, como primera cuestión, la competencia del tribunal arbitral para conocer y resolver la inconstitucionalidad; posteriormente, se procederá al planteamiento formal de la misma.

a) El tribunal arbitral es competente para conocer y resolver una inconstitucionalidad de la ley en caso concreto

35. La contraparte argumenta que “*el tribunal arbitral no tiene competencia para dirimir el tema de la inconstitucionalidad en caso concreto*” [DEMANDA, §15]. Los argumentos son: “*la materia constitucional, no es arbitrable, puesto que las partes no tienen libre disposición en cuanto al procedimiento a seguir*” [DEMANDA, §5]. El demandante arguye que existe un procedimiento establecido para la inconstitucionalidad en caso concreto y, en consecuencia, no puede ser objeto de arbitraje, en virtud del artículo 3 numeral 3 de la Ley de Arbitraje [DEMANDA, §11, 12 y 13].
36. No obstante a lo argumentado por el demandante, el tribunal arbitral es competente para resolver la inconstitucionalidad planteada, ya que es un órgano que ejerce función jurisdiccional, es un tribunal de justicia que vela por la defensa de la supremacía constitucional y, además, la legislación guatemalteca lo faculta para tal cometido.

i. El tribunal arbitral ejerce función jurisdiccional

37. El autor Roque Caivano, ha establecido que existe una diferencia entre la jurisdicción ordinaria y arbitral. El referido autor manifiesta: “*la jurisdicción arbitral y de los jueces ordinarios no es idéntica ya que la jurisdicción de los tribunales judiciales tiene carácter imperativo y amplio mientras que la jurisdicción arbitral es voluntaria y limitada*” [CAIVANO 1, pág. 7]. De esa manera es innegable la jurisdicción arbitral: “*los árbitros ejercen una función esencialmente jurisdiccional. Aun cuando carecen de imperium, lo que define la esencia de la jurisdicción es la atribución cognoscitiva y decisoria, y el efecto que esta decisión tiene, independientemente de si el órgano que la dictó puede ejecutarla forzosamente por sí mismo o si debe recurrir al auxilio de otro*” [CAIVANO 2, pág. 115].
38. El artículo 283 de la CPRG establece que “*la función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca*”. (El subrayado es propio). En concordancia con el artículo constitucional citado, la Ley del Organismo Judicial regula en Artículo 58 que “*La jurisdicción es única. Para su ejercicio se distribuye en los siguientes órganos: ... i) los demás que establezca la ley*”. (El subrayado es propio).
39. Es de diáfana claridad que, de conformidad con el ordenamiento jurídico guatemalteco, los tribunales establecidos en la ley, ejercen función jurisdiccional. En el caso de los tribunales de arbitraje, estos son establecidos por la ley, específicamente por la Ley de Arbitraje de Guatemala. En consecuencia, los tribunales de arbitraje, si bien no de la misma forma que los tribunales ordinarios (imperativa y amplia), sí ejercen jurisdicción (limitada y voluntaria).
40. En conclusión, los tribunales arbitrales ejercen jurisdicción, coadyuvando al Estado con la administración de justicia mediante la resolución de conflictos que las partes les han encomendado.

ii. El tribunal arbitral tiene el deber de defender la supremacía constitucional, en virtud de que, en Guatemala rige el control constitucional mixto

41. Los tribunales de arbitraje deben observar y cumplir con lo establecido en la CPRG. Primero, porque la Constitución es la norma de máxima jerarquía de la *lex arbitri* a la que las partes se sometieron; y, segundo, porque los tribunales de arbitraje ejercen jurisdicción y ayudan a la administración de justicia, la cual tiene su fundamento en la carta magna.
42. Un principio fundamental preceptuado en la carta magna, es el de supremacía constitucional. Este principio establece que la Constitución es la ley fundamental y de máxima jerarquía en un ordenamiento jurídico, y que ninguna norma jurídica puede contravenir sus disposiciones (Artos. 44, 175 y 204 CPRG). Para cumplir con tal fin, en Guatemala existe un control constitucional mixto ejercido por la Corte de Constitucionalidad y los tribunales de justicia.
43. *“En Guatemala, el control de constitucionalidad de las leyes se ejerce manteniendo un sistema mixto, en el cual coexisten el concentrado y difuso”* [DIGHERO, pág. 245]. El control constitucional difuso faculta a todos los tribunales de justicia, a *“declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de las disposiciones legales contrarias la Constitución, con efectos sólo para las partes que han intervenido en la controversia”* [DIGHERO, pág. 245]. También le concierne a los tribunales arbitrales la defensa de la constitución, porque son tribunales de justicia, en este sentido *“aunque no formen parte del poder judicial, los árbitros son un tribunal de justicia, en razón de que la función que realizan es propia de los órganos que prestan ese servicio”* [CAIVANO 2, pág.143].
44. En el mismo sentido, el Artículo 204 de la CPRG establece *“Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado”*.
45. En el presente caso, el tribunal arbitral es un tribunal de justicia, porque ejerce jurisdicción para solucionar las controversias que las partes le someten, y son creados y regulados por su respectiva ley. Por lo tanto, tienen el deber de cumplir y hacer cumplir lo preceptuado en la Constitución, y en el presente caso, la defensa de la supremacía.

iii. El tribunal arbitral es competente para conocer y resolver la inconstitucionalidad en el caso concreto

46. La contraparte argumenta que el tribunal arbitral es incompetente para dirimir la inconstitucionalidad en el caso concreto [DEMANDA, §15]. Sin embargo la doctrina, casos de jurisprudencia y legislación guatemalteca establecen que un tribunal arbitral sí puede conocer y resolver una inconstitucionalidad en el caso concreto.
47. Respecto a la competencia de un tribunal arbitral para conocer la citada garantía constitucional, la jurisprudencia argentina (cuyo control de constitucional es difuso) [CAIVANO 2, pág. 134], ha establecido que el planteamiento de una inconstitucionalidad en un proceso arbitral, no tiene como efecto la incompetencia del tribunal de arbitraje. En

concordancia con lo anterior, se verifica que en el caso *TT.BB.* el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Rosario desestimó el planteamiento del demandado de falta de jurisdicción arbitral, motivado por la solicitud del demandante de una inconstitucionalidad, para lo cual afirmó: *“no se trata de arbitrar sobre una cuestión originariamente de orden público, sino que una cuestión arbitrable y con previsión de las partes en tal sentido, ha sido posteriormente normada, alterando aquellas previsiones, bajo la invocación de ser de orden público, lo que autoriza su análisis de constitucionalidad”* .

48. En la misma línea, en el caso *Otondo* y en el *Cie R.P.S.A.* fueron planteadas, en ambos, excepción de incompetencia del tribunal arbitral, motivada por la presentación de una inconstitucionalidad en el caso concreto. Sin embargo, el tribunal respectivo rechazó tal excepción, continuando el proceso arbitral.
49. Respecto a la potestad de un tribunal arbitral para declarar una inconstitucionalidad, la doctrina ha establecido que *“no existe norma ni principio jurídico alguno que se oponga a que los árbitros puedan pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma, si tal pronunciamiento resulta necesario para resolver las cuestiones que las partes someten a su decisión”* [CAIVANO 2, pág. 137]. Roberto Bianchi citado por Caivano, establece que: *“no se trata de arbitrar sobre una cuestión originariamente de orden público, sino que una cuestión arbitrable y con previsión de las partes en tal sentido, ha sido posteriormente normada, alterando aquellas previsiones, bajo la invocación de ser de orden público, lo que autoriza su análisis de constitucionalidad”*.
50. Es evidente (en la tendencia doctrinaria, así como en la jurisprudencia presentada) la competencia que tiene un tribunal arbitral para conocer y resolver una inconstitucionalidad en el caso concreto. En esta posición jurídica se encuentra la legislación guatemalteca. El artículo 116 de LAEPyC establece: *“Inconstitucionalidad de las leyes en casos concretos. En casos concretos, en todo proceso de cualquier instancia y en casación, hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley a efecto de que se declare su inaplicabilidad. El tribunal deberá pronunciarse al respecto”*. (El subrayado es propio).
51. La norma antes citada es de amplio alcance. Es amplia respecto a su procedencia y momento procesal, ya que puede plantearse en cualquier proceso de cualquier instancia hasta antes de dictarse sentencia, lo que sin duda alguna comprende su planteamiento dentro de un proceso arbitral. Además, es amplia respecto al órgano que conoce y resuelve en el tenor que no hace distinción de tribunal, ya que a todos los tribunales de justicia les corresponde la defensa de los preceptos de la constitución al emitir sus resoluciones.
52. En el presente caso, con base en la doctrina, la jurisprudencia, la amplitud de la procedencia, forma y órganos que resuelven una inconstitucionalidad en caso concreto; además de la obligación que tienen los tribunales de justicia de defender la supremacía constitucional, el tribunal arbitral tiene competencia para conocer y resolver la citada garantía constitucional.

