



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

ACTOS DE PODER PÚBLICO Y SU INFLUENCIA EN EL MERCADO EN EL
CONTEXTO DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL
PODER DE MERCADO

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados
de la República.

Profesor Guía
Dr. Leonidas Eduardo Rojas Salazar

Autor
Israel Arturo Flor Arroyo

2016

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el 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”

. Leonidas Eduardo Rojas Salazar

Master en Derecho

C.I.1709617987

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.”

Israel Arturo Flor Arroyo

CI: 1716118433

AGRADECIMIENTO

A Dios por guiarme en el cumplimiento de este sueño y a mis padres por apoyarme en mi carrera. Quienes lloran tus lágrimas se alegran de tus existes.

DEDICATORIA

Para Mario Agustín Flor Andrade, motor de mi vida y fuerza de mi espíritu; todos y cada uno de mis logros son para ti hijo mío.

RESUMEN

Con el objetivo de evitar que existan prácticas monopólicas, oligopólicas, abuso de posición dominante, competencia desleal, o de manera general, cualquier acto que signifique una restricción del derecho de libertad de competencia, el legislador ecuatoriano promulgó la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado; la que tiene como objeto principal: “evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado”. Si bien es cierto, es frecuente que los operadores económicos incurran en estas prácticas prohibidas, el legislador no ha considerado la posibilidad de que estas mismas restricciones del derecho de competencia, puedan provenir de actos emanados por el poder público que tengan efectos generales, siendo en la actualidad necesaria, una reforma que permita que la Superintendencia de control de poder del mercado realice un examen técnico previo a la aplicación de tal acto, de tal manera de que no se cause un impacto negativo para el mercado, a los operadores económicos y a los usuarios.

ABSTRACT

In order to avoid having monopolistic, oligopolistic, abuse of dominant position, unfair or anticompetitive practices in general, any act that represents a restriction of the right of free competition, the Ecuadorian legislature enacted the Law on Control of Power market; same as its main purpose: "to avoid, prevent, correct, eliminate and punish the abuse of economic operators with market power." If it is true, it is common for traders engage in these prohibited practices, the legislature has not considered the possibility that these same restrictions of competition law, may come from acts issued by the government with general effects, being Today necessary, a reform that allows the Superintendency to control market conduct a technical review prior to the application of the act, so that a negative impact on the market was not caused to the economic operators and users.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: Derecho económico y derecho de competencia	3
1.1 Antecedentes Derecho Económico	5
1.1.1 Análisis Económico del Derecho:	8
1.1.2 Derecho económico:	8
1.1.3 Derecho de corrección económica	8
1.1.4 Clasificación de los principios de la constitución económica	9
1.2 Origen del derecho de competencia	12
1.3 Derecho de competencia	17
1.3.1 Abuso de posición de dominio	17
1.3.2 Actos o conductas que se consideran como abusivas.....	21
1.3.3 Sanciones para ilícitos anticompetitivos.....	22
1.3.4 Acción del Estado y Ayudas públicas:	25
CAPÍTULO II: El Abuso de posición de dominio y la ayuda pública en la legislación comparada	31
2.1 Derecho de competencia en la legislación peruana.....	31
2.1.1 Abuso de posición de dominio	36
2.1.2 Ayudas públicas.....	40
2.1.3 Formas de regulación de los actos administrativos que afectan el mercado en la legislación peruana.....	42

2.2 Derecho de competencia en la legislación colombiana.....	47
2.2.1 Abuso de posición de dominio	52
2.2.2 Ayudas públicas	57
2.2.3 Formas de regulación de los actos administrativos que afectan el mercado en la legislación colombiana.....	60
2.3 Derecho de competencia en la legislación chilena.....	65
2.3.1 Abuso de posición de dominio	69
2.3.2 Ayudas públicas.....	72
2.3.3 Formas de regulación de los actos administrativos que afectan el mercado en la legislación chilena.....	74
2.4 Cuadro comparativo.....	80
CAPÍTULO III: Actos del poder público restrictivos de la competencia en el Ecuador	82
3.1 Análisis de la intervención del Estado	82
3.1.1 Análisis de la regulación actos del poder público	91
3.1.2 Caso de análisis:	102
3.2 Propuesta de inclusión de los actos de poder público restrictivos de la competencia en la Ley Orgánica de regulación y control del Poder de Mercado	105
3.2.1 Descripción de la Propuesta.....	107
3.2.2 Conclusión.....	112
CAPÍTULO IV: Conclusiones y recomendaciones.....	113
Conclusiones	113

Recomendaciones.....	114
REFERENCIAS	116
ANEXOS	120

INTRODUCCIÓN

En el año 2008 entró en vigencia la Constitución de la República del Ecuador, misma que trajo una serie de cambios significativos para el andamiaje jurídico ecuatoriano, sobre todo en el nuevo rol estatal, protector de los derechos y de la justicia social; aunque también en materia económica se realizaron profundos cambios.

El modelo de sistema económico ecuatoriano se modificó de “social de mercado” a “popular y solidario”; modelo en el que el Estado adquiere una doble función en el mercado: uno como ente regular económico con potestad exclusiva para la administración de los servicios públicos y de los sectores estratégicos; y otra función mediante la cual le permite actuar como un operador económico.

Si bien es cierto, el Estado como un operador económico, se encuentra sometido a las disposiciones legales que los demás operadores, no se puede negar la influencia que tiene en el mercado cuando ejerce su función reguladora; pues la actuación de la administración pública se realiza mediante actos, algunos de los cuales tienen efectos de carácter general.

Los actos administrativos de carácter general, los actos reglamentarios y las políticas públicas, son en definitiva, manifestaciones de la voluntad estatal que pueden afectar de manera negativa el mercado; pues su contenido y aplicación podría causar una restricción del derecho de libertad de competencia, un abuso de posición dominante en el mercado o cualquier otra práctica desleal.

La Ley Orgánica del control de Poder del Mercado, regula estas acciones, aunque únicamente respecto de los operadores económicos, mientras que existe un vacío jurídico respecto de un examen técnico para los actos del poder público, a fin de determinar su posible influencia sobre otros operadores

económicos, e inclusive la afectación del mercado, y con ello también de los derechos de los usuarios de bienes y servicios.

CAPÍTULO I: Derecho económico y derecho de competencia

El Derecho económico, es una de las disciplinas jurídicas que mayor campo abarcan; y al mismo tiempo, una de las más importantes; pues si se toma en cuenta la superestructura social se observará, que las relaciones económicas se hallan en su base; mientras que el derecho es tan solo, un medio por el cual se regulan las relaciones entre el ser humano y los factores de producción.

Dentro de este contexto, han surgido una serie de definiciones y autores que intentan conceptualizar, a la disciplina jurídica económica; es precisamente el tratadista Goldschmidt, citado por Héctor Cuadra (2013), en una manera bastante breve quien señala que el derecho económico es el “derecho de la economía organizada” (pág. 15)

Mucho más compleja es la definición del autor Darío Munera (2008), quien define al derecho económico como un “conjunto de principios y de normas jurídicas que regulan la cooperación humana en las actividades de creación, distribución, cambio y consumo de la riqueza generada por un sistema económico” (pág. 7)

Por su parte el tratadista Daniel More Merino (2000), define al derecho económico como “el conjunto de principios jurídicos que informan las disposiciones, generalmente de derecho público, que rigen la política económica estatal orientada a promover de manera acelerada el desarrollo económico” (pág. 17)

Una definición mucho más completa la realizó Quieiroz Noriega, citado por Jorge Witker Velásquez (2012), quien señala:

“El derecho económico, como la rama del derecho cuyas normas y principios tiene por objeto la organización, disciplina y control de las

actividades económicas del Estado y de emprendimientos privados en lo tocante a la producción, a la circulación y al consumo de la riqueza tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional”. (pág. 1)

De acuerdo con lo expresado por los autores, se puede señalar algunas de las características del derecho económico:

- Organiza la economía macro jurídica
- Le asigna al Estado una función reguladora
- Concilia intereses privados y extranjeros
- Promueve los mecanismos del mercado
- Sanciona las prácticas desleales y restrictivas
- Crea los mecanismos jurídicos a través de los cuales se resolverán posibles conflictos o controversias acudiendo a los principios de justicia y paz social.

Ya en el Ecuador, el derecho económico puede ser definido y contextualizado de acuerdo al modelo constitucional vigente, cuya esencia radica en la protección de los derechos fundamentales, y la armonización de la normativa jurídica, políticas públicas, y otros actos del poder con la supremacía constitucional y el sistema protector de derechos y de la justicia social.

Desde esta perspectiva, el sistema económico y la política económica de acuerdo como lo establece la constitución y la ley, están enfocados desde un punto de vista social y solidario que se debe proponer una relación dinámica y equilibrio entre sociedad, Estado y mercado, en donde su objetivo sea garantizar la producción y reproducción de las condiciones del mercado, que posibiliten una armonía en el mismo y posibiliten el buen vivir, asegurando la distribución de la riquezas, a fin de mantener la estabilidad económica a través del intercambio justo y complementario de bienes servicios en mercados transparentes y eficientes.

1.1 Antecedentes Derecho Económico

Previo al análisis de los antecedentes del derecho económico se procederá a referir la evolución del derecho mercantil que comprende de dos etapas el derecho mercantil tradicional y el moderno.

El marco legal y evolución histórica de la legislación del derecho mercantil tradicional se origina en primer lugar, con el desarrollo del derecho mercantil en la Edad Media.

De esta forma nace una regulación subjetiva, que normalizaba el comercio mediante ordenanzas y estatutos, en especial a los mercantes, es decir, a las personas que ejercían el comercio como su profesión; estos estatutos carecían de una generalidad; es decir, de ciudad en ciudad la regulación en este tema variaba. (Alvear y Gómez, 2012, pág. 18)

Con el desarrollo de la actividad comercial y la necesidad imperante de la solución de las controversias en temas referentes al comercio, era necesario crear tribunales de comercio. Una de las características importantes era la independencia que tenían los tribunales, pues la autoridad no tenía ninguna vinculación con el Estado, ya que existía la necesidad de solución de las controversias mercantiles con rapidez y eficiencia con la finalidad de desarrollar el mercado. (Portales, 2002, pág. 40)

Posteriormente la actividad comercial evolucionó por lo que fue necesario crear una regulación *erga homes*. Como primera norma con efectos generales para el comercio está el Código Napoleónico, que realizó una distinción entre temas civiles y mercantiles, enfocando su ámbito de aplicación al comercio; esta normativa regía tanto a los comerciantes como a sus actos:

“Este Código fue perfeccionado en 1774 a través del proyecto de Hue Miromesnil, que pretendió aunar criterios jurisprudenciales, y prácticas comerciales más recientes. En 1681 se dictaron normas para el

comercio marítimo Estos proyectos y reglamentos fueron los antecedentes de Código de Comercio de 1807, que reunió las reglas del comercio marítimo y terrestre”. (Raul Minguez, 2011, pág. 71)

La legislación comercial continuó su evolución, es así que en España tuvo gran importancia el Código de Sainz de Andino, que en resumen se trataba de las Ordenanzas de Bilbao codificadas, siendo este cuerpo jurídico, una de las primeras codificaciones en materia comercial, ya “que regula los actos de comercio y el sometimiento a la jurisdicción mercantil, también a que esto se encuentre regulado en cuanto a sus requisitos formales y obligaciones especiales definiendo así los contratos de índole mercantil” (Alvear y Gómez, 2012, pág. 18)

Desde esta perspectiva, se puede referir de una primera etapa, en la cual, los seres humanos empezaron a realizar actividades comerciales, pero que tenían una finalidad de supervivencia; por ejemplo, entre los doctrinarios aún se discute, cual fue el primer acto de comercio realizado por los seres humanos. En esta primera etapa, el transporte, intercambio de productos, se realizó con la finalidad de facilitar la supervivencia de las primitivas sociedades.

