



FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBRE
COMPETENCIA EN EL ECUADOR Y EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA**

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de

**ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

Profesor Guía:

Dra. Vanessa Montague James

Autora:

Carla Lorena Cisneros Burbano

Año

2011

DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Doctora Vanessa Montague James

C.C. 091954941-0

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE:

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

Carla Lorena Cisneros Burbano

CC. 100341828-0

AGRADECIMIENTO

A Dios, que con su infinito amor nos brinda cada día más razones para vivir y para luchar por lo que soñamos; a mis padres pues sin su esfuerzo y sacrificio no hubiera podido culminar mi carrera universitaria; a mis hermanas y hermano por cuidarme y darme su cariño y apoyo incondicional; a mi sobrino por llenar de alegría mi vida; a mis abuelos por su paciencia diaria.

Quisiera agradecer también a mis amigos que han estado conmigo en los buenos y malos momentos para brindarme palabras de aliento para desarrollar este trabajo de titulación.

Agradezco también a la Dra. Vanessa Montague por guiarme para la elaboración de este trabajo y al Dr. Alberto Peña Moscoso quien me ha enseñado en la práctica, lo aprendido en las aulas y por mostrarme lo que significa ser un verdadero profesional del derecho.

DEDICATORIA

Quiero dedicar el presente trabajo de titulación a las mejores personas que conozco, mis padres; porque me han enseñado que el amor y la disciplina son la fórmula perfecta para obtener lo que soñamos. Todo lo que soy es gracias a ellos, pues me han inculcado que la responsabilidad, la honradez y el amor a la familia son las virtudes más valiosas del ser humano.

RESUMEN

Esta investigación tiene como objetivo analizar la protección que brinda el Estado al derecho de libre competencia en el Ecuador, mediante un análisis constitucional y de legislación comparada, con la finalidad de proponer sanciones a las prácticas restrictivas a la libre competencia y procedimientos que permitan que el comercio se desarrolle plenamente para que el derecho a la libre competencia se encuentre verdaderamente garantizado.

El análisis tanto de la Constitución actual como de los diferentes cuerpos legales que indirectamente tratan sobre el derecho de libre competencia ha permitido determinar que no existe normativa suficiente para protegerla, por lo que se concluye que es necesaria la promulgación de una Ley de Libre Competencia en el Ecuador.

Con la finalidad de recomendar sanciones que se podrían poner en práctica en el Ecuador, se ha analizado el derecho de libre competencia en diferentes legislaciones, pues tal como se ha demostrado, la efectiva aplicación de este derecho depende de la realidad y de los principios económicos que rigen en el país.

Se ha analizado brevemente también el proyecto de ley presentado en la Asamblea Nacional.

Se ha logrado además determinar la importancia de la relación de la economía y el derecho a la libre competencia, por cuanto ambos campos se complementan y establecen principios que promueven la libre competencia económica.

ABSTRACT

The purpose of the investigation is to analyze the protection that the State enacts through principles and provisions related to competition law based on a constitutional and international law analysis; with the aim to draft sanctions that may prevent antitrust trade practices. In addition, this analysis seeks to present models of procedures that may allow commerce to develop fully in order to ensure the application and effect of competition law.

The analysis of our Constitution and other provisions that indirectly deals with the scope provided by competition law have determined that at present time there is not enough legislation to protect free trade; in conclusion, it is necessary to enact a Competition Law Act in Ecuador.

In order to recommend sanctions that could be put into effect in Ecuador, different provisions from different regions related to competition law has been analyzed, because as it has been shown, the application of competition law depends on the reality of the country and on the economic principles that are applied within.

The law project that has been presented at the National Assembly has also been briefly analyzed.

It has also been achieved the showing of the significance that exists in the relationship between the economy and competition law; both fields complement and establish principles that promote free trade.

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPÍTULO I | 2 |
| GENERALIDADES DEL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA..... | 2 |
| 1.1. Naturaleza del Derecho a la Libre Competencia..... | 2 |
| 1.2.- Definición de Derecho a la Libre Competencia | 6 |
| 1.3. Desarrollo histórico del Derecho de Libre Competencia | 8 |
| 1.4. Objetivos del Derecho a la Libre Competencia | 14 |
| 1.5. Delimitación del Derecho a la Libre Competencia y el Derecho contra la Competencia Desleal..... | 16 |
| 1.6. Modelos del sistema de competencia | 17 |
| 1.6.1. Modelo Liberal | 17 |
| 1.6.2. Modelo Profesional | 18 |
| 1.6.3. Modelo Social | 18 |
| 1.7.- AED (Análisis Económico del Derecho)..... | 19 |
| 1.7.1. La regla de la razón | 21 |
| 1.7.2. La regla <i>per se</i> | 23 |
| CAPÍTULO II | 25 |
| EL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA EN EL ECUADOR | 25 |
| 2.1. Tratamiento del Derecho a la Libre Competencia en la normativa ecuatoriana | 25 |
| 2.1.2. Análisis constitucional del Derecho a la Libre Competencia..... | 26 |
| 2.1.3. Bien jurídico tutelado | 31 |
| 2.2. El Derecho a la Libre Competencia en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones | 33 |
| 2.3. Aplicación de la Decisión 608 de la CAN | 34 |

| | |
|--|-----------|
| 2.4. Proyecto de Ley Orgánica de Libre Competencia Económica..... | 34 |
| 2.4.1. Principios generales..... | 35 |
| 2.4.2. Organismos de regulación | 36 |
| 2.4.3. Prácticas restrictivas a la Libre Competencia. | 37 |
| 2.4.4. Procedimiento, competencia, sanciones..... | 39 |
| 2.4.4.1. Sanciones | 40 |
| CAPÍTULO III | 41 |
| PRÁCTICAS RESTRICTIVAS A LA LIBRE COMPETENCIA | 41 |
| 3.1. Definición..... | 41 |
| 3.2.- Clasificación | 45 |
| 3.2.1. Acuerdos horizontales entre competidores..... | 45 |
| 3.2.1.1.- Fijación de precios..... | 47 |
| 3.2.1.2. Concentraciones empresariales..... | 48 |
| 3.2.1.2.1.- Concentración horizontal | 48 |
| 3.2.1.2.2.- Concentración vertical | 49 |
| 3.2.1.2.3.- Concentración conglomerada | 49 |
| 3.2.1.3.- Fusiones | 50 |
| 3.2.1.4.- Adquisiciones..... | 52 |
| 3.2.1.5.- Integración y colaboración (Joint Venture) | 52 |
| 3.2.2.- Acuerdos verticales | 53 |
| 3.2.2.1.- La imputación a la matriz..... | 58 |
| 3.3. El Abuso de posición dominante..... | 59 |
| 3.3.1. El mercado relevante | 60 |
| 3.4.- Monopolio | 61 |
| 3.4.1. Posibles beneficios de los monopolios | 63 |
| 3.5. Cáteles | 63 |
| 3.6. La intervención del Estado en la competencia y ayudas de éste hacia las empresas..... | 64 |
| CAPÍTULO IV | 72 |

| | |
|---|----|
| EL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA | 72 |
| 4.1.- El Derecho a la Libre Competencia en la Comunidad Económica Europea | 72 |
| 4.1.1. Características | 73 |
| 4.1.2. Finalidad de la protección | 74 |
| 4.1.3. Acuerdos prohibidos | 75 |
| 4.1.4. Medidas y sanciones | 76 |
| 4.1.5. Mecanismos de aplicación | 78 |
| 4.1.5.1. Aplicación comunitaria | 78 |
| 4.1.5.2. Aplicación por los Estados miembros | 79 |
| 4.2. El <i>Antitrust</i> Norteamericano | 79 |
| 4.2.1. Características | 80 |
| 4.2.2. Finalidad de la protección | 81 |
| 4.2.3. La “ <i>rule of reason</i> ” | 82 |
| 4.2.4. Prohibiciones y restricciones horizontales y verticales | 83 |
| 4.2.5. Organización de control y sanciones | 85 |
| 4.3. El Derecho a la Libre Competencia en la CAN | 86 |
| 4.3.1. Fin de la protección | 86 |
| 4.3.2. Prácticas restrictivas a la libre competencia | 87 |
| 4.3.3. Ámbito de aplicación | 88 |
| 4.3.4. Medidas de sanción | 89 |
| CAPÍTULO V | 90 |
| CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES | 90 |
| 5.1.- Conclusiones | 90 |
| 5.2.- Recomendaciones | 92 |
| BIBLIOGRAFÍA | 96 |
| ANEXOS | 99 |

INTRODUCCIÓN

El derecho de los ciudadanos ecuatorianos a desarrollar actividades económicas en forma individual o colectiva de acuerdo a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental, así como el derecho a disponer de bienes y servicios públicos y privados de calidad y eficiencia, está consagrado en la Constitución del Ecuador, en los numerales 15 y 25 del artículo 66; este derecho está garantizado como un derecho de libertad.

El Derecho de Competencia, conocido en los Estados Unidos de América como *Antitrust Law*, es la rama del derecho que regula las actividades comerciales mediante la aplicación de sanciones a las prácticas restrictivas a la libre competencia, la prohibición de restricciones ilegales, la fijación de precios, la eliminación de monopolios y oligopolios, etc.

El principal objetivo del Derecho de Competencia es promover la competencia justa entre las empresas; en este caso, el beneficio no es sólo de los productores, sino también de los consumidores y de todos los agentes de comercio; debemos tomar en cuenta que el libre comercio beneficia a todos y si la competencia es mayor, la probabilidad de que las empresas se esfuercen por ser más eficientes, es mayor también; y por consiguiente, que los consumidores tengamos más variedad, cantidad y calidad en los productos que adquirimos.

Siendo un tema tan en auge, la presente investigación pretende proponer métodos eficaces de protección ante prácticas restrictivas a la libre competencia y generar propuestas tendientes a garantizar la libertad de competencia, tomando en cuenta que al hablar de operaciones mercantiles, éstas deben estar caracterizadas por su dinamismo.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES DEL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA

1.1. Naturaleza del Derecho a la Libre Competencia

Actualmente, el Derecho de la Libre Competencia constituye una de las ramas más importantes del Derecho Económico, pues desde inicios del siglo XX se ha visto claramente en la mayoría de sociedades la confrontación de dos modelos económicos distintos: la economía social de mercado frente al modelo de intervencionismo total del Estado, llamado socialismo.

Con el modelo del sistema social de mercado, que dicho sea de paso, ha sido utilizado por la mayoría de países pues ha traído consigo gran desarrollo económico y mejoramiento del nivel de vida de sus ciudadanos; viene de la idea de que las fuerzas económicas, a través de la oferta y la demanda, son las que fijan los precios, y según lo que dice el autor peruano Manuel Abanto Vásquez, en su libro “Derecho de la Libre Competencia, “el resultante de esta dinámica será el más favorable para el consumidor final”¹; este es el motivo por el cual el Derecho de la Libre Competencia intenta eliminar cualquier tipo de intervención estatal o práctica económica que pueda influir en la fijación de precios; siendo este el génesis de la tendencia mundial de promulgación de leyes que prohíban las prácticas restrictivas a la libre competencia, para proteger al consumidor, principalmente.

La libre competencia se basa en la libertad de elección que tiene el consumidor para decidir lo que quiere comprar, para lo cual, debe tener a su disposición un mercado que le brinde calidad, cantidad, variedad e información suficientes sobre el producto que va a adquirir. Esto hace que las fuerzas del mercado actúen y que los competidores peleen por ser mejores, brinden superior calidad y más variedad para los consumidores y que se preocupen por adquirir tecnología para producir a mayor escala.

¹ ABANTO VASQUEZ, Manuel, “Derecho de la Libre Competencia”, Editorial Lima San Marcos, 1997, pág. 21.

Como se ha visto, existen dos sujetos en esta relación comercial: los consumidores y los competidores, quienes dependen el uno del otro. Si el consumidor escoge un producto, él gana en la medida en que haya adquirido uno de calidad y a su vez gana el competidor que ha vencido a sus adversarios al vender más. Esta fórmula no se puede dar sin reglas claras, y un conjunto de normas que regulen sus relaciones, para que los competidores no “jueguen sucio” entre ellos y se produzcan conflictos; es ahí cuando aparece la necesidad de la protección al derecho a la libre competencia y de una delimitación clara de cuáles son los derechos y obligaciones de los oferentes para con el Estado y con la comunidad.

Es importante considerar a la libre competencia como un tema de responsabilidad social en el que los competidores deben crear estrategias, innovar y servir mejor para satisfacer las necesidades del mercado.

Hoy en día, los empresarios tienen el derecho y la obligación de competir, este es el presupuesto del que nace el derecho de competencia.

La competencia es tomada en cuenta no sólo para satisfacer las necesidades de los competidores, sino para satisfacer a los consumidores.

En el presente trabajo de investigación, se utilizarán los términos “derecho de la libre competencia”, “derecho a la libre competencia” y “derecho antimonopolios” como sinónimos; por cuanto, los diversos autores consultados llaman a esta rama del derecho, con los nombres precitados.

Por otra parte, el término “Derecho de la Competencia” es la rama que abarca, tanto al “Derecho a la Libre Competencia”, como al “Derecho de la Competencia Desleal”.

Como se expuso en el párrafo precedente, el derecho de competencia se divide en dos ramas fundamentales: a) el derecho contra las limitaciones de la competencia (o Derecho a la Libre Competencia), que garantiza a los agentes de comercio la libertad de competir; y, b) el derecho contra la competencia desleal, que básicamente trata de preservar la calidad de la competencia, y establece normas que tratan de evitar que los competidores actúen de forma desleal unos con otros.

El Derecho de Competencia, para José Antonio Olaechea,² incluye tres disciplinas:

- a) Normas sobre Competencia Desleal.- Son ciertas normas que intentan regular las relaciones entre los competidores entre sí.
- b) Las normas de Defensa del Consumidor.- Estas normas protegen a los consumidores, y dejan de lado a productores y comerciantes.
- c) El Derecho de Libre Competencia.- Que trata de regular el sistema de libre mercado y sancionar violaciones que atenten contra dicho sistema.³

Mediante la presente investigación se desarrollará la primera rama referida en el párrafo precedente, es decir el Derecho a la Libre Competencia, o conocido también como derecho *Antitrust*.

Se dijo que el Derecho a la Libre Competencia constituye un incentivo para las empresas, que les motiva a mejorar. A continuación se describen actuaciones de las compañías frente a una amenaza de competencia:

- Intentar mejorar sus sistemas de producción, comercialización y distribución para optimizar recursos.
- Llevar a cabo permanentes estudios de mercado para ofrecer nuevos productos.
- Dar un valor agregado a sus productos y servicios para que se puedan diferenciar de los productos y servicios de sus competidores.
- Crear e innovar en materia tecnológica.
- Aumentar la productividad y optimizar los recursos.
- Implementar proyectos que reflejen la responsabilidad social de la empresa, factor que podría ser considerado como un valor adicional a los productos y servicios.

² José Antonio Olaechea es un abogado peruano, socio y fundador del Estudio Jurídico Olaechea, recibido como bachiller de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, actualmente es abogado en libre ejercicio y sus áreas de especialización son las siguientes: banca y finanzas, derecho corporativo, energía, fusiones y adquisiciones, minería y financiamiento de proyectos.

³ OLAECHEA, José Antonio, "El Surgimiento del Derecho de la Libre Competencia y sus Secuelas Básicas", en Themis – Revista de Derecho, No. 11 y 12, 1988, pág. 41.

Todo lo descrito anteriormente crea un “entorno competitivo”, así llamado por Armando Cáceres, autor peruano, quien lo ilustra de la siguiente manera:

“La escalera, resume la secuencia que ha permitido a muchos países desarrollados alcanzar un proceso de desarrollo y crecimiento autosostenido. La apertura y liberalización de los mercados, la eliminación de las trabas y barreras de acceso y salida a los mismos así como la redefinición del rol del Estado, constituyen condiciones necesarias pero no suficientes para la promoción de una real y efectiva competencia en los mercados. Uno de los riesgos principales de este tipo de procesos consiste en que las distorsiones explicadas por políticas gubernamentales sean reemplazadas por distorsiones derivadas del comportamiento de agentes privados, tales como las prácticas anticompetitivas, abusos frente a los derechos de los consumidores y la competencia desleal entre otros”.⁴

Como cita el jurista peruano Armando Cáceres, la libre competencia requiere la concurrencia de tres requisitos básicos:

- a) La libertad de iniciativa, que significa el derecho de los competidores a acceder a la economía o al mercado,
- b) La libertad de los competidores para determinar las formas, el modo, las condiciones o las circunstancias de la actividad que se va a desarrollar; y,
- c) La igualdad de los competidores ante la ley.

Este jurista afirma que el primer requisito es el pilar fundamental en el que se sustentan los otros dos, debido a que, cuando los competidores llegan a tener acceso al mercado es el momento en el que se pueden definir las reglas del juego de las empresas que ofrezcan bienes o servicios. Solamente cuando

⁴ CACERES, Armando, “Reflexiones sobre competitividad y competencia”, Indecopi, Lima, 2007 pág. 8.

existan los tres requisitos en la relación comercial o transaccional, se puede decir que nace el derecho a la libre competencia.⁵

1.2.- Definición de Derecho a la Libre Competencia

Para Mauricio Velandia Castro, el derecho de competencia es “un conjunto de normas y principios cuya finalidad primordial es permitir tanto a consumidores como a empresarios participar libremente en un mercado promoviendo la competencia y castigando las conductas que no permiten el desarrollo de las leyes naturales del mercado, en especial aquellas conductas que introducen importantes elementos de distorsión y desequilibrio”⁶.

El Derecho a la Libre Competencia está relacionado con la economía, no solamente porque el sistema económico que predomine en un país será el que defina los parámetros en los que se aplique el Derecho a la Libre Competencia, sino porque los términos “competencia” y “libre competencia” son utilizados tanto en el Derecho como en la Economía.

En cuanto al concepto económico, podemos analizar la libre competencia desde un modelo de competencia perfecta o el de competencia imperfecta.

Las principales características de la competencia perfecta son las siguientes:

- a) Homogeneidad del producto, los productos que se ofrecen al consumidor deben cumplir con los mismos estándares de calidad;
- b) Ningún agente de mercado, cualquiera que sea su posición en el proceso productivo, puede influir por sí solo en el precio;
- c) Movilidad de los recursos, quiere decir que las materias primas están al alcance de todos los competidores;

⁵ BROSETA, Manuel, citado por SOTOMAYOR, Abdías, “Normas Antidumping y Antitrust en los procesos de integración” Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, pág. 42.

⁶ VELANDIA CASTRO, Mauricio, “COLECCIÓN DE DERECHO ECONÓMICO III”, Universidad Externado de Colombia, 2001. Pág.207.

d) Transparencia de la información de los mercados, para que cada agente económico tenga conocimiento de los datos que sean necesarios para que su desarrollo vaya a la par con el de los demás competidores.

Las principales características de la competencia imperfecta son las siguientes:

- a) Los vendedores pueden controlar en alguna medida el precio de sus productos;
- b) Diferenciación del producto;
- c) No se brinda información completa en el mercado;
- d) Las empresas se valen de la promoción para informar, persuadir o recordar a su mercado respecto de las características y beneficios de sus productos; y,
- e) Existen precios altos y niveles de producción bajos.

Ahora que se han expuesto las características tanto de la competencia perfecta como la de la imperfecta, cabe citar lo que afirma el autor peruano Pinkas Flint Blanck cuando analiza el concepto económico de la competencia:⁷

“Cuando hablamos de un modelo de competencia perfecta, el mercado se encuentra en plena condición de equilibrio; los precios tienden a reflejar la relación de sustitución existente entre los distintos bienes y servicios, es decir, de cuantas unidades de un determinado bien debe prescindir la sociedad para lograr la producción de una unidad de otro bien”.⁸

⁷Pinkas Flint es un autor peruano Doctor en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y experto en Negociaciones Internacionales de las Naciones Unidas - UNCTAD/GATT. Máster en Derecho de la Universidad de Harvard, Magister en Administración de la Escuela de Administración de Negocios para Graduados – ESAN y MBA por la Universidad de Quebec á Montreal – UQAM. Obtuvo el Diploma de Empresariato de Harvard Business School y Diploma de Alta Gerencia, Universidad de Oxford.

⁸ FLINT, Pinkas, “Tratado de Defensa de la Libre Competencia”, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima Perú, 2002., pág. 23.

Entre las prácticas restrictivas a la libre competencia que serán analizadas más adelante, se pueden destacar las siguientes: acuerdos horizontales y verticales, intervención estatal, fijación de precios, etc.

El Derecho a la Libre Competencia se puede definir como la rama del derecho que regula las relaciones entre agentes de comercio, a través de la restricción de prácticas ilegales; el pilar fundamental del Derecho a la Libre Competencia es el derecho a la libre empresa, consagrado en el artículo 335 de nuestra Constitución.

1.3. Desarrollo histórico del Derecho de Libre Competencia

Tal como se ha expuesto anteriormente, la idea de la protección a la libre competencia nace de la necesidad de desarrollo y de los requerimientos de los consumidores y del mercado en general, por lo tanto, no es para nosotros una sorpresa que los países industrializados hayan sido aquellos que se han interesado en la promulgación de leyes que protejan a consumidores y competidores y en el establecimiento de procedimientos para luchar contra las prácticas restrictivas de la libre competencia.

Se puede afirmar que desde el siglo XII hasta el siglo XVI en Europa se desarrolló una especie de derecho corporativo caracterizado por la rigidez en las relaciones comerciales y gran intervencionismo estatal en el mercado, que era básicamente un sistema monopolista controlado por el mismo Estado.

Como es conocido, en esa época era necesario estar matriculado en un gremio o en una escuela de artes u oficios para llevar a cabo actividades mercantiles, por lo tanto, el comercio estaba limitado a quienes estuvieran en condiciones de ejercerlo bajo la condición del pago de una cuantiosa tasa, entre otras rígidas condiciones para obtener la matrícula.

Las normas establecidas en los estatutos de los gremios regulaban las relaciones industriales y comerciales minuciosamente, pero no regulaban la competencia, ni se imponían sanciones contra quienes efectuaren prácticas ilegales que perjudiquen a los demás comerciantes.

Cuando el derecho mercantil inició su auge en Europa, faltaba libertad y existían restricciones para el acceso al mercado; los reglamentos de los gremios y de las corporaciones normaban el trabajo, la producción y las ventas; así mismo, no se permitía que los comerciantes peleen por la clientela, realmente era un ambiente en el que el comercio y el mercado no se podían desarrollar con normalidad, lo que evitaba que los consumidores ejerzan sus derechos como debían hacerlo pues bastaba con que el miembro del gremio elaborara el producto según las normas dispuestas por el propio gremio y el consumidor cumplía un papel prácticamente nulo.

Joaquín Garrigués⁹, en su libro “Temas del Derecho Viro” afirma lo siguiente:

“Los grandes mercaderes, como los Fugger en Alemania, los Médici en Italia, pactaban entre sí o pactaban con el Rey o con el papa para asegurarse un determinado mercado y excluir a los competidores. Los juristas distinguían entonces entre monopolios lícitos e ilícitos, y esta licitud e ilicitud la definían los monarcas y su opinión no podía ser imparcial, puesto que se valían de los monopolios para atender las exigencias siempre crecientes del gasto público”.¹⁰

Cabe señalar que superada la Revolución Industrial en Europa, contrariamente a lo que se podría pensar, no existía una gran base de consumidores, y pese al poder económico de la burguesía, se mantenía un comercio a pequeña escala a nivel nacional y aún más pequeña en la escala internacional.

El sistema de economía de mercado tiene su origen en el siglo XVIII, con el nacimiento del liberalismo económico que revoluciona la forma de pensar de las personas con ideas de que el trabajo dignifica y que es la única forma de

⁹ Joaquín Garrigues fue abogado, político y empresario español, fundador de la llamada “escuela española de derecho mercantil”, fue uno de los juristas españoles más destacados del siglo XX.

¹⁰ GARRIGUÉS, Joaquín, “Temas de Derecho Viro, Editorial Tecnos, Madrid., pág. 145.

llegar a tener dinero por cuanto “ser rico no es malo”¹¹, como se había pensado por la influencia religiosa en la Edad Media.

Con la Revolución Francesa, la competencia se declara libre y es cuando empiezan a surgir problemas por la falta de normativa al respecto, luego de esto, a lo largo de toda Europa se proclama la libre iniciativa privada que promueve que todas las personas tienen derecho a ejercer la actividad económica que decidan; y tiene lugar uno de los cambios más significativos, la administración de justicia deja de estar en manos del monarca.