Si bien es cierto, la inconstitucionalidad en el caso concreto tiene un procedimiento propio, este es totalmente compatible con el desarrollo de los procedimientos arbitrales y no es motivo para la incompetencia del tribunal arbitral. El deber de los árbitros de defender la constitución así como el artículo 116 de la LAEPyC, que determina la competencia del tribunal arbitral en el actual caso, son de rango constitucional. En virtud de lo anterior, una norma jurídica ordinaria (Art. 3.3 Ley de Arbitraje, con la cual el demandante estima la incompetencia del tribunal arbitral) no puede vedar lo regulado por una norma de rango constitucional.

53. En conclusión, el tribunal arbitral es competente para dirimir la inconstitucionalidad de la ley en caso concreto que se plantea en el presente escrito.

V. ARGUMENTOS DE LA PARTE SUSTANTIVA

A. INTRODUCCIÓN A LOS ARGUMENTOS RELATIVOS AL FONDO

54. En lo concerniente al mérito de la presente defensa ante este honorable tribunal arbitral, nos abocaremos a demostrar que los derechos que la demandante alega vulnerados, han sido respetados por BuscaBit a través del cumplimiento del contrato de *Joint Venture*.

55. Ante esta cuestión, se demostrará que las cláusulas de libre competencia, sobre las cuales descansa el argumento principal de la demandante, son inconstitucionales (PRIMER PUNTO), en virtud de su contradicción con disposiciones fundamentales que otorgan a la libre competencia, una naturaleza pública.

56. Es por ello que la petición de la contraparte, consistente en obtener acceso a la base de datos, no solo excede el objeto del *Joint Venture*, sino que se fundamenta en disposiciones contractuales nulas y de un menor alcance al que se le otorga (SEGUNDO PUNTO).

57. De los párrafos anteriores, se desprende que, aún si se determinara que las cláusulas de competencia son válidas, BuscaBit no abusó de su posición de dominio por la simple negativa de compartir su base de datos, ya que ello no constituye una violación de las reglas de competencia, siendo improcedente reprochar responsabilidad a la demandada por las pérdidas sufridas por Everest al incursionar en un mercado ajeno al de publicidad (TERCER PUNTO). Por otra parte, Everest sí incurre en una práctica anticompetitiva, al obligar a sus usuarios a instalar GoSearch (CUARTO PUNTO), además de configurarse un incumplimiento contractual al violar la cláusula de confidencialidad (QUINTO PUNTO).

B. PRIMER PUNTO: PLANTEAMIENTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD EN CASO CONCRETO

a) Motivo de la comparecencia

58. Comparecemos a interponer acción de inconstitucionalidad en caso concreto en contra de las cláusulas de libre competencia estipuladas en los apartados IV, V, VI, VII y VIII del acuerdo de *Joint Venture* contractual, celebrado el día 10 de marzo de 2010 entre las entidades Everest

y BuscaBit, en virtud de la contravención que existe entre éstas y las disposiciones constitucionales reguladas en los artículos 43, 130, 157 y 171 inciso a). Todo esto con el objeto que se declare la inaplicabilidad de las mismas dentro del presente proceso.

59. El planteamiento de inconstitucionalidad se fundamenta jurídicamente en los Artículos 175 de la CPRG en el sentido que se pretende la garantía del principio de supremacía constitucional. Asimismo, en los Artículos 115 y 116 de la LAEPyC los cuales facultan la participación de un tribunal arbitral en el conocimiento de procesos de inconstitucionalidad en casos concretos, que se planten en contra de disposiciones de cualquier orden, que contravengan la constitución.

b) Identificación de la norma que se estima inconstitucional

60. Las partes, Everest y BuscaBit determinaron dentro del acuerdo de *Joint Venture* contractual, celebrado el día 10 de marzo del 2010, cláusulas de competencia. En las cláusulas se determinaron: definiciones básicas sobre libre competencia, tales como agente económico, mercado relevante, posición de dominio o poder sustancial, prácticas anticompetitivas, regla per se y regla de la razón; asimismo, se determinaron cuáles son las prácticas anticompetitivas absolutas y relativas, estableciendo los supuestos en cada caso. También se dispuso sobre el modo de comprobar las prácticas anticompetitivas y la posición de dominio. Todo lo anterior quedó comprendido en las cláusulas IV, V, VI, VII y VIII del contrato identificado.

c) Exposición de los motivos jurídicos sobre los que descansa la inconstitucionalidad

i. Violación del Artículo 43 de la CPRG

61. El Arto. 43 de la CPRG reconoce la libertad de industria, comercio y trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes. En el presente caso es importante resaltar la limitación que impone la norma constitucional, en el sentido de establecer que solo las leyes, es decir aquellas que son dictadas por el Congreso de la República, pueden restringir las actividades industriales, comerciales y de trabajo [EXPEDIENTE 444-98].

62. Por su parte, el derecho de competencia constituye una limitación a la libertad de industria y de comercio ya que impone reglas que los competidores deben seguir a efecto de garantizar el bienestar de la economía nacional y consolidar un mercado único en el que se puede competir libremente. Es por esto que el derecho de competencia al constituir un límite a las libertades mencionadas debe ser regulado por una ley general en virtud de los intereses nacionales perseguidos y no por disposiciones entre particulares.

63. En consecuencia, las cláusulas de competencia reguladas en el contrato son inconstitucionales por contravención al Artículo 43, ya que solo una ley general, emitida por el Congreso de la República, puede imponer limitaciones a las libertades de industria y de comercio.

ii. Violación del Artículo 130 de la CPRG

64. En el Arto. 130 de la CPRP se regula la prohibición de monopolios, estableciendo que el Estado limitará el funcionamiento de las empresas que absorban o tiendan a absorber, en perjuicio de la economía nacional, la producción en uno o más ramos industriales o de una misma actividad comercial o agropecuaria. Las leyes determinarán lo relativo a esta materia. El Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores [EXPEDIENTE 439-95].
65. El derecho de competencia se relaciona con la prohibición de monopolios, al plantearse como fines la defensa de la libertad, la descentralización del poder económico y la consolidación del mercado único [SOTO, págs. 77 a 89] y, en este sentido cabe resaltar que la norma constitucional establece que “*las leyes determinarán lo relativo a esta materia*”. Cuando hace referencia a las leyes, son aquellas leyes generales dictadas por el órgano competente, es decir por quien ostenta la potestad legislativa (Congreso).
66. En conclusión, las cláusulas de competencia reguladas en el contrato son inconstitucionales por conculcar el Artículo 130 de la CPRG en el sentido que la norma constitucional establece que solo las leyes generales determinarán los temas relacionados a la prohibición de monopolios, tema inmerso en el derecho de competencia; por ende, las partes no tienen la potestad para regular aspectos confiados al exclusivamente al Estado.

iii. Violación de los Artículos 157 y 171 inciso a) de la CPRG

67. En los Artos. 157 y 171 a) se regula la potestad legislativa, la cual está confiada al Congreso de la República. Asimismo, se establece que corresponde al Congreso: “*Decretar, reformar y derogar las leyes*” [EXPEDIENTES 364-90; 1048-99].
68. Estos artículos son vulnerados en virtud de lo expuesto *ut supra* en el sentido que la Constitución le confía al Estado la emisión de leyes que regulen temas relacionados al derecho de competencia, limitando a los particulares ya que estos no pueden entrar a regular en sus contratos privados disposiciones que se relacionen con materias de orden público, de interés social o nacional. Asimismo, es necesario mencionar que una ley solo puede ser sustituida por otra ley, no por un contrato, por lo tanto las cláusulas referentes a la libre competencia, que las partes incluyeron en el *Joint Venture* son nulas porque las empresas no podrían suplir la inexistencia de una ley de competencia mediante cláusulas contractuales.

C. SEGUNDO PUNTO: EL CONTRATO DE JOINT VENTURE HA SIDO CUMPLIDO POR BUSCABIT. LAS CLÁUSULAS DE COMPETENCIA SON NULAS.

69. La demanda planteada por Everest fundamenta sus alegatos y peticiones en una interpretación unilateral del *Joint Venture*, cuyo objeto consiste en un acuerdo de colaboración en materia de publicidad [CONTRATO, II, LIBRE COMPETENCIA].