Según lo refiere Fernando Diez (2015), los primeros actos de comercio se originaron en la costumbre, y fueron regulados durante gran parte de la historia de esta misma forma; sería en la época medieval en donde surgen las primeras normas que regulan las actividades comerciales, y en donde se puede hablar por primera vez de un derecho mercantil propiamente dicho. (pág. 11)

En conclusión el derecho mercantil tradicional tiene su enfoque en la regulación a la actividad comercial de a través de derechos y también se comienza a tratar las instituciones que regulan a la empresa como temas laborales y de propiedad intelectual.

Por otra parte tenemos el derecho mercantil actual o moderno es preciso mencionar este segundo punto histórico de la evolución del derecho mercantil.

Si bien es cierto el derecho mercantil moderno nacimiento debido a la intervención estatal en materia económica. Uno de los ejemplos de esta intrusión la vemos reflejada durante la primera y la Segunda Guerra Mundial, pues aquí se evidencio la intervención del Estado para la regulación y control del gasto público, dictando medidas legales urgentes con el objeto de ejercer el control sobre las actividades económicas dirigidas al esfuerzo bélico.

El comercio empieza a darse ya por en personas naturales si no por corporaciones y/o empresas; necesitando una estructura de regulación de nuevas relacione mercantiles así también las relaciones entre operadores económicos, consumidores y el Estado.

De esta forma se empieza a evidenciar que el Estado regule el mercado de bienes y servicios delimitando no solo derechos para los operadores del mercado sino también obligaciones, es decir limitaciones para el ejercicio de los derechos la libre empresa ya no como absolutos sino que estos estén sujetos al cumplimiento de funciones sociales, ambientales, bien común. (Alvear y Gómez, 2012, pág. 22)

El derecho como constructo cultural; que es por medio de nuestras normas; visualizo y fortalecio la intervencion estatal; y la regulacion de la actuacion de los operadores economicos.

Marco legal histórico:

Es preciso comenzar por un análisis de los antecedentes históricos del derecho del derecho de competencia a partir de los conceptos: Análisis económico del derecho, derecho económico y derecho de corrección económica para identificar claramente el alcance y contenido del mismo.

1.1.1 Análisis Económico del Derecho:

El análisis económico del derecho es la herramienta de economía aplicable al derecho, por la cual se establece límites para la aplicación y el uso de la normativa analizando si esta es efectiva y aplicable para los fines que fue creada.

1.1.2 Derecho económico

El derecho económico es definido por el autor Darío Munera Arango (2004) como “el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan la cooperación humana en las actividades de creación, distribución, cambio y consumo de la riqueza generada por un sistema económico.” (pág. 2). Tal como lo refiere el doctrinario, el derecho económico es un conjunto normativo que regula conductas y funciones relacionadas con el régimen patrimonial en un determinado modelo económico.

Es así que su función primordial es a través del rol intervencionista del Estado regular la relación de la actividad económica; de esta forma se crea la legitimación de los derechos económicos de orden público y privado creando lineamientos, conductas y funciones del modelo económico.

“El Derecho económico es el conjunto de normas que reconocen y legitiman las relaciones patrimoniales en vinculación con el modelo económico”. Según Isabel Gonzales Nieves el objetivo es la “ordenación de conductas y funciones” estableciendo un régimen patrimonial de bienes dentro de un determinado modelo económico, cultura y sociedad. (Alvear, 2015, pág. 64)

1.1.3 Derecho de corrección económica

El derecho de corrección económica determina la “corrección de conductas y funciones”, poniendo límites al ejercicio uso y goce de los derechos económicos; dentro de estas correcciones se encuentran las de competencia entre otras.

“Las normas de corrección económica, son herramientas jurídicas que apuntalan un determinado modelo económico, buscando proteger intereses privados de los diversos operadores económicos (competidores consumidores), pero también y fundamentalmente el sistema competitivo, que es de orden público. Entre ellas se ubican al derecho de la competencia; competencia desleal, y el derecho del consumidor. (Alvear, 2015, pág. 64)

En el Ecuador, el análisis debe partir del modelo constitucional vigente desde 2008, y también de los demás cuerpos jurídicos que son secundario; la Carta Magna dispone que el Estado ecuatoriano, desde el punto de vista del derecho de competencia, tiene como finalidad corregir las conductas de operadores y controlar mediante la intervención estatal las practicas que distorsionan el mercado por parte de los operadores económicos, también prevenir y poner límites a los operadores en el uso y goce de sus derechos de propiedad libre empresa , libre contratación libre competencia y a los consumidores; de esta forma, el Estado busca prevenir la particas anticompetitivas protegiendo los intereses públicos y privados de una forma ex ante o ex post creando una política pública de control y de incentivo. (Alvear, 2015, pág. 65)

1.1.4 Clasificación de los principios de la constitución económica

El término de Constitución económica es una noción nueva, pues recién a partir de la primera mitad del siglo pasado se desarrolla consistentemente en Europa, principalmente en Alemania y España. El tratadista español Francisco Fernández Salgado (2002), acerca de la Constitución económica señala:

“Entendiéndola como una manera de ordenar lo que hoy podemos denominar el fenómeno económico, en cuanto se expresa en los elementos de propiedad, contrato y trabajo, así como en la intervención del Estado en la economía y en la regulación de lo que hace a la organización y a la técnica de la producción y de la distribución.” (pág. 514)

En 1982 el Tribunal Constitucional de España, dictó una sentencia refiriéndose a la Constitución de 1978, en la cual señala que

“Existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructuración y el funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la Constitución económica o Constitución económica formal. Ese marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida en la Constitución, cuyo preámbulo garantiza la existencia de “un orden económico y social justo” (Constitución económica, 1982)

Por su parte el tratadista Ignacio Font (2000) señala:

“La constitución económica se está convirtiendo en la condición esencial de la operatividad y eficiencia de la constitución en sí. Dentro de este marco, el derecho de competencia se yergue como el núcleo del sistema económico constitucionalizado, al punto que la institucionalización de la competencia económica configura la estructura de organización y ordenación del sistema económico” (pág. 166)

Según lo que expresa el autor, se puede comprender, que las normas de competencia son necesarias en cualquier Constitución económica; pues es la competencia la que rige en la mayoría de transacciones y operaciones cotidianas; y también de esta, se produce gran parte del bienestar de los consumidores.

El tratadista José Antonio Olaechea (2008), al respecto señala:

“El derecho de la libre competencia se encuentra inmerso en el nuevo derecho del tráfico económico que incluye tres disciplinas, a saber: las normas sobre la competencia desleal que tratan acerca de las pautas

que deben seguir los competidores entre sí; las normas de defensa del consumidor que protegen los intereses de los consumidores, en oposición a aquellas que regulan a productores y comerciantes; y, el derecho de libre competencia, que vela por el sistema de libre mercado” (pág. 41)

Con la finalidad del desarrollo de la economía es imperante la intervención estatal, la creación de políticas públicas que regulen la economía. Uno de los problemas económicos más grandes del país es la concentración del poder en el mercado y la otra es la existencia de mercados ineficientes; que con la adecuada regulación estatal se puede corregir dichos problemas.

Según lo que dice Guillermo Barón Barrera (2010): “Los principios de la constitución económica puede clasificarse de la siguiente manera: principios de origen liberal, los principios de origen intervencionista y las actividades económicas especializadas” (pág. 30).

El principio de origen liberal o la libre competencia, en su contenido básico, no es otra cosa que un escenario de mercado en el que existe libertad de elección, los precios se forman libremente por acción de la ley de la oferta y la demanda, y es imposible que un agente económico decida su política empresarial con independencia de los otros actores del mercado, partiendo del hecho de que la economía nace por la ley de la oferta y la demanda es decir es la cantidad de bienes o servicios que el operador económico pueda poner en el mercado con la finalidad de incrementar su patrimonio.

Con la constitución del 2008 se reconoce y legitima derechos económicos de los operadores como son el de propiedad privada; libre contratación y reparación de daños; así como también se rechazan todas las prácticas que signifique una limitación a la libre empresa, propiedad, contratación, libre competencia; pues nacen y de esta forma se busca de forma conjunta con de las diferentes legislaciones limitar el ejercicio uso y goce de estos derechos.

Al respecto la doctrina ecuatoriana, señala:

“Los derechos de propiedad, contratación o de libre empresa, son reconocidos, legitimados y regulados por la constitución y diversos cuerpos normativos secundarios. son derechos relativos, pues su reconocimiento y protección jurídica se encuentra sujetos al cumplimiento de funciones sociales, económicas, ambientales y del bien común. Su protección, se otorga en el marco del cumplimiento de estos fines y encuentra sus límites de orden público y principios generales como no abusar y no dañar” (Alvear, 2015, pág. 62)

Por lo tanto al hablar del análisis económico del derecho nos estamos refiriendo a la herramienta con la cual se establece la aplicación y el uso de la normativa en el ámbito económico y si esta es eficaz y aplicable para los fines que fue creada.

1.2 Origen del derecho de competencia

El Derecho de la Libre Competencia o de derecho de antimonopolio se origina en base a dos sistemas importantes del derecho americano y del europeo.

El sistema americano nace del conocido Derecho Antitrust; y su principal finalidad es evitar aquellas prácticas que limitan la competencia en el mercado y que afectan el sistema competitivo. En este sistema como leyes principales La Ley Antimonopolios Sherman, La Ley Clayton, La Ley de la Comisión Federal de Comercio.

La Ley Sherman, tiene como principal objetivo protección de una economía de mercado libre en la que la competencia libre de limitaciones privadas y gubernamentales brindando el mejor beneficio para los consumidores. La sanciones son penales y esta ley regula en el ámbito principal contrato, combinación y conspiración que limite irrazonablemente el comercio interestatal y extranjero, la monopolización de cualquier parte del comercio interestatal. El

monopolio cuando solo una empresa controla el mercado respecto de un producto o servicio, fijación de precios

La Ley Clayton en su objetivo principal es la regulación a través del derecho civil y esta regula y prohíbe fusiones o adquisiciones que puedan disminuir la competencia, como por ejemplo declaraciones falsas a dependencias federales, perjurio, obstrucción de la justicia, conspiraciones para defraudar a los Estados Unidos y fraude postal y telegráfico. Cada uno de estos delitos conlleva sus propias multas y penas de prisión por violaciones de la ley antimonopolios.

La Ley de la Comisión Federal de Comercio prohíbe los métodos injustos de competencia en el comercio interestatal, pero no conlleva penalidades penales. También para que vigile las violaciones de la Ley.

El sistema europeo tiene una fuerte influencia del derecho norteamericano ya que esta legislación se difundieron por algunos países europeos y también con la reunión de Bretton Woods, celebrada en los Estados Unidos de América en 1944, se crearon el Fondo Monetario Internacional, El Banco Mundial y la Organización Mundial de Comercio, creando así lineamientos para la regulación de la economía y el derecho de competencia. (Alvear y Gómez, 2012, pág. 34)

La legislación con la cual se regula la competencia es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que en el Artículo 86 se refiere obligación que tienen los estados partes de este estatuto para cooperar con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia.

También se considera un sistema de control de estructuras o de operaciones de concentración de poder de mercado, mediante la autorización de fusiones empresariales. Por lo general, se trata de un sistema represivo con

consecuencias de naturaleza administrativa o penal; complementado, por un sistema administrativo de control ex ante de estructuras empresariales.