El Derecho a la libre competencia nace en los Estados Unidos de América a finales del siglo XIX, esto debido a que gracias al capitalismo reinante desde esa época, empezaron a formarse conglomerados o asociaciones de empresas a las que se denominaron *Trusts*, las cuales empezaron a formar acuerdos para la fijación de precios.

Por lo expuesto, se puede afirmar que sin duda el Derecho *Antitrust* Norteamericano fue el primero en establecer las directrices para el derecho de libre competencia y fue en 1980 cuando el Senado de Estados Unidos aprobó la “*Sherman Anti-Trust Act*”, denominada así debido a que esta ley fue propuesta por John Sherman, senador estadounidense, que al final se convertiría en un verdadero modelo jurídico.

En algunos casos, los “*trusts*” acordaban subir los precios y fue cuando los consumidores alzaron su voz de protesta pidiendo al Gobierno protección contra estas prácticas; y en otros casos, bajaban los precios para que las pequeñas empresas no tengan posibilidad de competir con ellos y así impedirles ingresar al mercado.

Posteriormente, en el año de 1914 se promulgó la Ley Clayton (*Clayton Antitrust Act*) que complementó a la Ley Sherman para brindar una protección integral al Derecho a la competencia.

En Alemania, la política *antitrust* no fue unitaria, pues se modificaba de acuerdo a los distintos períodos de gobierno, desde fines del siglo XIX hasta mediados del siglo XX, y posteriormente, en la postguerra se optó por el “*principio de*

¹¹ La iglesia católica en la edad media relacionaba a las grandes riquezas con la avaricia, el amor al dinero y la gula.

prohibición” y se promulgó la ley contra las prácticas restrictivas de la competencia.

En 1957 se suscribió el Tratado de Fundación de la Comunidad Económica Europea en el que se prohíbe la generación de acuerdos restrictivos a la libre competencia y el abuso de posición dominante. Posteriormente, con la jurisprudencia del Tribunal y la Comisión Europea, tomó forma un modelo con algunas características similares a norteamericano,

Latinoamérica tardó hasta las primeras décadas del siglo XX para sancionar las prácticas restrictivas a la libre competencia, el primer país sudamericano en promulgar una ley antimonopólica fue Argentina en el año 1923, le siguieron Brasil, Colombia y Chile, los cuales se basan principalmente en el *antitrust* norteamericano.

En el Ecuador, hasta la presente fecha no se ha promulgado una ley que proteja el Derecho a la Libre Competencia, y lo poco que se ha legislado han sido aspectos relacionados con la Competencia Desleal en el ámbito del Derecho de Propiedad Intelectual.

El único intento de la normativa ecuatoriana en cuanto a la protección de la libre competencia, es el Decreto Ejecutivo No. 1614, publicado en el Registro Oficial No. 558 de 27 de marzo de 2009, por medio del cual básicamente se dispone que el Ecuador se acoja a las Decisiones Nos. 608¹² y 616¹³ de la Comunidad Andina de Naciones en esta materia.

El mencionado Decreto, nombra al Ministerio de Industrias y Productividad como la autoridad competente en materia de Libre Competencia, y se dispone la creación de la Secretaría de la Competencia como organismo investigador en casos de violaciones a la misma.

¹² Decisión 608, “NORMAS PARA LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD ANDINA”, Comunidad Andina de Naciones, 29, III, 2005.

¹³ Decisión 616, “ENTRADA EN VIGENCIA DE LA DECISIÓN 608 PARA LA REPÚBLICA DEL ECUADOR”, 15-VII-2005.

- El caso de la *Standard Oil Company*

En Estados Unidos, específicamente en Ohio, nace en el año de 1870 la que sería, la compañía de producción, transporte y comercialización de petróleo más grande del mundo, la Standard Oil Company.

Su principal accionista y fundador fue John D. Rockefeller, que se convertiría en el hombre más rico del planeta.

A medida que pasaba el tiempo, la compañía iba creciendo y absorbiendo a sus competidores y potenciales competidores, manteniendo las compañías que realmente resultaban eficientes y liquidando a las que no; esta práctica fue duramente criticada por la prensa y los competidores sobrevivientes; obviamente, los consumidores estaban contentos con el hecho de que los productos tenían precios cada vez más bajos.

Más tarde, los acuerdos secretos de Rockefeller empezaron a aparecer. Estos principalmente consistían en que las empresas de transporte y distribución de combustibles le ofrecían precios más bajos en sus servicios con la condición de que se trate de grandes volúmenes de kerosene para transportar (el kerosene era el principal producto derivado del petróleo comercializado por la Standard Oil Company); como era de esperarse, competidores más pequeños no podían llegar a esa cantidad de producto, por lo cual, no podían comprarlo al mismo precio. La consecuencia de esto era una diferencia considerable en el precio de los productos de la Standard y el de los otros oferentes.

Se dice que esta compañía llegó a controlar el 91 % de la comercialización de productos derivados de hidrocarburos en los Estados Unidos, como consecuencia de las prácticas empresariales de Rockefeller, y de varios, aunque más pequeños grupos de *trusts* que empezaron a aparecer, se promulgó la Ley Sherman, producto de lo cual, en el año 1909 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos demandó a la Standard Oil Company, acusándola por prácticas restrictivas a la libre competencia como preferencias

y contratos con competidores para restringir el comercio, espionaje a sus competidores.

Los principales cargos fueron los siguientes:

- a) Acuerdos secretos sobre precios;
- b) Discriminación de precios con respecto a los demás competidores.
- c) Discriminación con relación a las condiciones de envíos y transporte.

En el año de 1911, la Corte Suprema de Estados Unidos declaró a la Standard Oil Company un “monopolio irracional”, aplicando las disposiciones de la Ley Sherman y se ordenó la escisión de la compañía en 34 nuevas compañías independientes y con distintos Directorios.

Entre las principales compañías que se derivaron de la escisión están: Jersey Standard, que más adelante se transformaría en Exxon; Socony, que se convertiría en Mobil y Amoco, que más tarde sería Chevron.

Posteriormente, el 30 de noviembre de 1999, las compañías Exxon y Mobil se fusionaron y aún representan una de las empresas petroleras más grandes del mundo.

Hasta el momento este ha sido uno de los casos más controversiales de *antitrust* en los Estados Unidos y todavía se debate si la Standard Oil Company fue o no un monopolio.

1.4. Objetivos del Derecho a la Libre Competencia

Se puede afirmar que los dos principales objetivos del derecho a la libre competencia económica son los siguientes: a) protección a los consumidores; y, b) protección a los competidores. De estos pilares fundamentales se derivan otros objetivos que se describen seguidamente:

- Prohibir acuerdos que restrinjan la libre competencia;
- Incrementar la eficiencia de las empresas competidoras;
- Restringir la influencia de los grandes agentes de comercio en el mercado;
- Fomentar la creación de oportunidades empresariales;
- Incrementar la posibilidad de elección de los consumidores con mayor calidad y variedad de productos, a precios más competitivos, y;
- Evitar la acumulación de recursos entre los competidores más grandes.

Isabel Vaz, autora brasileña, afirma lo siguiente:

“El principio de la Libre Competencia tiene un compromiso ineludible en el sentido de permitir al Estado concretar, o contribuir, la realización de los objetivos fundamentales que son atribuidos a la República Federativa de Brasil por el artículo 3 de la Constitución Federal:

- I.- construir una sociedad libre, justa y solidaria;
- II.- garantizar el desarrollo nacional;
- III.- erradicar la pobreza y la marginación, y reducir las desigualdades sociales y regionales;
- IV.- Promover el bien de todos, sin preconceptos de origen, raza, sexo, color, edad, y cualquier otra forma de discriminación”¹⁴

¹⁴ VAZ, Isabel, “LAS TRES VERTIENTES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA; En: “Temas de Derecho Industrial y de la Competencia”, Editorial Ciudad Argentina, 2000, pág. 296.

Lo mencionado se refiere a la Ley de la Libre Competencia en Brasil, a diferencia de la Ley de Defensa de la Competencia de España, que establece lo siguiente:

“La presente ley responde a ese objetivo específico: garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo asimismo compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado”.¹⁵

Para la legislación española entonces, los principales objetivos son: garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público; en este caso, como se puede apreciar, se brinda mayor importancia a los competidores que a los consumidores.

Para la Ley de Defensa de la Competencia argentina, el principal objetivo es “garantizar la concurrencia a los mercados y a reprimir eficazmente las conductas que lesionan la libre competencia, para que eliminadas las trabas que perjudican la concurrencia en los mercados se logre una más racional utilización de los recursos productivos de la comunidad”(Ley 25.156, Argentina, 1999).

Del análisis de los objetivos expuestos tanto de la realidad ecuatoriana como de la legislación comparada, se puede colegir que el Derecho a la Libre Competencia es una herramienta para ejercer los derechos a la igualdad, a la libertad y al desarrollo económico.

Para el profesor Ignacio de León, la política de la competencia tiene los siguientes objetivos:

¹⁵ Ley **16/1989** Defensa de la Competencia de España, “Exposición de motivos”

1. “Proteger y reforzar el proceso competitivo de los mercados en los que dicho proceso es parcial.
2. Disminuir el poder de las firmas dentro de un mercado, en la medida en que dicho poder contradiga conductas competitivas.
3. Prohibir acuerdos que permitan a los competidores existentes o potenciales asumir conductas anticompetitivas; y,
4. Incrementar la eficiencia económica, que en general se revierte en un incremento del bienestar de la sociedad en conjunto”.¹⁶

Del análisis de los objetivos de la libre competencia considerados por el profesor Ignacio de León, aparece un nuevo factor fundamental que es el *bien común*, es decir, que todos los agentes que participan en el comercio sean beneficiarios de dicha protección.

1.5. Delimitación del Derecho a la Libre Competencia y el Derecho contra la Competencia Desleal

Dentro las principales diferencias existentes entre el Derecho a la Libre Competencia y el Derecho contra la Competencia Desleal se encuentran su época de aparición y su aplicación. Las normas relativas a la protección contra la competencia Desleal aparecieron antes que la legislación relativa a la Libre Competencia.

El sistema normativo alemán separó a estas dos ramas afirmando que los objetos de protección para las dos áreas son distintos, y que preferir a la una en lugar de la otra tendría consecuencias inaceptables. La ley alemana suele aplicar las fórmulas “Sólo la competencia leal es libre” y “Sólo la competencia leal puede ser materialmente restringida”.

¹⁶ DE LEÓN, Ignacio, citado por: MIRANDA LONDOÑO, Alfonso, “Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. Los beneficios de la Competencia”; En: “Jornadas internacionales de Derecho sobre la Libre Competencia y sectores especiales”, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2007, pág. 87.

La doctrina moderna reconoce que la libre competencia y la competencia desleal tienen el mismo objeto de protección y los mismos intereses, la diferencia fundamental radica en que la primera se orienta hacia la libertad y la otra hacia la lealtad.

1.6. Modelos del sistema de competencia

En la evolución histórica del Derecho a la Libre Competencia se han configurado tres diferentes modelos de acuerdo a su aplicación en el tiempo y realidad de las diferentes legislaciones. Existen tres modelos del sistema de libre competencia: a) modelo liberal; b) modelo profesional; y, modelo social.

1.6.1. Modelo Liberal

Nace con el *Antitrust* norteamericano, propugna la libertad de empresa, por lo tanto, los ciudadanos pueden elegir la actividad económica que van a realizar y cómo lo van a hacer, pues como se analizó en el desarrollo histórico del derecho a la libre competencia, quedaron atrás el corporativismo y los gremios. El Estado trata de intervenir lo menos posible o no intervenir en el mercado y deja que la regulación del mismo se haga por efectos de la oferta y de demanda.

Víctor Cevallos Vásquez¹⁷, autor ecuatoriano, con respecto al modelo liberal dice:

“Remitiéndonos al Derecho Comparado, encontramos que en España, hasta 1890, en el auge del modelo en mención, la normativa contra la competencia desleal es fragmentaria, escasa y de naturaleza penal

¹⁷ El Dr. Víctor Cevallos Vásquez es ibarreño de nacimiento, obtuvo el título de doctor en Jurisprudencia en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, fue un destacado dirigente universitario, es cofundador de la Pontificia Universidad Católica sede Ibarra.

ligada básicamente a las marcas o a la propiedad industrial; se reconoce pues, el señorío sobre la denominada propiedad intelectual; se define la competencia lícita y enumera hechos ilícitos; los poderes públicos aparecen solamente cuando estas modalidades de propiedad se verían afectadas en las relaciones jurídicas y económicas de la competencia”.¹⁸

1.6.2. Modelo Profesional

Arranca a finales del siglo XIX, cuando se consolidó el modelo de economía liberal, basándose en las acciones de las empresas. Además de existir una ley general que regule todo lo relacionado con la libre competencia, se pide que las sanciones frente a las prácticas restrictivas no sean solamente penales, sino también pecuniarias.

Este modelo es también llamado neutral por cuanto el Estado no interfiere en el mercado ni en la competencia entre los agentes económicos, propiciando que se impongan los mejores profesionales.

1.6.3. Modelo Social

Aparece luego de la Segunda Guerra Mundial, este modelo propone que el Estado por medio del derecho privado mercantil salvaguarda el bien común o controla que la batalla por el poder en el mercado sea legal. El Estado, mediante la promulgación de normas, controla las actividades de los entes económicos, todo esto se llama “socialización del Derecho Privado”.

¹⁸ CEVALLOS VASQUEZ, Víctor, “Libre competencia, derecho de consumo y contratos”, Editorial jurídica del Ecuador, Quito, 2001, pág. 43.

1.7.- AED (Análisis Económico del Derecho)

Como se había expuesto, el derecho de la competencia, llamado también “derecho anti monopolístico” es el conjunto de normas jurídicas que regulan la predominancia de las empresas en un determinado mercado, con la finalidad de obtener el bien público y la paz social.

A lo largo de la historia, economistas y abogados han tenido grandes contraposiciones debido a la relación que puede existir entre el Derecho y la Economía; a partir de ello, nace el Análisis Económico del Derecho (AED), llamado por el derecho estadounidense “*law and economics*”.

El Juez Federal Norteamericano Richard Posner, con respecto al Análisis Económico del Derecho, dice lo siguiente:

“...el análisis económico del derecho era prácticamente sinónimo de análisis económico del derecho antitrust (...) los expedientes de casos sobre antitrust proporcionaban una mina rica en información sobre las prácticas comerciales; y los economistas, quienes en ese tiempo estaban preocupados por la cuestión del monopolio se dispusieron a descubrir la racionalidad económica y las consecuencias de dichas prácticas”.¹⁹

Para el Doctor Miranda, la ideología de cada país define la política de libre competencia del mismo pues a través de la historia, se han seguido las corrientes económicas y sociales que se han adoptado en un determinado período.

Para el citado autor, el Derecho de la Competencia desde un punto de vista sociológico- político, ha servido para controlar el poder de las empresas que han ejercido cierta posición dominante y para favorecer a los pequeños empresarios; es decir, repartir el poder de mercado entre un número más

¹⁹ POSNER, Richard, citado por: MIRANDA, Alfonso, Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. Los beneficios de la Competencia”; En: “Jornadas internacionales de Derecho sobre la Libre Competencia y sectores especiales”, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2007, pág. 35

amplio de competidores con la finalidad de liberar la entrada de éstos al mercado. Desde el punto de vista económico, para el autor,

“... las leyes monopolísticas han sido concebidas con el objeto de lograr la máxima eficiencia de la producción sin impedir las desigualdades socio-políticas que ese objetivo pueda crear entre las grandes y las pequeñas empresas. Esta teoría pretende proteger a la competencia en sí misma y no a los competidores, porque mientras más eficiente sea el mercado, mayor bienestar obtendrá el consumidor...”

En la sociedad actual, resulta indispensable la comprensión del Derecho desde un enfoque interdisciplinario con la finalidad de entender los nuevos fenómenos sociales y económicos característicos de la dinámica de las relaciones comerciales.

Para el autor peruano Pinkas Flint:

“...el análisis económico del derecho no es un análisis de tipo normativo o exegético, sino más bien un método que analiza aquellas conductas humanas que se encuentran interrelacionadas de algún modo con el derecho...”²⁰

Para el citado autor, el análisis económico del derecho surgió en los programas de las facultades de derecho de los Estados Unidos de América de los últimos tiempos (*antitrust*), pero no reemplaza a métodos como el exegético, gramatical, sistemático, sino que sirve para complementarlos y dar nuevos criterios de racionalidad con la finalidad de plantear políticas generales. La principal diferencia de un análisis jurídico o económico del derecho a la libre competencia, radica en que desde el enfoque económico lo que interesa es aumentar las utilidades de los agentes del comercio, pero el análisis jurídico

²⁰ FLINT, óp. cit., p. 117.

abarca un concepto mucho más amplio que es la justicia, por lo tanto, consiste en limitar y normar las relaciones entre individuos en busca del bien común.

Con relación al tema, el autor peruano Santos Pastor dice lo siguiente:

“Suele decirse que la economía es la más desarrollada de las ciencias sociales. Su avance se acelera a partir de la incorporación de las técnicas de análisis empírico y cuantitativo y del aparato formal matemático, aunque el contenido básico de esta perspectiva en cuanto al Derecho no sea otra cosa que la aplicación de teoría y técnicas empleadas en el estudio económico, las corrientes más modernas intentan emancipar el análisis económico del Derecho del análisis del sistema económico, con lo que aquél sería más bien una aplicación de la teoría general de la elección”.²¹

1.7.1. La regla de la razón

Con la finalidad de definir las sanciones que se deben imponer en contra de las violaciones al derecho de libre competencia, existen dos reglas básicas: la regla *per se* y la regla de la razón, es importante definir las y clarificarlas por cuanto en éstas se estructura la forma en la que el Estado interviene en las relaciones entre los agentes económicos de mercado.

Para aplicar la regla de la razón, debe existir de forma preliminar una definición en la ley que permita clasificar las prácticas restrictivas a la libre competencia, para verificar si se llevaron a cabo y determinar la sanción correspondiente.

Cuando se aplica esta regla, no se deben analizar los efectos concretos que produce la práctica restrictiva, sino la idoneidad de ésta para producir o no efectos perjudiciales a la competencia.

Esta regla nos permite determinar si la restricción o la prohibición de determinada práctica es razonable, como su nombre lo indica y si realmente dicha práctica afecta de forma importante o tiene algún tipo de impacto en la

²¹ PASTOR, Santos, citado por: FLINT, op.cit., p. 119

competencia. De las anteriores premisas se puede concluir que solamente son ilegales aquellas restricciones que no son razonables o que carecen de un fundamento sólido.

La base o naturaleza de la regla de la razón nace de que no todas las prácticas restrictivas a la libre competencia son inherentemente anticompetitivas, es por esto que se deben analizar los casos concretos para determinar si cabe aplicar una sanción, para ello es necesario definir si cierta práctica o conducta incentiva la competencia o si la obstruye o restringe, es por ello que no debe ser un análisis superficial sino que deben tomarse en cuenta los elementos y características particulares de cada transacción, negocio o simple conducta, así como la naturaleza de la prohibición.

Según Pinkas Flint, autor peruano, “la teoría señala que algunas restricciones pueden promover la competencia y perfeccionar los mercados. La Corte americana ha introducido en el análisis el papel de la eficiencia e integración de la capacidad productiva”.²²

Por lo general, la regla de la razón se aplica cuando las prácticas no se encuentran expresamente definidas en la legislación de cada país, y se deben seguir dos pasos:

- 1.- Se debe analizar la razonabilidad de la práctica en concreto, en razón de su capacidad para generar efectos perjudiciales en el mercado; es decir, para verificar si va a producir más beneficios que perjuicios.
- 2.- Determinar si la realización de la práctica es suficiente para que esta sea considerada como anticompetitiva y que merece una sanción.

El jurista Ignacio de León, con relación a la regla de la razón, o mejor dicho “regla de la razonabilidad” como él la llama, dice lo siguiente:

“Las limitaciones del análisis de la regla de la razón quedan de manifiesto en el tratamiento que da éste a los arreglos de mercado cuyas eficiencias deben ser reconsideradas a la luz de un enfoque

²² Ibídem, p. 617.

centrado. No tanto en las consecuencias a corto plazo sobre el número de actores en un mercado, sino en sus implicaciones a largo plazo. Bajo un enfoque de esta naturaleza, las consecuencias negativas de las conductas restrictivas de la rivalidad, de la oferta, o de ambos, son menos importantes porque la innovación tiende a dejarlas obsoletas, imponiendo de esta manera un efecto estabilizador”.²³

1.7.2. La regla *per se*

Nace de la jurisprudencia estadounidense, es un sistema o herramienta que permite analizar todos aquellos acuerdos que resultan evidentemente anticompetitivos, es por eso que se los denomina “*per se*”, por cuanto no se necesita de un análisis minucioso para determinar si una prohibición es razonable o no.

Se sanciona la práctica por el simple hecho de haberse realizado, y no se toma en consideración los posibles efectos anticompetitivos que ocasione, sin admitir justificaciones ya que se considera que ha dañado bienes jurídicos. La sanción *per se* de las prácticas que puedan afectar a la confiabilidad de los consumidores, productores y competidores, permite evitar que se ocasionen daños en el interés económico general.

En esta regla carece de importancia si la restricción es razonable o no. Para el autor peruano Pinkas Flint, “la razón para la aplicación de la regla *per se* es el ahorro que ella implica en los costos administrativos y legales que demanda la investigación de la empresa y la verificación de la conducta de la empresa y de la industria en general.”²⁴

El aspecto negativo de la regla *per se* es que quienes han incurrido en las conductas prohibidas o restringidas, no tienen derecho de presentar justificativos para demostrar que su conducta no pretendía causar un daño a la libre competencia.

²³ DE LEÓN, Ignacio, “¿Políticas antimonopolios o políticas de competencia?”; En: “Jornadas Internacionales de Derecho sobre la Libre Competencia y sectores Especiales, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas- Venezuela, 2007, pág. 182.

²⁴ FLINT, op.cit. p. 617.

Para el mencionado autor, existen dos categorías de análisis para la regla *per se* que se describe a continuación:

- a) En la primera categoría están los acuerdos cuya naturaleza y efecto son tan claramente anticompetitivos que no se requiere un estudio elaborado de la industria para establecer su ilegalidad. Estos acuerdos son ilegales *per se*.
- b) En la segunda categoría se haya (SIC) todo el resto de acuerdos, cuyos efectos competitivos solamente pueden ser evaluados analizando los hechos peculiares del negocio, la historia de la restricción y las razones por la cual fue impuesta.²⁵

²⁵ FLINT, *op.cit.* p. 618.

CAPÍTULO II

EL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA EN EL ECUADOR

2.1. Tratamiento del Derecho a la Libre Competencia en la normativa ecuatoriana

La protección a la libre competencia, aunque ha sido tomada en consideración directa o indirectamente en nuestras últimas Cartas Constitucionales, no ha sido reglada de manera expresa mediante una ley específica y exclusiva para nuestro país, por tal motivo, somos uno de los pocos países en Latinoamérica que no posee una Ley de Libre Competencia que regule las relaciones entre los competidores y establezca las reglas de juego en el mercado.

La libre competencia y sus efectos tanto en los competidores como en los consumidores, es una rama del derecho que involucra un constante desarrollo y atención al momento de su implementación. Tal como se expuso en el párrafo precedente, Ecuador es uno de los pocos países en la región que carece de una ley de libre competencia, así como de órganos en el aparato Estatal que regulen las prácticas contrarias a la misma.

Últimamente y sobre todo en el actual régimen político, se ha dado paso a diversas leyes, restando la importancia que merece el trámite del proyecto de Ley Orgánica de Libre Competencia Económica; en atención de lo cual considero de importante aporte al presente trabajo, efectuar un análisis de los principios fundamentales del Proyecto de Ley y la normativa aplicable en la actualidad.

Como se expuso anteriormente en este documento, la única norma referente a la protección a la libre competencia en el Ecuador es el Decreto Ejecutivo No. 1614, publicado en el Registro Oficial No. 558 de fecha 27 de marzo de 2009, en el que se dispone que el Ecuador se acoja a las Decisiones Nos. 608 y 616 de la Comunidad Andina de Naciones en esta materia.