70. En el contrato, las partes acordaron el intercambio de capital, recursos y *savoir-faire*, en materia de publicidad e internet, también que compartirían las ganancias y riesgos derivados de su actividad en colaboración [CONTRATO, II]. En esencia, esta colaboración abarca la obligación de compartir toda información relativa al conocimiento que se tuviera sobre la forma de ejercer y desarrollar la actividad comercial de publicidad, quedando excluido de ello, cualquier información de distinta naturaleza.
71. Posteriormente, en el desarrollo de las obligaciones del *Joint Venture*, la demandante, en una interpretación errónea sobre su alcance, solicitó a BuscaBit que compartiera la base de datos de su motor de búsqueda, ya que había creado uno propio, fundamentando su petición en que la información relativa al mercado de motores de búsqueda, también se encuentra comprendida en la información que se comparte para el desarrollo del mercado de publicidad, y que, al negarse a compartirla, incurrió en una práctica anticompetitiva, vulnerando las cláusulas de competencia. [CASO, § 17, 21, 23, 25; DEMANDA, § 55, 56, 59].
72. De los hechos expuestos, se desprende que, si bien la demandante alega un derecho a acceder a la base de datos de BuscaBit, el *Joint Venture* no impone la obligación de compartir información de dicha naturaleza, lo cual tampoco forma parte del contrato de *savoir-faire* (a) y, en consecuencia, el acceso a la base de datos no es necesario para el cumplimiento de la cláusula de competencia, ni evita una conducta anticompetitiva (b).
- a) Compartir la base de datos no es una obligación derivada del *Joint Venture*, ni forma parte del cumplimiento del contrato satélite de *savoir-faire***
- i. El *savoir-faire* únicamente se relaciona con el mercado de publicidad por internet**
73. La OMPI, define al *Joint Venture* como una variedad de relación comercial, por la cual dos o más empresas acuerdan la combinación de recursos para alcanzar un objetivo común en el ámbito del comercio. En este sentido, las partes colaboran entre sí compartiendo conocimientos de carácter técnico, financiero o experiencia sobre una actividad comercial expresamente determinada [OMPI, BUSSINESS], siempre que ello no atente contra la autonomía de los agentes económicos [DERECHO UNAM, pág. 7; UNIDROIT, Art.1.3].
74. Esto implica que las partes se obligan al cumplimiento de prestaciones recíprocas, siempre que su objeto no sea ilícito [CÓDIGO CIVIL, Arts. 1251, 1301]. Por ello, es común que se incluya entre ellas la obligación de compartir información sobre cómo operar en un mercado determinado, convirtiéndose la obligación en un instrumento jurídico para la realización de la actividad comercial en colaboración.
75. Es una práctica generalizada que, al lado del *Joint Venture*, se encuentren varios contratos satélites que incluyen una generalidad de prestaciones distintas de la principal. Lo anterior atiende a una relación directa entre la prestación principal y las accesorias, siendo el objeto de éstas, constituirse en el medio para el cumplimiento de la primera [DERECHO UNAM, pág. 7].

76. Un contrato satélite, es el de *savoir-faire*, según el cual los agentes económicos comparten entre sí, información relativa a un conocimiento sobre el mercado en el que se desempeñan, con el fin de colaborar en el desarrollo de las actividades de colaboración [DERECHO UNAM, pág. 7]. En tal sentido, debe existir un mercado en el cual ambos agentes se desenvuelven, pues su incursión en él es el objeto esencial del *Joint Venture*.
77. La doctrina ha definido al mercado como un espacio físico o teórico consistente en sistemas, instituciones, procedimientos, relaciones sociales e infraestructura en que se desenvuelven los agentes económicos [MONTROYA], quienes desarrollan un conjunto de operaciones comerciales en relación con un producto o servicio determinado y en un tiempo específico [ENCICLOPEDIA ECONOMÍA].
78. En atención a la voluntad de incursionar en un mercado en el que ambos agentes económicos se desenvuelven, es imprescindible la determinación de cuál mercado será influido por el *Joint Venture*, es decir, el mercado relevante, que se compone de la generalidad de productos o servicios razonablemente intercambiables o sustituibles, en atención a la finalidad de su creación, así como al precio, uso y calidad, ya que es en el mercado relevante en el que pueden materializarse prácticas anticompetitivas [SEMANARIO JUDICIAL; CONTRATO, II, LIBRE COMPETENCIA].
79. De esta cuenta, diversas opiniones doctrinarias concuerdan en que existe un mercado relevante cuando los productos o servicios ofrecidos al público son sustituibles, desde el punto de vista de los consumidores como de quienes los ofrecen. [SEMANARIO JUDICIAL; ENCICLOPEDIA ECONOMÍA 2].
80. Un mercado relevante que puede abarcarse en un *Joint Venture*, es el de publicidad, la cual consiste en el conjunto de conocimientos aplicados para la creación de una forma exclusiva, vanguardista y atractiva de transmitir determinada información de interés para los clientes, con el objeto de influir positivamente en su decisión de compra [OMPI PUBLICIDAD]
81. En el presente caso, las partes firmaron contrato de *Joint Venture* [CASO, § 16], en el cual se acordó su colaboración mediante el intercambio de capital, recursos y *savoir faire* en materia de publicidad en internet [CONTRATO, II], siendo esto su objeto principal, para cuyo cumplimiento se establecieron contratos satélites.
82. Uno de ellos, es el *savoir-faire*, [CONTRATO, II], el cual se constituye en un instrumento para la colaboración consistente en compartir experiencia e información sobre cómo incursionar en el mercado relativo a la publicidad en Internet.
83. En consecuencia, el contrato satélite de *savoir-faire* circunscribe su aplicación a la obligación de compartir información relativa al mercado de publicidad por internet, encontrándose excluido de ello, cualquier conocimiento relativo a otros mercados en que hayan incursionado las partes, en forma conjunta, separada o exclusiva.

ii. La base de datos es un producto del mercado de motores de búsqueda, no del mercado de publicidad por internet.

84. Como fue mencionado *ut supra*, la demandante argumenta un infundado derecho de acceder a la base de datos de BuscaBit, en que la misma se encuentra comprendida como un producto del mercado de publicidad en internet [DEMANDA, § 59, 75, 78, 79].
85. Los motores de búsqueda son sistemas informáticos que buscan archivos, los cuales se encuentran almacenados en servidores web, a través de palabras clave o árboles jerárquicos por temas [ECURED].
86. Es comúnmente conocido que para la creación y sostenimiento de un motor de búsqueda, es necesario contar con una base de datos que contenga la información de las búsquedas de los usuarios, [CASO, § 8, 10], siendo ésta una compilación de registros organizada para facilitar su acceso a ella o para la obtención de datos [BRAUNSTEIN, pág. 2].
87. Es por ello que los motores de búsqueda constituyen un mercado relevante, al llenar el requisito esencial de ser susceptibles de sustituirse por otros de igual o semejante naturaleza, por los usuarios o por los oferentes. [SEMANARIO JUDICIAL].
88. De tal cuenta que, siendo evidente que el contrato satélite de *savoir-faire* se circunscribe a la obligación de compartir información relativa al mercado de publicidad en internet [CONTRATO, II], debe considerarse que la base de datos de la demandada [CASO, § 8], constituye un elemento esencial del mercado relevante de motores de búsqueda por internet y, por ello, no puede enmarcarse como un producto del mercado de publicidad por internet.
89. En conclusión, el contrato satélite de *savoir-faire* no impone a BuscaBit la obligación de compartir la base de datos correspondiente a su propio motor de búsqueda, ya que el mismo fue acordado únicamente para la colaboración en materia de publicidad por internet, encontrándose tal base de datos, excluida de dicho mercado.

b) Otorgar acceso a la base de datos no es indispensable para el cumplimiento de la cláusula de competencia, ni evita una conducta anticompetitiva

90. No obstante lo anteriormente expuesto, la contraparte argumenta que tal prestación se encuentra relacionada con el objeto del *Joint Venture*, es decir, con el mercado de publicidad y, por tanto, debe cumplirla [DEMANDA, § 59, 75, 78, 79].
91. Sin embargo debe advertirse que la cláusula de competencia sobre la cual descansa tal pretensión, es inválida (i), y, en todo caso, su alcance se extiende únicamente al mercado de publicidad por internet (ii). Por ello, compartir tal información no es una obligación derivada de la cláusula de competencia (iii), siendo esto innecesario para prevenir o evitar una conducta anticompetitiva (iv).

i. La cláusula de competencia es inválida

92. El Artículo 1251 del Código Civil establece los requisitos esenciales para la validez de un negocio jurídico. Estos son la capacidad de las partes, el consentimiento y el objeto lícito,