Los tratadistas Agustín Grijalva y José Vicente Troya (2008), definen al derecho de competencia en los siguientes términos:

“El Derecho y las políticas de competencia hacen relación a las normas jurídicas, instituciones y políticas públicas orientadas a proteger y promover la efectiva competencia entre los actores económicos. Típicamente, las leyes protectoras de la competencia controlan o eliminan monopolios o sus prácticas, o en términos más técnicos y exactos, reprimen el abuso de posición dominante en el mercado, controlan fusiones y una serie de acuerdos entre competidores (como por ejemplo los carteles) en perjuicio de los consumidores y además establecen una serie de excepciones al propio régimen de competencia”.

(pág. 15)

Por su parte el autor Alfonso Miranda Londoño (2009) señala:

"El derecho a la Libre Competencia Económica implica dos aspectos fundamentales: de una parte garantiza la libertad de los competidores para concurrir al mercado en busca de una clientela; y de la otra implica la libertad de los consumidores para escoger y adquirir en el mercado, bienes y servicios que se ofrezcan en condiciones de competencia"

(pág. 23)

El derecho de competencia nace de una necesidad social, en base las políticas de intervención del Estado en la economía; con la finalidad de garantizar los principios de la eficiencia, solidaridad y sustentabilidad de los mercados; es decir, se crea en base a una necesidad que parte tanto de los operadores económicos, buscando la regulación del mercado y garantizar una economía social, solidaria y sostenible.

Cabe destacar que en marzo del 2005, se emitió la Decisión 608 de la Comunidad Andina, que establece el marco legal aplicable para la protección de la libre competencia en el mercado subregional andino, disponiendo la sanción de aquellas prácticas que afectaran el comercio transfronterizo.

En julio del 2005, también se emitió la Decisión 616 que dispone que Ecuador podrá aplicar la Decisión 608 también para los tipos de prácticas anticompetitivas que se produzcan en su territorio y cuyos efectos no excedan el mismo ámbito.

Sin embargo, fue recién el 27 de marzo de 2009, mediante Decreto Ejecutivo 1614, el Gobierno ecuatoriano aprobó la vigencia provisional de la Decisiones 608 y 616 de la Comunidad Andina, respectivamente, estableciendo la aplicación de esta norma de competencia al territorio nacional. Este Decreto encarga al Ministro de Industrias y Productividad la aplicación de la Decisión 608 y a la Subsecretaría de Competencia como autoridad investigadora.

La defensa de la competencia es, sin duda alguna, una política pública puesto que es uno de los objetivos del Estado, más aun si se considera que las políticas públicas son instrumentos que tiene por objeto hacer efectivos los derechos del buen vivir, según prevé el artículo 85 de la Constitución de la República. Desde esta perspectiva, el tratadista Luis Cueva Carrión (2011) define a las políticas públicas en los siguientes términos:

“Se entiende por políticas públicas el conjunto de actividades gubernamentales cuyo objeto fundamental es investigar y determinar las necesidades de los habitantes del Estado para darles satisfacción adecuada y oportuna a fin de hacer posible el buen vivir, el *sumak kawsay* (...) donde todos puedan desarrollar libremente su actividad económica, política, social, ideológica y teórica” (pág. 136)

Según señala el autor, son políticas públicas, el conjunto de actividades gubernamentales que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de los derechos de las personas, así como la consecución del *sumak kawsay*; y desde esta perspectiva, la defensa del derecho de competencia forma parte de estas políticas, esto, en la medida que se constata que la defensa de la libre competencia produce beneficios para los consumidores, las empresas y para la sociedad en general.

En esta línea de pensamiento se puede afirmar que la competencia genera un beneficio en los consumidores quienes accederán a un mayor número bienes y servicios a menores precios y con mejor calidad. Asimismo, como producto de la pugna competitiva, las empresas se verán obligadas a desarrollar eficiencias para reducir sus costos, incrementar la calidad y diversidad de su oferta y aproximar sus precios a la demanda de los consumidores.

Finalmente, la eficiencia derivada de la pugna competitiva incrementará la competitividad de las empresas y la producción nacional, lo que resulta beneficio para el Estado en términos de recaudación tributaria y bienestar social. Por todo ello existe un interés público por garantizar el proceso competitivo; lo que motiva la intervención estatal para poner fin a aquellas prácticas que alteren la competencia y priven a la sociedad de las eficiencias consecuentes.

Bajo esta premisa es que la mayoría de Estados, han optado por un sistema represivo de protección de la libre competencia, basado en sanciones administrativas y/o penales, a las que se suman remedios de carácter conductual o estructural que pretenden corregir los efectos negativos derivados de prácticas anticompetitivas bajo dos formas: actuación y protección.

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (que de ahora en adelante se la denominará LORCPM), busca evitar los actos o prácticas

restrictivas del mercado, y tiene por fin principal: la protección de los consumidores y operadores económicos.

Es importante señalar, que uno de los pilares que hace fuerte a este derecho, es la creación de esta regulación; sobre todo, desde punto de vista del consumidor, donde el Estado busca reglar los derechos y obligaciones de los intervinientes en las actividades económicas del comercio para todas sus partes.

Es claro que las normas constitucionales rechazan toda práctica que signifique una limitación a la libre competencia, entre las cuales identifica y menciona expresamente al abuso de posiciones dominantes o monopólicas. La diferencia entre la posición de dominio y la posición monopólica es un tema de estructura de mercado o grado de concentración: En términos generales, en la posición de dominio existe más de un agente económico en el mercado; mientras que en la posición monopólica existe un único agente económico. En ambos casos, el agente que goza de la posición de dominio o monopólica se encuentra en una situación de ventaja o poder que le permite prescindir de las reglas de la libre competencia y de sus competidores para tomar acciones en un mercado determinado.

1.3 Derecho de competencia

En el derecho de competencia es fundamental hablar de cuatro grandes temas; las concentraciones económicas, regulación y sanciones, abuso de posición de dominio, y ayudas públicas; en lo referente a nuestro temas le vamos a dar un mayor enfoque a el abuso de posición de dominio que nace de abuso del derecho y de la ayudas públicas y su influencia en el mercado.

1.3.1 Abuso de posición de dominio

Antes de partir con el análisis del abuso de la posición de dominio es preciso tomar en consideración que, las prácticas que constituyen un abuso o

extralimitación dentro de materia de competencia, parten de una institución jurídica más amplia: “el abuso del derecho”.

Si bien es cierto, en un principio esta institución partió del derecho civil, en la actualidad se considera que ha extendido a otras áreas del derecho, incluida la materia de competencia.

“El abuso del derecho (...) es una situación dañosa causada ilícitamente en el ejercicio de un derecho subjetivo contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del derecho, que causa daño infundado e innecesario a un tercero, y por lo mismo, no puede ser protegido por un sistema jurídico.” (Alvear, pág. 13)

Como se señala el ejercicio de un derecho subjetivo, que sea contrario a la buena fe, la moral, o los fines sociales y económicos, puede llegar a lesionar un bien jurídico protegido de un tercero, de tal forma que se le cause un daño; de allí que la institución jurídica del abuso del derecho tenga un alto campo de acción, pues se relaciona con el ejercicio de los derechos subjetivos, extendiéndose en todo el sistema jurídico.

El abuso del derecho llega al derecho de competencia, por cuanto contiene una prohibición general, que fija límites al ejercicio de un derecho subjetivo, extendiéndose al derecho de corrección económica, como la defensa de la competencia, (Alvear, 2014, pág. 14)

Por otra parte, como se ha señalado, el Derecho de la Competencia constituye una forma de regulación estatal con el fin de preservar el proceso competitivo, manteniendo un sistema descentralizado de decisión sobre las condiciones de la oferta y la demanda de los productos y servicios. Así el autor Germán Coloma (2003) señala que:

“La defensa de la competencia es una clase de regulación indirecta cuyo objetivo es controlar el ejercicio del poder mercado en situaciones en las

cuales se estima que lo más eficiente desde el punto de vista social es que existan varias empresas que compitan entre sí.” (pág. 8)

En primer lugar, es necesario tratar acerca de la prohibición de abuso de la posición de dominio. Por su parte, la decisión 608 de la Comunidad Andina en su artículo 9, como definición de posición de dominio en el mercado dispone:

“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”. (Decisión 608 CAN, 2005, art. 9)

Así también el primer inciso del artículo 9 de la LORCPM dispone:

“Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general” (LORCPM, 2011, art.9)

Un operador económico tiene posición dominante o poder de mercado, cuando por su poder económico e independencia de comportamiento pueda fijar su conducta sin tomar en consideración a los competidores, compradores, proveedores, distribuidores o consumidores, por ser el único oferente o demandante de determinado producto o servicio, o aún sin ser el único, no estar sujeto a una competencia económica efectiva en los términos previstos en esta Ley. La obtención de posición dominante en el mercado o su incremento no atenta por sí misma contra la competencia.

La posición de dominio es, por tanto, la situación en la que se encuentra una empresa que puede afectar las condiciones de la oferta o la demanda, dado que es el único oferente de un determinado producto o servicio, o cuando sin ser el único, no está expuesto a una competencia sustancial. En términos económicos se define a la posición de dominio como la posibilidad que posee una empresa de obtener beneficios extra normales, a través de la reducción de la oferta y/o el incremento del precio del producto por encima de su nivel competitivo.

Para determinar si uno o varios operadores económicos tienen posición dominante en el mercado relevante, y son capaces de impedir el ejercicio de una competencia económica efectiva se considerará los siguientes criterios:

- “1. El grado en que el bien o servicio de que se trate existe o pudiese existir y si es sustituible, las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para ello; (la sustituibilidad del bien o servicio).

2. El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de competidores al mercado o el acceso de los proveedores a clientes alternativos; (es una referencia a que la situación dominante pueda ser favorecida por las políticas públicas de intervención en el mercado)

3. El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente o concertadamente en la formación de precios, restringir el abastecimiento, demanda u oferta en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder;

4. El poder económico, financiero o tecnológico del operador económico participantes en la operación;

5. Disputabilidad del mercado” (Comite Nacional de Defensa de la Competencia, 2012, pág. 30)

En conclusión, los factores que contribuyen a crear poder de mercado figuran un alto grado de concentración del mercado, la existencia de barreras a la entrada de productos o bienes y la falta de sustitutos de un producto determinado.

Ahora bien, no toda posición dominante constituye una infracción al régimen de libre competencia. El ilícito se plantea sólo en el caso en que exista una explotación abusiva de la misma; es decir, que la figura se tipifica con el abuso porque implica una violación del deber general de buena fe en las relaciones comerciales. El criterio generalizado según el cual se decidirá cuándo un comportamiento dado constituye un abuso, abarca tanto los comportamientos que persiguen eliminar la competencia, como los que consistan en explotar a los proveedores o consumidores.

En suma, la posición dominante no se reprime siempre, sino que se sanciona la conducta que consiste en abusar de dicha posición. Según la LOCPDM, el criterio que caracteriza el abuso de posición dominante, es que uno o varios operadores económicos, a efectos de mantener o mejorar dicha posición “impida, restrinja, falsee, distorsione o levante barreras a la competencia”.

1.3.2 Actos o conductas que se consideran como abusivas

Normalmente, las leyes sobre competencia proporcionan sólo algunos ejemplos de conductas que se consideran abusivas y quedan prohibidas. Esas conductas comprenden, en particular, toda una serie de estrategias empresariales dirigidas a erigir barreras de entrada en un mercado. Tales barreras son factores que impiden la entrada de nuevas empresas o las disuaden de hacerlo.

Según el artículo 9 de LORCPM, un operador económico debe de tener poder en el mercado; es decir, que tenga capacidad de influir significativamente en el mismo; poder de mercado o posición de dominio. Cuando los operadores económicos de forma individual o colectiva gozan de esta posición de dominio y son capaces de actuar de modo que impiden, excluyen, a otros proveedores,

consumidores o cualquier sujeto que participe del mercado. Se genera el abuso de posición de dominio. (LORCPM, 2011, art.9)

Como observa, el abuso de la posición de dominio adopta múltiples formas como la negativa injustificada de trato o negociación; las ventas “atadas” de productos o servicios y la discriminación de precios; todas ellas orientadas a excluir empresas rivales, prevenir la entrada de nuevas y/o obtener beneficios extras que no son el resultado de una mayor eficacia.