2.1.2. Análisis constitucional del Derecho a la Libre Competencia

En la Constitución Política del Ecuador, vigente hasta el año 2008, existía de forma expresa una norma de protección directa a la libre competencia, de conformidad con el numeral tres del artículo 244, que establecía lo siguiente:

“Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá:

3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. **Impulsar la libre competencia**²⁶ y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen”.²⁷

En la Constitución Política de 1998, existe un derecho consagrado de forma expresa, al igual que una clara prohibición para las prácticas restrictivas a la libre competencia.

Es importante destacar la primera parte del literal tres en cuanto se refiere a la promoción del desarrollo de actividades y mercados competitivos, elemento que se ha omitido en la actual Constitución y que constituye un importante incentivo para la competencia entre empresas.

Aunque como se había analizado, en Ecuador es muy difícil que se pongan en práctica los principios del derecho de libre competencia debido a la falta de una regulación interna, en aquel entonces al menos existía una protección a los competidores y un avance en la legislación relativa a la libre competencia.

La actual Constitución del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008, en su sección séptima trata respecto de la política comercial del Ecuador.

A continuación se transcribe de forma literal el artículo 304²⁸ de la Constitución vigente:

“La política comercial tendrá los siguientes objetivos:

²⁶ Lo subrayado es de la autora.

²⁷ Constitución Política del Ecuador, publicada en el Registro Oficial 449, 20-X-2008, artículo 244.

²⁸ Constitución del Ecuador, op. cit., artículo 304.

1. Desarrollar, fortalecer y dinamizar los mercados internos a partir del objetivo estratégico establecido en el Plan Nacional de Desarrollo.
2. Regular, promover y ejecutar las acciones correspondientes para impulsar la inserción estratégica del país en la economía mundial.
3. Fortalecer el aparato productivo y la producción nacionales.
4. Contribuir a que se garanticen la soberanía alimentaria y energética, y se reduzcan las desigualdades internas.
5. Impulsar el desarrollo de las economías de escala y del comercio justo.

6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados”.²⁹

De lo citado se evidencia que el derecho a la libre competencia como tal, no se encuentra consagrado en la Constitución ecuatoriana; nuestras leyes no definen ni otorgan un ámbito para la libre competencia, así como tampoco enumera la totalidad de las prácticas que afectan al libre mercado en aras de calificar a los monopolios y oligopolios como tales.

Respecto de los demás numerales, se puede resumir que la política comercial ecuatoriana se encuentra orientada en primer lugar a fortalecer el mercado interno e impulsar al comercio local a fin de que pueda ingresar en mercados internacionales, situación que conllevará además que se mejore la calidad, cantidad y variedad de los bienes y servicios que se ofertan.

En este caso, se puede apreciar el gran abismo que existe entre una norma y la práctica por cuanto aunque nuestra política económica está orientada en un sentido, la práctica se ha desarrollado en el sentido contrario debido a la falta de normativa y organismos estatales.

²⁹ Lo subrayado y en negritas es de la autora.

En el numeral cinco se menciona que se debe impulsar el desarrollo de las economías de escala y del “*comercio justo*”.

Según lo que afirma Javier Montagut en su libro “¿A Dónde va el Comercio Justo?”, este es un conjunto de principios que tienen como objetivo integrar al proceso económico a controles medioambientales, a los productores a menor escala y campesinos, y con relación a la lucha por un comercio justo dice lo siguiente:

“La lucha por un comercio justo, tal como la entendemos, no es una lucha por ir ganando espacios de mercado hasta conquistarlo todo. Esto es una ilusión. Los espacios de mercado, en los que construimos experiencias alternativas, son elementos de resistencia y lucha que, para ser eficaces e incluso para poder mantenerse, deben combinarse con una lucha general por otro mundo. Nuestro consumo es importante pero no debemos renunciar a nuestra condición de ciudadanos y como tales buscar cambios en la esfera de la política producto de la acción colectiva.”³⁰

Como se ha podido analizar, el comercio justo se refiere a una serie de elementos que permiten un proceso económico más incluyente, con responsabilidad social para cuidar el ambiente y proteger a los productores, pero no se trata en verdad de una protección a los competidores.

Otro artículo de nuestra Constitución actual trata tácitamente sobre el Derecho a la Libre Competencia, es el 335, que se transcribe a continuación:

“El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la

³⁰ MONTAGUT, Xavier, “¿A dónde va el comercio justo?”, Editorial Icaria, Barcelona, 2006, pág. 119

explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, **así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos** y a los bienes públicos y colectivos.

El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, **establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal**”.³¹

En el artículo precedente se pueden destacar dos aspectos: a) el control e intervención del Estado cuando se vulneren los derechos económicos de los ciudadanos; y, b) la capacidad que tiene el Estado para intervenir en los intercambios y transacciones económicas, estableciendo mecanismos de sanción para evitar prácticas de competencia desleal.

Tal y como se ha referido en varias ocasiones a lo largo del presente trabajo, en estas normas únicamente se hace referencia a las prácticas de competencia desleal dejando de lado a las prácticas restrictivas a la libre competencia³². Por otra parte, nuestra Constitución señala que se establecerán mecanismos y sanciones para quienes violen los derechos económicos de los ciudadanos, situación que en la praxis se torna inaplicable por cuanto no existe una ley de libre competencia que establezca de forma expresa las sanciones aplicables en cada caso y delimite qué prácticas constituyen competencia desleal y cuáles son consideradas prácticas restrictivas a la libre competencia.

Para concluir con el análisis constitucional del derecho a la libre competencia cabe señalar que según el numeral dos del artículo 284 de nuestra Constitución, es un objetivo de la política económica el “incentivar la producción nacional, la productividad y **competitividad sistémica**, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico...”³³

³¹ Lo subrayado es de la autora

³³ Constitución Política del Ecuador, publicada en el Registro Oficial 449, 20-X-2008, artículo 284

De la redacción de este artículo, resulta interesante evidenciar como la política económica del Ecuador pretende incentivar la “competitividad sistémica” sin que exista una norma que regule las relaciones entre competidores. Al carecer de este instrumento fundamental se torna muy difícil considerar que exista una verdadera protección al derecho a la libre competencia.

Con relación a la libertad de empresa, se encuentra consagrada en los artículos 319 y 320 de la Constitución, que rezan lo siguiente:

“Art. 319.- Se reconocen diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas.

El Estado promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivará aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza; alentará la producción que satisfaga la demanda interna y garantice una activa participación del Ecuador en el contexto internacional.

Art. 320.- En las diversas formas de organización de los procesos de producción se estimulará una gestión participativa, transparente y eficiente” .

La producción, en cualquiera de sus formas, se sujetará a principios y normas de calidad, sostenibilidad, productividad sistémica, valoración del trabajo y eficiencia económica y social.³⁴

³⁴ *Ibíd*em, artículo 320

2.1.3. Bien jurídico tutelado

Como se había referido anteriormente, el derecho a la libre competencia nace de la necesidad de regular las relaciones existentes entre competidores de un mismo mercado, por lo tanto, se puede afirmar que lo que se protege es a la “competencia” o a la “competitividad” como la denomina nuestra Constitución.

Según el diccionario de la Real Academia Española, competencia es “la situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio”, y refiriéndose a la competitividad dice “es la capacidad de competir”.

Conforme se había analizado, el principal objetivo del derecho a la libre competencia es la protección a quienes intervienen en el proceso del comercio, y en virtud de lo que se ha indicado anteriormente, la competencia constituye un bien jurídico protegido. Tal protección no puede quedar al arbitrio de los propios agentes del mercado, incluyendo al Estado³⁵, esto principalmente para evitar abusos. De la misma forma, se sabe que el mercado por sí mismo no puede auto-regularse por cuanto cada uno de los competidores podrían preocuparse simplemente por su propio crecimiento económico, muchas veces a costa de conductas anticompetitivas, momento en el cual el Estado debe intervenir con sanciones y mecanismos que regulen dichas prácticas.

Hoy en día, tal como afirma Manuel Abanto Vásquez, la mayoría de legislaciones han dado a la competencia el carácter de bien jurídico tutelado, porque constituye una herramienta para realizar fines analizados en el pasado como bienes jurídicos aislados e independientes tales como el bienestar económico y la libertad de empresas y consumidores, y según el mencionado autor, el bien jurídico “libertad de competencia” engloba a los demás.

Con respecto a los países sudamericanos, Abanto Vásquez expresa que nuestras legislaciones suelen reconocer varios bienes jurídicos tutelados para el mismo derecho o protección, en este caso serían por ejemplo, la libertad de

³⁵ Se considera al Estado como uno de los principales agentes del mercado porque del nivel en el que intervenga en el proceso comercial pueden emerger prácticas restrictivas a la libre competencia como por ejemplo subsidios y salvaguardias como se analizará más adelante.

empresa, el interés de los consumidores, el bien común o bienestar general, los derechos económicos en general, entre otros.

Con la finalidad de entender las diferencias que existen en la concepción del bien jurídico tutelado en las legislaciones sudamericanas, se puede exponer lo que establece la Ley de Defensa de la Competencia argentina que en su artículo primero afirma que el bien jurídico tutelado es el “interés económico general”, mismo que está relacionado con la función de bienestar social o bien común. Pero este concepto es muy amplio si se desea delimitar el ámbito y efectos del derecho a la libre competencia.

Por otra parte, la legislación peruana, en su artículo 3 destaca la efectiva lesión del interés protegido cuando establece: “... de modo que se generen perjuicios para el interés económico general”. Como se puede ver, para sancionar una violación a la libre competencia debe demostrarse que la conducta que se pretende sancionar podría constituir ser un peligro para la sociedad o que afectará al interés general, afortunadamente la jurisprudencia peruana ha interpretado esta norma de forma coherente por cuanto para que se tipifique el ilícito es necesaria la concurrencia de los presupuestos establecidos en la norma, es decir: la afectación del proceso competitivo y con ello a la libertad de competencia de todos los participantes en el mercado.³⁶

Una vez analizado el concepto del bien jurídico tutelado por el Derecho a la Libre Competencia, se puede entender lo injusto de la aplicación de prácticas restrictivas a la misma, por cuanto genera un impacto negativo en la economía, un perjuicio a los consumidores y un grave daño a los propios competidores; según Abanto Vásquez “ese concepto sólo puede ser normativo, en el sentido de una grave lesión opuesta en peligro de los objetos del bien jurídico (un proceso competitivo concreto o la libertad de actuación o elección de competidores o consumidores concretos)”³⁷.

³⁶ ABANTO VÁSQUEZ, op.cit., p. 354.

³⁷ Ibídem, pág. 355.

2.2. El Derecho a la Libre Competencia en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones

El Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, promulgado en el Suplemento del Registro Oficial No. 351 del 29 de diciembre de 2010, trata, aunque en pocos artículos, principios básicos referentes a la Libre Competencia.

El literal b) del artículo 19 del Código de la Producción tiene el siguiente texto:

“El acceso a los procedimientos administrativos y acciones de control que establezca el Estado para evitar cualquier práctica especulativa o de monopolio u oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal”³⁸.

En el artículo citado, que trata sobre los derechos de los inversionistas, se intenta brindar una protección que evite el desarrollo de prácticas restrictivas a la libre competencia a través del acceso a procedimientos administrativos. En la última oración del párrafo se confunde, como en otros cuerpos legales de nuestro país, a la competencia desleal –regulada en la ley de Propiedad Intelectual- y a la Libre Competencia.

El nuevo cuerpo normativo además, regula la imposición de medidas de defensa comercial y salvaguardas, con la finalidad de nivelar la balanza de pagos, fomentar la igualdad de condiciones y oportunidades entre competidores y evitar el dumping. Además, enumera los casos concretos en los cuales se pueden implementar medidas de defensa comercial y las condiciones en las que es pertinente hacerlo.

³⁸ Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, (R.O. 351-S, 29-XII-2010), artículo 19.

2.3. Aplicación de la Decisión 608 de la CAN

Debido a la falta de una norma específica relativa a la Libre Competencia, el Ecuador ha venido aplicando la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones que se refiere a la prohibición y sanción de conductas restrictivas de la libre competencia que afectan a la Región, esta restricción se refiere a las prácticas tanto de países miembros como de países no miembros pero que tengan consecuencias en uno de los países miembros de la CAN.

La página web de la Comunidad Andina de Naciones menciona un aspecto muy importante respecto de la aplicación de la Decisión 608 y sobre las prácticas restrictivas a la libre competencia cuando dice: “Se excluyen las prácticas con origen y efecto en un único País Miembro u otras situaciones no previstas, las que se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros” .³⁹

En el caso ecuatoriano, al no existir una ley de defensa de la libre competencia, se aplica el Decreto Ejecutivo 1614.

2.4. Proyecto de Ley Orgánica de Libre Competencia Económica.

El Asambleísta lojano Rafael Dávila, presentó a la Asamblea Nacional el proyecto de Ley Orgánica de Libre Competencia Económica el 13 de octubre de 2009, el mismo que a la fecha de la elaboración del presente trabajo de investigación se encuentra aún pendiente de conocimiento en segundo debate. En virtud de que se trata del primer intento de un órgano legislativo ecuatoriano de lograr una ley que proteja a la libre competencia, a continuación se analiza brevemente el contenido del mencionado proyecto de ley.

En la exposición de motivos del Asambleísta para proponer la creación de la Ley Orgánica de la Libre Competencia Económica, se expresó lo siguiente:

“Que el país no puede sustraerse de la tendencia y situación actual que vive el mundo en materia de libre competencia económica, por lo que el

³⁹ http://www.comunidadandina.org/competencia/competencia_int.htm “Competencia”.

esfuerzo que debe realizar la Legislatura, es de trascendental importancia para el desarrollo socio económico nacional, por lo tanto, con sentido absolutamente nacional, debe aprobar una Ley que regule la Libre Competencia en el Ecuador, utilizando con precisión un lenguaje jurídico y normativa consensuada, que inserte con éxito al país en el grupo de naciones que ha tratado debidamente uno de los temas más importantes del mundo globalizado...”⁴⁰

2.4.1. Principios generales

Los principios más importantes del proyecto de Ley Orgánica de Libre Competencia Económica son los siguientes:

- a) **Promoción de la libre competencia económica.-** Descrita en el artículo cuatro del proyecto de ley, menciona que “Es deber del Estado promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos, para lo cual deberá impulsar la libre competencia económica en forma consistente y sistemática, fomentará una cultura de leal y eficiente competencia, y coordinará la ejecución de planes para la difusión de tal cultura”. Como vemos, es un artículo que no solamente abarca a la protección del Estado a los competidores, sino que afirma que es deber del Estado el fomento de la competencia “leal y eficiente”, es decir, se confunden los términos de competencia desleal y libre competencia al igual que en nuestra Constitución.
- b) **Garantía de libertad de empresa.-** Este principio se define en el proyecto de ley de la siguiente forma: “El Estado respetará y hará respetar el derecho a la libre empresa de los agentes económicos, en la medida que su ejercicio no origine prácticas monopólicas u otras formas que impidan o distorsionen la libre competencia”. En este caso, no se delimitan las características de la libertad de empresa; sería necesario en primer lugar tener claro si en realidad el Ecuador cuenta con una

⁴⁰ Proyecto de Ley de Libre Competencia Económica, Asambleísta Rafael Dávila, 2008.

política económica de libre empresa, situación que no se genera en la actualidad debido al alto nivel de intervencionismo en el que ha incurrido el Estado Ecuatoriano al tratar de regular el mercado a fin de favorecer a la producción nacional.

2.4.2. Organismos de regulación

De conformidad con la propuesta de este proyecto de ley, los Organismos de Regulación serían los siguientes:

a) **Consejo Ecuatoriano de la Competencia.**- Es un órgano adscrito a la Superintendencia de Compañías y sus funciones serán las de regulación, promoción, defensa y control de la libre competencia económica, adicionalmente estará integrado por los siguientes funcionarios cuyo cargo durará cuatro años prorrogables únicamente por un período adicional:

1. El Superintendente de Compañías quien lo presidirá;
2. Un vocal designado por el Presidente de la República;
3. Un vocal designado por el Ministerio de Relaciones Exteriores Comercio e Integración;
4. Un vocal designado por las Federaciones Nacionales de Cámaras de la Producción; y,
5. Un profesional del Derecho en materia de competencia económica, designado por las Universidades y Escuelas Politécnicas legalmente reconocidas.⁴¹

b) **Del Intendente Nacional de la Competencia:** será un funcionario designado por el Consejo Ecuatoriano de la Competencia, cuyas facultades, además de la promoción de las políticas establecidas por el Consejo, la sustanciación e

⁴¹ Proyecto de Ley Orgánica de Libre Competencia Económica, www.asambleanacional.gov.ec

investigación de los reclamos presentados por personas naturales o jurídicas relacionados con posibles violaciones a la libre competencia.

2.4.3. Prácticas restrictivas a la Libre Competencia.

A partir del tercer capítulo del proyecto de ley se definen y delimitan las que son consideradas prácticas restrictivas a la libre competencia, que se detallan y analizan a continuación:

a) **Prácticas Monopólicas.**- El mencionado proyecto de ley, en su artículo 18, define a las prácticas monopólicas como “Se consideran prácticas monopólicas las acordadas, desarrolladas o aplicadas por uno o varios agentes económicos, que tiendan a impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia”.

De lo citado se puede colegir que es un criterio muy amplio si lo que se desea es definir a las prácticas monopólicas, en todo caso, el citado artículo sería una definición de práctica restrictiva a la libre competencia. Además, el mismo artículo 18, después de la definición de práctica monopólica, las enumera de la siguiente forma:

- “1. Fijación directa o indirecta de precios, tarifas, descuentos, tasas de compra, venta, enajenación de bienes y servicios, o cualquier otra forma de adquisición y condiciones de transacción de ellos;
2. Reparto de mercados o de fuentes de abastecimiento;
3. Limitación, paralización o control de la producción de bienes y servicios;
4. Restricción al desarrollo tecnológico o a las inversiones;
5. Participación o actuación colusoria entre agentes económicos;
6. Discriminación de precios, condiciones o modalidades de negociación de bienes y servicios; y,
7. Ventas condicionadas o vinculadas”⁴².

⁴² Ibídem, art. 18

b) Abuso de posición de dominio.- Posteriormente, en el artículo 19 del mismo proyecto de ley se define a la posición de dominio de la siguiente forma:

“Es el poder de mercado que ejerce un determinado agente económico, de manera que actúe con independencia con relación a los demás agentes económicos, bien por ausencia de competidores, o por ejecución de actos que impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la libre competencia entre los agentes dedicados a una misma actividad” .⁴³

El poder de mercado por sí mismo no constituye una práctica restrictiva a la libre competencia, pero como bien lo afirma el artículo 19 en el segundo inciso, el abuso de él o la ejecución de actos que perjudiquen a los demás competidores, lo configuran como tal.

c) **“Posición de dependencia económica.-** El proyecto de ley la configura como práctica restrictiva a la libre competencia de la siguiente forma: “Existe una posición de dependencia económica entre dos o más empresas, cuando la empresa cliente o proveedora carezca de alternativa equivalente.”⁴⁴

Esta definición de posición de dependencia económica es muy amplia por cuanto no se definen términos muy importantes que engloba la posición de dependencia económica, como por ejemplo, la dependencia en razón de fijación de precios; además, tal como la posición dominante no constituye una práctica restrictiva a la libre competencia por sí misma, sino por el abuso que se haga de ella.

Cabe mencionar que en el artículo 21, se confunde la posición dominante con la dependencia económica al enumerar actos que pueden constituirlos, sin diferenciarlos de ninguna forma.

⁴³ Ibídem, art. 19.

⁴⁴ Ibídem, art. 20.

2.4.4. Procedimiento, competencia, sanciones

El procedimiento para la presentación de reclamos relacionados con violaciones a la Libre Competencia, según el mencionado proyecto de Ley es el siguiente:

- 1.- Presentación del reclamo ante el Intendente Nacional de la Competencia.
- 2.- Calificación del reclamo por parte del funcionario indicado en el numeral precedente.
- 3.- Una vez aceptado a trámite, el Intendente puede ordenar las siguientes medidas de amparo:
 - a) Ordenar transitoriamente el cese de las supuestas conductas ilegales que atenten a la libre competencia económica.
 - b) Imponer determinadas condiciones, acorde con los objetivos del proyecto de ley, para evitar el daño que pudieren causar conductas prohibidas.
- 4.- Una vez calificado el reclamo, el Intendente realizará las correspondientes investigaciones con el objeto de comprobar el cometimiento de las infracciones previstas en la ley.
- 5.- Las partes, en el término indicado en el literal precedente, podrán comparecer con las correspondientes pruebas de cargo y descargo.
- 6.- Se abrirá un período de diez días para que las partes presenten sus alegaciones; concluido este término se llamará a las partes a una audiencia.
- 7.- Luego de cinco días, el Intendente elaborará un informe que será enviado al CECOM.
- 8.- Una vez recibido el expediente, el CECOM resolverá en el término de diez días.

2.4.4.1. Sanciones

Las sanciones que se imponen en el Proyecto de Ley para reprimir las prácticas restrictivas a la libre competencia son las siguientes:

- a) Ordenar la cesación definitiva de las prácticas monopólicas;
- b) Imponer condiciones u obligaciones determinadas al infractor para que pueda seguir realizando su actividad económica, e;
- c) Imponer multas a los responsables de las infracciones.⁴⁵

De las disposiciones citadas se evidencia que el proyecto de ley presentado en la Asamblea Nacional dejaría importantes vacíos jurídicos en el evento de entrar en vigencia con su redacción actual.

En grandes rasgos, el Proyecto de Ley es muy general llegando en ocasiones a tornarse ambiguo en la mayoría de su texto, no establece definiciones claras respecto de factores fundamentales en esta materia, y adicionalmente incluye situaciones que generarían conflicto o duda en la práctica, principalmente en la sección referente a las sanciones, debido al hecho de que permite que las multas a ser impuestas sean valoradas por peritos, dejando la aplicación de esta sanción al tenor de criterios muy subjetivos y propios de cada persona, lo cual tornaría su aplicación bastante difícil de ejecutar.

⁴⁵ “la multa no podrá ser inferior al valor de la ventaja económica obtenida al margen de las disposiciones de la Ley”, esto será valorado por un perito.

CAPÍTULO III

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS A LA LIBRE COMPETENCIA

3.1. Definición

Para el jurista ecuatoriano Víctor Cevallos Vásquez, “los acuerdos, decisiones, recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas, tendientes a impedir, restringir o falsear la competencia en un segmento o en la totalidad de un mercado nacional, se encuentran prohibidos en los países que tienen Ley de Defensa de la Competencia, por ser valorados como colusorios y anticompetitivos”⁴⁶

Al analizar la definición del abogado peruano Alfredo Bullard, se puede apreciar que existen los mismos elementos:

“Cualquier forma de colusión entre proveedores. Productores o prestadores de un servicio, con la finalidad de limitar de alguna manera la competencia entre ellos, está prohibida. Básicamente, se reconoce como práctica restrictiva a toda forma de cártel de productores o proveedores de un determinado bien o servicio”⁴⁷

De las definiciones expuestas, se evidencia que las prácticas restrictivas son actuaciones unilaterales que limitan de alguna forma la libre competencia. Adicionalmente, se puede apreciar que las prácticas restrictivas a la libre competencia están relacionadas con acuerdos colusorios. Según el diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas colusión es el “convenio, contrato, inteligencia entre dos o más personas, hecha en forma fraudulenta y secreta, con objeto de

⁴⁶ CEVALLOS, op.cit., p. 25.

⁴⁷ BULLARD, Alfredo, “Legislación Antimonopolios, invirtiendo en el Perú”, Editorial Beatriz Boza, Lima- Perú, pág. 135.

engañar o perjudicar a un tercero. Todo acto o contrato hecho por colusión es nulo.⁴⁸”

En consecuencia, la colusión es un acuerdo efectuado con la intención de perjudicar a otro, es por esto que como se estudiará más adelante, éstas prácticas están sancionadas en algunas legislaciones, inclusive penalmente. En el ámbito de la libre competencia estos acuerdos colusorios pueden ser de diversos tipos, por ejemplo si interviene una sola parte, se llaman unilaterales y plurilaterales cuando participan dos o más agentes económicos, y a su vez se dividen en acuerdos horizontales y verticales.