- cuya omisión implica su nulidad y, por tanto, que no surta sus efectos jurídicos, pues, de conformidad con el Artículo 1301, existiría un defecto intrínseco al mismo [VEGA, pág. 86].
93. En lo que respecta al objeto lícito, según el Código Civil, consiste en que el fin por el cual se establece el negocio jurídico, no es contrario al orden público o a las leyes prohibitivas expresas. Ello implica que, determinada su licitud, este surte sus efectos con la sola concurrencia del consentimiento de las partes legalmente capaces, siempre que la ley no exija expresamente una formalidad para su existencia, de conformidad con el Artículo 1518.
94. Esta disposición se extiende a la generalidad de los contratos, incluyendo los atípicos de naturaleza mercantil, como el *Joint Venture*, pues constituye una disposición de orden público que no puede dejar de ser observada por los contratantes [DERECHO UNAM, pág. 9].
95. En este sentido, el objeto del *Joint Venture* y de sus contratos satélites se encuentra supeditado, en su validez, al requisito de no ser contrario a las normas de orden público ni a las buenas costumbres [DERECHO UNAM, pág. 8], como es el caso de la regulación de disposiciones relativas al derecho de orden público de libre competencia.
96. En relación con el análisis de la licitud de la regulación de la libertad de competencia económica en un *Joint Venture*, Witker y Varela convienen en que ésta forma parte de la rama del derecho económico, cuyo objeto es la regulación y ordenación de los mercados, mediante la sanción de las prácticas mercantiles anticompetitivas que atentan contra la libre concurrencia y la libre competencia, y por ser de tal naturaleza, no pueden ser determinadas individualmente por los agentes económicos a través de un contrato, sino que dicha delimitación forma parte de las actividades del legislador [DERECHO UNAM, pág. 13].
97. Es por ello que la postura generalmente aceptada por la doctrina y la legislación, es considerar a la competencia como un bien jurídico por sí mismo, fundamentado en el orden público y, específicamente, por el orden público económico como manifestación del primero [FELIÚ; SAINZ, pág. 598], por lo que su regulación y protección legal corresponde a quienes ejercen la función legislativa de un Estado, pues de esta manera se protege el derecho de orden público de competir en condiciones de igualdad [SAINZ, pág. 598].
98. Dicha jerarquía jurídica asignada a la libre competencia, implica que, siendo parte del orden público de un Estado, funciona como un límite a la libertad de contratación [SAINZ, pág. 600], en el sentido de que es improcedente atribuirse una facultad legislativa de establecer normas de orden público a través de normas individualizadas [SAINZ, pág. 602].
99. Esto se agrava cuando se trata de un contrato de *Joint Venture*, pues la regulación de la libertad de competencia mediante el mismo, tiene un efecto directo en la dinámica del mercado por el cual se establece [DERECHO UNAM, pág. 14].
100. En el presente caso, el *Joint Venture* suscrito contiene cláusulas de competencia que se configuran como un contrato satélite [CONTRATO, LIBRE COMPETENCIA], cuyo objeto es la regulación de la libre competencia entre los agentes económicos. De tal cuenta, es evidente que el objeto mencionado es ilícito, ya que dicha regulación es contraria a la

naturaleza de orden público económico de la libre competencia. En consecuencia, se vulneran leyes prohibitivas expresas, al incumplirse el requisito esencial de objeto lícito.

101. En conclusión, las cláusulas de competencia contenidas en el *Joint Venture* celebrado entre Everest y BuscaBit, son inválidas por carecer de objeto lícito, al regular en sí, cuestiones de libre competencia, que por su naturaleza son de orden público y trascienden la esfera de la autonomía de la voluntad.

ii. Los alcances de las cláusulas de competencia se refieren únicamente al mercado de publicidad

102. No obstante lo anteriormente demostrado, pudiera darse el caso remoto de que el honorable Tribunal Arbitral considere como válidas las cláusulas de competencia contenidas en el *Joint Venture* y, por ello, sea necesario discutir el argumento de la contraparte, según el cual los alcances de las mismas imponen la obligación de compartir la base de datos de BuscaBit [DEMANDA, § 59, 75, 78, 79, 101].

103. Al respecto, es necesario recordar que las cláusulas de competencia se extienden expresamente a las prácticas anticompetitivas que pudieran darse en el desarrollo de su actividad conjunta en el mercado de publicidad en internet, en atención a la protección jurídica del objeto del contrato principal de *Joint Venture* [CONTRATO, LIBRE COMPETENCIA]. En este sentido, dichas cláusulas de competencia extienden su alcance únicamente al mercado de publicidad por internet.

iii. Compartir la base de datos no es una obligación derivada de las cláusulas de competencia

104. Ahora bien, como se mencionó anteriormente [MEMORIA, § 23, 24, 25, 26, 27], la base de datos de BuscaBit constituye un elemento del mercado de motores de búsqueda, en el que la demandada ha incursionado incluso en un periodo anterior a la existencia del *Joint Venture* [CASO, § 8, 9, 10], por lo que, encontrándose en un mercado distinto del de publicidad por internet, la negativa de compartir la misma no puede encuadrarse en alguna de las prácticas anticompetitivas enumeradas en las cláusulas de competencia, al circunscribirse su objeto a la protección de la libre competencia en el mercado objeto del *Joint Venture*.

105. Al respecto, no fue indiferente BuscaBit, quien otorgó su consentimiento para la inclusión de las cláusulas de competencia con el único objeto de regular la competencia entre ambos agentes económicos en el mercado relativo a la publicidad en internet [CASO, § 16], sin la intención de que estas cláusulas extendieran su alcance al mercado de los motores de búsqueda por internet.

iv. Compartir la base de datos de BuscaBit, no evita ni previene una conducta anticompetitiva

106. En conclusión, queda demostrado que, no obstante la evidente invalidez de las cláusulas de competencia, en caso de considerarse lo contrario, la mismas comprenden únicamente la regulación de prácticas anticompetitivas que pudieran suscitarse en el mercado de publicidad por internet, por lo que la obligación de compartir la base de datos de BuscaBit, no se encuentra comprendida dentro de las obligaciones derivadas de ellas, ya que dicha base de datos se encuentra comprendida en un mercado distinto.

107. En consecuencia, la negativa de BuscaBit de compartir la base de datos no evita ni previene la concreción de las prácticas anticompetitivas determinadas en la cláusula de competencia, por su determinada extensión, y por la imposibilidad de encuadrarse en cualquiera de ellas, como se demostrará a continuación.

D. TERCER PUNTO: BUSCABIT NO ABUSÓ DE SU POSICIÓN DE DOMINIO. EVEREST NO HA SUFRIDO NINGÚN DAÑO INDEMNIZABLE.

108. Se ha demostrado que las cláusulas de libre competencia son inconstitucionales y que, aun cuando el Tribunal no lo llegare a considerar así, dichas estipulaciones son nulas en virtud de que no cumplen con los requisitos legales de validez, pues las partes carecen de libre disposición. Sin embargo, previendo que el Tribunal llegare a considerar válidas las cláusulas, es menester demostrar que: **a)** BuscaBit no las incumplió, pues no abusó de su posición de dominio, y **b)** Everest no ha sufrido daño indemnizable atribuible a la demandada.

a) BuscaBit no incumplió las cláusulas de libre competencia

109. Sobre la cuestión de que BuscaBit no incumplió las cláusulas de libre competencia, se establecerá, en primer lugar, que la posición de dominio del demandante no viola *per se* las reglas de competencia **(i)**; en segundo lugar, que BuscaBit no ha establecido barreras que impidan a Everest entrar al mercado de los motores de búsqueda **(ii)**; y, en tercer lugar; que la negativa de dar acceso a la base de datos no constituye práctica anticompetitiva ni abuso a la posición de dominio, y que no existe obligación de brindar tal acceso **(iii)**.

110. En el contrato se establece que para considerar la violación al mismo por la realización de prácticas anticompetitivas relativas contenidas en la Cláusula VI, numerales 1) al 4), se debe comprobar que: “...a) *el presunto responsable tiene un poder sustancial sobre el mercado relevante* y b) *se realicen respecto de los bienes o servicios correspondientes o relacionados con el mercado relevante de que se trate*” [CONTRATO, VII].

111. De esa forma, para comprobar el incumplimiento contractual por violación a las cláusulas de competencia, es preciso demostrar tres circunstancias esenciales, sin las cuales no ocurre la transgresión ni se da lugar a la indemnización por daños y perjuicios. Tales circunstancias son: a) la realización efectiva de una de las prácticas anticompetitivas relativas enumeradas en la Cláusula VI del contrato; b) que el agente económico presuntamente responsable ostenta la

posición de dominio en el mercado relevante; y c) que las prácticas se realizan con respecto a bienes o servicios correspondientes o relacionados con el mercado relevante.