1.3.3 Sanciones para ilícitos anticompetitivos

Existen diferentes sanciones de actuaciones indebidas de mercado para los operadores económicos que han incurrido en prácticas de abusos de posición de dominio, que pueden dividirse en sanciones o medidas correctivas, indemnizaciones civiles e inclusive responsabilidad penal.

El artículo 73 de la LORCPM al respecto de las medidas de corrección dispone:

“Las medidas correctivas podrán consistir, entre otras, en:

- a) El cese de la práctica anticompetitiva, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos;
- b) La realización de actividades o la celebración de contratos, tendientes a restablecer el proceso competitivo, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos; o,
- c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos.”

Sanciones administrativa

Esta se tramitara ante la Superintendencia de Control y Poder de Mercado, y con la impugnación judicial ante el Tribunal Contencioso Administrativo de las sanciones, el artículo 79 de la misma norma prevé:

“La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones:

a. Las infracciones leves con multa de hasta el 8% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

b. Las infracciones graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.”

Sanciones Penales

El artículo 72 la LORCPM al respecto de la responsabilidad penal prescribe:

“Cuando la Superintendencia de Control del Poder de Mercado encontrare indicios de responsabilidad penal, notificará y enviará una copia del expediente a la Fiscalía General del Estado, para que se inicien las investigaciones y acciones correspondientes, sin perjuicio de las sanciones administrativas que puedan imponerse en virtud de esta Ley”.

Sin embargo, y pese a que la LORCPM dispone la responsabilidad penal, dentro del Código Orgánico Integral Penal, no se ha establecido una figura típica que sancione estas actuaciones, pues dentro de los “delitos contra los derechos de los consumidores, usuarios y otros agentes del mercado”, solo en el artículo 235, se sanciona el “Engaño al comprador respecto a la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos” y los delitos referentes a los juegos de azar. (Código Orgánico Integral penal, 2014, art.235)

Responsabilidad Civil

En la LORCPM de ley también establece la acción de indemnización de daños y perjuicios, dentro de su artículo 71 que prevé:

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

En la normativa ecuatoriana debido a una mala redacción podría que, para iniciar una acción de daños y perjuicios, previamente debe haber un pronunciamiento en firme de la autoridad de competencia que declare que hubo un daño al mercado atendiendo al modelo público.

Sin embargo, y pese a que la LORCPM dispone la sanción civil, da entender que se podrá acceder a esta vía desde la ejecutoria de la resolución que impuso la respectiva sanción, a pesar que dentro del código civil, el inicio juicio ordinario para el reconocimiento de los daños y perjuicios no requiere de prejudicialidad. (Alvear, 2015, pág. 81)

Po ello mi oponion al respecto es que la acción de daños y perjuicios debe y puede iniciarse ante su perpetuación en los limites del derecho civil.

1.3.4 Acción del Estado y Ayudas públicas:

La relevancia de este tema se origina en capacidad estatal, del control del mercado por su intervención, mediante los actos administrativos que tiene como finalidad el prevenir, regular o sancionar actos que atenten contra la competencia en el país; pero es importante referirse antes, al control y la responsabilidad del Estado en la emisión de los actos administrativos.

La acción del Estado es el acto del poder público y la LORCPM lo define en el artículo. 28 de la siguiente manera:

Acción del Estado.- Aplicación de restricciones.- Será admisible el establecimiento de restricciones a la competencia mediante resolución motivada de la Junta de Regulación, por razones de interés público.

Primero podemos referirnos la capacidad estatal de intervención que nace del *IUS IMPERIUM*; que trata sobre la distribución de poder; donde el Estado otorga competencias a los entes o órganos administrativos para que emitan, ejecuten o realicen hechos administrativos y actos jurídicos administrativos; estos generan efectos jurídicos, ya que con esto nacen, se extinguen u otorgan nuevos derechos.

Por ello, que debe tratarse la responsabilidad que tiene el Estado en la reparación de daños, es decir la responsabilidad civil que tiene el Estado cuando un acto administrativo genera algún efecto dañino para los operadores del mercado.

Uno de los temas más importantes a tratar Acción del Estado como acto de poder público es que en la LORCPM nunca se toma como norma supletorio al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, (que de ahora en adelante se lo denominará ERJAFE), define en su artículo 65 al acto

administrativo: “Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”. (ERJAFE, 2002, art. 65)

Partiendo de esta definición realizada por la legislación nacional, se puede señalar la intervención del Estado a través del que el acto administrativo que establecimiento de restricciones a la competencia mediante resolución motivada de la Junta de Regulación; es una declaración de un acto que emana de una autoridad pública en cumplimiento de sus funciones.

La base de este estudio no se centra en la ilegalidad de las actuaciones de la autoridad pública en la emisión de los actos administrativos, más bien debe enfocarse en evaluar las consecuencias de los actos y su influencia de la normativa, porque el control excesivo puede generar barreras en el desarrollo del mercado, creando también una afectación no solo para los operadores económicos, sino también a la riqueza y el empleo en el Ecuador.

La finalidad de hacer un análisis de los actos administrativos, en el presente caso respecto de los actos estatales que atenten contra el mercado, es iniciar el estudio desde la perspectiva del derecho de competencia, donde es importante referirse a la capacidad que tiene el Estado, de controlar el mercado, y al mismo tiempo, tener una responsabilidad de los actos administrativos realizados por él, convirtiéndose en una capacidad de tutelar por sí mismo estas situaciones jurídicas.

Al hablar de un acto administrativo unilateral; es decir señalar que se trata de un acto realizado por un funcionario, órgano o entidad pública en el ejercicio de sus funciones, mediante el cual el Estado, ejecuta actos jurídicos que crean o extinguen derechos de los operadores del mercado sin el consentimiento o consenso de ninguna otra parte.

La emisión de actos administrativos, tienen por finalidad crear situaciones jurídicas en diferentes circunstancias, la primera que es que el acto administrativo crea una situación jurídica general; es decir tiene efectos generales y rige para un orden social; de esta forma podemos decir, que la emisión de estos actos jurídicos regulan y controlan, basándose en el manejo estatal, evidentemente enfocado en el ámbito económico y comercial, pues es el tema de estudio tratado; también el acto administrativo regula una situación individual; es decir, actos que regulan un solo comportamiento o a un solo individuo; creando así actos administrativos directos que crean modifican o extinguen una situación jurídica en especial; el tercer tipo de acto administrativo, que partiendo de un caso individual, origina una situación jurídica general, y finalmente, el cuarto tipo de acto administrativo es aquel que desde una situación general deriva a una situación jurídica individual.

Partiendo de esta breve clasificación, se puede analizar que el acto administrativo (acto jurídico) o acto de gobierno, puede tener incidencia en el Derecho de competencia, ya que existe una correlación desde la emisión del acto con la creación de norma.

Partiendo de la afectación que se puede generar con la emisión de un acto administrativo; nos referimos a que no existe la regulación para evaluar el impacto de un acto del poder público, que podría considerarse como una limitación a la libre empresa, creando conflictos que da lugar a la lucha competitiva en mismo, o a su vez una intervención para un generar perjuicio por parte del Estado.

Con la intervención del Estado mediante la emisión de los actos administrativos, pretende la protección de los derechos de competencia de los operadores económicos, a través del *IUS IMPERIUM*, potestad estatal que consiste en la intervención con el objeto de crear un justo equilibrio entre la ciudadanía y la libre empresa; aunque no se ha considerado, que estos mismos actos realizados por el Estado en ejercicio de su actividad reguladora, lejos de contribuir a su fin, crean barreras burocráticas que pongan en riesgo la

permanencia de un operador económico en el país, lo cual evidentemente, afecta a la libre competencia y se transforma en un abuso para la posición de dominio de un determinado operador económico.

Una vez que se ha hecho referencia al control estatal, es necesario hablar de la responsabilidad de ese acto; es decir, debe generar una certeza de un principio de seguridad jurídica en los actos administrativos y otras actuaciones realizadas por el Estado; como se refiere Dromi, la potestad administrativa de la ejecución de un acto administrativo, debe estar sujeto a control, antes durante y después de la emisión del mismo; es decir, actuar con frenos, límites y controles de las actividades administrativas, ya que esta es una actividad estatal jurídica que establece una relación y una forma jurídica para los administrados. (Dromi, 2009, pág. 256) La seguridad jurídica; nace con la finalidad de crear y promover una productividad social conjunta basada en el principio de crear un bien común.

Desde la perspectiva del derecho de competencia, los participantes del Mercado, llamados operadores económicos o de comercio, son los principales afectados por los actos administrativos y otros actos del poder público realizadas por el Estado, que carezcan de una certeza y seguridad jurídica general, a las que se podría denominar como “barreras burocráticas” o “barreras estatales” en el mercado en las competencias económicas. Dromi, señala que los actos pueden crear limitaciones jurídicas que se crean en los derechos subjetivos de los administrados, en este caso de los operadores económicos, misma actividad que es propia y de la función administrativa. (Dromi, 2009, pág. 256)

En conclusión, los actos administrativos también pueden generar un impacto en el mercado, ya el objetivo de las leyes de competencia es regular los comportamientos de las empresas públicas y privadas; con esto, el Estado tiene la facultad de emitir actos administrativos con la finalidad de crear un entorno competitivo en el mercado; de tal manera, que es necesario crear una

regulación que opere al momento de expedir actos administrativos que pueda evaluar los efectos de estos actos, y si determina que estos son negativos, a los que se podría llamar como barreras burocráticas, intervenga de tal forma que evite un impacto en los operadores económicos, en el mercado, y que contribuya al ejercicio adecuado del derecho de competencia.

Es necesario precisar que de todos los actos públicos que pueden afectar de manera negativa el mercado, son las denominadas ayudas públicas las que pueden influir directamente en un mercado nacional o internacional, pues constituyen una intervención directa del Estado a favor de un determinado sector u operador económico.

Las ayudas públicas como lo define el artículo 29.- Se podrán otorgar ayudas por el Estado o mediante la utilización de recursos públicos, por el tiempo que fuere necesario, por razones de interés social o público, o en beneficio de los consumidores. Actos administrativos que son por lo tanto, una excepción a las reglas de libertad de competencia y a los límites de la misma. (LORCPM, 2011, art.29)

Evidentemente las ayudas públicas tienen una finalidad, que en primer lugar resulta bastante positiva, pues el Estado solo puede recurrir a estas cuando generen un beneficio importante para las personas o para los fines del Estado; sin embargo, sino se realiza de forma equitativa el control sobre éstas, tal y como lo dispone el artículo 33, de la LORCPM, mediante la cual ordena a las instituciones y empresas públicas órganos de control, empresas públicas, de economía mixta, entidades públicas, gobiernos autónomos descentralizados, dentro de su potestad normativa, respecto de su contratación y de las prestaciones de servicios públicos realizadas en mercados relevantes de libre competencia, respetarán y aplicarán los principios, derechos y obligaciones consagrados en la presente Ley. (LORCPM, 2011, art.33)

Al respecto de este hecho, el tratadista Jesús Soto Pineda (2014) señala:

“Las ayudas públicas están en capacidad, al igual que otros comportamientos de carácter estatal, de distorsionar el marco competitivo, complicar el panorama de inversión y promover un sistema de inseguridad jurídica. En virtud de aquellas, es más que probable, tal y como muestran los precedentes, que se conciba y fortalezca, sea cual sea el entorno, un contexto de contradicción entre la normativa de libre competencia y las políticas o normas engendradas en el seno de un Estado para dinamizar la actividad económica o la proyección de las empresas con mayor identidad en su emplazamiento.” (pág. 320)

Según lo explica el tratadista, las ayudas públicas, que constituyen evidentemente una forma de comportamiento estatal; en ocasiones, lejos de su finalidad, podrían distorsionar el marco competitivo de un determinado mercado, ante lo cual hay un riesgo; pues las ayudas públicas son contradictorias a las normas de la libertad de competencia. Así mismo, en el caso de que un determinado Estado tenga un tratado de libre de comercio, o una zona comercial de libre mercado, las ayudas públicas podrían tener un impacto supranacional; señala el referido autor:

“En un panorama económico como el actual, cada vez más marcado por la globalización económica, es posible que los efectos nocivos generados por un Estado mediante el otorgamiento de ayudas públicas, no solo afecten los mercados domésticos¹³ o supranacionales en casos excepcionales como el de la comunidad europea¹⁴, sino que también se extiendan hacia el exterior, impactando las economías de los socios comerciales del país otorgante de las ayudas, cuando existan vínculos formales suficientemente profundos, gestados, por ejemplo, por un Tratado de Libre Comercio.” (Soto, 2014, pág. 321)

Las ayudas públicas, también se encuentran contempladas dentro de la legislación ecuatoriana como una posibilidad de actuación del Estado ecuatoriano.