Para el Doctor Alfonso Miranda Londoño, “Los acuerdos horizontales de repartición de mercados se producen cuando dos empresas que compiten en el mismo nivel del proceso productivo acuerdan en forma directa o indirecta repartirse el mercado”, mientras que, con relación a los acuerdos verticales dice lo siguiente:

“Las prácticas restrictivas de la competencia de tipo vertical son aquellas ejercidas por una o más personas en forma unilateral o concertada, y dirigidas contra (o realizadas en conjunto con) empresas o personas que se encuentran en un nivel diferente del proceso productivo. Se trata de prácticas o acuerdos entre un productor y un distribuidor, o entre un vendedor mayorista y otro detallista, o en general entre dos empresas que operan en secuencia en una cadena de producción y distribución de un bien” .⁴⁹

El artículo 85 del Tratado de Roma, que regula la libre competencia en la Unión Europea, considera que las manifestaciones de las prácticas restrictivas son los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las

⁴⁸ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Colombia, 2003, pág. 81

⁴⁹ MIRANDA, op. cit., p. 170

prácticas concertadas y el propósito de los acuerdos, decisiones y prácticas, que tengan por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia.

Los destinatarios de las normas relativas a la libre competencia son las compañías, pues son los sujetos que realizan las prácticas restrictivas; la normativa supranacional no posee normas claras respecto de la personalidad jurídica de las empresas. Según la doctrina, existen dos puntos de vista distintos para resolver este problema: a) desde el punto de vista jurídico, que se fundamenta en una comunidad o asociación de miembros para la consecución de fines económicos, lo cual evidentemente es una idea meramente organizativa; y, b) El punto de vista económico que parte de la ley protectora de la libre competencia.⁵⁰

Con respecto a las prácticas o concentraciones horizontales o verticales, Luis Ernesto Andueza afirma que aunque cada una de estas tiene implicaciones distintas, la preocupación última es siempre la de evitar el ejercicio del poder de mercado.

“...las relaciones horizontales y las verticales hacen surgir preocupaciones distintas porque hacen surgir riesgos distintos. Es por esta razón que normalmente las llamadas prácticas horizontales suelen ser condenadas con mayor severidad que las verticales. Igualmente, las concentraciones horizontales suelen ser objeto de un escrutinio más exigente que las concentraciones verticales”.⁵¹

⁵⁰GOMEZ, Delio, “LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS A LA LIBRE COMPETENCIA”; En: “Derecho de la Competencia”, El Navegante Editores, Bogotá-Colombia, 1998, p. 140

⁵¹ ANDUEZA, Luis, “CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS”; En: “Jornadas Internacionales de Derecho sobre la Libre Competencia y sectores Especiales, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas- Venezuela, 2007, p. 314

En las concentraciones horizontales, el problema radica en que el competidor “resultante”⁵² es quien obtendrá el poder de mercado y lo ejercerá frente a los consumidores dentro del proceso económico, aunque tampoco parecería justo calificar a las prácticas como “anti-competencia” per se, debido a que como se analizará más adelante, existen concentraciones y acuerdos que llevan a que el mercado se desarrolle de mejor manera.

El autor ecuatoriano Víctor Cevallos Vásquez denomina a las prácticas restrictivas a la libre competencia “prácticas o conductas conscientemente paralelas”, y con respecto a ellas afirma lo siguiente:

“...prácticas o conductas conscientemente paralelas, suelen ser catalogadas en la doctrina y en las normas de derecho positivo como colusorias, por su efecto restrictivo o atentatorio contra la libre competencia. Se aprecia esta práctica, en las conductas unilaterales efectuadas con uso de conciencia sobre el alineamiento con el de otros agentes económicos, de las que no aparece a la vista o formalmente una concertación; pero que incuestionablemente impiden, falsean o limitan la competencia. Se enjuicia el supuesto de hecho desleal presumiendo que responde a un acuerdo no formal pero evidente”.⁵³

Como lo afirma el mencionado autor, se debe llamarlas de esa forma, tal como las denomina el Derecho de la Comunidad Económica Europea, que las define como acuerdos concertados- no siempre formales- entre empresas o entre sus representantes que pueden ser desde simples contactos frecuentes de cooperación o intercambio de información hasta grandes concentraciones empresariales, impidiendo así, la libre competencia. Para la ley de Defensa de la Competencia Española, al referirse a las prácticas restrictivas a la libre competencia, las enumera de la siguiente forma:

⁵² Aquel que sobrevive a las prácticas restrictivas a la libre competencia y generalmente es quien ejerce el poder de mercado.

⁵³ CEVALLOS, op. cit., pág. 25

- a) “La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos”.⁵⁴

3.2.- Clasificación

Los acuerdos se pueden clasificar en acuerdos horizontales y verticales:

3.2.1. Acuerdos horizontales entre competidores

Según lo que afirma Delio Gómez Leyva, autor colombiano, un acuerdo horizontal es:

“Un acuerdo entre empresas del mismo nivel productivo o de la distribución, vale decir, entre empresas colocadas en posición de competir, como los atinentes a no competir en precios, para lo cual se establecen los mecanismos para los aumentos, sus rebajas; sobre la distribución del territorio en el cual pueden actuar; la manera como debe

⁵⁴<http://www.jurisweb.com/legislacion/mercantil/Ley%20defensa%20competencia.htm>, “Ley de Libre Competencia de España.

ser realizada la distribución de los productos o efectuar la publicidad sobre los mismos, etc” .⁵⁵

Para Guillermo Cabanellas, las restricciones horizontales son aquellas que “tienen lugar entre empresas que operan en igual nivel de producción y en el mismo mercado” .⁵⁶

Conforme la normas citadas, se puede conceptualizar a las prácticas horizontales como acuerdos arribados entre competidores con un objetivo determinado; las que por sí mismas no constituyen una práctica restrictiva a la libre competencia pues por lo general son actividades económicas que ayudan a las empresas a generar mayor utilidad y a bajar sus precios, es decir, tienen resultados económicos favorables y una diversidad de beneficios. De hecho, en la mayoría de legislaciones no son prohibidas como tales, sino se tornan ilegales por conductas colusorias para perjudicar a otros competidores que quedan fuera de los acuerdos, es decir, prácticas que limitan la competencia.

Los motivos para que los competidores constituyan acuerdos horizontales son varios y de diferente ámbito, a saber:

- a) Porque facilitan la creación de cárteles y monopolios.
- b) Porque sin la necesidad de acuerdos formales, pueden generar restricciones a la libre competencia.
- c) Porque sirven para excluir a otros competidores.
- d) Porque debido a los acuerdos entre competidores, se reducen los costos y por lo tanto, quienes ganan son los consumidores.
- e) Porque permiten el ingreso de pequeños competidores a grandes mercados.
- f) Porque permiten que los competidores se beneficien de las fortalezas de otros.

⁵⁵ GOMEZ , Op.cit. ,p. 152.

⁵⁶ CABANELLAS, Guillermo, citado por: PINKAS, Flint, op. cit., p. 229.

3.2.1.1.- Fijación de precios

Para el autor peruano Pinkas Flint:

“La fijación o concertación de precios son condiciones de producción, oferta, demanda o comercialización de empresas que son competidoras actuales o potenciales entre sí. En el caso de la concertación de precios de esta práctica se considera per se ilegal y por tanto no admite justificación alguna. Sin embargo el simple paralelismo en el comportamiento de precios no constituye prueba suficiente de concertación siendo necesario contar con otros elementos de prueba adicionales”.⁵⁷

Conforme el texto citado, se puede ejercer la fijación de precios directa o indirectamente, y principalmente de las siguientes formas:

- Acuerdo respecto de las fechas en las que se incrementan los precios.
- Fechas en las que se van a realizar descuentos y rebajas.
- Desviarse de la lista de precios, determinadas por el mismo mercado o por el Gobierno.
- Ofertar otros precios que aquellos que hayan sido publicados.
- Ofertar precios distintos a los ofertados.
- Acuerdos sobre intercambios de información de precios entre productores o distribuidores.
- Acuerdos para brindar información confidencial, etc.

⁵⁷ FLINT, op.cit., p. 229

Según el citado autor, para que la concertación de precios se haga efectiva, son necesarios los siguientes requisitos:

- a) La existencia de pocas empresas, para estabilizar el acuerdo.
- b) El establecimiento de barreras de entrada, para aislar el mercado de la competencia externa (patentes, secretos industriales, dominio de canales de distribución).
- c) Que los productos sean homogéneos, para dar mayor facilidad de control.
- d) Insensibilidad del consumidor al precio.

En la mayoría de legislaciones, se prohíben las prácticas de fijación de precios, por cuanto, ésta constituye un elemento esencial de la libre competencia, por lo cual es una de las infracciones más graves.

3.2.1.2. Concentraciones empresariales

Se llaman concentraciones empresariales los acuerdos o fusiones entre dos o más empresas para la consecución de un fin determinado. Las concentraciones empresariales, según algunas legislaciones, son consideradas prácticas restrictivas a la libre competencia.

3.2.1.2.1.- Concentración horizontal

Es aquella en la que una empresa competidora adquiere todo o parte de los activos y pasivos de otra que se dedica a la misma actividad (compra, venta, distribución, producción) con la finalidad de anular al competidor y obtener el poder de mercado).

3.2.1.2.2.- Concentración vertical

Es aquella en la que la empresa compra los activos y pasivos de una compañía proveedora o de un cliente, es decir de un eslabón distinto en la cadena de producción, por lo tanto, no existe un contacto directo entre empresas competidoras.

Lo ilegal de este tipo de concentración empresarial es que pueden favorecer la colusión en uno de los mercados en donde operan las empresas que se unen.

3.2.1.2.3.- Concentración conglomerada

Para el autor Radoslav Depolo la concentración conglomerada es

...la que se lleva a cabo entre empresas ubicadas en diferentes líneas de comercio, o entre empresas en una misma línea de comercio pero en regiones geográficas económicamente separadas. Se trata de operaciones de concentración que no son horizontales ni verticales; esto es, aquellas en las cuales una empresa adquiere el control de otra empresa que no es ni competidora, ni cliente, ni proveedora de la adquirente.⁵⁸

En esta modalidad de concentración, existen varias ramificaciones, por ejemplo existe la concentración con extensión de producto cuando los productos que producen tanto la empresa adquirente como la adquirida sean similares o los mismos; existe también la concentración con extensión geográfica, en la que los productos de la empresa adquirente y la adquirida son los mismos pero se

⁵⁸ DEPOLO, Radoslav, "CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN Y DERECHO DE LA COMPETENCIA"; En: "Derecho de la Competencia", El Navegante Editores, Bogotá-Colombia, 1998pág. 209.

enfocan en una situación geográfica distinta; y, por último se habla de una concentración conglomerada en sentido puro, cuando las actividades de la empresa adquirente y la adquirida no se encuentran relacionadas de ninguna manera entre sí.

El principal objetivo de este tipo de concentración, al igual que la horizontal y vertical, es la eliminación de potencial competencia.

3.2.1.3.- Fusiones

La fusión de compañías, según el artículo 337 de la ley de Compañías ecuatoriana se produce: “a) Cuando dos o más compañías se unen para formar una nueva que les sucede en sus derechos y obligaciones; y, b) Cuando una o más compañías son absorbidas por otra que continúa subsistiendo.”

De conformidad con el artículo precitado, se puede definir la fusión como la unión de dos o más compañías con la finalidad de concentrar sus activos y pasivos.

Según la ley de compañías vigente, la fusión de compañías requiere una reforma estatutaria y el cumplimiento de las formalidades prescritas en la misma ley, además de la aprobación mayoritaria de los socios de la compañía respecto de la mencionada reforma.

La fusión para el autor Francisco Reyes Villamizar,

“...constituye una manifestación del movimiento general de concentración de fuerzas económicas, propio de la expansiva economía moderna, está estructurada jurídicamente como un complejo proceso de

actos, decisiones y formalidades cuidadosamente de terminadas en la ley”.⁵⁹

El principal efecto de la fusión es el traspaso en bloque de los patrimonios de las compañías intervinientes en el proceso, esto quiere decir, que los activos, pasivos y patrimonios pasan de la una compañía a la otra. Adicionalmente, se produce una subrogación de créditos a favor de las sociedades que se fusionan, por lo tanto, pasa a la otra compañía como un activo de la sociedad que desaparece.

Para el autor Bercovitz, la fusión es

“...un acto jurídico corporativo mediante el cual una sociedad, extinguiéndose, transmite el total de su patrimonio activo y pasivo a otra sociedad preexistente o de nueva creación, produciéndose el cambio de adscripción de sus accionistas mediante el canje de las acciones de la sociedad disuelta por acciones de la sociedad absorbente o de nueva creación”.⁶⁰

En conclusión, la fusión, al igual que los demás tipos de concentración empresarial, sirve para sacar del mercado a un potencial competidor, siendo un claro ejemplo de esta práctica, cuando una compañía de importancia en el mercado absorbe a otra normalmente de menor tamaño que podría constituirse en una amenaza en el futuro.

El jurista español Joaquín Garríguez, con respecto a la fusión, afirma lo siguiente: “... económicamente la fusión se propone muchas veces unificar la organización de dos empresas semejantes, aumentando su potencial de

⁵⁹ REYES, Francisco, “GRUPOS DE SOCIEDADES, SUBORDINADAS, FUSIONES, CONCENTRACIONES, COMPRA DE ACTIVOS”; En: “Derecho de la Competencia”, El Navegante Editores, Bogotá-Colombia, 1998, pág. 245.

⁶⁰ Ibídem, p. 246.

explotación. Otras veces el motivo más próximo está en el deseo de evitar la competencia. Ambas finalidades suelen ir unidas” .⁶¹

3.2.1.4.- Adquisiciones

Por lo general, la agrupación de empresas permite un gran desarrollo de la actividad empresarial debido a que conlleva un aumento de utilidades, optimización de la productividad y como consecuencia, la reducción de costos.

Las adquisiciones aparecen cuando una compañía compra la mayoría del paquete accionario de otra u otras, con la finalidad de obtener control sobre las primeras; esta situación esto permite que las compañías involucradas en el proceso posean una mayor capacidad para competir con empresas más grandes, además de la mejorar la eficiencia de sus procesos productivos y bajar los costos.

3.2.1.5.- Integración y colaboración (Joint Venture)

Respecto de las prácticas de integración y colaboración, se debe distinguir entre un simple acuerdo para un determinado negocio y una fusión de capitales.

Es muy diferente una situación en las que las empresas se unan con la finalidad de suplir falencias o necesidades puntuales para lograr objetivos comunes o comerciales específicos, que la fusión total de dos o más empresas o la adquisición de la participación mayoritaria de una compañía por parte de otra.

“Los denominados contratos de colaboración empresarial, cuya utilización en las naciones europeas ha dado lugar a importantes

⁶¹ GARRIGUEZ, Joaquín, citado por: REYES, op.cit., p. 262

desarrollos legislativos y doctrinarios, se distinguen fundamentalmente de los mecanismos de concentración económica, en que su finalidad no implica la integración definitiva de las empresas participantes y, aún en ocasiones, puede no dar lugar a un ánimo de lucro subjetivo, es decir, encaminado la efectiva distribución de beneficios o utilidades entre las empresas contratantes”.⁶²

Con relación al Joint Venture, esta figura se define como un contrato de colaboración empresarial por medio del cual las empresas, unen sus fuerzas para la consecución de un negocio determinado, el que no implica la fusión de capitales. Para el jurista ecuatoriano Víctor Cevallos Vásquez,

“El Joint venture constituye una concentración de empresas temporal. Es una figura jurídica muy próxima a la sociedad accidental, un mecanismo económico comercial de colaboración por el que dos o más empresas o personas jurídicas o naturales, comparten los riesgos financieros, los beneficios y las decisiones, en la realización de una aventura y operación común y determinada, para lo cual puede aportar dinero, tecnología, trabajo”.⁶³

3.2.2.- Acuerdos verticales

Conforme se había analizado anteriormente en este documento, las prácticas verticales ocurren entre agentes económicos que se encuentran en diferentes escalones de la cadena productiva; éstas se pueden dar debido a que por alguna razón desaparece un competidor importante y esto provoca que el poder de mercado del o los competidores que quedan se incremente, en este

⁶² REYES. op.cit, p. 238

⁶³ CEVALLOS, op.cit. p. 33

caso por ejemplo los competidores que subsisten tienen el control sobre el precio, marca y distribución de los productos que se ofertan.

Con respecto a los acuerdos verticales, Galán Corona afirma que:

“...los acuerdos verticales son los celebrados entre empresas situadas en distintas fases del proceso productivo o de la distribución, ya que en los horizontales, acordados entre empresas ubicadas en el mismo estadio productivo o de la distribución no ofrecen duda alguna. Pues para los participantes por estar en posición de competencia, en principio, cualquier acuerdo es restrictivo, por el contrario, los verticales abarcan a empresas que no se encuentran en tal posición. Sería el caso, por ejemplo, del productor que impone a los adquirentes de sus bienes el precio de venta o la limitante de venderle a tal o cual comprador, o de no utilizar determinados canales de distribución”.⁶⁴

Conforme el texto citado, se evidencia que los acuerdos verticales se producen entre el productor y quienes adquieren sus bienes o servicios, ya sea para revenderlos o para usarlos.

Para la Comisión del Tratado de Roma, para verificar si una relación comercial constituye o no un acuerdo vertical es necesario tomar en cuenta los siguientes parámetros:

“La naturaleza, cantidad, limitada o no, de los productos cubiertos por el acuerdo., la posición o importancia del concedente y el concesionario en el mercado y para el producto concedente. La naturaleza aislada o no del acuerdo discutido, o, alternativamente, suposición en una serie de acuerdos, la seriedad de las cláusulas dirigidas a proteger el comercio

⁶⁴ GALAN CORONA, citado por GOMEZ LEYVA, Delio; Op.cit., p. 152.

en exclusiva o, alternativamente, las oportunidades concedidas a otros competidores comerciantes de los mismos productos mediante reexportación e importación paralelas” .⁶⁵

Sin perjuicio de la aclaración que antecede, los acuerdos verticales siguen siendo muy oscuros y subjetivos, debido a que en numerosas ocasiones pueden constituirse en una herramienta para que pequeños distribuidores ingresen al proceso productivo, esto sería a través de un acuerdo de suministro en exclusiva o contrato de distribución en una situación geográfica determinada.

Según Delio Gómez Leyva, existen elementos positivos en los acuerdos verticales; además de la capacidad de entrada de pequeños distribuidores al mercado, destaca que se ha sugerido que la competencia horizontal que el suministrador tiene de otros fabricantes (competencia entre marcas) normalmente es decisiva, por lo que hay poca necesidad de regular la relación vertical entre el proveedor y su distribuidor.⁶⁶

En efecto, la mayoría de acuerdos verticales no son perjudiciales para la competencia y por lo general son una forma de hacer negocios; en este tipo de relación vertical entre agentes del comercio, la parte que se encuentra en el primer escalón se beneficiará si el agente del segundo escalón logró superar a sus contendores directos, teniendo como consecuencia la reducción de precios en beneficio de los consumidores.

De otra parte, el contrato de distribución es aquel mediante el cual una persona natural o jurídica denominada distribuidor, se encarga de suministrar sus productos a otro llamado distribuido, generalmente dentro de un sector geográfico determinado; al amparo de esta figura, no necesariamente debe existir relación laboral entre el distribuidor y el distribuido. Mediante este contrato se pueden pactar condiciones particulares, de conformidad con el

⁶⁵ GÓMEZ, Op.cit., p. 154.

⁶⁶ *Ibíd*em, pág. 156

interés de las partes, como por ejemplo la prohibición de redistribución, dar el mejor servicio en la venta de los productos suministrados con la finalidad de cuidar la imagen del distribuidor, además pueden reservarse la fijación del precio para reventa, etc.

Así, de la misma forma en que un simple contrato de distribución puede constituir un acuerdo vertical, otras figuras podrían llegar a convertirse en uno como por ejemplo contratos como los de concesión, suministro en exclusiva, franquicia, etc. Para el autor peruano Pinkas Flint “se genera un acuerdo vertical cuando el convenio se celebra entre dos firmas que se encuentran en niveles diferentes de producción o distribución. Por ejemplo, entre un fabricante y el proveedor de una de sus materias primas”.⁶⁷

Al respecto, la legislación de la Unión Europea es clara cuando en el artículo 85 de la Normativa para la Libre Competencia dispone que estas prácticas son ilegales si “tienen como objetivo o efecto la prevención, restricción o distorsión de la competencia, los acuerdos verticales son permitidos si contribuyen al mejoramiento de la producción o distribución de bienes o a la promoción del progreso técnico o económico, en tanto que permite a los consumidores una participación justa del beneficio resultante...” A diferencia de este criterio, según el “antitrust” Norteamericano, el factor que se toma en consideración para verificar si un acuerdo vertical es restrictivo a la libre competencia es la denominada “regla de la razón”, por lo que se entiende que son acuerdos horizontales los siguientes: distribución, restricciones territoriales, y de atención al consumidor, acuerdos de relación exclusiva y contratos de negociación exclusiva.

Para la Ley Sherman norteamericana, para evaluar los acuerdos verticales se tomarán en cuenta los siguientes elementos⁶⁸:

- Analizar si el acuerdo restringe la competencia de forma tangible.
- Considerar objetivamente si se beneficia la competencia.

⁶⁷ FLINT, Op. cit., p. 240

⁶⁸ Ibídem, pág. 241

- Determinar si la prohibición producirá un beneficio o perjuicio para la competencia.

Para el Dr. Alfonso Miranda Londoño:

“... El fabricante de un producto o el proveedor de una materia prima, con una posición de dominio sobre el mercado, decide discriminar en contra de un comprador o un grupo de compradores que están en la siguiente etapa del proceso de producción o distribución del producto, con lo cual pone a los compradores discriminados en una posición de desventaja frente a sus competidores directos”.⁶⁹

Para que se configure esta práctica restrictiva a la libre competencia deben concurrir los siguientes elementos:

- La ejecución de prácticas discriminatorias para con los demás competidores.
- Que las operaciones o procesos productivos que relacionan a dos o más competidores, sean equivalentes.
- Que las condiciones producidas por la práctica restrictiva ponga a un proveedor o competidor en situación desventajosa frente a otro en condiciones análogas.

El término “práctica discriminatoria es un término muy genérico y subjetivo, frente a esto la Superintendencia de Competencia de Colombia ha regulado este aspecto a través de la Resolución No. 588 de 2003 que dice lo siguiente:

“Para que exista un acto discriminatorio no basta con que se conceda un tratamiento diferente, pues se requiere además, que esa diferencia en el trato esté desprovista de justificaciones razonables. Luego, la base de la

⁶⁹ MIRANDA, Op. cit., p. 115

discriminación no estriba en la concesión de tratamientos desiguales sino en la ausencia de motivos valederos para ello. De modo que, toda discriminación presupone un trato desigual, pero no todo trato diferencial conlleva una discriminación; el punto determinante ha de buscarse en el por qué se actúa de una manera frente a una persona y de otra distinta, frente a otra, tratando de establecer si una y otra se encuentran en planos de equivalencia”.⁷⁰

3.2.2.1.- La imputación a la matriz

No se puede negar que en el caso de existir una relación económica entre casa matriz y una subsidiaria, esta última se debe de una u otra forma a la primera, lo cual implica la existencia de una suerte de “dependencia económica”.

Una compañía subsidiaria es una empresa que se encuentra vinculada a otra más grande o puede ser una sucursal de ésta en un lugar geográfico determinado.

De la definición descrita se puede destacar el vínculo que existe entre las dos empresas, en donde la una depende de la otra, para al final formar parte de una misma entidad económica.

En este caso de acuerdos entre empresas madre y filiales, se debe tomar en consideración que, con la finalidad de que las relaciones entre estas entidades no sean entendidas como acuerdos verticales restrictivos a la libre competencia, éstas deberán ser personas jurídicas distintas que cuenten con autonomía administrativa y económica. En el evento de que esto no suceda, estaríamos ante la presencia de un “grupo económico” que podría adueñarse del poder de mercado y conllevar a la generación de un monopolio expresamente prohibido por la ley.

⁷⁰ Resolución No. 588 SIC Colombia, citado por: MIRANDA, Op.cit., pág 116.

Una forma de determinar que las prácticas entre casa matriz y filiales son o no restrictivas a la libre competencia es verificar si la empresa filial actúa conforme los lineamientos, prácticas o instrucciones impartidas por la casa matriz.

3.3. El Abuso de posición dominante

Existe posición de dominio o también llamado “poder de mercado”, cuando una sola empresa domina el mercado, ya sea porque es la única existente o porque comparte el poder de mercado con otra.