112. En este caso, la demandante centra su argumentación en la existencia de la posición de dominio de BuscaBit, alegando que la base de datos requerida forma parte del mercado relevante, pero excluyendo de su análisis la individualización de la práctica anticompetitiva que se estima realizada. Y es que la simple demostración de la posición de dominio no comprueba la realización de la práctica anticompetitiva ni el incumplimiento contractual.

i. La posición de dominio no viola *per se* las cláusulas de competencia

113. La Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 43 reconoce la libertad de industria y de comercio, salvo las limitaciones que impongan las leyes.

114. Según el contrato, se entiende por posición de dominio o poder sustancial: “...*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*” [CONTRATO, IV].

115. Y por prácticas anticompetitivas a: “... *las conductas que incluyen las prácticas absolutas y relativas prohibidas por el presente Joint Venture. Es todo acuerdo o acto unilateral contrario a la libre competencia que puede tener efectos horizontales, cuando los mismos se producen respecto de empresas que se encuentran en un mismo nivel del proceso productivo y vertical, cuando se producen respecto de empresas que se encuentran en diferentes eslabones de una cadena de valor*” [CONTRATO, IV].

116. Las prácticas anticompetitivas relativas se asocian al abuso de la posición de dominante. Según el propio contrato: “*Se consideran prácticas anticompetitivas relativas... aquellas prácticas realizadas por parte de uno o más agentes económicos que, individual o conjuntamente, tengan posición de dominio en el mismo mercado relevante en que se lleve a cabo la práctica y que tengan o puedan tener efectos excluyentes...*” [CONTRATO, VI].

117. La posición de dominio es aceptada en el derecho de competencia; no hay reproche solo por ostentarla [VATIERO, pág. 3]. La existencia de una posición de dominio en el mercado relevante no constituye en sí una infracción a las normas de defensa de la competencia. Es la explotación abusiva de esa posición lo que se considera contrario a la libre competencia. Para determinar el abuso, es preciso comprobar: a) la posición de dominio, b) el contexto del mercado relevante, y c) la concreción del abuso [BUSTOS ROMERO, pág. 112 y 113].

118. La contraparte afirma que la posición de dominio de BuscaBit en el mercado de los motores de búsqueda constituye por sí misma una restricción a la competencia. Asegura que la posición de dominio es indeseable, que afecta la libre competencia y que por ende debe ser contrarrestada [DEMANDA, § 55, 57, 60, 64].

119. Sin embargo, la contraparte no advierte que ostentar la posición de dominio no es una circunstancia prohibida legal ni contractualmente, por lo que no transgrede *per se* las cláusulas de competencia. Si bien es cierto que BuscaBit en los últimos cinco años abarca una cuota de mercado del 97% en Davos y que su posición de dominio resulta indiscutible [CASO, § 10], el simple hecho de ostentar tal posición no constituye violación de las normas de competencia pactadas. Además, es necesario demostrar la realización de una conducta anticompetitiva, individualizar el supuesto contractual y subsumir la conducta en este último.
120. En conclusión, BuscaBit no contraviene las cláusulas de competencia por el simple hecho de ostentar una posición dominante. La posición dominante no es perniciosa por sí misma, es el abuso de ella lo que condiciona el incumplimiento de las normas de competencia.

ii. BuscaBit no ha impedido que Everest entre al mercado de los motores de búsqueda. Las barreras alegadas son estructurales y no estratégicas

121. De acuerdo con el contrato, para determinar si un agente económico tiene individual o conjuntamente posición de dominio o poder sustancial en el mercado relevante, debe considerarse, entre otras circunstancias: “2) *La existencia de barreras al acceso y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros agentes económicos competidores...*” [CONTRATO, VIII, 2)].
122. Las capacidades tecnológicas, financieras, industriales y comerciales son características que le otorgan a la empresa líder del mercado, una ventaja competitiva capaz de contribuir a determinar su dominancia o poder sustancial. Posición que no constituye una violación a las normas de competencia por su simple existencia. Es la explotación abusiva de esa posición lo que se considera contrario a la competencia [BUSTOS ROMERO, pág. 113 y 114].
123. En un mercado competitivo, existen incentivos para que las empresas puedan ser eficientes, minimizar costos y, fundamentalmente, innovar. Si son ineficientes, las empresas pueden verse afectadas o incluso destruidas por sus rivales; tal posibilidad debe ser un estímulo suficiente para alcanzar un buen desempeño [POSNER, pág. 563; BAKER, pág. 5]. Ello significa que los agentes económicos que se adapten mejor a las condiciones del mercado serán quienes prevalezcan, y los que no lo logren, necesariamente estarán impedidos para mantenerse en competencia [SCHUMPETER, pág. 81-86; NICHOLAS, pág. 1023].
124. La doctrina económica moderna enfatiza la correlación necesaria entre la posición de dominio y la capacidad de innovación de las empresas [LAINO, pág. 2]. La innovación se caracteriza esencialmente por sus elevados costos, por el alto riesgo que representa y por asociarse con el conocimiento relevante en una determinada materia [POSNER, pág. 577].
125. Por tanto, la virtud inmersa en la innovación está relacionada íntimamente con la capacidad de adaptabilidad de los agentes económicos en un determinado mercado. Con ello, se hace referencia a lo que el connotado economista austriaco Joseph Schumpeter, llamó: “*proceso de ‘destrucción creativa’*”. Tal proceso es propio de la dinámica competitiva del

mercado, que involucra innovación como medio de adaptabilidad, subsistencia y desarrollo [SCHUMPETER, pág. 81-86; NICHOLAS, pág. 1023, 1024, 1050, 1054].

126. Consecuentemente, una estructura de mercado que involucre a grandes empresas con posiciones de dominio considerables, es una consecuencia directa del desarrollo tecnológico y, en virtud del beneficio, debe ser asumida por la sociedad [NELSON & WINTER, pág. 278]. De ahí que la tecnología y el desarrollo técnico sean barreras estructurales para acceder al mercado [PORTER, pág. 11; MATA, pág. 2 y 3]. En la competencia dinámica algunas empresas se esfuerzan por ser líderes en innovaciones tecnológicas, mientras otras intentan mantenerse al día imitando los éxitos de los líderes [NELSON & WINTER, pág. 275].
127. La contraparte afirma que ningún agente económico puede acceder al mercado relevante si carece de la información contenida en las bases de datos de BuscaBit, y que ésta al negarse a compartirla realiza conductas que constituyen barreras de entrada al mercado. Asegura que la posición dominante de BuscaBit convierte sus acciones en una barrera estratégica al mercado. Sin embargo, al mismo tiempo, reconoce que la tecnología es generalmente una barrera estructural propia del mercado en cuestión [DEMANDA, § 60, 64, 68, 71].
128. La existencia de barreras de ingreso al mercado, en todo caso, hace referencia a la comprobación de una posición dominante, que no se controvierte y no prejuzga sobre la concreción de alguna práctica anticompetitiva. Como se ha tratado, la posición de dominio no se encuentra prohibida ni constituye trasgresión a las normas de competencia.
129. A su vez, las barreras de ingreso al mercado alegadas por la contraparte son en realidad estructurales y no estratégicas. BuscaBit en ningún momento ha diseñado una política destinada a excluir a ningún competidor ni a imponer barreras de ingreso al mercado; se ha limitado a seguir las demandas del mercado, que exige mayor innovación para la prestación de mejores servicios, lo que repercute en beneficio para los usuarios.
130. La tecnología es en el mercado relevante una barrera que no depende de BuscaBit, y que este ha podido superar a partir de innovación; lo que se evidencia con la invención de *PageRank*, un sistema que permite analizar cómo se relacionan las páginas de internet entre sí, y por medio de la cual se creó la base de datos. El mismo se encuentra patentado y, por ende, protegido por derechos de propiedad industrial. Con la creación de ese sistema, BuscaBit superó a los antiguos motores de búsqueda convencionales que clasificaban las páginas de internet contando cuántas veces aparecían las palabras de búsqueda en las páginas de internet; ello significó una verdadera innovación [CASO, § 8; ACLARACIONES, § 2].
131. Es decir, existe un mérito tras el rotundo éxito de BuscaBit en el mercado mundial de motores de búsqueda y en el de Davos. El hecho de que los competidores no puedan mantener el ritmo de innovación que exige el mercado para el desarrollo y subsistencia en el mismo, no genera obligación en BuscaBit de compartir el fruto de 10 años de trabajo; más aún cuando no ha abusado de su posición ni ha realizado acciones típicas anticompetitivas. La contraparte podría argumentar que lo que en realidad requiere es la base de datos y no el sistema

patentado por el cual se obtiene; sin embargo, las bases de datos obtenidas “*con el sudor de la frente*” son un bien protegido y un producto de la innovación [UNIVERSITY OF LONDON PRESS V. UNIVERSITY TUTORIAL PRESS; Ver § 135].