CAPÍTULO II:

El Abuso de posición de dominio y la ayuda pública en la legislación comparada

2.1 Derecho de competencia en la legislación peruana

La legislación peruana inicio la regulación de la normativa de libre competencia a partir del año 1991 con el Decreto Legislativo N° 701, reformando de forma integral con el Decreto Legislativo Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas decreto legislativo N° 1034 de 20 de diciembre de 2007, que tiene por objetivo regular las prácticas monopólicas y restrictivas de la libertad de competencia; para ello, el propósito fundamental de la norma consistía en eliminar toda práctica de monopolio controladora y restrictiva en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios; además buscaba incentivar el desarrollo de todos los sectores comerciales y promover la libre iniciativa privada, con lo cual se lograba el mayor beneficio de los usuarios y consumidores. (Gonzalo Ruiz, 2008)

A decir de varios analistas económicos, la promulgación de esta norma, coincidió con una serie de cambios estructurales de las políticas económicas y de mercados realizados en Perú, mismas que se consolidaron con la promulgación de la Constitución Política de Perú en 1993, en cuyos artículos 58, 59, 60, 61, y 63, se consagra los presupuestos esenciales para el desarrollo del Derecho de la Competencia en éste país.

El Título III de la Constitución Peruana trata acerca del Régimen económico; y el Capítulo primero de este título, acerca de los principios generales; es así que dentro del artículo 58 se dispone que la economía es “social de mercado”; dispone la norma:

“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud,

educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”. (Constitución Política de Perú, 1993, art. 58)

Como explica Konrad-Adenauer-Stiftung, la economía social de mercado, promueve una regulación del mismo, basada en la promover la corrección de los desequilibrios sociales, compensando los desbalances del sistema económico, para lo cual prioriza la inversión de recursos en las denominadas “áreas o sectores estratégicos”; pese a ello, no se trata de un modelo intervencionista, pues promueve la libertad comercial y la descentralización de la economía. (Konrad Adenauer Stiftung, 2015, pág. 107)

Esta libertad de mercado se puede constatar en el artículo 59 de la Constitución Política del Perú, que trata acerca del rol económico que tiene el Estado; dispone la norma:

“El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”. (Constitución Política de Perú, 1993, art. 59)

En concordancia con el modelo económico social de mercado, la Carta Política del Perú determina la libertad empresarial, comercial, industrial y de trabajo; siempre y cuando estas libertades no afecten ni menoscaben a otros derechos fundamentales, y además contribuyan a lograr la superación de las desigualdades de otros sectores.

El artículo 60 de la norma suprema peruana, prescribe un importante principio: el del pluralismo económico:

“El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal”. (Constitución Política de Perú, 1993, art. 60)

Como dispone la norma, el Estado peruano reconoce la coexistencia de las distintas formas de empresas y de propiedades económicas; y al mismo tiempo manda, que únicamente cuando se haya autorizado mediante ley expresa, el Estado podrá realizar, de manera subsidiaria, actividad empresarial, y que además debe existir “alto interés público” para la nación. En este caso, la actividad empresarial pública, recibirá el mismo tratamiento legal, y se someterá al mismo régimen normativo que la actividad empresarial privada, con lo cual se garantiza la libertad de competencia y no se promueve una ventaja competitiva a favor del Estado.

El artículo 61 de la Carta Política del Perú versa exclusivamente de la libre competencia, disponiendo:

“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”. (Constitución Política de Perú, 1993, art. 61)

El primer inciso de la referida norma dispone como un deber del Estado: vigilar y facilitar la libre competencia; por consiguiente, son deberes del mismo Estado, combatir cualquier práctica que limite la libertad de competencia, permita el abuso de posesiones dominantes o establezca monopolios; para lograr este fin, ninguna normativa ni acuerdo, podrá autorizar ni establecer la creación de monopolios; tampoco los medios de comunicación social, empresas, o bienes y servicios relacionados con estas, podrán ser objeto de exclusividad, ya sea por parte de particulares o inclusive por parte del Estado.

El artículo 62 de la norma suprema peruana, trata acerca de la libertad de contratar, disponiendo que “los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”, y que se podrá pactar de acuerdo con las normas vigentes al tiempo de celebrar estos instrumentos.

Finalmente, el artículo 63 de esta Carta Política determina la inversión nacional y extranjera:

“La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas”. (Constitución Política de Perú, 1993, art. 63)

La norma citada señala la igualdad de condiciones que tendrán las empresas extranjeras que inviertan en el país, y la facultad que tendrá el Estado peruano en adoptar medidas proteccionistas, en el caso que las empresas adopten medidas que perjudiquen el interés general del país; en el inciso segundo de esta norma además se dispone al sometimiento a la jurisdicción peruana en todo contrato del Estado con extranjeros y la renuncia a toda reclamación diplomática en estos asuntos; mientras que en el inciso final se dispone la

prohibición de someter las controversias derivadas a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor, y al mismo tiempo autoriza someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma prevista en la ley.

En cuanto a los organismos encargados de la libre competencia en Perú están:

- **Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la propiedad Intelectual (INDECOPI).**- Fue creado mediante la Ley n° 25.868 de 1992, que es un “órgano colegiado, con personería jurídica, dotado de autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa”. Este organismo tiene varias funciones relacionadas con el derecho de la competencia, propiedad intelectual, defensa del consumidor, competencia desleal, acceso y salida del mercado, entre otras.
- **Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOP.**- Es un organismo de naturaleza administrativa que pertenece a INDECOPI; posee autonomía técnica y administrativa y se encarga de velar por el cumplimiento de la normativa de la libre competencia, principalmente del Sus principales funciones son dos: dictar opinión en los procedimientos por infracciones al marco legal y realizar indagaciones e investigaciones, ya sea de oficio o por el mérito de una denuncia, utilizando para ello las facultades y competencias que tienen las Comisiones de INDECOPI. Conforme al artículo n° 15 del Decreto Legislativo N° 1034.
- **Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.**- realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas y que emite opinión sobre la existencia de la conducta infractora.
- **Secretaría Técnica (ST).**- La Comisión de Libre Competencia cumple sus funciones apoyada por una Secretaría Técnica, que es la primera instancia y órgano ejecutivo de la Comisión de Libre Competencia. Tiene

facultad para tramitar denuncias de parte o iniciar investigaciones de oficio con el objeto de determinar la existencia de prácticas restrictivas. Adicionalmente existe un Tribunal, que es el órgano encargado de revisar en segunda instancia los fallos. Conforme al artículo n° 15 del Decreto Legislativo N° 1034.

2.1.1 Abuso de posición de dominio

Del mismo modo, en el caso peruano, la institución del abuso del derecho, que es una exteriorización del abuso de posición de dominio, pues también en esta legislación, el abuso del derecho abarca no solamente el derecho civil, sino la materia de competencia.

La legislación peruana, ha contemplado la protección en contra del abuso del derecho como un principio constitucional; así el inciso segundo del artículo 103 de la Constitución Política del Perú prescribe: “La Constitución no ampara el abuso del derecho.” Esto sin duda refleja la amplitud que tiene el abuso del derecho en otras materias distintas al derecho civil.

El tratadista Peruano Carlos Fernández (1999), respecto del abuso del derecho en Perú señala:

“(…) el fenómeno jurídico conocido como “abuso de derecho” consiste en una conducta que, sustentándose en un derecho subjetivo, se convierte en antisocial al trasgredir en su ejercicio, o a través de su omisión, un genérico deber jurídico que cristaliza el valor solidaridad. Ello origina un específico sui generis acto ilícito que no es materia de la responsabilidad civil. Lo antisocial es lo “irregular”, lo “anormal”, es decir, contrario a la solidaridad y, por ende, de la moral social. (pág. 163)

Como señala el autor, el abuso de derecho no solo compete al campo civil del derecho; prueba de este hecho, es que la misma Constitución lo reconoce como un principio; sin embargo, en la legislación peruana, esta institución en

encuentra regulada dentro del Código Civil en su título preliminar y en el Código de Procedimiento Civil.

El artículo segundo del Código Civil peruano dispone “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”; mientras que el artículo 685 del Código Procesal Civil señala “Cuando la demanda versa sobre el ejercicio abusivo de un derecho, puede el Juez dictar las medidas indispensables para evitar la consumación de un perjuicio irreparable”

Con estos antecedentes, es necesario señalar que el marco legal peruano que trata acerca del abuso de la posición de dominio, se encuentra tanto en la Constitución Política del Perú, en el artículo 61 que dispone que el Estado “Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas”; así como de manera específica en la denominada “Ley 701” de 1999, misma que fue modificada por el Decreto Ley 25868 de 1992, por el Decreto Legislativo 26004 en el mismo año, por el Decreto Legislativo 788 de 1994; y finalmente por el Decreto Legislativo 807 de 1996, reformando de forma integral con el Decreto Legislativo Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas decreto legislativo N° 1034 de 20 de diciembre de 2007.

La legislación peruana ha prohibido a los operadores económicos, aquellos actos y conductas que constituyan un abuso de la posición de dominio en el mercado, o de manera general, aquellas acciones que restrinjan o distorsionen el derecho de la libre competencia.

De conformidad con esta primera disposición, el Título II de esta norma señala las “De la posición de dominio en el mercado” existentes para los operadores económicos, para lo cual el artículo 7 prevé:

“7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato” (Ley 1034, 2007, art.2).

La legislación peruana, en el artículo 4, señala una definición de la posición de dominio, en la cual dispone además, las varias circunstancias en las cuales existe una posición dominante por parte del operador económico; estas son resumidas por el autor peruano Juan Francisco Rojas (2010) en los siguientes términos:

“Podría señalarse de manera general que el artículo 4º del Decreto Legislativo N° 701 hace un buen trabajo al intentar definir la posición de dominio. La describe como una situación en la que el agente económico actúa con poder absoluto (“independencia”), afecta a los demás involucrados en el proceso competitivo, entendiéndolo por ellos a una gama amplia de sujetos vinculados al agente económico (“competidores, consumidores, clientes o proveedores”), y tal situación sólo es posible gracias a factores que no desnaturalizan los procesos de mercado y que pueden obedecer a una variada manifestación de hechos relacionados con el mercado (“participación de mercado, características de la oferta, innovación tecnológica, costos hundidos, entre otros”).” (pág. 94)

En el artículo 7 de esta misma norma, se han expuesto cuáles son los casos en los cuales existe abuso de posición de dominio; eso sí aclara el literal final, que además de los casos enumerados, serán también considerados como actos de abuso de posición de dominio en el mercado, aquellos actos que produzcan los mismos efectos que los descritos en la norma; dispone el artículo séptimo:

a) Una participación significativa en el mercado relevante..