Con relación a este tema, el doctor Víctor Cevallos Vásquez afirma,

“Hay posición de dominio en el mercado cuando una empresa o agente económico es el único en el mercado (monopolio); o cuando sin ser la única empresa por cualquier circunstancia como la que deviene del duopolio no está expuesta al mercado dentro de la competencia o concurrencia; o cuando sus decisiones prevalecen sobre las de las demás empresas en el mercado, ya sea porque controla más del 50 % del mismo o porque tiene la llave maestra de la tecnología. Se puede por fin adquirir una posición de dominio en el mercado mediante pactos colusorios entre los empresarios titulares de las empresas partícipes de un mercado o de un segmento de él”.⁷¹

Como consecuencia del abuso de la posición de dominio, pueden aparecer gran variedad de prácticas que restringen a la libre competencia, tales como la fijación de precios, imposición límites a la producción, aprovechamiento de la tecnología, etc.

⁷¹ CEVALLOS, Op.cit., p. 40.

3.3.1. El mercado relevante

Con la finalidad de determinar si una empresa o un conjunto de empresas ejercen posición dominante en el mercado, es necesario analizar ciertos aspectos como por ejemplo la situación geográfica en la que se ofrece cierto producto, el segmento poblacional al que se lo ofrece, o la posibilidad de que los consumidores lo sustituyan por otro en razón de su calidad o precio; este análisis determinará si dentro del mercado en el que se ofertan los productos, la o las compañías están ejerciendo algún tipo de abuso de posición dominante.

El mercado relevante se puede determinar desde las siguientes perspectivas:
a) mercado por producto; y, b) mercado geográfico.

a) Mercado de producto.- Se refiere al conjunto de productos que los consumidores pueden considerar sustituibles por otros de origen nacional o extranjero, tomando en cuenta su calidad, precio, etc. En el caso de que los productos puedan considerarse sustituibles, se debe también tomar en cuenta las posibilidades que tienen los consumidores para acudir a otros mercados a adquirirlos o las limitaciones en materia de normativa (nacional o internacional) que limiten a los consumidores a adquirir productos alternativos.

b) Mercado geográfico.- Se refiere a la zona geográfica en la que las condiciones del mercado para determinado producto son las mismas o similares; es la delimitación espacial del mercado.

Con respecto al mercado geográfico, un aspecto importante es la posibilidad de que los consumidores estén en condiciones de trasladarse a otro lugar geográfico para adquirir determinado producto. Para el jurista peruano Pinkas Flint, el mercado relevante es “la zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de productos y de prestación de servicios

de referencia, en las que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas” .⁷²

3.4.- Monopolio

Ante la generación de un monopolio en el mercado, existe un solo productor de un bien determinado que ocupa el poder de mercado y no existen más competidores que brinden el mismo bien o servicio; el monopolio es el extremo opuesto a la competencia perfecta.

Entre las características principales de un mercado monopolístico están las siguientes:

- La empresa monopolística tiene poder sobre el precio.
- Existe un solo productor o vendedor.
- Existe 100 % de concentración del mercado.
- Existen fuertes barreras de entrada y salida de productores y competidores al mercado.
- La demanda es inelástica, no existen bienes sustitutos.

El Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia define al monopolio de la siguiente forma:

“Situación de un mercado en el que solo hay un único vendedor. En el análisis económico tradicional. El concepto de monopolio se opone al de competencia perfecta. Por definición, la curva de demanda del monopolizador es la del conjunto del sector y resulta decreciente. Por consiguiente, el monopolizador domina muy ampliamente el precio que

⁷² FLINT, Op. Cit. Pág. 211

aplica, es decir, que no considera los precios como dados sino que puede fijarlos a su antojo”.⁷³

En nuestra legislación, los monopolios son tratados en diferentes áreas, por ejemplo en la Ley de Modernización del Estado dice:

“Art. 47.- Monopolios.- (Reformado por el Art. 21 del Decreto Ley 2000-1, R.O. 144-S, 18-VIII-2000).- Prohíbese la existencia de monopolios en cualesquiera de sus formas y en consecuencia, se autoriza a terceros el establecimiento de actividades o la prestación de servicios de igual o similar naturaleza.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, para el caso de concesiones, licencias o permisos, éstas se podrán otorgar en condiciones de exclusividad regulada, sólo por un período determinado, con la autorización, mediante Decreto Ejecutivo, del Presidente de la República o del organismo competente en el caso de los gobiernos seccionales.

Cuando la concesión de un servicio público implique una posición dominante en el mercado, su titular no podrá ser propietario, por sí mismo ni por terceras personas, de medios de comunicación colectiva o instituciones financieras. Cada una de estas actividades deberán ser desarrolladas, en forma exclusiva por sus administradores o propietarios”.⁷⁴

La Ley de Compañías también contiene una prohibición respecto de la generación de monopolios, cuando en su artículo 3 dice: “Se prohíbe la

⁷³ FLINT, Op. cit., p. 164

⁷⁴ Ley de Modernización del Estado, artículo 47.

formación y funcionamiento de compañías contrarias al orden público, a las leyes mercantiles y a las buenas costumbres; de las que no tengan un objeto real y de lícita negociación y de las que tienden al **monopolio** de las subsistencias o de algún ramo de cualquier industria, mediante prácticas comerciales orientadas a esa finalidad”.⁷⁵

3.4.1. Posibles beneficios de los monopolios

Aunque como se había expuesto, la existencia de un monopolio en el mercado es algo perjudicial para la competencia y para el desarrollo normal del mercado, existen autores que encuentran posibles beneficios en esta figura, por ejemplo el doctor Alfonso Miranda Londoño, jurista peruano que describe los siguientes beneficios:

- “La posibilidad de desarrollar economías de escala.
- La existencia de tecnología costosa que sólo puede sostener un monopolista.
- La capacidad del monopolista para invertir en investigación y desarrollo.
- Los monopolios naturales, donde es más eficiente que haya sólo un productor.”⁷⁶

⁷⁵ Ley de Compañías, artículo 3.

⁷⁶ MIRANDA, Op. cit., p. 123

3.5. Cáteles

El autor peruano Pinkas Flint, con respecto a los cáteles afirma lo siguiente:

“Podemos definir un cártel como un grupo de competidores los cuales llegan a un acuerdo para limitar la competencia entre ellos mismos, con el fin de actuar como si fueran un monopolio. Con éstos acuerdos se está afectando directamente el bien jurídicamente protegido que es la libertad de competencia”.⁷⁷

Los cáteles se forman con la finalidad de controlar el precio y la producción por cuanto forman un oligopolio en el que actúa un reducido número de productores, pero son los únicos que ofrecen el producto (tal como el monopolio). Existen cáteles formales, que pueden ser regulados y sancionados por autoridades competentes, y a su vez, existen cáteles ocultos o clandestinos que actúan sin que las autoridades lo noten o puedan regularlos.

Las consecuencias más perjudiciales de los cáteles son las siguientes: a) reducción de la cantidad de bienes producidos, y b) aumento indiscriminado de precios.

3.6. La intervención del Estado en la competencia y ayudas de éste hacia las empresas

La política económica de los Estados, se basa en gran parte en la eficiencia y productividad de los mercados, sin importar el nivel de desarrollo que éste tenga.

⁷⁷ FLINT, Op.cit, pág 165.

El Estado y el mercado tienen funciones complementarias y, por lo tanto, deben actuar en conjunto. No se puede pretender escoger entre el completo intervencionismo estatal de un sistema socialista y un liberalismo extremo en el cual el mercado funcione con total anarquía. Se le debe brindar al Estado un marco jurídico en el que pueda actuar, pues no podría funcionar en un vacío legal sin la posibilidad de que el bien común desaparezca.

La intervención Estatal es necesaria en mayor o menor medida, principalmente con su poder normativo y de forma accesoria estableciendo mecanismos que permitan equilibrar el mercado y las relaciones entre sus agentes, cuando se produzcan deficiencias o fallas.

Aunque como se afirma, la intervención estatal es necesaria, el exceso de esta puede constituir también un freno a la competencia debido a medidas extremas relacionadas con la imposición de salvaguardias y aranceles elevados o la fijación arbitraria de precios de bienes y servicios.

La definición que nos brinda del autor peruano Pinkas Flint en relación a la regulación estatal a la libre competencia es la siguiente:

“La regulación consiste en normas gubernamentales que obligan a las empresas a alterar su comportamiento. Aunque el control del monopolio natural suele ser el objetivo declarado de la regulación económica, existe una nueva teoría según la cual la regulación es deseada por las empresas reguladas cuyos intereses se ven favorecidos por la exclusión de los rivales potenciales. Los casos de liberalización de la última década confirman la teoría del accionar de los grupos de intereses” .⁷⁸

En países como Asia Oriental y Japón, durante el período de la postguerra, las prácticas monopólicas alcanzaron un elevado nivel de desarrollo mediante la intervención del Estado en la economía, manifestada en la protección a

⁷⁸ FLINT, Op. cit., p. 325.

industrias nacientes y la concesión de crédito subvencionado y subsidios. A continuación se describirán los factores que permitieron que esto suceda⁷⁹:

- Los gobiernos de los mencionados países disciplinaron su intervención sometiendo a la competencia interna e internacional, por lo tanto, esta competencia debía ser suficientemente pragmática, eficiente y flexible, simplemente si una práctica intervencionista no funcionaba, de inmediato era suspendida o reemplazada, tratando además de corregir los errores que habían surgido producto de la misma. Este mecanismo es muy valioso puesto que a diferencia de otros países que basan su política económica en posiciones extremistas y pasiones políticas, un sistema tan flexible permite evaluar lo puesto en práctica, aceptar que no funcionó y corregir a tiempo los errores.
- Estos gobiernos debieron asegurarse de que una intervención no termine por ocasionar una distorsión excesiva de los precios relativos⁸⁰: En el comercio exterior se logró neutralizar los perjuicios a las exportaciones, que suelen ser una consecuencia del proteccionismo. El precio, tal como se había analizado, es uno de los principales elementos del mercado, y su fijación es una de las más graves prácticas restrictivas a la libre competencia. Muchas veces el Estado mediante la aplicación de medidas protectoras o incentivos a la economía local, puede ocasiona indirectamente la fijación de precios pues los precios de los bienes y servicios producidos en el país no tienen ninguna relación con los productos que se importan del exterior con aranceles elevados que producen que el precio se eleve. Esto obliga a los consumidores a escoger el producto más barato aunque no siempre se llegue a los mismos estándares de calidad del producto extranjero.

⁷⁹ LLORENTE, Rodrigo, "PROSPERIDAD NARCOTIZADA E INTERVENCIÓN DEL ESTADO" En: "Derecho de la competencia", El Navegante Editores, Bogotá, Colombia, p. 52.

⁸⁰ Es el precio de una mercancía o activo en relación con el precio de otros. Precios que se ajustan lentamente y que por lo tanto no siempre equilibran la oferta y la demanda. http://es.mimi.hu/economia/precios_relativos.html

- Por último, el intervencionismo puesto en práctica por los mencionados países fue más moderado que en la mayoría de los demás países en desarrollo.

Como se ha analizado, no siempre la intervención Estatal es negativa, de hecho en cierta medida es necesaria para el desarrollo económico de los países, lo importante es estar convencidos de que el Estado debe tratar siempre de mantener un mercado armónico.

El autor Rodrigo Llorente enumera los siguientes elementos y tipos de intervencionismo estatal:

- **Permitir que los mercados funcionen por sí solos a menos que se demuestre la conveniencia de tomar parte del asunto.**- Es la filosofía del Estado subsidiario, en el que solamente interviene en el caso de que las actuaciones privadas no puedan llegar a determinados sectores de la economía o cuando se produzcan fallas en el mercado imposibles de solucionar sin la intervención estatal. Por ejemplo, el Estado debe ocuparse de la salud pública, educación para quienes lo necesiten, medio ambiente y dejar que la iniciativa privada se encargue de la producción y mercado.
- **Aplicar contrapesos y salvaguardias.**- Una salvaguardia, según Duilio Matheus es lo siguiente:

Las salvaguardias son medidas aplicadas a las importaciones de un socio comercial que se entiende produce el bien con mayor eficiencia cuya aplicación genera importantes consecuencias en el comercio por lo cual su uso debe ser restringido. Las salvaguardias son conocidas también como válvulas de escape que permiten a los países disponer de un mecanismo que les permita actuar en caso de experimentar importaciones significativas que causen daño a sus productores nacionales

Con relación a las salvaguardias, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1947) dice lo siguiente:

“1. a) Si, como consecuencia de la evolución imprevista de las circunstancias y por efecto de las obligaciones, incluidas las concesiones arancelarias, contraídas por una parte contratante en virtud del presente Acuerdo, las importaciones de un producto en el territorio de esta parte contratante han aumentado en tal cantidad y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a los productores nacionales de productos similares o directamente competidores en ese territorio, dicha parte contratante podrá, en la medida y durante el tiempo que sean necesarios para prevenir o reparar ese daño, suspender total o parcialmente la obligación contraída con respecto a dicho producto o retirar o modificar la concesión” .⁸¹

Si se analiza la aplicación de salvaguardias, es importante destacar que deben cumplir tres características básicas: transitoriedad, excepcionalidad, y emergencia. Para que una salvaguardia no sea considerada una práctica que restrinja la libre competencia o perjudique el normal desenvolvimiento del mercado según los organismos supranacionales como los establecidos por la Organización Mundial de Comercio o la Comunidad Andina de Naciones, deben concurrir las características precitadas, es decir, es indispensable cumplir con disciplina del mercado internacional.

La intervención estatal debe ser sencilla, someterse estrictamente a las regulaciones existentes y evitar en la medida de lo posible que se tomen decisiones discrecionalmente por parte de las autoridades. Esto permitirá que se garantice la seguridad jurídica de las empresas competidoras. La seguridad jurídica en el aspecto económico es sinónimo de inversión y desarrollo.

La regulación permite que el Estado y el mercado caminen por un mismo rumbo y bajo principios y políticas generales comunes como por ejemplo política económica nacional e internacional, etc.

⁸¹ Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1947), artículo XIX

- **Subsidios.-** La principal finalidad del mercado, de la política económica y de todos los demás elementos de la sociedad es el bien común. Si el mercado funciona de manera óptima, los principales beneficiarios serán los consumidores que tendrán productos de mayor calidad a precios más competitivos; de la misma forma, la preocupación primordial del Estado debe ser el mejoramiento de la calidad de vida de sus ciudadanos; en tal sentido, es necesario el gasto público enfocado a los sectores a los que la iniciativa privada no llega, por ejemplo salud, educación, etc. Es importante mencionar que para mejorar el nivel de vida de la población se debe analizar la necesidad de los subsidios, que pueden llegar a ser un arma de doble filo por cuanto aunque para los sectores de extrema pobreza pueden constituir una solución parcial a sus problemas, puede ser también objeto de abusos, o peor aún, que la población se acostumbre a recibir apoyo gratuito en diferentes áreas sin asimilar la necesidad de trabajar por ellas, de manera indefinida. Cabe destacar que un subsidio, según la el Diccionario de la Real Academia Española es la *“Prestación pública asistencial de carácter económico y de duración determinada.”*

Con relación a los subsidios, la CAN, en el artículo 8 de la Decisión 283 de la Comunidad Andina de Naciones, se los define como:

“Artículo 8.- Una importación ha sido subsidiada cuando la producción, fabricación, transporte o exportación del producto importado o de sus materias primas o insumos, ha recibido directa o indirectamente cualquier prima, ayuda, premio o subvención en el país de origen o de exportación. En relación con el transporte, se tendrá en consideración la situación de enclaustramiento geográfico de Bolivia” .⁸²

⁸² Decisión 283 de la Comunidad Andina de Naciones, “NORMAS PARA PREVENIR O CORREGIR LAS DISTORSIONES EN LA COMPETENCIA GENERADAS POR PRÁCTICAS DE DUMPING O SUBSIDIOS”, artículo 8.

Los gobiernos deben mejorar la calidad de estas inversiones. Muchas veces los Gobiernos destinan gran cantidad de fondos a asuntos no tan fundamentales como la salud y educación, y en otras ocasiones se pueden producir “filtraciones de fondos” debido a la corrupción en ciertos niveles de la administración pública.

- **Sobre el entorno en que operan las empresas.-** La competencia constituye un estímulo para mejorar. Los países más desarrollados como Estados Unidos, Japón y Corea han logrado mejorar sus niveles de producción debido a que han creado una ventaja competitiva que les ha ayudado a promocionar y vender sus productos en el mercado internacional a gran escala. Con respecto a este tema el Dr. Rodrigo Llorente afirma lo siguiente:

“Las empresas necesitan también un marco jurídico y contractual para sus actividades, que proteja los derechos de propiedad, facilite las transacciones, permita que las fuerzas competitivas del mercado determinen los precios y los salarios y permita la entrada y salida de las empresas”.⁸³

- **Integración en la economía mundial.-** A través de la historia, la competencia ha sido la manera más eficaz de incentivar a la competencia entre empresas, esto genera que se esfuercen en mejorar, partiendo de la tecnología que usan hasta en la variedad y versatilidad de los productos que ofrecen a sus consumidores. Sin tecnología, difícilmente se puede hablar de un progreso de producción integral.

Es muy difícil que un país cuyas empresas no compiten como deberían hacerlo, pueda integrarse e ingresar al mercado internacional. Este

⁸³ LLORENTE, Op. cit., p. 60

paso, dentro del mundo globalizado en el que vivimos es crucial cuando se trata de obtener tecnología de otros países.

- **Reinterpretación del Estado.-** Como se había expuesto, el Estado debe intervenir en mayor o menor medida en el mercado, dependiendo del sector de que se trate, es decir, debe dejar que el mercado funcione por sí sólo en el caso de que lo haga bien y debe intervenir con soluciones concretas y eficientes cuando no lo haga.

Para el autor ecuatoriano, Víctor Cevallos Vásquez, para que exista una ayuda del Estado se requiere lo siguiente:

- a) Que se produzca una ayuda del estado efectivamente;
- b) Que la ayuda favorezca a determinadas empresas;
- c) Que se falsee la competencia;
- d) Que la ayuda a las empresas y su comercio afecte a los estados miembros de la comunidad.⁸⁴

Para el mismo autor las ayudas del Estado hacia las empresas pueden ser las siguientes: “transferencia de fondos a una o varias empresas; préstamos a un tipo de interés reducido o sin interés; mediante cesión de terrenos o maquinarias; con exoneración de tributos; financiando campañas publicitarias” .⁸⁵

⁸⁴ CEVALLOS, Op. cit., p.35

⁸⁵ Ibídem , pág 37

CAPÍTULO IV

EL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

4.1.- El Derecho a la Libre Competencia en la Comunidad Económica Europea

Es conocido también como “derecho de cárteles de la Comunidad Europea”, nace con la firma del Tratado de Roma el 25 de marzo de 1957 (Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea). Cabe recalcar que el principal objetivo de la Unión Europea consiste en la integración económica de los países miembros, el artículo 2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con relación a sus objetivos afirma lo siguiente:

“La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad...”⁸⁶

El Tratado a su vez explica los medios para lograr sus objetivos, en el artículo 4 donde se establece que la política económica “se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia”.

Mercado común es un bloque comercial conformado por dos o más países; el mercado común conlleva además una unión aduanera y una zona de libre comercio, en la que los países que conforman el bloque tienen los mismos aranceles que permitan la libre transferencia de bienes entre ellos

⁸⁶ Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea”, artículo 4.

La formación de un mercado común en la Comunidad Europea nació con el riesgo de que se agudice el abuso de la posición dominante y de las concentraciones y concertaciones empresariales, fue por esto que era necesario establecer la aplicación de políticas de competencia, que permitan que la liberalización comercial se desarrolle con normalidad.

El profesor Gabriel Ibarra Pardo, con relación a la necesidad de la promulgación de normativa de protección a la libre competencia, dice lo siguiente:

“La experiencia indica que en la medida en que se eliminan las barreras arancelarias y demás obstáculos gubernamentales al comercio, los particulares tienden a reproducir la segmentación de los mercados previamente existentes, mediante conductas anticompetitivas y restrictivas de libre competencia. De tal manera que para asegurar una competencia leal y justa, exenta de distorsiones, se requiere fijar unas reglas de juego que obedezcan a las necesidades particulares de cada esquema de integración, así como de unas instituciones sólidas, con poderes suficientes para aplicar las normas respectivas.”⁸⁷

4.1.1. Características

Las prohibiciones contempladas en los artículos 81 y 82 del Tratado son *a priori* pues simplemente es necesario que se cumplan las prácticas descritas para que la norma sea de aplicación obligatoria; y con relación a las excepciones del artículo 81, se trata de una autorización *a posteriori* por cuanto los acuerdos o prácticas deben ser notificados a la autoridad competente, para que ésta los califique de restrictivos o beneficiosos para la libre competencia, y del resultado de ese análisis, se deriva la correspondiente sanción.

Con relación al ámbito de aplicación, la normativa protectora a la libre competencia es aplicable a las prácticas que se lleven a cabo dentro de los

⁸⁷ IBARRA, Gabriel, citado por: MIRANDA, Op.cit, p. 57

países miembros y también a las acciones cometidas en el extranjero por empresas extranjeras, en el evento de que tengan efectos directos para la competencia de la Comunidad Europea.

Fundamentalmente, los principios que se aplican en el derecho de cárteles de la Comunidad Europea son los siguientes:

- a) Principio de legalidad
- b) Principio de certeza
- c) Principio de prohibición de analogía

4.1.2. Finalidad de la protección

Conforme se había expuesto anteriormente, la finalidad de la formación de la Comunidad Europea es la integración de los países miembros y la formación de un mercado común, todo esto a través de tareas sociales y políticas lo cual lo diferencia de los demás sistemas de protección a la competencia, pues todos los tipos de prácticas restrictivas a la libre competencia están orientados hacia la integración; en donde no solamente interesa si cierta práctica conduce al aumento de las utilidades de las empresas, sino lo que importa es proteger a los países miembros.

Para el jurista Manuel Abanto Vásquez,

“La prioridad de la política de competencia de la C.E., es decir la creación de un mercado interno. Ha llevado hasta ahora a acentuar la persecución de las prácticas restrictivas de la competencia tendentes a repartir verticalmente los mercados”.⁸⁸

El fin de la política de protección de la competencia en la Comunidad Europea no solamente es la protección de la competencia como institución, sino también la libertad de acción económica de los integrantes del mercado. La

⁸⁸ VÁSQUEZ, Op.cit., p. 209

competencia es un medio para incrementar la productividad y la competitividad y asegurar los derechos e intereses de los consumidores.

4.1.3. Acuerdos prohibidos

En el artículo 81 del Tratado⁸⁹, se expone un catálogo de prácticas restrictivas a la libre competencia y la prohibición general de las conductas competitivas aunque no es una prohibición absoluta pues también contempla excepciones. Con relación al abuso de posición dominante, está prohibida expresamente en el artículo 82; según Philip Lowe, las características principales del artículo 82 son las siguientes:

- Su ámbito de aplicación no incluye conductas unilaterales de empresas que no ostentan una posición dominante en el mercado;
- Se aplica tanto para la posición dominante de una empresa como para la posición de dominio colectiva;
- Contiene un catálogo de conductas consideradas como abusivas;
- A diferencia del artículo 81, no hay excepción para el castigo del abuso.⁹⁰

El Tratado no define a la competencia, por lo que las instancias de la Comunidad Europea se han encargado de hacerlo y han llegado a la conclusión de que el Tratado protege las formas de competencia favorables al Mercado Común, según el jurista Manuel Abanto Vázquez, busca proteger una “competencia eficaz” o practicable *-workable competition-*. Según el mismo autor.

“...Para ello no se protege siempre la independencia de todas las empresas (competencia ideal o perfecta), sino que garantiza determinados resultados

⁸⁹ El Tratado de Ámsterdam reenumeró los artículos del Tratado de Roma.

⁹⁰ LOWE, Philip, citado por MIRANDA, Op.cit., p. 60

económicos que favorezcan a los consumidores, incluso perjudicando la libertad económica de las empresas involucradas en el caso concreto”⁹¹

Los elementos esenciales de la denominada “*workable competition*” son los siguientes:

- a) El libre acceso al mercado;
- b) La libertad de acción de las empresas oferentes; y,
- c) La libertad de elección de los consumidores.

Si se parte del concepto de la competencia eficaz, el mencionado autor define a las prácticas restrictivas a la libre competencia como “aquella restricción de la libertad de acción y de elección de terceros que se produce mediante la restricción (voluntaria o no) de la libertad de los participantes en un ilícito anticompetitivo”.