132. La demanda de Everest no es más que una coartada para evitar innovar, pues dicha empresa busca mantenerse en el mercado de los motores de búsqueda valiéndose de un contrato que no estipula la obligación de entregar la información requerida. El acuerdo fue creado para compartir esfuerzos en el sector de publicidad, no para incursionar en el de las búsquedas por internet. Que las partes decidieran mantener su individualidad e independencia denotaba que cada una operaría desde su particular mercado [CASO, § 14 y 15].

133. En conclusión, BuscaBit no ha impedido a Everest acceder al mercado de los motores de búsqueda. Es el avance tecnológico propio del mercado relevante, su estructura competitiva y la incapacidad de Everest para innovar, lo que constituye una barrera de ingreso.

iii. La negativa de BuscaBit de dar acceso a sus bases de datos no constituye práctica anticompetitiva

134. Constituye práctica anticompetitiva relativa: “3) *La negativa injustificada a vender, comercializar, prestar o proporcionar a personas determinadas, bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros;*” [CONTRATO, VI, 3)].

135. Según el Artículo 15 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, se consideran obras las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, siempre que constituyan una creación intelectual original. En el artículo 16 de dicha ley se establece que las bases de datos y similares, son consideradas obras cuando la selección o disposición de las materias constituyan una creación original. A su vez, el artículo 35 del mismo cuerpo normativo establece que las compilaciones o bases de datos se consideran colecciones de obras para efectos de su protección de conformidad con la ley.

136. El elemento esencial para que una producción sea considerada una obra y, en consecuencia, sea asistida por el derecho de autor, es la originalidad. Sin embargo, la propia ley no determina en qué consiste la condición de original. Como referencia, en el caso *University of London Press v. University Tutorial Press*, el Tribunal Supremo de la Judicatura de Inglaterra y Gales estableció que el derecho de autor sobre un trabajo surge y subsiste debido a la habilidad y al trabajo gastado, más que por el pensamiento inventivo. A dicho criterio se le llama doctrina del “*sudor de la frente*”, que determina: la originalidad deriva simplemente de la aplicación de suficiente mano de obra, habilidad, capital y esfuerzo de cualquier índole.

137. El mismo criterio fue aplicado por la Alta Corte de Bombay, India, en el caso *Macmillan & Company Ltd. v. Cooper*. También en el caso *Burlington Home Shopping v. Rajnish Chibber* en que la Alta Corte de Delhi, estableció que se consideran protegidas por derecho de autor las compilaciones o bases de datos en virtud del tiempo invertido, el trabajo y la habilidad para crearlas [RAMANUJAN, BHATTACHARYA & GUPTA].

138. Por su parte, la Corte Suprema de Canadá, en el caso *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, intentando conciliar la doctrina del “*sudor de la frente*” con otras más estrictas como la del “*mínimo de creatividad*”, estableció que se considera “*original*” a un producto de un “*ejercicio de habilidad y juicio*”, en el que “*habilidad*” es “*el uso del conocimiento, la aptitud desarrollada o la habilidad practicada para producir un trabajo*” y “*juicio*” es “*el uso de la capacidad de discernimiento o habilidad para formarse una opinión o evaluación al comparar diferentes opciones posibles para producir el trabajo*”. Dicho ejercicio no debe ser puramente mecánico, ni una mera copia de otro trabajo [RAMANUJAN, BHATTACHARYA & GUPTA].
139. Tal razonamiento intermedio fue seguido por la Corte Suprema de la India en el caso *Eastern Book Company v. D.B. Modak*.
140. La contraparte afirma que la posición de dominio de BuscaBit constituye por sí misma una restricción a la competencia, y que la negativa de la demandada a proveer acceso a su base de datos es una restricción adicional. Sin embargo, no individualiza la práctica anticompetitiva que estima realizada [DEMANDA, § 55, 56, 64, 85]. Aunque no lo establece expresamente, a lo largo de su argumentación sostiene que BuscaBit ha incurrido en prácticas anticompetitivas relativas, excluyentes y con efectos horizontales, consistentes en establecer barreras de entrada al mercado de los motores de búsqueda mediante la restricción de información necesaria para incursionar en el mismo [DEMANDA, § 65, 66, 67].
141. La demandante podría argumentar, aunque no lo hizo en su escrito, que se trata del supuesto establecido en el numeral 3) de la Cláusula VI del contrato, que se refiere a una negativa injustificada a proporcionar a personas determinadas, bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros. Sin embargo, la primera razón por la cual no procedería tal alegato es que existe justificación para la negativa, ya que la base de datos está protegida por propiedad intelectual, pues fue producida con “*el sudor de la frente*” y mediante un “*ejercicio de habilidad y juicio*”, lo que denota originalidad.
142. BuscaBit ha creado su base de datos durante los últimos 10 años, valiéndose del sistema patentado llamado *PageRank*, que sirve para determinar la relevancia de un sitio web por el número e importancia de cada página vinculada a su página de inicio. Dicho sistema fue creado como una alternativa a los métodos de clasificación de páginas de internet usados por los motores de búsqueda convencionales [CASO, § 8]. De hecho, los ingenieros en sistemas de Everest, han atribuido la precisión de las búsquedas por internet a la base de datos de BuscaBit [CASO, §21]. Así queda manifiesto el vínculo entre la base de datos y la tecnología de BuscaBit.
143. Es claro que BuscaBit ha invertido mucho tiempo y recursos económicos para crear su base de datos. Se ha valido de la habilidad de su fundador para crear un sistema novedoso y lo suficientemente bueno para mejorar sus servicios, lo que además de haberle permitido superar a sus competidores, ha facilitado la creación de la base de datos. Es evidente que, además de

haber empleado un alto grado de habilidad para crear la base de datos, se ha valido de un buen juicio, pues buscó y encontró una opción distinta a la de sus competidores.

144. De ahí que se deba considerar a la base de datos como una obra original y protegida por derecho de autor. Aunque no por ello parte del *Joint Venture*, el cual fue creado exclusivamente para sector de la publicidad en internet [CONTRATO, II y IX].
145. Como segunda razón, la base de datos no es un bien disponible, ni normalmente ofrecido a terceros. Es un hecho que BuscaBit no ofrece al público ni comercializa con su base de datos. Esto queda manifiesto con el firme rechazo de BuscaBit a otorgar acceso, dejando claro que no pretende otorgar ni vender el permiso para que ni Everest ni nadie acceda a su base de datos [CASO, § 21]. Por tanto, no se trata de una acción en contra de Everest ni está orientada a excluir a algún competidor o dañarlo [CASO, § 28].
146. En conclusión, la contraparte no ha demostrado la concreción del abuso de la posición de dominio. Queda claro que BuscaBit no está obligada a entregar acceso a su base de datos en virtud de que la misma está protegida por derechos de autor y que no forma parte de la tecnología y demás propiedad industrial que las partes decidieron compartir por el *Joint Venture*. Así también, porque la base de datos en cuestión no es un bien disponible ni normalmente ofrecido a terceros por BuscaBit.

b) Everest no ha sido dañada ni ha tenido pérdidas provocadas por BuscaBit

147. El Código Civil en el Artículo 1434, establece: “*Los daños, que consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio, y los perjuicios, que son las ganancias lícitas que deja de percibir, deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse*”.
148. La doctrina reconoce unánimemente que sin daño no hay responsabilidad [SCHUMANN, pág. 13]. Al evaluar la responsabilidad civil en casos de derecho de competencia, se debe diferenciar entre el “*daño concurrencial*” entendido como aquel que afecta la libre competencia y el interés público en general, de los “*daños concurrenciales individuales o privados*”, es decir, los que derivan de un comportamiento contrario a la libre competencia, pero que impactan en el patrimonio o los derechos personales de uno o varios operadores económicos. Solo estos últimos son indemnizables civilmente [ORTIZ BAQUERO, pág. 21].
149. El incumplimiento de un contrato no origina necesariamente el derecho a una indemnización. Es necesario que se demuestre la existencia de un daño particular concreto. La responsabilidad civil, a diferencia de la penal, no es punitiva [OSTERLING, pág. 400].
150. La contraparte fundamenta su reclamación de daños y perjuicios en que supuestamente BuscaBit incumplió el contrato al negar acceso a la base de datos creada mediante *Page Rank* [DEMANDA, § 74, 79, 85, 99, 103]. Y cuantifica los daños reclamados de la siguiente manera: “... se toma como referencia los ingresos netos de otro buscador de internet similar

(Google)... Por lo que el total a indemnizar a Everest por daños y perjuicios es de 90,948 millones de dólares” (subrayado propio) [DEMANDA, § 104].