- b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

Los casos expuestos en la legislación peruana son la negativa de compra y venta de bienes y servicios, la discriminación de precios, condiciones o modalidades y la venta condicionada o atada; además deja a salvo La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita.

Juan Francisco Rojas (2010) señala que, en Perú se sancionan, tanto las conductas exclusorias como explotativas del abuso de dominio, señalando la diferencia existente entre las mismas desde el punto de vista doctrinario, en los siguientes términos:

“De manera previa, conviene advertir que la doctrina conoce como conducta exclusoria a aquella desarrollada abusivamente por un agente económico con el propósito de evitar la entrada de potenciales entrantes al mercado o eliminar a los que todavía pudieran existir. Por el contrario, la conducta explotativa es la que desarrolla el agente económico en la situación descrita para beneficiarse en exceso de los consumidores a quienes somete a precios excesivos, productos de escasa calidad, discriminación, o coacción de su libertad de elección obligándolos a comprar bienes accesorios al que realmente necesitan.” (pág. 97)

2.1.2 Ayudas públicas

Es necesario precisar, que dentro de la legislación peruana no se encuentra normadas las ayudas públicas, por lo tanto este tema se lo abordara desde la validez del acto administrativo ya que la Ley 27444 de este país, ha previsto un control general de todos los actos administrativos cuyos efectos pudieran tener un impacto en el mercado.

La Ley 27444 del Perú, o Ley del Procedimiento Administrativo General, en su artículo primero señala la definición del acto administrativo:

“Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”. (Ley 27444, 2004, art. 1).

En esta definición de la normativa peruana, se pueden evidenciar los elementos del acto administrativo, pues señala que son declaraciones de las entidades, que deben ser realizadas en el marco de las normas de derecho público, es decir, realizadas bajo el ejercicio del cumplimiento de la potestad administrativa, cuyos efectos jurídicos recaen directamente sobre los intereses, las obligaciones y los derechos de los administrados dentro de una situación determinada.

El artículo 3 de esta misma norma, señala cuales son los requisitos para que el acto administrativo sea considerado como válido.

“1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

3. Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación”. (Ley 27444, 2004, art. 3).

La legislación peruana ha dispuesto cinco elementos para la validez del acto administrativo, entre los que se encuentra la competencia de la autoridad que ejerce el acto administrativo, pues solo en ejercicio de su función correspondiente dicho acto tendrá validez; además deberá tener un objeto claro, de tal manera que sus efectos jurídicos puedan determinarse sin lugar a la equivocación; deberá tener una finalidad pública, adecuada con el interés público y de acuerdo con el marco normativo pertinente; deberá ser motivado conforme a la normativa vigente; y deberá ser emitido mediante el procedimiento administrativo respectivo.

2.1.3 Formas de regulación de los actos administrativos que afectan el mercado en la legislación peruana

La legislación peruana ha previsto mecanismos jurídicos eficaces que tienen por objeto la regulación de los actos públicos realizados por el Estado, que tengan algún impacto en el mercado.

En primer lugar debe determinarse, que según lo expresa el mandato constitucional peruano, “sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”, lo cual implica una restricción para la realización de actividades empresariales por parte del Estado; además el mismo artículo 60 de la Carta Política peruana dispone que “La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal”, lo cual determina una igualdad en el trato, tanto para las empresas privadas, como para el Estado en ejercicio de esta potestad excepcional.

Esta misma consideración, se la puede contemplar en el artículo segundo de la Ley 1034, que al respecto del ámbito de aplicación prevé:

“2.1. La presente Ley se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad. Se aplica también a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.”. (Ley 1034, 2007, art.2)

Cabe recordar que el objeto de la Ley es “prohibir y sancionar las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores”; por lo tanto, al determinar la

ley que se aplicará la norma tanto en personas de derecho privado, como de derecho público, cuando el Estado, actúe de manera excepcional y subsidiaria, como operador económico, deberá someterse a la normativa contemplada en el decreto legislativo N° 1034, pudiendo ser sancionado en caso de que sus acciones provoquen un abuso de posición de dominio en el mercado.

Por otra parte, en cuanto a los actos administrativos que pudieran constituirse en barreras burocráticas en el mercado, o pudieran afectar a los operadores del mercado, y consiguientemente, a los consumidores y usuarios, la Ley del Procedimiento Administrativo General señala en su artículo 48, referente al cumplimiento de las normas:

“La Presidencia del Consejo de Ministros tendrá a su cargo garantizar el cumplimiento de las normas establecidas en el presente capítulo en todas las entidades de la administración pública, sin perjuicio de las facultades atribuidas a la Comisión de Acceso al Mercado del Instituto Nacional de la Competencia y Defensa de la Propiedad Intelectual, en el Artículo 26 BIS del Decreto Ley N° 25868 y en el Artículo 61 del Decreto Legislativo N° 776 para conocer y resolver denuncias que los ciudadanos o agentes económicos le formulen sobre el tema. Sin embargo, cuando en un asunto de competencia de la Comisión de Acceso al Mercado, la presunta barrera burocrática ha sido establecida por un decreto supremo o resolución ministerial, el INDECOPI elevará un informe a la Presidencia del Consejo de Ministros para su elevación al Consejo de Ministros, el cual deberá necesariamente resolver lo planteado en el plazo de 30 (treinta) días. Igual caso se aplicará cuando la presunta barrera burocrática se encuentre establecida en una Ordenanza Municipal, debiendo elevar, en este caso, el informe al Concejo Municipal, para que resuelva legalmente en el plazo de 30 (treinta) días.” (Ley 27444, 2004, art. 48).

Las barreras burocráticas pueden ser legales o ilegales. Las ilegales las limitaciones o las exigencias impuestas a la libre empresa por parte del Estado, con el objeto o finalidad, que de ella se deriven, sean contrarias a las prácticas y principios de orden lógico, razonable y proporcional, que deben regirán el marco de una Economía Social de Mercado. Las barreras burocráticas legales es cuando existe una limitación interpuesta por el estado en el uso y atribución de si capacidad de intervención en el mercado que garantizan el libre funcionamiento del mismo. (Raul Minguez, 2011)

Según dispone la norma, la Presidencia del Consejo de Ministros tendrá a su cargo garantizar el cumplimiento de las normas establecidas por las entidades de la administración pública; sin embargo, se exceptúan aquellos actos que pudieran establecer presuntas barreras burocráticas, en cuyo caso la competencia la tendrá la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI.

La norma prevé como excepción, a aquellas presuntas barreras económicas que hayan sido establecidas mediante decreto supremo o resolución ministerial, en cuyo caso, el INDECOPI deberá elevar un informe a la Presidencia del Consejo de Ministros, que a su vez, elevará la misma al Consejo de Ministros, que tendrá el plazo de 30 días para resolver.

En el caso de las presuntas barreras económicas establecidas mediante Ordenanza Municipal, se actuará de igual forma, aunque en este caso la institución a la que deberá elevarse el informe será el Concejo Municipal que resolverá dentro del mismo plazo de 30 días.

Como se dispone en la Ley del Procedimiento Administrativo General, la competencia que tiene la Comisión de Acceso al Mercado, se halla prevista en el “artículo 26 BIS”, del Decreto Ley N° 25868 o Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), que dispone:

“La Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N°s. 283, 668, 757, el Artículo 61 del Decreto Legislativo N° 776 y la Ley N° 25035, en especial los principios generales de simplificación administrativa contenidos en su Artículo 2, así como las normas reglamentarias pertinentes. Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades.

La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo. La Comisión podrá imponer sanciones y multas al funcionario o funcionarios que impongan la barrera burocrática declarada ilegal, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y la formulación de la denuncia penal correspondiente, de ser el caso. La escala de sanciones es la siguiente: falta leve con sanción de amonestación; falta grave con multa de hasta dos (2) UIT y falta muy grave con multa de hasta cinco (5) UIT.

En caso que la presunta barrera burocrática haya sido establecida en un Decreto Supremo o Resolución Ministerial, la Comisión no podrá ordenar su derogatoria o implicación ni imponer sanciones. En tal supuesto el pronunciamiento de la Comisión se realizará a través de un informe que será elevado a la Presidencia del Consejo de Ministros para ser puesto en conocimiento del Consejo de Ministros a fin de que éste adopte las medidas que correspondan. Lo dispuesto en el párrafo que antecede también será de aplicación a la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales a que se refiere el artículo anterior.” (Decreto Ley N° 25868, 2005, art. 26 BIS)

La primera parte de este artículo dispone, la competencia del organismo para poder conocer las actuaciones administrativas de la administración pública que que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, y al mismo tiempo dispone la prohibición de que otra institución asuma tales funciones.

En una segunda parte se prevé que la Comisión podrá eliminar estas barreras burocráticas mediante resolución, así como podrá establecer sanciones para el o los funcionarios que hayan impuesto tales barreras, sin perjuicio de las acciones penales correspondientes.

La última parte de esta norma prescribe la excepción antes mencionada, de cuando la Comisión deberá elevar a consulta a otros organismos para que resuelvan en el término pertinente.

La norma señala que la Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de todas las entidades de la Administración Pública, inclusive las del ámbito municipal o regional, por lo cual el Estado peruano ha previsto la sanción de las Municipalidades que mediante tasa o contribución limiten el libre acceso al mercado, dentro del artículo 61 del “Decreto Legislativo 771” o Ley de Tributación Municipal:

“Las Municipalidades no podrán imponer ningún tipo de tasa o contribución que grave la entrada, salida o tránsito de personas, bienes, mercadería, productos y animales en el territorio nacional o que limiten el libre acceso al mercado. En virtud de lo establecido por el párrafo precedente, no es permitido el cobro por pesaje; fumigación; o el cargo al usuario por el uso de vías, puentes y obras de infraestructura; ni ninguna otra carga que impida el libre acceso a los mercados y la libre comercialización en el territorio nacional. El incumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo genera responsabilidad administrativa y

penal en el Director de Rentas o quien haga sus veces. Las personas que se consideren afectadas por tributos municipales que contravengan lo dispuesto en el presente artículo podrán recurrir al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) y al Ministerio Público.” (Decreto Legislativo 771, 2012, art. 61)

En conclusión y en comparación con la legislación ecuatoriana en lo referente a las regulaciones sobre el abuso de derecho y las ayudas públicas; la legislación peruana abarca el abuso de derecho desde la legislación civil y en lo referente al abuso de posición de domino se encuentra regulado tanto en la Constitución Política del Perú, en el artículo 61; así como de manera específica en la denominada Decreto Legislativo Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas decreto legislativo N° 1034.

Es necesario precisar, que dentro de la legislación peruana no ha tratado la posibilidad de que el Estado pueda intervenir mediante ayudas públicas, por lo que la legislación de este país, ha previsto un control general de todos los actos administrativos cuyos efectos pudieran tener un impacto en el mercado; a diferencia del modelo ecuatoriano, constituyen una forma a través de la cual el Estado puede intervenir en favor del interés público con la finalidad de restablecer las condiciones de la libre competencia, por tal motivo el control de la actuación del Estado, debe realizarse sobre estas ayudas, con la finalidad de que no afecten el mercado.