4.1.4. Medidas y sanciones

Entre las principales medidas de sanciones para las prácticas restrictivas a la libre competencia podemos destacar las siguientes: **a) Multas sancionatorias, b) Multas coercitivas, c) Certificados negativos, d) Comfort letters.**

Estos últimos son escritos administrativos a través de los cuales la Comisión comunica a los interesados de que no intervendrán en la práctica que ellos han notificado.

Las mencionadas sanciones se encuentran en el Reglamento No. 17, promulgado por el Consejo de la Comunidad Europea, que precisamente apareció para poder aplicar las normas de libre competencia introducidas en el Tratado de constitución de la Comunidad Europea.

Otra de las sanciones es una prohibición o una orden de cese de la práctica restrictiva a la libre competencia.

⁹¹ VÁSQUEZ, Op, cit., p. 214.

No se establece el valor de la multa pues se debe fijar el monto según el caso concreto, analizando las circunstancias en las que fue cometida la violación a la libre competencia. En el caso de que sea necesaria una indemnización por daños y perjuicios, el afectado puede presentar una demanda en los tribunales de su país de origen.

En cuanto a las concentraciones empresariales, las compañías o personas naturales deben notificar a la Comisión encargada, su voluntad de establecer una concentración, para que esta, a su vez, analice y la califique para que ingrese al ámbito de excepciones del Art. 81 del Tratado.

Para el tratadista Manuel Abanto Vázquez, las concentraciones empresariales se consideran de dimensión comunitaria cuando:

- “a) El volumen de los negocios total, a nivel mundial, de las empresas afectadas supere los 5.000 euros, y;
- b) El volumen de negocios total realizado individualmente en la Comunidad por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros, o;
- c) Cuando el volumen de negocios total a nivel mundial de las empresas afectadas supere los 2.500 millones de euros.
- d) Cuando el volumen total del conjunto de las empresas afectadas en cada uno de al menos tres miembros de la unión supere los 100 millones de euros;
- e) Cuando el volumen total de negocios realizados individualmente en los tres Estados miembros por al menos dos de las empresas afectadas, supere los 25 millones de euros.”⁹²

⁹² VÁSQUEZ, Op. cit., p. 251

4.1.5. Mecanismos de aplicación

El Sistema de Competencia de la Comunidad Europea es dualista, esto quiere decir que la aplicación de las correspondientes sanciones se lleva a cabo por parte, tanto de la Comisión y Tribunales de la Comunidad Europea, como por parte de las Autoridades de cada país.

4.1.5.1. Aplicación comunitaria

En la Comunidad Europea, la autoridad encargada de la libre competencia es la DG IV, la cual puede actuar de oficio o a petición de parte.

El procedimiento para la aplicación de las medidas sancionatorias por parte de la DG IV, se desarrolla de la siguiente forma:

1.- La DG IV analiza la práctica restrictiva a la libre competencia e investiga si se ha infringido el artículo 81, entonces puede ordenar el cese de la práctica u obligar a una empresa a tomar medidas correctivas; esta autoridad puede también imponer multas, o mediar entre las empresas para llegar a negociaciones que se enmarquen en el ámbito del artículo 81 del Tratado.

2.- En el caso de que las compañías han notificado una práctica a la autoridad para que la analice, en el evento de que se llegue a determinar que se le puede otorgar una exención individual, o a su vez puede poner condiciones a las compañías para que puedan obtener la exención. En el supuesto de que haya sido concedida una exención, se la puede revocar por el simple hecho de determinar que la compañía al notificar la práctica, suministró información falsa para obtenerla; en cuyo caso se pueden imponer también sanciones pecuniarias.⁹³

3.- En el evento de que se llegue a determinar que la práctica notificada a la Comisión no tiene motivos para ser considerada como una práctica restrictiva a la libre competencia, la Comisión le extiende un “certificado negativo”.

⁹³ GARCIA PALENCIA, Rafael “Temas de Derecho Industrial y de la Competencia”, Editorial Ciudad Argentina, 2000,pág. 70

4.1.5.2. Aplicación por los Estados miembros

En este caso, aparecen dos situaciones: a) cuando un particular de un país miembro quiere reclamar ante las autoridades y tribunales de su país de origen; y, b) cuando las autoridades tienen la obligación de cumplir con las disposiciones de la Comunidad.

1) Doctrina del efecto directo (invocación por los particulares).- En este caso, las disposiciones de los artículos 81 y 82 del Tratado tienen efecto directo, esto quiere decir que los derechos que ahí se promulgan pueden ser reclamados por los particulares ante los tribunales de sus respectivos países.

2) Aplicación de las reglas de competencia por las autoridades nacionales.- Las autoridades nacionales tienen la obligación de promover las normas comunitarias, en este caso, los Tribunales nacionales en caso de duda sobre la interpretación de la normativa comunitaria, pueden solicitar el criterio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

4.2. El *Antitrust* Norteamericano

El *Antitrust* Norteamericano se originó en el año 1890, cuando el Congreso aprobó la ley contra los monopolios "*antitrust*" presentada por John Sherman; esta ley nació de una necesidad social debido a que en esa época los acuerdos económicos, en inglés "*corporate trusts*" y los cárteles de precios "*pooling arrangements*" estaba provocando que las compañías eliminen a sus competidores, por cuanto tales acuerdos les permitían fijar precios y repartirse los mercados.

4.2.1. Características

La normativa *antitrust* norteamericana está influenciada por distintas escuelas:

- a) **Escuela de Harvard.**- Simplemente analiza los mercados, dejando de lado las acciones individuales. Lo que interesa, para los seguidores de esta escuela, es alcanzar la eficiencia. Según el autor Manuel Abanto Vásquez, el esquema de la escuela de Harvard es la siguiente:

“La estructura del mercado (número de oferentes, grado de diferenciación de productos, estructura de costos, grado de integración vertical y barreras de entrada al mercado) determina la conducta del mercado (fijación de precios, investigación y desarrollo, inversiones, publicidad, etc.) Y la conducta del mercado determina por su parte el resultado del mercado (eficiencia, relación precios-costes, variedad de productos, grado de innovación, ganancias y distribución)”⁹⁴.

- b) **Escuela de Chicago.**- Para la escuela de Chicago el único fin de la normativa de la libre competencia debe ser la eficiencia de los mercados, mediante concentraciones empresariales.

Según el autor Manuel Abanto Vásquez:

“...el Estado debe alentar las inversiones fijando o manteniendo un determinado grupo de “derechos de acción “(property rights); este sistema puede se además reforzado mediante un derecho específico referido a los delitos y a los contratos”⁹⁵.

⁹⁴ Ibídem, p. 260

⁹⁵ Ibídem, p. 263

4.2.2. Finalidad de la protección

A lo largo del tiempo se ha tratado de determinar el fin de la protección del derecho *anti trust* norteamericano; se dice que lo que prima en este es la libertad particular, por encima de la eficiencia económica.

Con respecto a este tema, el autor Manuel Abanto Vásquez dice lo siguiente:

“... también debe rechazarse la argumentación histórica referida a que el sistema anti trust norteamericano habría buscado, desde el principio, proteger exclusivamente la eficiencia. Más bien todo parece indicar que el Congreso, al dar la Ley Sherman, quería, además de otras cosas, sobre todo poner fin a las injustas “transferencias de bienestar” realizadas por los trusts y monopolios a través de precios elevados en perjuicio del consumidor, y preservar un mercado competitivo”.⁹⁶

El derecho *anti trust* norteamericano se preocupa mucho por proteger a las empresas pequeñas y a los consumidores. En los últimos años se han reconocido como fines del derecho *anti trust* al control local de los negocios y la mitigación de la pérdida de puestos de trabajo; otorgado un enfoque global al derecho a la libre competencia.

Para el mencionado autor, la defensa a la libre competencia tiene ciertos resultados en el mercado que son los siguientes:

- a) “Estándares competitivos;
- b) Más *output* (productividad);
- c) Innovaciones;
- d) Un mínimo de costes de producción; y,
- e) Libre disponibilidad de posibilidades para los consumidores y productores en el mercado”⁹⁷

⁹⁶ *Ibíd*em, p. 259

⁹⁷ *Ibíd*em, p. 260

4.2.3. La “*rule of reason*”

Aunque en sus inicios, el Derecho Norteamericano aplicaba la regla “*per se*”, que según el doctor Alfonso Miranda Londoño “equivale a una presunción de derecho, en virtud de la cual si una conducta se ajusta al supuesto fáctico de una norma o regla, entonces será considerada como restrictiva de la competencia y por lo tanto siempre ilegal”⁹⁸, posteriormente se empezó a aplicar la “regla de la razón”.

Para el autor Manuel Abanto Vásquez:

“...bajo la *rule of reason* se reúne una serie de criterios que tras una ponderación de ventajas y desventajas de una acción restrictiva de la competencia, pueden llevar a determinar la no perseguibilidad de dicha conducta. Entre otros han sido reconocidos los criterios del análisis económico y la intención de los participantes desde la sentencia trascendental *Chicago Board of Trade*”.

Con la finalidad de analizar la “*rule of reason*”, el mencionado autor propone tres etapas:

1. La comprobación de que se ha producido un daño esencial en la competencia.
2. Verificar si la acción puede traer beneficios para la competencia, debe ser un efecto significativo.
3. Analizar si la acción era necesaria para alcanzar un fin legítimo.

⁹⁸ *Ibídem*, p. 47

4.2.4. Prohibiciones y restricciones horizontales y verticales

Las dos principales leyes que regulan al derecho *antitrust* norteamericano son; a) La ley Sherman y b) La ley Clayton.

La ley Sherman, como se indicó al inicio de este trabajo, era muy difícil de aplicar si solamente se tomaba en cuenta la regla de la razón, por lo cual, posteriormente, apareció el concepto “*per se*”, esto es, que es necesaria simplemente la presencia de la conducta prohibida por la ley para poder decir que es una práctica violatoria.

Con relación a la Ley Sherman, el autor Pinkas Flint afirma lo siguiente:

“La ley Sherman es en sus orígenes impulsada por un enfoque antimonopolista. En esta disposición se condena la monopolización o el intento de monopolizar el comercio o la industrial. Lo que persigue la ley Sherman es asegurar la eficiencia del sistema productivo, incentivar la producción y que la riqueza sea distribuida homogéneamente. Todo ello trae consigo beneficios que para la doctrina dominante, constituyen el bienestar de los consumidores, lo que a su vez implica libre disponibilidad de posibilidades, mejor elección, mayor eficacia en el mercado cerrando nuevamente el cerrando el círculo consiguiendo incrementar el beneficio hacia el consumidor. Toda concentración o monopolización se considera contraria a la finalidad de la norma”.⁹⁹

La mencionada Ley se basa en dos preceptos básicos:

- a) Se prohíbe toda clase de acuerdos que tiendan a restringir la competencia entre los diversos Estados o con naciones extranjeras; y,
- b) Se prohíbe tanto la monopolización como el intento de monopolizar cualquier parte del comercio interestatal o internacional.

⁹⁹ FLINT, Op. cit., p. 918.

La Ley Sherman era muy genérica, esto ha ocasionado que muchos autores afirmen que la subjetividad de determinar si una práctica afecta o no a la libre competencia, finalmente queda a discreción de los jueces; por lo tanto, en el año 1936 se promulgó la Ley Robinson- Patman que delimitó a las prácticas restrictivas de la siguiente forma:

- a) Prohíbe ofrecer descuentos o tratos preferenciales a los consumidores;
- b) Prohíbe el desarrollo de procesos de fusión y adquisición entre empresas competidoras, cuando tales fusiones o adquisiciones tengan el efecto de restringir la competencia o de formar un monopolio.
- c) Establece un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los miembros de las juntas directivas de las empresas del sector real de la economía.

Por otra parte, la Ley Clayton se ocupa de las restricciones horizontales y verticales. Hasta el año 1968 las restricciones eran sancionadas *per se*, hasta que la Suprema Corte emitió el fallo del caso **Sylvania**, mediante el cual, se determinó que los acuerdos horizontales solamente eran prohibidos en el caso de que sean acuerdos relacionados con la fijación de precios o cuando el productor o distribuidor mayorista tiene un poder de mercado significativo; en todos los demás casos se debía aplicar la “regla de la razón”.

Posteriormente, con la emisión del fallo en el caso **Monsanto**, se empezó a exigir que para la aplicación de la regla “per se” debe probarse que existe un cártel de precios.

La Ley Sherman incluye también a las denominadas “cláusulas atadas”, que son aquellas condiciones contractuales o no contractuales, mediante las cuales una de las partes se ve obligada a aceptar un acuerdo que limita de alguna forma la competencia; el artículo 3 de la Ley Sherman dice lo siguiente:

“...Se declara ilegal, alquilar, vender o contratar la venta de bienes, patentando o no, fijar el precio cobrado por ellos o realizar rebajas o

descuentos respecto de tal precio, bajo la condición, acuerdo, o entendimiento de que el locatario o comprador no usara o comerciara bienes de un competidor o competidores, cuando el efecto de tales operaciones pueda ser el delimitar sustancialmente la competencia o tender a crear un monopolio”.¹⁰⁰

En cuanto a las conductas monopólicas, están contempladas en el artículo 2 de la Ley Sherman y son sancionadas según la “*rule of reason*”.

4.2.5. Organización de control y sanciones

La Autoridad que se encarga de analizar y sancionar las prácticas restrictivas a la libre competencia se denomina *Antitrust Division*, es una entidad administrativa que forma parte del Departamento de Justicia, cuyas principales atribuciones son las siguientes:

- a) Imponer multas.
- b) Representar al estado en demandas por lesiones producidas por prácticas restrictivas a la libre competencia.
- c) Formular denuncias penales ante los tribunales federales

Existe también la *Federal Trade Commission*” que se encarga básicamente de vigilar el cumplimiento de la normativa de libre competencia, puede emitir informes y colaborar con otras entidades, además, puede preparar dictámenes para que las personas naturales o jurídicas omitan y no ejecuten determinada conducta que restrinja la libre competencia. Esta entidad, se encarga de llevar a cabo las investigaciones pertinentes cuando se trata de casos que no tienen mucha importancia.

¹⁰⁰ “Sherman Act”, artículo 3

4.3. El Derecho a la Libre Competencia en la CAN

La protección andina a la libre competencia empezó con el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena; en el año de 1971 se expidió la decisión 45, que posteriormente se reemplazó por la Decisión 230, que básicamente abarcaba legislación antidumping, sin llegar a profundizar en las prácticas restrictivas a la libre competencia.

En el año 1991 se expidieron tres Decisiones relacionadas con el régimen de libre competencia, estas fueron: a) La Decisión 283 (*antidumping* y subvenciones), posteriormente modificada por las Decisiones 456 y 457; b) la Decisión 284 concerniente a las restricciones a las exportaciones y; c) La Decisión 285 que trata sobre prácticas restrictivas a la libre competencia.

Finalmente, en el mes de marzo de 2005, se emitió la Decisión 608 sobre “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”.

4.3.1. Fin de la protección

La finalidad de la protección que brinda la Comunidad Andina de Naciones a sus Estados Miembros, al igual que en el caso de la Comunidad Económica Europea, consiste en que la libre competencia se desarrolle dentro de un marco de integración regional, además de brindar una adecuada protección al consumidor.

4.3.2. Prácticas restrictivas a la libre competencia

El artículo 7 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, enumera las prácticas restrictivas a la libre competencia de la siguiente forma:

- a) “Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;
- b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;
- c) Repartir el mercado de bienes o servicios;
- d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,
- e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.

Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.”¹⁰¹

Para el tratadista Ignacio de León:

“...las prohibiciones del artículo 7 de la Decisión no han sido establecidas de manera absoluta: esas conductas no se prohíben per se. Luego forzoso es concluir que esas prohibiciones sólo operan cuando las restricciones a la competencia descritas en esas normas resulten injustificadas de cara a los objetivos de la Decisión 608, es decir, de cara a la eficiencia y a la protección de los consumidores y usuarios. Aquí es posible interpretar el artículo 6 a fin de precisar cuándo las conductas pueden justificarse. Sin embargo, para ésta interpretación sólo resulta idónea la regla fijada en el literal a) del artículo 6, el cual se refiere a las conducta que reporten beneficios significativos al desarrollo de la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes o servicios, o fomenten el progreso tecnológico o económico”.

¹⁰¹ Decisión 608 Comunidad Andina de Naciones, artículo 7.

Al igual que en la normativa europea, la Decisión 608 en su artículo 6, contempla la posibilidad de establecer excepciones, aceptando así la aplicación de la “*regla de la razón*”, que sería posterior a la notificación a la autoridad pertinente sobre la práctica que se va a llevar a cabo.

Para que se pueda incluir en el régimen de excepciones a una práctica restrictiva a la libre competencia es necesario cumplir dos requisitos:

- a) Que reporten beneficios significativos al desarrollo de la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes o servicios, o fomenten el progreso tecnológico o económico.
- b) Que signifiquen el otorgamiento de condiciones preferenciales a regiones deprimidas o actividades económicamente sensibles o, en cualquiera de los casos, en situación de emergencia.

4.3.3. Ámbito de aplicación

Según el Artículo 5 de la Decisión 608, son objeto de las disposiciones contenidas en la misma las prácticas que se lleven a cabo dentro del territorio de uno de los países miembros y cuyos efectos se produzcan en uno o más países miembros.

Además de lo señalado, también se deberán someter a la Decisión las prácticas llevadas a cabo en el territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina de Naciones pero que cuyos efectos se produzcan en uno de los países de la Comunidad.

4.3.4. Medidas de sanción

Una vez desarrollado el procedimiento indicado en el Capítulo IV de la Decisión, se pueden dictar las siguientes medidas:

- a) Ordenar el cese inmediato de la conducta restrictiva.
- b) Aplicación de medidas correctivas, que a su vez pueden ser la imposición de condiciones u obligaciones determinadas o multas al infractor.
- c) Aplicación de medidas sancionatorias.

En el caso de las multas, “estas no deberán superar el 10 % del valor de los ingresos totales brutos del infractor, correspondiente al año anterior a la fecha del pronunciamiento respectivo.” ¹⁰²

¹⁰² *Ibíd*em, artículo 34.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1.- Conclusiones

A lo largo de la presente investigación se ha analizado que la Constitución del Ecuador del año 2008 recoge, aunque no de forma literal como en la Constitución promulgada en el año de 1998, una protección a la libre competencia y a la libertad empresa, sin perjuicio de lo cual hasta el momento no se ha promulgado una ley específica que promueva o articule esta protección.

Es importante destacar la estrecha relación que tienen el Derecho y la Economía en el tratamiento de la Libre Competencia, la cual resulta indispensable para mantener el orden en el mercado, más aún en países como el nuestro en los que el elevado nivel de desarrollo de las compañías transnacionales podría mitigar el surgimiento de la producción nacional a causa de una falta de regulación.

Del análisis de la normativa comparada se puede concluir que existen muchas formas de proteger la libre competencia; ya sea a través de sanciones pecuniarias y hasta penales. A pesar de que el derecho antitrust norteamericano y el derecho de libre competencia de la Comunidad Europea son muy distintos su finalidad es la misma, esto es, evitar que una o varias empresas dominen el mercado (monopolio) o que como consecuencia de los acuerdos arribados entre ellas tengan la posibilidad de fijar los precios del mercado para así evitar que los pequeños productores puedan competir con ellas en igualdad de condiciones.

Conforme se ha expuesto en este trabajo, actualmente existen en el país dos proyectos de ley relacionados con la Libre Competencia; el primero elaborado y

presentado en la Asamblea Nacional por el Ing. Rafael Dávila, denominado “Ley Orgánica de Libre Competencia Económica”, y el segundo elaborado por el Ministerio de Industrias y Productividad, denominado “Ley Orgánica de Competencia, Control y Regulación de los Monopolios”. De los cuales, únicamente se encuentra en trámite para su aprobación el presentado por el Asambleísta Dávila.

Al no contar con un cuerpo normativo que se encargue de regular y controlar de forma expresa la competencia en el Ecuador, se torna muy difícil la implementación de mecanismos que la protejan, peor aún cuando no existe un organismo gubernamental que se encargue puntualmente de esa labor. Es claro que esta situación debe ser prevista y remediada por las autoridades gubernamentales pertinentes, con la finalidad de que el Decreto Ejecutivo 1614, que al momento es la única norma que regula esta materia, pueda ser efectivamente aplicada.

Por otra parte se puede concluir que la libre competencia y la competencia desleal, aunque coinciden en algunos de sus aspectos y características, no son lo mismo, e inclusive, en otros países son materias que han sido separadas y regladas en leyes distintas. Respecto de esta diferenciación, se debe tomar en consideración que tanto la libre competencia como la competencia desleal, tienen como objetivo final el proteger a los consumidores de abusos o prácticas que deriven de la fijación de precios; sin embargo, la competencia desleal se encuentra más relacionada con la Propiedad Intelectual y con la represión de prácticas que se enfoquen específicamente a alejar de cualquier forma a los potenciales clientes de sus competidores. La competencia desleal trata los comportamientos subjetivos de los agentes del mercado, mientras que el derecho de libre competencia trata condiciones más objetivas del mercado.

Desde el nacimiento del Derecho a la Libre Competencia, esta doctrina ha sido criticada por varios autores y escuelas –la más famosa es la de Chicago- por cuanto afirman que el proceso de liberalización de la economía implica

necesariamente que este y ningún otro aspecto se regule, sin perjuicio de lo cual, esta dicotomía entre la intervención total del Estado y la desregulación carece de fundamento debido a que no es necesario elegir entre lo uno o lo otro. Así, es fundamental establecer reglas para que los competidores puedan desarrollar sus actividades en un entorno seguro, en el que no se abuse de la posición dominante de uno de ellos ni de ningún otro mecanismo que les permita fijar precios y en consecuencia perjudicar tanto a los consumidores como a los demás competidores. No se puede pretender escoger entre el Estado y el mercado pues cada de uno de ellos tiene una labor independiente y complementaria que cumplir dentro de la economía y el desarrollo de las sociedades.

5.2.- Recomendaciones

Del estudio comparativo del Derecho de Libre Competencia en el Ecuador y en la legislación comparada, he podido ensayar las recomendaciones que constan seguidamente:

- Resulta indispensable recomendar la promulgación de una Ley de Libre Competencia económica que abarque y desarrolle temas tales como: abuso de posición dominante, control de monopolios y oligopolios, restricción de prácticas colusorias, concentraciones de empresas, fijación de precios, entre otras.
- Se deben establecer diferencias claras en cuanto a la protección a la libre competencia y a la represión de la competencia desleal, debido a que mientras la primera no se encuentra regulada mediante Ley en el Ecuador; la segunda se encuentra protegida en la Ley de Propiedad intelectual, entre otras leyes.
- Se deben crear organismos gubernamentales que se encarguen de establecer políticas para la protección a la libre competencia, del control

de prácticas restrictivas a la misma, de la investigación de situaciones concretas y de la imposición de sanciones a quienes restrinjan la libre competencia a través de cualquier tipo de práctica.

- En concatenación con la recomendación anterior, se debe considerar que sería muy difícil llevar a la práctica esta normativa mientras no exista un organismo con personal calificado y recursos económicos suficientes destinados al desarrollo de investigaciones respecto de las prácticas que podrían considerarse restrictivas a la libre competencia, a efectos de determinar la correspondiente sanción administrativa y penal.
- El organismo que se encargue de controlar la libre competencia, pese a formar parte de la estructura orgánica del Gobierno Central, debe ser un ente independiente y autónomo, con la finalidad de que su gestión se mantenga imparcial.
- Con la finalidad de desarrollar un sistema sancionatorio eficaz para controlar las violaciones a la libre competencia, creo necesario que la sanción sea de carácter administrativo y pecuniario. Como se ha analizado, en algunas legislaciones se trata a las prácticas restrictivas a la libre competencia como un delito, situación que considero no vendría a ser la forma más adecuada para sancionarlas por cuanto podría perjudicar la inversión privada, nacional y extranjera y la actividad económica del país en general. Con relación a la imposición de multas, considero que estas deberían ser proporcionales al daño efectivamente causado, evitando también que llegaren a ser excesivas.
- Una buena alternativa que podría incluir la ley que proteja la libre competencia, es la implementación de mecanismos que permitan a la autoridad de la competencia eliminar las prácticas restrictivas de una forma efectiva, como por ejemplo con planes que beneficien tanto a las empresas como a los consumidores.