151. En el presente caso, la contraparte ha argumentado que BuscaBit tenía la obligación de otorgar a Everest acceso a su base de datos, en virtud del *Joint Venture* celebrado entre ellos. Sin embargo, obvia el hecho de que dicho acuerdo buscaba una alianza estratégica en el sector de la publicidad por internet, no en el de los motores de búsqueda.
152. La parte actora ha sido incapaz de demostrar la contravención a las cláusulas de competencia del contrato. No ha podido identificar ninguna práctica anticompetitiva ni comprobar su concreción en abuso de la posición de dominio. De hecho, ha centrado su alegato en demostrar la posición de dominio de BuscaBit que, como se ha dicho, es indiscutible y, de cualquier forma, no es contraria *per se* a las cláusulas de libre competencia. Sin prueba de la práctica anticompetitiva, no existe la contravención alegada y, por lo tanto, el reclamo de daños y perjuicios por incumplimiento contractual resulta improcedente.
153. Aún si se llegase a considerar que ha existido contravención, la contraparte no ha demostrado la existencia de pérdida patrimonial alguna ni lucro cesante. Ello queda manifiesto con la cuantificación por analogía, totalmente desproporcionada, que propone. No hay motivo razonable para pensar que el acceso a la base de datos hubiese puesto a Everest en la capacidad de generar 90, 948 millones de dólares en el lapso de 22 meses.

E. CUARTO PUNTO: EVEREST INCURRIÓ EN UNA PRÁCTICA ANTICOMPETITIVA AL REALIZAR VENTAS CONDICIONADAS O TYING.

154. En el presente apartado se expondrán de forma auxiliar los motivos que deben ser considerados para afirmar que la realización de una venta condicionada o *tying* dentro de la página de servicios de Everest, así también como su la aplicación EverestApp, supone una realización clara de una práctica anticompetitiva. Además, se desarrollaran las justificaciones necesarias para sostener que dicha práctica anticompetitiva supone una afectación directa hacia los intereses de BuscaBit, generando daños y perjuicios.

a) La venta condicionada está prohibida por el derecho de competencia, en general, y por el acuerdo entre las partes en particular.

155. Las prácticas anticompetitivas son todos aquellos actos o conductas realizadas ya sea por entidades comerciales, o el Estado, que afecten de forma directa la competencia en un mercado [AZHAR, Pág. 35]. Los mecanismos de competencia son afectos en dos vías principales: acuerdos horizontales, y acuerdos verticales. La primera se refiere a aquellos actos o conductas que fueron acordadas entre competidores; y la segunda se refiere a aquellos actos o conductas realizadas sin un acuerdo entre los competidores.
156. En las prácticas anticompetitivas relativas, es considerado que el agente económico puede detentar una posición de dominio sobre el mercado, sin embargo está no es una cualidad *sine qua non* en la realización de dichas prácticas.

157. Existen diferentes prácticas anticompetitivas que pueden ser realizados por los agentes económicos que participan en un mercado. Una de estas prácticas es denominada como *Tying*. El *Tying* o venta condicionada, es aquella práctica por medio de la cual al vender un producto o servicio, se adiciona de forma unilateral la adquisición de otro producto o servicio [McCHESNEY]. La venta condicionada es comúnmente considerada como ilegal cuando los productos vinculados en la venta son naturalmente incompatibles.
158. Dentro del campo normativo las conductas anticompetitivas relacionadas a la venta condicionada se encuentran reguladas y prohibidas en la mayoría de legislaciones contemporáneas. Un ejemplo de lo anterior puede ser observado en la legislación de Estados Unidos, tanto en la ley antimonopolio de Sherman (*Sherman Antitrust Act*), y la sección tres de la ley Clayton (*Clayton Act*) [SANDERS, Pág. 278]. En ambas leyes se define la venta condicionada como un arreglo por medio del cual un agente económico vende un producto pero únicamente con la condición que el comprador adquiriera también un producto distinto, o que acepte renunciar a la adquisición de otro producto ofrecido por otro proveedor.
159. En el caso *Eastam Kodak Co. v. Image Technical Servs. Inc.*, se estableció que para que haya una venta condicionada se debe demostrar la presencia de cuatro elementos principales: (1) deben existir dos productos o servicios; (2) la adquisición de un producto debe estar condicionada con la adquisición de otro; (3) el oferente de la venta condicionada debe tener suficiente poder de mercado; (4) debe verse afectada una cantidad sustancial del comercio dentro del mercado del producto ofrecido [KODAK V. IMAGE TECHNICAL].
160. En el presente caso, en el año 2013 siendo Everest una compañía dedicada en su inicio exclusivamente al comercio electrónico en la venta de libros en línea, decidió ampliar su rango de servicios lanzando su propio motor de búsqueda llamado GoSearch [CASO, §17]. El acceso a este motor de búsqueda se encuentra en la barra de búsqueda ubicada en el lado superior derecho del sitio web de Everest. Esta misma no puede ser deshabilitada ni puede ocultarse de la vista de ningún usuario [CASO, §18]. La barra aparece también en la aplicación EverestApp; GoSearch es accesible no únicamente desde la página y aplicación de Everest, sino además desde cualquier otro navegador web.
161. Desde el año 2014 los usuarios que se registran en Everest necesitan aceptar los términos y condiciones del servicio, una vez aceptados los mismos, se descarga e instala automáticamente GoSearch en la computadora o celular del usuario. Everest realizó muchos esfuerzos para promocionar GoSearch, como resultado de esto en el 2015 su cuota de mercado era del 15% en Davos, lo que significó un record para la compañía [CASO, §19].
162. Derivado de lo anterior, es posible afirmar que efectivamente se cumplen los cuatro elementos principales de una venta condicionada. Primamente, existen dos productos distintos, siendo estos la página y aplicación de Everest, y el motor de búsqueda GoSearch; la adquisición y uso de Everest se ve condicionada a la adquisición de GoSearch; Everest

posee 15 % del mercado de motores de búsqueda en Davos; y la venta condicionada de Everest y GoSearch afecta el mercado de buscadores dentro del Estado de Davos.

163. Como otro aspecto importante a desarrollar, es menester mencionar , que si bien es cierto no existe una legislación aplicable en materia del derecho de competencia en el Estado de Davos, ambas partes decidieron regular de común acuerdo dicha materia de forma preventiva dentro del contrato de *Joint Venture*. Dentro del mismo se establece claramente que será considerada como una práctica anticompetitiva relativa: “... 2) *la venta, compra o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio, normalmente distinto o distinguible o sobre bases de reciprocidad...*” [CONTRATO, VI, 2)].

164. En conclusión, los actos realizados por Everest al ejecutar una venta condicionada del motor de búsqueda GoSearch, deben ser considerados como una práctica anticompetitiva, que vulnera directamente los principios del derecho de competencia, en general, y el acuerdo entre las partes, en particular.

b) La venta condicionada realizada por Everest afecta directamente las condiciones competitivas en el mercado de buscadores, agravando directamente a BuscaBit. Por lo cual procede una indemnización por daños y perjuicios.

165. Es procedente la indemnización de daños y perjuicios cuando el deudor dentro de una relación contractual incurre en una mora contractual, siendo esta última el incumplimiento de una obligación exigible. Toda persona que cause un daño o un perjuicio a otra, está obligada a repararlo. El daño es definido como la pérdida que sufre el patrimonio de una persona; y el perjuicio se refiere al lucro cesante derivado del incumplimiento de una obligación [BOGUERO, Págs. 166 y 170].

166. Doctrinariamente el pago de daños y perjuicios tiene un vínculo directo con el gravamen causado. Es decir, en circunstancias determinadas la indemnización o resarcimiento que se reciban en consecuencia de los daños y perjuicios tiene una naturaleza directamente proporcional [VALPUESTA, Pág. 214]. De esta forma, la compensación por daños y perjuicios indemniza directamente a la víctima por las pérdidas sufridas.

167. El resarcimiento, en función de su origen, puede clasificarse de dos maneras: contractual, el cual se refiere a la indemnización que debe pagar un deudor en el caso de incumplir con una obligación derivada de un documento contractual, sea este un contrato tópico o atípico; y, por otro lado, se encuentra la extracontractual la cual deriva de una acción u omisión, dolosa o culposa, la cual genera un daño a otras personas [ZANONI, Pág. 99].