2.2 Derecho de competencia en la legislación colombiana

La legislación colombiana inició la regulación del derecho de competencia a nivel constitucional en el año de 1991, como antecedente histórico a esta declaración se puede mencionar la Ley 155 de 1959, el Decreto 1302 de 1964; y posteriormente a esta fecha, el Decreto 2153 de 1992, la misma que tubo importantes correcciones de la ley de competencia Ley 1340/09, y la aprobada por el congreso en junio de 2009. (Centro de Libre Competencia, 2009)

Dentro del marco Constitucional, el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia reconoce el derecho de libre competencia al disponer que:

“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 88)

La Carta Política colombiana reconoce entre otros derechos, el derecho a libre competencia económica, mismo que es desarrollado de una manera más amplia en el artículo 333 que prevé:

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 333)

La Constitución colombiana dispone la libertad de las actividades económicas y de iniciativa privada de la empresa como operador económico; eso sí señala que el único límite de esta libertad será el bien común; la norma además prevé que no se podrán exigir requisitos o permisos que no estén autorizados en la ley.

El inciso segundo de la norma, dispone el doble carácter de la libertad de competencia; primero como un derecho favorable a todos; pero al mismo tiempo señala, que este derecho conlleva responsabilidades que de igual forma se aplica para todas las personas e inclusive para el propio Estado; de esta forma al igual que el Estado ecuatoriano crea una limitación a los derechos absolutos volviéndolos relativos cuando busca delimitar el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Estas obligaciones son dispuestas en el inciso siguiente, que prescribe en primer lugar, que la empresa es la base del desarrollo económico; pero al mismo tiempo, tiene una función social que debe cumplir, por lo cual tiene obligaciones. En este contexto, el Estado adquiere la obligación fortalecer a las organizaciones solidarias y al mismo tiempo, estimular el desarrollo empresarial.

Otra obligación que adquiere el Estado colombiano, es cumplir con el mandato legal de libertad de competencia; por lo tanto, deberá impedir y sancionar aquellas acciones que impidan, obstruyan o restrinjan la libertad económica, controlando los abusos que realicen las personas o empresas con el objeto de obtener una posición dominante en el mercado nacional.

El inciso final del referido artículo, en concordancia con lo dispuesto en el primer inciso, dispone la potestad que tiene el Estado de delimitar el alcance de la libertad económica, cuando lo exija la necesidad económica, el cuidado del

ambiente, o el patrimonio cultural de la Nación, únicamente en estos casos, se podrá restringir el derecho de competencia.

Al respecto de la delimitación de la libertad económica, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia señala:

“Esta consagración busca que los consumidores puedan acceder libremente a los productos y servicios del mercado contando con mayor variedad, calidad y de precios adecuados. La Constitución determina que es el Estado el encargado de regular mediante ley los casos que puedan generar limitación de la competencia y el abuso de la posición dominante. Los límites a la actividad económica y a la iniciativa privada que la Carta Política consagra son: la ley y el bien común. No se permite que el gobierno interfiera en el funcionamiento de la economía sin autorización legal”. (Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 2015)

En cuanto a los organismos encargados de la regulación de la libre competencia en Colombia están:

- **Superintendencia de Industria y Comercio (SIC).**- Mediante la emisión del Decreto n° 2153 del año 1992, se determinó que la SIC es la institución encargada de vigilar el cumplimiento de las normas de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, según se establece en el portal oficial del organismo: “La SIC es un organismo de carácter técnico, cuya actividad está orientada a fortalecer los procesos de desarrollo empresarial y los niveles de satisfacción del consumidor colombiano.” (Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 2015)

Para cumplir con este propósito, el organismo posee la facultad de adelantar investigaciones e imponer las sanciones correspondientes por el incumplimiento de las normas. Además la SIC, se encuentra adscrito

al Ministerio de Desarrollo Económico de Colombia, por lo que goza de autonomía administrativa, financiera y presupuestal.

Sus principales funciones consisten en: “vigilar el cumplimiento de la ley; investigar las infracciones a la normatividad; servir como órgano asesor al Gobierno para la formulación de políticas sobre el tema; y autorizar las concentraciones”. (Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 2015)

- **Órganos judiciales.-** En la legislación colombiana, existe la posibilidad de acudir a los órganos judiciales, mediante la jurisdicción ordinaria y la contenciosa administrativa. Las acciones más importantes, deducibles en materia de libre competencia, así como las respectivas autoridades que tienen facultada para conocerlas son:

“a. Consejo de Estado: conoce en única instancia de las acciones de nulidad de los actos administrativos de orden nacional expedidos por la SIC y de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía;

b. Tribunales Contenciosos Administrativos: es competente para conocer de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de actos administrativos que contengan cuantía. El acto administrativo expedido por la SIC, contendrá cuantía e impone multa; y

c. Jurisdicción Civil: Ante la jurisdicción ordinaria se reclama la indemnización de perjuicios, sin entrar analizar el carácter anticompetitivo del mismo, pues la declaración del acto como contrario a la libre competencia le corresponde a la SIC”. (Centro de Libre Competencia, 2009, pág. 3)

2.2.1 Abuso de posición de dominio

Al igual que la legislación peruana, la legislación de Colombia, contempla la institución del abuso del derecho de manera amplia, y la consagra como un derecho constitucional; así lo prescribe el artículo 95: “Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”

Al respecto del alcance jurídico del abuso del derecho en la legislación colombiana, los tratadistas Héctor Hernández Velasco y Orlando Pardo Martínez (2014) señalan:

“Con la Constitución de 1991(...) En forma expresa, el artículo 95 consagró el deber de toda persona de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; en ese artículo, como lo tiene sentado la jurisprudencia constitucional (...) El abuso del derecho frente al nuevo marco constitucional, ya no es un mero criterio auxiliar, sino que es una norma de aplicación directa, a la cual pueden recurrir los falladores como fuente para resolver las situaciones litigiosas.” (pág. 118)

Los mismos tratadistas explican que con este nuevo rol otorgado por la Constitución de 1991, el abuso del derecho dejó de ser un asunto enteramente civil, y que por lo tanto, puede afectar a otras áreas del derecho; así los referidos autores señalan:

“A la luz del nuevo marco constitucional imperante en Colombia desde 1991, la buena fe o el abuso del derecho han adquirido el rango de principios de orden constitucional, hecho que significa que en cualquier área del Derecho se deban tener en cuenta como normas vinculantes que irradian todo el ordenamiento jurídico del Estado.” (Hernández & Pardo, 2014, págs. 116-117)

En cuanto al abuso del derecho en materia de competencia, la jurisprudencia constitucional colombiana ha señalado que existe cuando hay una posición dominante; y que se encuentran en tal situación, “quienes tienen un lugar de privilegio en el tráfico de capitales, o en la prestación de bienes o servicios o dedicados a la contratación masiva y estandarizada, como por ejemplo, las empresas dedicadas a la actividad financiera, a la aseguradora y las prestadoras de servicios públicos”. (Corte Suprema de Justicia de Colombia. Octubre 19 de 1994, 1994).

El abuso de posición de dominio se encuentra prohibido por la propia Constitución Política de Colombia en el artículo 333 que en su parte pertinente dispone “El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”; y se desarrolla de manera amplia dentro del Decreto 2153 de 1992, que ha sufrido una serie de reformas importantes a lo largo del tiempo, y cuya principal objetivo fue reestructurar la Superintendencia de Industria y Comercio, así como determinar sus funciones, como se dispone en los primeros artículos de esta norma.

Respecto del abuso de posición de dominio, dentro del Capítulo V: “Disposiciones Complementarias” el artículo 44 señala la potestad que tiene la SIC para conocer y sancionar aquellos actos que constituyan como abuso de posición de dominio y otras prácticas que restrinjan el derecho de la libre competencia en estos términos:

“La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que

constituyan abuso de la posición dominante”. (Decreto 2153, 1992, art.44)

De manera complementaria, y para efectos de un mejor entendimiento del alcance de este artículo, se ha dispuesto seguidamente, dentro del artículo 45, algunas definiciones, entre las cuales se encuentra, una referente a la posición dominante en el mercado, así como otras definiciones afines al tema:

“Para cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:

1. Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertadas o conscientemente paralela entre dos o más empresas.
2. Acto: Todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica.
3. Conducta: Todo acto o acuerdo.
4. Control: La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.
5. Posición Dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.
6. Producto: Todo bien o servicio”. (Decreto 2153, 1992, art.44)

La legislación colombiana ha definido a la posición dominante, como aquella posibilidad que tiene un o varios operadores económicos de determinar de forma directa o indirecta las condiciones de un mercado. Respecto de la naturaleza jurídica de los operadores económicos, y en virtud de que la Carta Política de Colombia no dispone de manera clara respecto de la actuación del

Estado dentro del Mercado como un operador económico, el artículo 46 del Decreto 2153 prevé, que deberá regularse de igual forma a todos los operadores económicos, sin importar su naturaleza jurídica, pudiendo ser esta tanto pública como privada; dispone la referida norma:

“En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito.

Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico”. (Decreto 2153, 1992, art.46)

De forma más amplia, la legislación colombiana ha dispuesto 6 formas, o acciones mediante las cuales existe abuso de posición de dominio, que se hallan contempladas dentro del artículo 50 del referido Decreto 2153:

“Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente Decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.

2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.
3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.
4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.
5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.
6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización”. (Decreto 2153, 1992, art. 50)

Conforme a lo determinado por la legislación y la doctrina internacional, la legislación colombiana ha adoptado 6 formas de abuso de posición de dominio: la fijación de precios predatorios, la discriminación de precios, condiciones o modalidades, la venta condicionada o atada, la adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes, y el establecimiento de actos o conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores en el mercado.

2.2.2 Ayudas públicas

En la legislación colombiana, no se encuentran normadas las ayudas públicas y el alcance de las mismas; es así que abordaremos este tema desde la intervención estatal a través del acto administrativo que tenga influencia en el mercado.

La legislación colombiana no tiene una definición de acto administrativo dentro de su normativa jurídica; sin embargo, para compensar este vacío jurídico, la Corte Constitucional en sentencia número C-1436 del año 2000 señaló que:

“El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados”.

En esta definición realizada por la Corte Constitucional colombiana, se pueden evidenciar los elementos esenciales del acto administrativo en ese país; en primer lugar se ha dispuesto, que el acto administrativo es una manifestación de la voluntad de la administración; de allí se deduce que este sea realizado por una autoridad pública en ejercicio de sus funciones y que esta sea facultada para emitir tal acto.

La misma definición, además señala, que la consecuencia de la manifestación de esta voluntad, surten efectos jurídicos que crean, modifican o extinguen derechos de los administrados o en contra de los mismos, pues la distinción de un acto administrativo con otras actuaciones públicas sin duda son los efectos producidos por el mismo.

Finalmente dentro de esta jurisprudencia se ha determinado los presupuestos esenciales que debe tener el acto administrativo; siendo estos la sujeción al orden jurídico, es decir el presupuesto de legalidad, mediante el cual, el acto

debe haber sido realizado conforme a lo dispuesto en la ley, y por lo tanto se presume, que su contenido tampoco afecta o va en contra del orden jurídico establecido, y el respeto que debe guardar con los derechos y garantías otorgados a los administrados por la Constitución Política de Colombia.

La Corte Constitucional en sentencia (T-945/09), también señaló una definición de acto administrativo, aunque tomando como referente el concepto dado por el doctrinante Eduardo García Enterría, que define a este acto como: “La declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria.”

En este sentido debe tomarse el elemento adicional de la definición, que diferencia la naturaleza jurídica distinta que posee el acto administrativo, que es la expresión de la voluntad o de un determinado juicio de conocimiento de la administración, distinta a la potestad reglamentaria que tiene otra finalidad.

La Ley 489 de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional y cuyo objeto es “regular el ejercicio de la función administrativa”, determina la estructura y define los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración Pública”, según se dispone en su artículo primero; mientras que en el artículo segundo se ha prescrito, quienes forman parte de la administración pública; y por lo tanto, en ejercicio de tales funciones, pueden realizar actos públicos:

“Todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas.” (Ley 489, 1998, art. 1)

Además, dentro del artículo 4 de la misma norma, se señala cuáles son las finalidades de la administración pública, y por lo tanto, estos mismos fines deberán ser perseguidos al momento de emitir un acto administrativo: “La función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política”.