- Se recomienda también que el trámite para investigaciones e imposición de sanciones sea lo más ágil posible, pues en nuestro país es muy común que los trámites se tornen burocráticos y demorados, lo que podría impedir que se recepte un número real de denuncias.
- Pienso que a nivel de la región andina, a través de la Comunidad Andina de Naciones se deben elaborar estrategias y planes que permitan a las autoridades de la libre competencia de los Países Miembros, trabajar en forma conjunta y coordinada para mejorar tanto la normativa como el control de la libre competencia en la región.
- Es importante tomar en consideración que no sería posible la aplicación en el Ecuador de normativa similar a la de países más desarrollados, por cuanto que vivimos una realidad económica distinta, no solamente relacionada con políticas económicas gubernamentales sino también con nuestra cultura.
- En nuestro país no se ha dado al Derecho a la Libre Competencia la importancia debida, tal es así que ni siquiera se le ha dado trámite al único proyecto de ley presentado en la Asamblea Nacional sobre esta materia. Es importante recalcar que la promulgación de una Ley que regule la Libre Competencia promueve también la protección de derechos constitucionales tales como el derecho al trabajo, a la libertad de empresa y al derecho de los consumidores de gozar de bienes y servicios de calidad.
- Para terminar, es indispensable incorporar a la competencia como un valor social pues actualmente no existe educación con respecto al tema. Esto produjo que por mucho tiempo las empresas se vuelvan ineficientes, en detrimento de la calidad de los productos que se ofrecen a los consumidores. Es importante una liberalización de la economía,

pero esto no se puede dar sin regulación, es decir, establecer reglas claras y definidas para que ninguno de los competidores se aproveche de su posición de dominio o de acuerdos arribados entre ellos para obtener beneficios adicionales, y perjudicar a los demás competidores y a los consumidores. Sería muy valioso que el Ministerio de Industrias y Productividad, que es la cartera de Estado a la cual en teoría se le ha delegado el establecimiento de las políticas de libre competencia en nuestro país, se comprometa con el desarrollo de campañas para que consumidores y productores se pongan al tanto de lo que significa la libre competencia, su importancia y los beneficios que aporta al proceso productivo.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABANTO VASQUEZ, Manuel, “Derecho de la Libre Competencia”, , Editorial Lima San Marcos, 1997-
2. OLAECHEA, José Antonio, “El Surgimiento del Derecho de la Libre Competencia y sus Secuelas Básicas”, en Themis – Revista de Derecho, No. 11 y 12, 1988
3. CACERES, Armando, “Reflexiones sobre competitividad y competencia”, Indecopi, Lima, 2007
4. VELANDIA CASTRO, Mauricio, “COLECCIÓN DE DERECHO ECONÓMICO III”, Universidad Externado de Colombia, 2001
5. FLINT, Pinkas, “Tratado de Defensa de la Libre Competencia”, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima Perú, 2002
6. GARRIGUÉS, Joaquín, “Temas de Derecho Viro, Editorial Tecnos, Madrid.
7. VAZ, Isabel, “LAS TRES VERTIENTES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA; En: “Temas de Derecho Industrial y de la Competencia”, Editorial Ciudad Argentina, 2000
9. CEVALLOS VASQUEZ, Víctor, “Libre competencia, derecho de consumo y contratos”, Editorial jurídica del Ecuador, Quito, 2001
10. MONTAGUT, Xavier, “¿A dónde va el comercio justo?”, Editorial Icaria, Barcelona, 2006

11. BULLARD, Alfredo, "Legislación Antimonopolios, invirtiendo en el Perú", Editorial Beatriz Boza, Lima- Perú
12. CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Colombia, 2003
13. GOMEZ, Delio, "LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS A LA LIBRE COMPETENCIA"; En: "Derecho de la Competencia", El Navegante Editores, Bogotá-Colombia, 1998
14. DEPOLO, Radoslav, "CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN Y DERECHO DE LA COMPETENCIA"; En: "Derecho de la Competencia", El Navegante Editores, Bogotá-Colombia, 1998
15. REYES, Francisco, "GRUPOS DE SOCIEDADES, SUBORDINADAS, FUSIONES, CONCENTRACIONES, COMPRA DE ACTIVOS"; En: "Derecho de la Competencia", El Navegante Editores, Bogotá-Colombia, 1998
16. LLORENTE, Rodrigo, "PROSPERIDAD NARCOTIZADA E INTERVENCIÓN DEL ESTADO" En: "Derecho de la competencia", El Navegante Editores, Bogotá, Colombia
17. GARCIA PALENCIA, Rafael "Temas de Derecho Industrial y de la Competencia", Editorial Ciudad Argentina, 2000
18. Constitución Política de la república del Ecuador, R.O. 1, 11-VIII-1998
19. Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20-X-2008
20. Ley de Compañías, R.O. 591, 15-V-2009.

21. Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, “Normas para la protección, promoción de la libre competencia en la comunidad andina, R.O. 18-S, 25-II-2008
22. Decreto Ejecutivo No 1614, R.O. 558, 27-III-2009.
23. Decisión 616 de la Comunidad Andina de Naciones.
24. Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, R.O. 351-S, 29-XII-2010.

ANEXOS

**ANEXO 1: DECISIÓN 608 DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES,
“NORMAS PARA LA PROTECCIÓN, PROMOCIÓN DE LA LIBRE
COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD ANDINA**

**DECISIÓN 608:
NORMAS PARA LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA LIBRE
COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD ANDINA**

LA COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA

Vistos:

Los Artículos 93 y 94 del Acuerdo de Cartagena, la Decisión 285 de la Comisión, el texto revisado de la Propuesta 115 de la Secretaría General y del Proyecto de Decisión aprobado con motivo de la IV Reunión de Expertos Gubernamentales en materia de libre competencia;

Considerando:

Que, con fecha 21 de marzo de 1991, la Comisión aprobó la Decisión 285, que contiene las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia; y,

Que, la actual etapa del proceso de integración subregional, de apertura comercial y globalización imponen que el objeto de la normativa comunitaria sea la protección de la libre competencia en la Comunidad Andina, así como su promoción a nivel de los agentes económicos que operan en la Subregión, para asegurar que no se menoscaben los beneficios logrados en el marco de este proceso de integración;

Decide:

**Capítulo I
DEFINICIONES**

Art. 1.- **A los efectos de la presente Decisión, se entenderá por.-**

Conducta: todo acto o acuerdo;

Acto: todo comportamiento unilateral de cualquier destinatario de la norma;

Acuerdo: todo contrato, convenio, arreglo, combinación, decisión, recomendación, coordinación, concertación u otros de efectos equivalentes realizados entre agentes económicos o entidades que los agrupen;

Agente económico: toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que oferta o demanda bienes materiales o inmateriales, o servicios en el mercado, así como los gremios o asociaciones que los agrupen; y,

Personas vinculadas: los agentes económicos que tengan una participación accionaria mayoritaria o que ejerzan una influencia decisiva sobre las actividades de otro agente económico, sea mediante el ejercicio de los derechos de propiedad, del uso de la totalidad o parte de los activos de éste o del ejercicio de derechos o contratos que permitan determinar la composición o el resultado de las deliberaciones o las decisiones de los órganos del mismo o de sus actividades.

Capítulo II DEL OBJETIVO, PRINCIPIOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Art. 2.- La presente Decisión tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores.

Art. 3.- La aplicación de la presente Decisión, y la legislación interna de competencia de cada uno de los Países Miembros que resulte aplicable conforme a ella, se basarán en los principios de:

a) No discriminación, en el sentido de otorgar un trato igualitario a todas las personas naturales o jurídicas en la aplicación de las normas de libre competencia, sin distinción de ningún género;

b) Transparencia, en el sentido de garantizar la publicidad, acceso y conocimiento de las leyes, normas y reglamentos, y de las políticas de los organismos encargados de vigilar su observancia, así como de las decisiones de los organismos o tribunales; y,

c) Debido proceso, en el sentido de asegurar a toda persona natural o jurídica, un proceso justo que le permita plenamente ejercer su derecho de defensa respetando los derechos de las partes a presentar argumentos, alegatos y pruebas ante los organismos, entidades administrativas o tribunales competentes, en el marco de lo establecido en la presente Decisión, así como un pronunciamiento debidamente motivado.

Art. 4.- Esta Decisión prohíbe y sanciona las conductas establecidas en los artículos 7 y 8 cuando hayan sido desarrolladas por agentes económicos.

Art. 5.- Son objeto de la presente Decisión, aquellas conductas practicadas en.-

a) El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y,

b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros.

Las demás situaciones no previstas en el presente artículo, se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros.

Art. 6.- Los Países Miembros podrán someter a consideración de la Comisión, el establecimiento de exclusiones o excepciones al ámbito de la presente Decisión, de actividades económicas sensibles necesarias para lograr los objetivos fundamentales de su política, siempre y cuando éstas estén contempladas en la legislación nacional del país solicitante y que cumplan con las siguientes condiciones:

a) Que reporten beneficios significativos al desarrollo de la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes o servicios, o fomenten el progreso tecnológico o económico.

b) Que signifiquen el otorgamiento de condiciones preferenciales a regiones deprimidas o actividades económicamente sensibles o, en cualquiera de los casos, en situación de emergencia;

c) Que no conlleven a dichos agentes económicos, la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de la producción, comercialización o distribución de los bienes o servicios de que se trate; y,

d) Que sean concordantes con el ordenamiento jurídico andino.

Las exclusiones y excepciones deberán ser aprobadas, modificadas o eliminadas mediante Decisión, previa recomendación adoptada del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia (Comité) a que se refiere el Capítulo VI, que será el responsable de su revisión periódica.

No podrá solicitarse exclusiones o excepciones a actividades económicas que, en el momento de la solicitud, estén siendo objeto de investigación.

Capítulo III

SOBRE LAS CONDUCTAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA

De las conductas restrictivas de la libre competencia

Art. 7.- Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de.-

a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de

comercialización;

b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;

c) Repartir el mercado de bienes o servicios;

d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,

e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.

Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.

Art. 8.- Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado.-

a) La fijación de precios predatorios;

b) La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios;

c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva;

e) La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;

f) La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros; y,

g) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

Art. 9.- Se entenderá que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad.

Capítulo IV DEL PROCEDIMIENTO

De la apertura de la investigación

Art. 10.- La Secretaría General podrá iniciar investigación de oficio o a solicitud de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia o de los organismos nacionales de integración de los Países Miembros, o de las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, organizaciones de consumidores u otras entidades cuando existan indicios de que éstos han realizado conductas que pudieran restringir de manera indebida la competencia en el mercado.

Art. 11.- La solicitud deberá incluir la siguiente información.-

- a) Los datos de identificación del solicitante, incluyendo su domicilio, números de teléfono y telefax, dirección de correo electrónico, si la tuviera y, de ser el caso, los datos de identificación de sus representantes legales;
- b) Una descripción detallada de la conducta denunciada, indicando el período aproximado de su duración o inminencia;
- c) La relación de los involucrados con la conducta denunciada;
- d) Los datos de identificación de los involucrados conocidos por el solicitante, incluyendo sus domicilios, números de teléfono y telefax, direcciones de correo electrónico, si las tuvieran y, de ser el caso, los datos de identificación de sus representantes legales;
- e) Las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados; y,
- f) Los elementos de prueba que razonablemente tenga a su alcance el solicitante.

Art. 12.- La solicitud podrá ser retirada antes de que la Secretaría General resuelva respecto de la apertura de la investigación, en cuyo caso se tendrá por no presentada. No obstante la Secretaría General podrá continuar el procedimiento de oficio o a petición de la autoridad nacional competente del agente económico denunciante.

Art. 13.- Dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la solicitud, la Secretaría General determinará preliminarmente si la misma cumple con lo establecido en los artículos 5, 7 u 8, 11 y 43 de la presente Decisión.

De no cumplir la solicitud con tales requisitos, la Secretaría General informará

al solicitante respecto de la información faltante y le concederá un plazo adicional de hasta quince (15) días hábiles para que la complete, pudiendo prorrogarse el referido plazo hasta por cinco (5) días hábiles adicionales. El plazo se contará a partir del día siguiente al de la fecha de recepción de la comunicación que señala que la solicitud está incompleta. Si no se proporcionara la referida información en los plazos establecidos, la Secretaría General desestimaré la solicitud y dispondrá su archivo.

De cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 5, 7 u 8, 11 y 43 de la presente Decisión, la Secretaría General deberá pronunciarse dentro de un plazo máximo de 15 días hábiles respecto del inicio de la investigación mediante Resolución que será publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, y notificada al solicitante y al denunciado, así como a los organismos nacionales de integración, oficinas nacionales competentes en materia de libre competencia de los Países Miembros involucrados y a los miembros del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia.

Art. 14.- La Resolución de apertura de la investigación deberá indicar.-

a) la conducta objeto de investigación, las características de los bienes o servicios que estarían siendo objeto de la conducta, los bienes o servicios similares presuntamente afectados, la duración de la conducta, la identificación de las partes, su relación económica existente con la conducta, la relación de los elementos de prueba presentados;

b) el plazo para que las partes presenten información, alegatos y pruebas; y,

c) la identificación de las autoridades nacionales competentes que cooperarán con la sustanciación de acuerdo a lo previsto en el artículo 15 de la presente Decisión.

Del curso de la investigación

Art. 15.- La Secretaría General, dentro de un plazo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha de publicación de la Resolución motivada que da inicio a la investigación, solicitará a las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia de los Países Miembros en donde tengan origen o realicen su actividad económica las empresas identificadas en la solicitud y, de ser el caso, donde se sucedan los efectos de las conductas denunciadas o tengan su residencia los solicitantes, la realización de investigaciones concernientes a la determinación de la existencia de la conducta sindicada como restrictiva. La solicitud deberá acompañarse de una copia del expediente.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud a que hace referencia el párrafo anterior, la Secretaría General conjuntamente con las autoridades nacionales competentes a las que solicitara su cooperación, elaborarán el Plan de Investigación el cual indicará, entre otros, el tipo de

acciones a ser tomadas, el cronograma sugerido, los agentes económicos a los cuales estarán dirigidas tales acciones, los elementos y características de la conducta, e información disponible de los bienes o servicios y área geográfica que pudieran estar afectados.

El Plan de Investigación será notificado a las partes interesadas.

Art. 16.- La Secretaría General y las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia, en las investigaciones que se les encomiende realizar al amparo de la presente Decisión, podrán:

a) Exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia comercial y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, la composición accionaria y la estructura de propiedad de las empresas;

b) Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a los agentes económicos materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesario para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o grabaciones en video; y,

c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se consideren necesarias. Para ingresar a los locales podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública. De ser necesario el descerraje en el caso de locales que estuvieran cerrados será necesario contar con autorización judicial.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los literales precedentes, para realizar la investigación será aplicable la legislación nacional en materia de libre competencia del País Miembro en el que tenga lugar la acción concreta de investigación, en lo que corresponda a la determinación del procedimiento a aplicar, facultades de la autoridad, pruebas y demás actuaciones.

Art. 17.- La investigación a cargo de la autoridad nacional competente deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días hábiles siguientes a la fecha de notificación del Plan de investigación a que hace referencia el artículo 15. Las partes interesadas podrán presentar sus alegatos dentro de dicho plazo, culminado el cual se dará por concluido el período probatorio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19.

A más tardar dentro del término del plazo señalado, la autoridad nacional competente deberá remitir a la Secretaría General, todos los documentos, informes, estudios, pruebas y demás resultados de tal investigación.

La Secretaría General tendrá acceso a toda la información copiada por las autoridades nacionales en cualquier momento de la investigación.

Art. 18.- Durante el curso de la investigación a que hace referencia el artículo anterior, la Secretaría General podrá realizar sus propias investigaciones y acopiar los elementos de prueba que considere necesarios, sin interferir con lo previsto en el Plan de Investigación a que se refiere el artículo 15.

Asimismo, las autoridades nacionales a cargo de la investigación y la Secretaría General estarán en coordinación permanente durante el período de la investigación.

Art. 19.- Vencido el plazo a que se refiere el artículo 17, la Secretaría General dispondrá de un plazo adicional de cuarenta y cinco (45) días hábiles para realizar sus propias determinaciones, y, de considerarlo pertinente, podrá complementar la investigación solicitando información adicional a las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia, partes involucradas o a sus gobiernos, o verificando la información.

Las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, de los Países Miembros, a las que se les solicitase información, deberán colaborar con la investigación y suministrar la información que se les requiera; o aportar nueva información, pruebas o alegatos de considerarlo necesario, dentro de dicho plazo extraordinario.

Art. 20.- Vencido el plazo a que se refiere el artículo anterior, la Secretaría General contará con un plazo de diez (10) días hábiles para elaborar el Informe sobre los resultados de la investigación.

El Informe será remitido a los miembros del Comité, a las autoridades nacionales competentes a que se refiere el artículo 15, y a las partes interesadas.

Las partes tendrán un plazo de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de remisión del Informe por la Secretaría General, para presentar sus alegatos escritos. La Secretaría General remitirá inmediatamente los referidos alegatos a los miembros del Comité.

Art. 21.- Con el objeto de examinar el Informe y los alegatos presentados, la Secretaría General convocará a los miembros del Comité a reunión dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la remisión del Informe. El Comité deberá reunirse dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la convocatoria.

El Presidente del Comité hará llegar a la Secretaría General su informe al término de la reunión. Vencido el plazo de treinta (30) días hábiles de la fecha de la convocatoria realizada por la Secretaría General al Comité, de no haberse presentado dicho informe se entenderá que el Comité consiente en el contenido del informe técnico.

Art. 22.- Vencido el plazo señalado en el último párrafo del artículo anterior, la Secretaría General emitirá su Resolución motivada sobre el mérito del expediente, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes.

La Secretaría General, en su motivación, dará cuenta del Informe remitido por el Comité. En caso que la Secretaría General se aparte de las conclusiones y recomendaciones de dicho Informe, deberá manifestar expresamente los motivos de la discrepancia.

De la Información

Art. 23.- Las partes podrán examinar el expediente siempre que la información no sea confidencial, tanto en las oficinas de las autoridades nacionales competentes en la etapa establecida en el artículo 17, así como en la Secretaría General en la etapa establecida en el artículo 19.

Las autoridades nacionales competentes a que se refiere el artículo 15 podrán intercambiar información a través de la Secretaría General que será responsable de solicitar las garantías correspondientes para asegurar la confidencialidad de la información.

Art. 24.- La Secretaría General y las autoridades nacionales competentes, según corresponda, otorgarán tratamiento confidencial a toda información que por su naturaleza deba recibir tal tratamiento y siempre que la parte que lo solicite lo justifique adecuadamente. A tal efecto, la parte deberá presentar un resumen no confidencial de la misma.

Tendrá tratamiento confidencial, toda aquella información a la cual la autoridad nacional competente responsable de la investigación a que se refiere el artículo 15 haya otorgado dicho tratamiento al amparo de su legislación nacional.

La confidencialidad cesará en cualquier momento, a solicitud del interesado que la proporcionó.

No obstante, ello no impedirá a la Secretaría General proporcionar información general, sobre los motivos en que se fundamentan las Resoluciones adoptadas en virtud de la presente Decisión o sobre los elementos de prueba en los que se apoye, en la medida en que ello sea necesario en el curso de un procedimiento judicial. Tal divulgación deberá tener en cuenta el interés de las partes en no ver revelada la información que ellos consideren confidencial.

Art. 25.- Las autoridades nacionales competentes involucradas tendrán acceso al expediente en la etapa establecida en el artículo 17.

Los miembros del Comité tendrán, en el desempeño de sus funciones, acceso al expediente.

De la audiencia pública

Art. 26.- Dentro del plazo a que hacen referencia los artículos 17 y 19 de la presente Decisión, la Secretaría General, de oficio o a solicitud de parte, concederá a las partes interesadas, la oportunidad de reunirse en audiencia pública, a efectos de confrontar sus alegatos. Ninguna parte estará obligada a asistir a la audiencia, y ello no irá en detrimento de su causa.

La convocatoria a la audiencia pública deberá ser comunicada con por lo menos diez (10) días hábiles a las partes, a los Organismos Nacionales de Integración y a los miembros del Comité.

Las partes que participen en la audiencia presentarán por escrito sus alegatos en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles.

De los compromisos

Art. 27.- Si dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha de publicación de la Resolución que da inicio a la investigación, el agente económico reclamado ofrece un compromiso voluntario con arreglo al cual conviene en cesar la conducta objeto de investigación.

La Secretaría General convocará al Comité a efecto de analizar el compromiso presentado y emitir las recomendaciones pertinentes, en un plazo no mayor a 10 días hábiles, transcurridos los cuales, de no emitir su recomendación, la Secretaría General se pronunciará conforme al artículo siguiente.

Art. 28.- La Secretaría General se pronunciará mediante Resolución motivada, aceptando o desestimando el compromiso. En caso de aceptarse el compromiso se tendrá por concluida la investigación sin el establecimiento de medidas; en caso contrario, la investigación continuará.

La Resolución a que se refiere el párrafo anterior deberá contener la identificación de las partes comprometidas y un resumen de los compromisos contraídos, los plazos y demás condiciones acordadas.

De aceptarse el compromiso, las autoridades nacionales competentes a que se refiere el artículo 15, remitirán a la Secretaría General, el expediente de lo actuado.

Art. 29.- De aceptarse un compromiso, la Secretaría General requerirá a las partes comprometidas que suministren trimestralmente información relativa al

cumplimiento del mismo y que permita la verificación de los datos pertinentes. En caso de incumplimiento en el suministro de información o en la ejecución de los compromisos, la Secretaría General, mediante Resolución motivada, reiniciará el proceso de investigación y aplicará medidas cautelares, sobre la base de la mejor información disponible.

Art. 30.- De cambiarse las condiciones en el mercado relevante, la empresa que ha asumido un compromiso podrá solicitar a la Secretaría General la revisión del mismo.

De las medidas cautelares

Art. 31.- En cualquier momento del trámite o de la investigación, la parte solicitante podrá solicitar a la Secretaría General, el establecimiento de medidas cautelares. La Secretaría General podrá exigir el establecimiento de una caución, contracautela o garantía para el otorgamiento de dichas medidas.

Para ello, deberá cumplir los siguientes requisitos: demostrar interés legítimo y la inminencia de daño o de un perjuicio irreparable o de difícil reparación.

La Secretaría General podrá aplicar de oficio, medidas cautelares a fin de proteger el interés comunitario, previa opinión motivada de la autoridad nacional de competencia del país en donde la medida deba ser aplicada.

Art. 32.- Las medidas cautelares podrán consistir, entre otras, en la suspensión provisional de la conducta presuntamente restrictiva. La Secretaría General podrá disponer en el mismo auto que determine la medida, la presentación de una caución, contracautela o garantía.

La caución será emitida en favor de la autoridad nacional competente, en función a las leyes nacionales del país en el cual tiene su residencia el solicitante.

Art. 33.- La Secretaría General emitirá su pronunciamiento en los veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la solicitud o de la fecha de apertura de la investigación, la que fuere posterior, y se basará en la información que tenga a su disposición.

De las medidas correctivas y/o sancionatorias

Art. 34.- Si el resultado de la investigación constata una infracción a los artículos 7 u 8, la Secretaría General podrá disponer el cese inmediato de la conducta restrictiva y, de ameritarse, la aplicación de medidas correctivas y/o sancionatorias.

Las medidas correctivas podrán consistir, entre otras, en el cese de la práctica en un plazo determinado, la imposición de condiciones u obligaciones determinadas o multas, al infractor.

Para la graduación de las medidas sancionatorias deberá considerarse la gravedad de los hechos, el beneficio obtenido, la conducta procesal de las partes y el nivel de los daños causados a la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina en función de la modalidad y el alcance de la competencia; la dimensión del mercado afectado; la cuota del mercado de la empresa correspondiente; el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, las otras partes del proceso económico y los consumidores o usuarios; la duración de la restricción de la competencia; y, la reiteración de la realización de las conductas prohibidas.

La Resolución de la Secretaría General, en los casos en que establezca multas, deberá indicar el monto, la forma, oportunidad y lugar de pago. La multa será hasta un máximo del 10 por ciento del valor de los ingresos totales brutos del infractor, correspondiente al año anterior a la fecha del pronunciamiento definitivo.

De la ejecución de las medidas

Art. 35.- La ejecución de las medidas cautelares o definitivas previstas en la presente Decisión, serán de responsabilidad de los gobiernos de los Países Miembros en donde tengan las empresas objeto de la medida, su principal centro de negocios en la Subregión o donde se sucedan los efectos de las prácticas denunciadas, conforme a su norma nacional.