168. Conforme a los hechos del presente caso, los actos realizados por la entidad Everest al haber realizado una venta condicionada en la página y aplicación de la misma, incurrió en un incumplimiento directo de las causas contractuales referentes a las prácticas anticompetitivas [CASO, §17]. Dicha acción, además de vulnerar directamente los términos referidos a las conductas anticompetitivas, genera un daño directo a la entidad BuscaBit, ya que disminuye

de forma considerable el margen de usuarios de su buscador, dado que ahora el buscador oficial de Everest, GoSearch ocupa el 15% del mercado [CASO, §19].

169. Por lo anteriormente expuesto, debe de considerarse que la entidad Everest vulneró los límites establecidos en las cláusulas contractuales referentes a la competencia, específicamente en lo relativo a las prácticas anticompetitivas. En consecuencia, se genera el supuesto necesario para la indemnización por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones contractuales.

F. QUINTO PUNTO: EVEREST INCUMPLIÓ LA CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD

170. Habiendo sido demostrado que la pretensión de la demandante, no solo se fundamenta en una cláusula contractual que adolece de invalidez, sino que, al interpretarla, se le atribuye un alcance mayor al pactado, el argumento que se desglosa a continuación, demostrará que BuscaBit incumplió la cláusula de confidencialidad contenida en el contrato (a), proceder que configura un daño a la reputación de la demandada (b), el cual debe ser indemnizado.

a) Everest dañó a BuscaBit por incumplimiento de la cláusula de confidencialidad

i. Las acciones de Rosa Park se realizan en representación de Everest

171. La génesis de la presente reclamación, se encuentra en las acciones que Rosa Park ha realizado en ejercicio de su calidad de representante legal de Everest.

172. La legislación aplicable, establece que toda sociedad actúa por medio de un representante legal, lo que implica que las obligaciones y derechos contraídos por éste, vinculan y responsabilizan en forma directa a la persona representada, de conformidad con los artículos 16 y 17 del Código Civil.

173. En el presente caso, es un hecho conocido que Rosa Park ejerce la representación legal de Everest [CASO, § 3, 12], es decir, actúa en nombre de ella para el ejercicio y cumplimiento de los derechos y obligaciones que se derivan de sus relaciones jurídicas.

174. En consecuencia, las acciones de Rosa Park se realizan en representación de Everest, en lo que concierne al ejercicio de los derechos y obligaciones que se deriven del *Joint Venture* y de sus contratos satélites.

ii. El incumplimiento de la cláusula de confidencialidad, genera un daño a BuscaBit

175. Ahora bien, es menester circunscribir las acciones realizadas por Rosa Park, al desarrollo de las obligaciones derivadas de la cláusula de confidencialidad contenida en el *Joint Venture*, y demostrar que se ha configurado un incumplimiento contractual, el cual genera un daño a la reputación de BuscaBit.

176. Las cláusulas de confidencialidad o *Non-Disclosure Agreements*, como doctrinariamente son conocidas, tienen por objeto la protección de la confidencialidad de información transmitida a un destinatario, con el fin de que la misma no corra el riesgo de ser revelada o

usada en su contra. Por ello, dicha cláusula impone a los signatarios dos obligaciones esenciales, que consisten en que la otra parte respete la confidencialidad de la información, en primer lugar, y que no la utilice en contra de quien la transmite, en segundo [HARROCH].

177. El efecto generalizado de compartir información confidencial con un potencial colaborador, es el perfeccionamiento de un acuerdo mutuo de confidencialidad, por el cual las partes convienen en obligarse al mantenimiento de la confidencialidad de la información que puedan transmitirse recíprocamente. Esto quiere decir que se establece una obligación recíproca, cuyo incumplimiento, por una de las partes, afecta directamente a la otra, provocando un daño a sus intereses comerciales [HARROCH].

178. Esta obligación se extiende a la generalidad de los contratos en que deba resguardarse información confidencial, siempre que la misma cumpla con las características de ser secreta y tener un valor comercial, así como que su poseedor haya adoptado las medidas razonables para mantener su secretividad [OMPI NDA]. En este sentido, el acuerdo garantiza la confidencialidad comercial, es decir, la salvaguardia de información confidencial que pertenezca a una persona o entidad, la cual puede consistir en su posición en el mercado, la salud financiera o el apoyo financiero que actualmente se encuentre recibiendo [OECD].

179. En el presente caso, existe una cláusula de confidencialidad dentro del *Joint Venture*, el cual establece que las partes deben resguardar la confidencialidad del procedimiento arbitral y el eventual laudo arbitral que pudiera dictarse [CONTRATO, XII]. Esto es así, porque las partes consideraron que dicha información posee un valor comercial, pues evidencia la posición de las partes en el mercado, atentando contra su estabilidad.

180. No obstante, Everest, a través de su representante legal, incumplió la cláusula de confidencialidad y la consecuente obligación de resguardo de confidencialidad, al hacer de conocimiento general la instauración de un procedimiento arbitral entre ambas partes, mediante la publicación de un *tweet*, dentro de la red social *Twitter* [CASO, § 26].

181. En consecuencia, dicho incumplimiento configura un daño en BuscaBit, al revelar la instauración de un arbitraje entre las partes, no obstante ser de su conocimiento que dicha información se consideraba secreta, al poner en riesgo la posición de BuscaBit en el mercado.

b) Everest debe indemnizar por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento contractual, así como por el daño moral

182. La inexecución de una obligación (como, por ejemplo, el incumplimiento de la obligación de resguardar la confidencialidad de información determinada), ocurre cuando una de las partes de la relación jurídica, deja de cumplir con ésta, en la forma y tiempo establecidos. Siendo su efecto natural, la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios, con el objeto de posicionar nuevamente a la persona afectada, en la condición en que se encontraba en un momento anterior al incumplimiento [OSTERLING, pág. 397].

183. En este sentido, la procedencia de tal indemnización se encuentra circunscrita a la concurrencia de tres requisitos principales: a) La inejecución de la obligación, b) la imputabilidad del deudor, y c) el daño causado [OSTERLING, pág. 398].
184. Al respecto del requisito de la existencia de un daño para la procedencia de la indemnización, la doctrina establece que el mismo puede recaer en bienes inmateriales, [OSTERLING, pág. 404], es decir, aquellos que no tienen presencia corpórea o física [INAPI], como los derechos y obligaciones que se derivan de una relación contractual [OSTERLING, pág. 404].
185. En el caso que nos atañe, Everest, a través de su representante, incumplió la obligación contenida en la cláusula de confidencialidad, consistente en no divulgar lo relativo a la instauración, sustanciación o resolución de cualquier eventual arbitraje que pudiera desarrollarse entre las partes [CONTRATO, XII]. Este incumplimiento configura la existencia de un daño moral, al recaer sobre una obligación contenida en el acuerdo de confidencialidad [CONTRATO, XII], siendo éste un bien inmaterial por naturaleza.
186. En conclusión, habiéndose incumplido la cláusula de confidencialidad, Everest debe indemnizar por el daño moral ocasionado a BuscaBit, así como por los demás daños derivados del incumplimiento contractual.

VI. PETITORIO

Por tanto, en virtud de los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el presente memorial, solicitamos respetuosamente al honorable Tribunal Arbitral, cuanto sigue:

1. **DECLARAR CON LUGAR** la excepción de incompetencia, en virtud de la existencia de una cláusula arbitral inválida e inejecutable; y, en consecuencia, **REMITIR** la presente controversia a la sede judicial.
2. En subsidio a la anterior petición, **DECLARAR CON LUGAR** la inconstitucionalidad en caso concreto planteada en contra de las cláusulas de libre competencia, inmersas en el acuerdo de *Joint Venture* contractual, celebrado entre las entidades Everest y BuscaBit por contravención a las disposiciones constitucionales reguladas en los artículos 43, 130, 157 y 171 inciso a) y; en consecuencia se declaren **INAPLICABLES** las cláusulas de libre competencia referidas.
3. En concordancia con los puntos anteriores, subsidiariamente, **RECHAZAR** la demanda planteada por la contraparte, por no configurarse los presupuestos necesarios para dar lugar al reclamo de indemnización por daños y perjuicios.
4. **DECLARAR LA PROCEDENCIA** del reclamo de indemnización por daños y perjuicios planteado por BuscaBit, al incurrir la contraparte en una práctica anticompetitiva y, además, configurar un incumplimiento de la cláusula de confidencialidad.