El País Miembro ejecutor comunicará a la Secretaría General y, por su intermedio, a los demás Países Miembros y a los particulares que fuesen parte en el procedimiento, la ejecución de las medidas dispuestas en el marco de la presente Decisión.

Capítulo V PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

Art. 36.- En la adopción y aplicación de las políticas y medidas regulatorias de mercado, los Países Miembros no impedirán, entorpecerán ni distorsionarán la competencia en el mercado subregional. El Comité podrá elevar recomendaciones tendientes a eliminar, cuando corresponda, estos trámites y requisitos para promover el ejercicio de la libertad económica y la competencia.

Art. 37.- Los Países Miembros establecerán mecanismos para procurar el perfeccionamiento de los instrumentos comunes y el fortalecimiento de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia, mediante programas de intercambio de información y experiencias, de entrenamientos técnicos, y de recopilación de jurisprudencia y doctrina administrativa, relacionados con la defensa de la libre competencia.

Capítulo VI COMITÉ ANDINO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Art. 38.- Se crea el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, el cual estará integrado por un representante de la autoridad nacional competente en materia de libre competencia de cada uno de los Países Miembros.

Art. 39.- El Comité estará encargado de las funciones a que se refieren los artículos 6, 13, 21, 26, 27 y 36 de la presente Decisión.

Art. 40.- Constituyen derechos y obligaciones de los miembros del Comité los siguientes.-

- a) Actuar con independencia de criterio;
- b) Asistir a las reuniones del Comité a las que se les convoque;
- c) Participar en la elaboración de los informes técnicos que el Comité emita;
- d) Resguardar la confidencialidad de la información a la que tienen acceso en el desempeño de sus funciones;
- e) Abstenerse de divulgar la información contenida en el expediente;
- f) Emitir su opinión en las formas y plazos previstos en la presente Decisión;
- g) Abstenerse de conocer el expediente en caso de incurrir en causal de inhibición o recusación conforme a sus leyes nacionales; y,
- h) Abstenerse de trabajar para o asesorar a un agente económico investigado o con otro con el que se tenga vinculación accionaria u otra dentro del año siguiente a la investigación;

La vulneración de lo dispuesto en los literales anteriores generará responsabilidad funcional de acuerdo con la legislación interna del País Miembro cuyo organismo nacional represente el integrante del Comité.

Art. 41.- El Comité estará presidido por el miembro cuyo país ejerza la Presidencia del Consejo Presidencial Andino. La rotación del cargo seguirá el orden de prelación establecido para dicho Consejo.

La Secretaría Técnica del mismo estará a cargo de los funcionarios que al efecto designe la Secretaría General.

DISPOSICIONES FINALES

Art. 42.- Los Países Miembros notificarán a la Secretaría General sus legislaciones nacionales en materia de libre competencia. Asimismo, notificarán las modificaciones o sustituciones a la misma.

Art. 43.- Las infracciones a la libre competencia previstas en la presente Decisión prescriben en el plazo de tres (3) años de haberse realizado la conducta. En el caso de conductas continuadas, los tres años arriba citados, se empezarán a contar a partir del día siguiente a aquél en que cesó la conducta.

Art. 44.- Una vez que la Secretaría General de la Comunidad Andina haya tenido conocimiento de una conducta denunciada o se dé inicio a una investigación, deberá realizarse un pronunciamiento dentro de los tres años siguientes, caso contrario se dará por terminada la actuación correspondiente.

Art. 45.- Las normas sobre procedimientos administrativos contenidas en la presente Decisión se aplicarán con preferencia a las contenidas en la Decisión 425 que aprueba el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General.

Art. 46.- La presente Decisión sustituye a la Decisión 285 de la Comisión.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA

Art. 47.- Las disposiciones sobre libre competencia contenidas en otras Decisiones o Resoluciones se adecuarán a lo previsto en la presente Decisión.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Art. 48.- Los Organismos Nacionales de Integración de los Países Miembros que cuenten a la fecha de la adopción de la presente norma con normativa interna sobre libre competencia acreditarán a los representantes titular y alterno al Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia en un plazo no mayor de tres (3) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente Decisión.

Art. 49.- Bolivia podrá aplicar lo dispuesto en la presente Decisión, en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el artículo 5.

Art. 50.- En un plazo máximo de tres (3) meses de la entrada en vigencia de la presente Decisión, Bolivia designará interinamente a la autoridad nacional que estará encargada de la ejecución de la presente Decisión.

Art. 51.- (Reformado por el Art. 3 de la Decisión 616).- Para Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela, la presente Decisión entrará en vigencia a su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los veintinueve días del mes de marzo del año dos mil cinco.

ANEXO 2: DECISIÓN 616 DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

DECISIÓN 616

Art. 1.- Ecuador podrá aplicar lo dispuesto en la Decisión 608, en lo que

resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el artículo 5 de la Decisión 608.

Art. 2.- A más tardar el 1 de agosto de 2005, Ecuador designará interinamente a la Autoridad Nacional que será la encargada de la ejecución de la Decisión 608.

Art. 4.- La Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina entrará en vigencia, para la República del Ecuador, a partir de la publicación de la presente Decisión en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los quince días del mes de julio del año dos mil cinco.

ANEXO 3: DECRETO EJECUTIVO 1614

No. 1614

Rafael Correa Delgado
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

Considerando:

Que, el artículo 304 numeral 6 de la Carta Fundamental establece que la política comercial que lleve adelante el Estado estará encaminada a evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas y otras que afecten el funcionamiento eficiente de los mercados, todo esto como fundamentos a ser desarrollados, fortalecidos y dinamizados a través del Plan Nacional de Desarrollo;

Que, la Constitución de la República en su artículo 335 establece que el Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas, definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal;

Que, el artículo 336 de la Constitución establece que al Estado le corresponde impulsar y velar por un comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad, asegurando de esta manera la transparencia y eficiencia en los mercados, fomentando la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades;

Que, el numeral uno del artículo 423 de la Constitución dispone que es un objetivo estratégico del Estado impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado;

Que, la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, mediante Decisión 608, considerando que uno de los objetivos de la normativa comunitaria es la protección de la libre competencia en la Comunidad Andina, así como su promoción a nivel de los agentes económicos que operan en la subregión, para asegurar que no se menoscaben los beneficios logrados en el marco de este proceso de integración, expidió las normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, contenidas en esta decisión;

Que, la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones es una norma de aplicación directa cuando se afecte el mercado ecuatoriano en concordancia con lo que dispone el artículo 1 de la Decisión 616;

Que, dado que Ecuador no contaba a la fecha de promulgación de la Decisión 608 con una norma interna de protección de la competencia económica, la Comisión resolvió, a través de la Decisión 616 de la Comisión, que Ecuador aplique lo dispuesto en la Decisión 608, en lo que resulte aplicable, para los

casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el artículo 5 de la referida Decisión 608;

Que, según dispone el artículo cuatro de la Decisión 616, publicada en la Gaceta Oficial 1221 de fecha 25 de julio del 2005, la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina entrará en vigencia, para la República del Ecuador, a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena;

Que, el Derecho Supranacional Andino tiene prelación por sobre la normativa interna en concordancia con el artículo 425 de la Constitución Política de la República del Ecuador y el Tratado de Viena sobre el Derecho de los Tratados, siendo las normas contenidas en la Decisión 608 y 616 de aplicación imperativa;

Que, hasta que la Asamblea Nacional apruebe la ley que regule la competencia económica, es necesario que en el país se regulen los comportamientos de los operadores económicos que pudieren ser lesivos a la competencia, razón por la cual es necesario dictar las normas necesarias para la aplicación de la Decisión 608; y,

Que, en ejercicio de las atribuciones detalladas en los ordinales 1 y 5 del artículo 147 de la Constitución Política de la República del Ecuador; y, la letra g) del artículo 11 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva,

Decreta:

Normas para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN.

Artículo 1.- Autoridad de aplicación e investigación.- Designese como autoridad de aplicación de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina, al Ministro de Industrias y Productividad y como autoridad investigadora a la Subsecretaría de Competencia, que se crea dentro de dicho Ministerio.

Artículo 2.- Facultades del Subsecretario de Competencia.- El Subsecretario de Competencia será el representante de la autoridad nacional en materia de libre competencia para que conforme el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia.

Entre sus facultades se encuentran las de promoción, difusión, investigación y sanción en materia de competencia.

Artículo 3.- Iniciación del procedimiento administrativo.- El procedimiento para conocer y resolver sobre la comisión de infracciones a las normas de competencia de la Decisión 608 se iniciará:

- a) De oficio;
- b) A solicitud de otro órgano administrativo; y,
- c) Por solicitud formulada por el agraviado; o, por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, que se sienta perjudicada.

Artículo 4.- Contenido de la solicitud.- Toda solicitud se presentará por escrito y contendrá, además de la información requerida en el artículo 11 de la Decisión 608 de la CAN, la siguiente:

- a) La determinación de la autoridad competente ante la cual se la formula, que será el Ministro de Industrias y Productividad;
- b) Los datos que identifiquen al compareciente, como son: el nombre o nombres y apellidos del compareciente; el número de cédula de identidad o de pasaporte, y la calidad o el derecho por el que comparece, que se justificará con los documentos correspondientes;
- c) La indicación del lugar para notificaciones futuras en el Ecuador, como es el domicilio o casillero judicial;
- d) En lo posible, la identificación clara de la o las personas o los agentes económicos contra quien o quienes se presentare el reclamo, la dirección exacta del domicilio o, en su defecto, la del lugar en donde se encontraren sus oficinas o instalaciones, si fueren conocidos por el compareciente;
- e) Los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustentare el reclamo, expuestos en forma clara y precisa;
- f) La petición concreta de lo que se reclama; y,
- g) Las firmas del compareciente, de su representante o procurador y la del abogado que patrocina.

Si no hubiere sido posible determinar el domicilio del agente económico al que se refiriere la solicitud o el lugar donde funcionan sus oficinas o instalaciones, el solicitante afirmará tal hecho bajo juramento, en la propia solicitud.

A la solicitud se adjuntará todas las pruebas de que dispusiere el solicitante, o la mención precisa de las que se presentará o pedirá dentro del término respectivo.

Artículo 5.- Calificación de la solicitud.- Presentada la solicitud ante el Ministro de Industrias y Productividad, el Subsecretario de Competencia calificará el trámite. Si fuere oscura o no se cumplieran con los requisitos señalados en el artículo 3 de este decreto y el Art. 11 de la Decisión 608,

ordenará que se la aclare o complete en el término de quince días y, de no hacerlo podrá abstenerse de tramitarla.

Artículo 6.- Imprudencia de la solicitud.- El Subsecretario de Competencia podrá decidir no iniciar el procedimiento y disponer el archivo de las actuaciones, notificándolo a las partes, cuando considere de manera motivada que no hay indicios de infracción, o cuando estime que la afectación del mercado es insignificante. Se considera insignificante la afectación del mercado tomando en cuenta el producto, el área geográfica y la estacionalidad; en caso de que no se pueda considerar esos factores en forma objetiva, se considerará insignificante si la afectación del mercado no supera el 25%. En tal caso, el solicitante podrá ejercer el recurso de apelación ante el Ministro de Industrias y Productividad.

Artículo 7.- Informes y documentación.- El Subsecretario de Competencia, antes de abrir el expediente o en cualquier instancia del procedimiento, podrá requerir los informes o documentos que estime relevantes para realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate. La información y documentos que haya obtenido la Subsecretaría en la realización de sus investigaciones podrán ser calificados de reservados o confidenciales por el Subsecretario, de oficio o a solicitud de la parte interesada; de reunir los requisitos que para este efecto se establezca en el instructivo de procedimientos que se dictará por parte del Ministro de Industrias y Competitividad.

Cumplidas las actuaciones previstas en la norma del artículo 15 de la Decisión 608, en lo que fuere pertinente, cuando se requiera informes se los solicitará a la autoridad u órgano que deba proporcionarlos, los que deberán remitirse en un plazo máximo de veinte días. No es obligación de la Subsecretaría de Competencia atenerse contra su convicción al contenido de estos informes. Los informes y demás pruebas serán apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Ningún procedimiento administrativo podrá suspenderse por falta de informes. Esta omisión acarreará la responsabilidad personal de quien estaba en la obligación de informar y no lo hizo oportunamente.

El incumplimiento de la obligación de informar será sancionado conforme a lo establecido en la ley y los reglamentos respectivos para el caso de servidores públicos.

En todo caso, la información estará sujeta a las normas contenidas en los artículos 23, 24 y 25 de la Decisión 608, dentro de lo aplicable para el ámbito nacional.

Artículo 8.- Medidas cautelares.- El Subsecretario de Competencia, una vez abierto el expediente, en cualquier momento, de oficio o a petición de los interesados que demuestren interés legítimo, y la inminencia de daño o de un

perjuicio irreparable o de difícil reparación, podrá ordenar las medidas cautelares previstas por la Decisión 608, que fueren indispensables para asegurar la eficacia de la resolución que en su momento dispusiere, según los artículos 31 y 32 de la Decisión 608 de la CAN.

La Subsecretaría de Competencia podrá aplicar de oficio, medidas cautelares a fin de proteger el interés de la comunidad, previa opinión motivada del señor Ministro de Industrias y Competitividad.

En caso de que el solicitante fuere quien pidiera la adopción de medidas cautelares, el Subsecretario de Competencia podrá exigir que aquel rinda caución de temeridad. Si la resolución fuere a favor del investigado, le será entregado íntegramente el valor de la caución, para resarcir el daño causado.

Cuando se hubiere dispuesto medidas cautelares, el afectado podrá solicitar que se las deje sin efecto, previo el otorgamiento de una caución para responder por los resultados del procedimiento. El monto de la caución será fijado por el Subsecretario de Competencia en el término de tres días, y en ningún caso podrá ser inferior al 50% ni superior al 100% de la multa máxima prevista para la infracción, según proceda conforme el artículo 34 de la Decisión 608.

La caución será emitida en favor de la Subsecretaría de Competencia y podrá consistir en garantía bancaria, póliza de seguro o cualquier otro documento a satisfacción de esa Subsecretaría. La garantía tendrá el carácter de incondicional, irrevocable y de cobro inmediato.

El órgano competente, en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, previa comprobación de que hubieren cambiado las conductas que motivaron el establecimiento de medidas cautelares, podrá ordenar la suspensión, modificación o revocación de tales medidas o la cancelación y devolución de la caución.

Artículo 9.- Trámite.- Una vez admitida a trámite la solicitud, el Subsecretario de Competencia efectuará todas las investigaciones necesarias a fin de conocer y establecer la existencia de la supuesta infracción.

Los resultados de esta investigación constarán en informes por escrito que serán notificados al presunto responsable, dentro de los 90 días hábiles señalados en el artículo 17 de la Decisión 608. En este mismo plazo las partes podrán ejercer su derecho a la legítima defensa, y el presunto responsable contestará acompañando toda la prueba de descargo de la que se creyere asistido. La regulación de los tiempos dentro de los 90 días la determinará el Subsecretario de Competencia según su criterio, atendiendo el derecho de legítima defensa del investigado.

Del mismo modo se procederá en caso de que el trámite se inicie de oficio o a solicitud de otro órgano administrativo.

Vencido el plazo de los 90 días hábiles y según el artículo 19 de la Decisión 608 de la CAN, el Subsecretario de Competencia dispondrá de un plazo adicional de 45 días hábiles para realizar sus propias determinaciones, pudiendo, de considerarlo pertinente, complementar la investigación solicitando información adicional a las autoridades competentes.

Dentro de este plazo extraordinario de 45 días hábiles, las partes podrán alegar en audiencia oral y pública, y en ella podrán presentar nuevas pruebas de cargo y descargo. Esta audiencia se regulará según lo dispuesto en el artículo 26 de la Decisión 608 de la CAN, ante el Subsecretario de Competencia, dentro de lo que fuere aplicable.

La convocatoria a la audiencia oral y pública deberá ser comunicada con por lo menos 10 días hábiles a las partes.

En todo caso y según lo dispuesto en el artículo 26 de la decisión antedicha, siempre permanece el derecho de las partes de solicitar esta audiencia dentro del plazo de los 90 días antes señalados.

El agente económico imputado tiene derecho a obtener a su costo, copias de todos los documentos sobre los que se fundamenta la solicitud y que obren en poder de la Subsecretaría de Competencia, con excepción de los calificados de confidenciales.

La información confidencial no podrá ser reproducida, la parte denunciada podrá acceder a ella únicamente en las dependencias de la autoridad en presencia siempre de un funcionario, advirtiéndole de las responsabilidades de carácter civil y penal que tiene en caso de que las mismas sean difundidas.

Artículo 10.- Término para resolver:

a) Vencido el plazo al que se refiere el Art. 19 de la Decisión 608 de la CAN, es decir, el plazo de los 45 días extraordinarios, siendo que haya sido otorgado, el Subsecretario de Competencia contará con un plazo de diez días hábiles para elaborar el informe sobre los resultados de la investigación, mismo que será remitido al Ministro de Industrias y Competitividad y notificado a las partes interesadas;

b) Las partes tendrán un plazo de 15 días hábiles contados a partir de la fecha de remisión del informe por el Subsecretario de Competencia, para presentar sus alegatos escritos, los cuales serán enviados inmediatamente por esa autoridad al Ministro de Industrias y Productividad;

c) Para analizar el informe y los alegatos presentados, el Subsecretario de Competencia invitará al Ministro de Industrias y Productividad a una reunión dentro de los cinco días hábiles siguientes a la remisión del informe. Estas dos autoridades deberán reunirse dentro de los 20 días hábiles siguientes a la

invitación;

d) El Subsecretario de Competencia hará llegar al Ministro de Industrias y Productividad su informe luego de la reunión y hasta un máximo de 30 días hábiles desde la fecha de la convocatoria realizada al Ministro de Industrias y Productividad; y,

e) Vencido el plazo señalado en la letra anterior, el señor Ministro de Industrias y Productividad emitirá su resolución motivada sobre el mérito del expediente, dentro de los diez días hábiles siguientes.

El Ministro de Industrias y Productividad, dentro de su motivación, dará cuenta del informe remitido por el Subsecretario de Competencia. En caso que el Ministro se aparte de las conclusiones y recomendaciones de dicho informe, deberá manifestar expresamente los motivos de la discrepancia.

El o los funcionarios por cuyo dolo o culpa no se hubiere realizado el oportuno despacho del asunto reclamado incurrirán en las responsabilidades civiles y penales previstas por las leyes.

No cabe la figura de aceptación tácita de la pretensión del solicitante, ni de los recursos interpuestos ante el Ministro de Industrias.

Artículo 11.- Desistimiento del trámite y su prosecución de oficio.- Si el asunto conocido y tratado pudiere afectar de algún modo el interés público, inclusive en caso de desistimiento expreso por parte del solicitante, las investigaciones se seguirán de oficio, hasta que se dicte la resolución pertinente.

El desistimiento expreso o tácito no libera al solicitante de sus responsabilidades frente al investigado.

Artículo 12.- Publicaciones.- Todas las resoluciones en firme serán publicadas en el Registro Oficial y en la página web del Ministerio de Industrias y Productividad.

Artículo 13.- Normas complementarias y supletorias.- Para la aplicación del procedimiento establecido en este decreto, se estará, en forma general, a las disposiciones del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; y, a las normas de la Decisión 608 en lo que fuere aplicable al ámbito nacional.

Artículo 14.- Caducidad de las facultades administrativas.- La facultad de iniciar el proceso de juzgamiento de las infracciones a las que se refiere la Decisión 608 caduca en el plazo de tres años, contados a partir del día en que se cometió la infracción. Sin embargo, en tratándose de hechos continuos, este plazo comenzará a contarse a partir de la ocurrencia del último hecho, según lo dispone el artículo 43 de dicha decisión.

DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS Y DE LAS SANCIONES

Artículo 15.- Medidas correctivas y sanciones.- Cuando se determinare la existencia de prácticas anticompetitivas, abuso de posición dominante, dentro de los supuestos del artículo 34 de la Decisión 608 de la CAN, se aplicará las medidas correctivas y/o sancionatorias contempladas en ese mismo artículo de la decisión:

- a) Cese de la práctica en un plazo determinado;
- b) Imposición de condiciones u obligaciones determinadas; o,
- c) Multas.

Artículo 16.- Criterios para la aplicación de sanciones y multas.- Según lo dispone el artículo 34 de la Decisión 608 de la CAN, para la graduación de las medidas sancionatorias deberá considerarse la gravedad de los hechos, el beneficio obtenido, la conducta procesal de las partes y el nivel de los daños causados a la libre competencia en el ámbito nacional, en función de la modalidad y el alcance de la competencia; la dimensión del mercado afectado; la cuota del mercado de la empresa correspondiente; el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, las otras partes del proceso económico y los consumidores o usuarios; la duración de la restricción de la competencia; y, la reiteración de la realización de las conductas prohibidas.

La resolución del Ministro de Industrias y Productividad en los casos en que establezca multas, deberá indicar el monto, la forma, oportunidad y lugar de pago. La multa será hasta un máximo del 10 por ciento del valor de los ingresos totales brutos del infractor, correspondiente al año anterior a la fecha del pronunciamiento definitivo.

Artículo 17.- Recaudación y destino de las multas.- Las multas que se impusieren por las infracciones contempladas en la Decisión 608 y de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Decisión 616 serán recaudadas por el Ministerio de Industrias y Productividad y serán depositadas en la Cuenta Única del Tesoro Nacional.

PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA

Artículo 18.- Promoción de la competencia.- Para promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos, el Estado a través del Ministerio de Industrias y Productividad y su respectiva Subsecretaría de Competencia, impulsará la competencia, en forma consistente, sistemática y técnica. Fomentará una cultura de leal y eficiente de competencia entre los agentes económicos y coordinará la ejecución de planes para la difusión de tal cultura.

La promoción de la competencia en sectores específicos mediante la adopción de medidas o regulaciones especiales tendientes a favorecer un marco competitivo eficiente y remover los obstáculos que puedan impedir la libre competencia en el sector queda encomendada a las autoridades de control del mercado de dichos sectores, sin perjuicio de la atribución general dada a la Subsecretaría de Competencia.

Artículo 19.- De la confidencialidad y uso de la información de los funcionarios.- Tratándose de la información y documentación relativa a los agentes económicos que los funcionarios y empleados de la Subsecretaría de Competencia recibieren, en razón de sus labores y aún fuera de ellas, será utilizada únicamente con el fin para el que hubiere sido requerida o entregada. Esta obligación se extiende al propio órgano y a las partes que intervienen en el procedimiento.

Así mismo, la información y documentación que tenga que ver con secretos comerciales, información personal sobre funcionarios y empleados y otras que por definición de la ley no deben ser divulgadas, se mantendrán por parte de la Subsecretaría de Competencia, como documentación reservada, que no podrá ser exhibida sino únicamente por orden judicial. La misma protección gozarán los abogados en cuanto a la información y documentación que por su desempeño profesional tuvieran conocimiento, siendo calificada la misma como secreto profesional.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.- El presente decreto estará en vigencia hasta la publicación en el Registro Oficial de la ley que regule la competencia económica.

Segunda.- El señor Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración remitirá nota al señor Secretario General de la Comunidad Andina, haciéndole conocer la decisión de la República del Ecuador de, conforme a la Decisión 616, adoptar como norma interna la Decisión 608 de la Comunidad Andina, así mismo informará a la Secretaría General de la CAN la designación del Subsecretario de Competencia como el representante de la autoridad ecuatoriana de competencia para que conforme el Comité Andino.

Tercera.- En razón de la creación de la Subsecretaría de Competencia como nueva dependencia del Ministerio de Industrias y Productividad, que tendrá como funciones la promoción, difusión, investigación y sanción en materia de competencia, se le asignará por esta única vez un presupuesto extraordinario que será determinado por el Ministro de acuerdo a los procedimientos que para estos casos establezca tanto el Ministerio de Finanzas como la SENPLADES.

Este decreto entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de Quito, a los 14 días del mes de marzo del año 2009.

f.) Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República.

f.) Susana Cabeza de Vaca, Ministra Coordinadora de la Producción.

f.) Xavier Abad Vicuña, Ministro de Industrias y Productividad.

Es fiel copia del original.- Lo certifico.- Quito, 16 de marzo del 2009.

f.) Abg. Oscar A. Pico Solórzano, Subsecretario General de la Administración Pública.