Dentro de la legislación colombiana no se ha previsto la existencia de ayudas públicas, pero Jesús Soto (2014), nos habla implementación en distintos momentos, pero principalmente cuando existe crisis financieras o cuando se pretenden dinamizar a determinados sectores económicos acerca del caso colombiano manifiesta:

“Tanto en tiempos de crisis como en los de crecimiento y desarrollo económico, es común que las entidades de carácter público o los Estados, por medio de los mencionados auxilios, tomen la decisión de impulsar la labor productiva de una empresa o un sector económico al completo, con el ánimo de dinamizar su actividad, multiplicar su productividad, así como de generar un entorno que favorezca y garantice su viabilidad y sostenibilidad en el mediano y largo plazo.” (pág. 323)

Según refiere el tratadista, las ayudas públicas se aplican, como en el caso de Ecuador, con una pretensión positiva por dinamizar determinado sector productivo en beneficio de la colectividad; sin embargo a criterio del mismo autor, no se pueden dejar de observar los posibles efectos que tendrán estas ayudas públicas, pues si su objetivo se desvirtúa afectarán de forma inevitable a otros operadores económicos, y con ello a los usuarios también; señala el referido autor:

“En ese orden de ideas, la relevancia de las ayudas públicas debe estar influenciada por su alcance, por su capacidad para falsear la competencia, así como por su idoneidad para impactar en los mercados.

Resulta esencial, por lo tanto, que con el auxilio estatal otorgado a una o varias empresas se genere un perjuicio o menoscabo, tangible, de suficiente visibilidad, que conlleve una consecuencia relevante para las normas antitrust, al generar desequilibrios competitivos, de carácter estructural, de acceso a nuevos competidores, etcétera.” (Soto, 2014, pág. 325)

En esta misma línea de pensamiento, el autor concluye que el éxito o afectación al mercado de las ayudas públicas dependerá, de una correcta regulación y control de las mismas, de tal modo que se minimice los efectos negativos que pudieran tener para el mercado local o internacional, pues en el caso colombiano, los tratados de libre comercio son un factor para que las ayudas públicas puedan influir en un mercado internacional; recomendación que se podría también observar para el caso ecuatoriano.

2.2.3 Formas de regulación de los actos administrativos que afectan el mercado en la legislación colombiana

La legislación colombiana ha previsto mecanismos para el control de aquellos actos que pudieren afectar al mercado de ese país; sin embargo, no se ha previsto un mecanismo específico o directo para el control de las barreras burocráticas, o actos del poder público que pudieren representar una limitación al derecho de libre competencia, incluido el abuso de una posición de dominio y la competencia desleal, a diferencia de la legislación peruana previamente analizada.

Así, el artículo 41 de la Ley 489 de 1998 de Colombia dispone que el control y evaluación general de las actividades de los organismos y entidades administrativas corresponde:

“Al Presidente de la República y en su respectivo nivel, a los ministros, los directores de departamento administrativo, los superintendentes, los gobernadores, los alcaldes y los representantes legales de las entidades

descentralizadas y sociedades de economía mixta de cualquier nivel administrativo". (Ley 489, 1998, art. 41)

Sin embargo la misma norma aclara, que existen ciertos organismos y entidades que poseen un régimen especial otorgado por la Constitución Política, los cuales se sujetarán a las disposiciones establecidas mediante las leyes específicas. Así también el artículo 48 de la misma ley dispone la creación especial de Comisiones de Regulación para las empresas públicas que participen como operadores económicos:

"Las comisiones que cree la ley para la regulación, de los servicios públicos domiciliarios mediante asignación de la propia ley o en virtud de delegación por parte del Presidente de la República, para promover y garantizar la competencia entre quienes los presten, se sujetarán en cuanto a su estructura, organización y funcionamiento a lo dispuesto en los correspondientes actos de creación". (Ley 489, 1998, art. 48)

En este sentido, para ejercer las funciones de control y supervisión, se ha facultado a las Superintendencias en su respectivo ámbito, así lo señala el artículo 66 de esta misma ley:

"Las superintendencias son organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones de inspección y vigilancia atribuidas por la ley o mediante delegación que haga el Presidente de la República previa autorización legal. (Ley 489, 1998, art. 66)

Para ejercicio del control de la libre competencia, abuso de posición de dominio, competencia desleal, se ha creado la Superintendencia de Industria y Comercio, cuyas funciones se encuentran dispuestas en el Decreto 2153 de 1992 en el artículo segundo, siendo las principales:

“1. Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

2. Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia.

3. Imponer sanciones a las empresas oficiales o privadas que presten los servicios públicos de telecomunicaciones, energía, agua potable, alcantarillado y aseo, cuando se atente contra los principios de libre competencia a solicitud de una de las Comisiones de Regulación de tales servicios, o cuando se incumplan las normas vigentes en materia tarifaria, facturación, medición, comercialización relaciones con el usuario”. (Decreto 2153, 1992, art. 2)

Siendo el SIC, el organismo pertinente a conocer los temas relacionados con el derecho de libre competencia, le corresponde adicionalmente a esta función, conocer las quejas o reclamos por hechos que pudieran contravenir esta libertad, e imponer las sanciones pertinentes tanto a empresas privadas como públicas, según lo establece el numeral segundo y tercero del referido artículo.

Esta potestad también se encuentra dispuesta por el artículo 46 del mismo Decreto que prevé la prohibición de conductas que afecten la libre competencia en los mercados, y que se aplicará “respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los

mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico”; lo cual incluye a la función pública.

En cuanto al control de los actos administrativos que pudieran afectar el mercado, de manera general, la Ley 489 en su artículo 81:

“Régimen de los actos y contratos. Los actos unilaterales que expidan los establecimientos públicos en ejercicio de funciones administrativas son actos administrativos y se sujetan a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo”. (Ley 489, 1998, art. 81)

En este sentido, como se ha señalado con anterioridad, existen distintas autoridades judiciales que regulan estas acciones. El Consejo de Estado conoce en única instancia de las acciones de nulidad de los actos administrativos de orden nacional y los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, ya que según dispone el artículo 111, numeral 5 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es facultad de este Consejo “Conocer de la nulidad por inconstitucionalidad que se promueva contra los decretos cuyo control no corresponda a la Corte Constitucional”.

En concordancia con esta disposición, el artículo 137 de la misma norma dispone:

“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.” (Ley 489, 1998, art. 137)

También se podrá solicitar la nulidad de actos administrativos ante los Tribunales Contenciosos Administrativos de primera instancia, pues tienen es competencia para conocer de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de actos administrativos que contengan cuantía; así lo dispone el artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

“Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

1. De los de nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden departamental, o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas de los citados órdenes.

3. De los de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controvertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y, sin atención a la cuantía, de los actos que se expidan en ejercicio del poder disciplinario asignado a los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, diferentes al Procurador General de la Nación”. (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2011, art. 152)

En conclusión y al comparar la legislación ecuatoriana en lo referente a las regulaciones sobre el abuso de derecho y las ayudas públicas la legislación colombiana abarca el abuso de derecho y en el abuso de posición de domino desde el marco constitucional. Limitando los derechos libre competencia al cumplimiento de fines específicos cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Es necesario precisar, que dentro de la legislación colombiana no ha tratado la posibilidad de que el Estado pueda intervenir mediante ayudas públicas, por lo que la legislación de este país, ha previsto un control general de todos los actos administrativos cuyos efectos pudieran tener un impacto en el mercado; a diferencia del modelo ecuatoriano, constituyen una forma a través de la cual el Estado puede intervenir en favor del interés público con la finalidad de restablecer las condiciones de la libre competencia, por tal motivo el control de la actuación del Estado, debe realizarse sobre estas ayudas, con la finalidad de que no afecten el mercado.

2.3 Derecho de competencia en la legislación chilena

La legislación chilena inició la regulación de la normativa de libre competencia a partir del año 1959, mediante la Ley 13305; a partir de 1973 se implementaron una serie de reformas institucionales que terminaron en la nueva ley de defensa de la competencia: el Decreto Ley 211 de 1973, en 1980 se aprobó el Decreto Ley 511 que modifica al anterior, posteriormente en el año 2003 y 2009 se produjeron reformas definitivas. (Centro de libre competencia UC, 2015)

En cuanto a la libre competencia en Chile, la primera diferencia sustancial con la legislación peruana y colombiana es que, pese a la antigüedad de la normativa sobre libertad de competencia en este país, no existe ningún precepto o referencia dentro del marco constitucional chileno que trate acerca de la libre competencia.

En este sentido, todo el marco jurídico relativo al mismo se halla previsto en las leyes de la materia. El artículo primero del Decreto Ley 211, que establece el objeto de la ley señala:

“La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados.

Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley”. (Decreto Ley 211, 1973, art. 1)

No cabe duda, que la legislación chilena es bastante general al señalar que el objetivo de la norma es simplemente la defensa de la libre competencia en los mercados, sin señalar el rol de la empresa o la iniciativa privada dentro de esta libertad; al respecto, el tratadista Felipe Irarrázabal (2010), Fiscal Nacional Económico señala:

“En el caso chileno, la defensa de la libre competencia tiene una marcada orientación hacia la eficiencia total en los mercados. Esto marca una diferencia con otros sistemas de defensa de competencia, que hacen expresa mención a la maximización del bienestar de los consumidores. En nuestro caso, la defensa de la libre competencia persigue alcanzar la máxima eficiencia, o lo que los economistas entienden como “el excedente total”. Entonces, su objeto, es promover que el ambiente sea el más adecuado para que los beneficios que los agentes económicos reciben del intercambio en una economía de libre mercado sean los máximos posibles”. (pág. 1)

Según lo expresado por el tratadista, el sistema chileno de defensa de competencia mantiene notables diferencias con las legislaciones anteriormente expuestas; pues está realizada sobre la maximización de la eficiencia, procurando que el ambiente sea el más adecuado para los operadores económicos, y no para los consumidores.

En este sentido existe otra notable diferencia, pues según lo expone el tratadista el modelo económico del país chileno sería de “libre mercado”, a diferencia del modelo social de mercado de Colombia y Perú; por lo cual no basa la intervención del Estado como regulador de las actividades económicas en los sectores prioritarios o estratégicos, tratando de corregir la desigualdad;

sino que permite la libertad comercial entre los operadores, interviniendo mediante su rol regular, y sancionado aquellas prácticas que restrinja la libertad de mercado

En cuanto a las autoridades encargadas de regular la libre competencia en Chile están:

- **Fiscalía Nacional Económica.-** “Es un servicio público, descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, encargado de velar por la libre competencia en los mercados. Su función principal es la de investigar todo hecho, acto o convención que tienda a impedir, eliminar, restringir o entorpecer la competencia económica en los mercados y, cuando sea procedente, someter el resultado de sus investigaciones al conocimiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a fin de que éste, en el ejercicio de sus atribuciones, adopte las medidas o sanciones adecuadas para evitar o reparar los efectos anticompetitivos de las conductas o hechos investigados”. (Fiscalía Nacional Económica, 2015)

Según lo dispone el Decreto Ley 211, son funciones de la Fiscalía Nacional Económica:

- “a. Realizar las investigaciones vinculadas a situaciones, hechos o actos que contravengan la legislación de defensa de la libre competencia, proponiendo al efecto las sanciones o medidas correctivas que procedan.
- b. Presentar requerimientos ante el TDLC en interés general de la colectividad, velando por la defensa de la competencia.
- c. Emitir informes que le solicite el TDLC en aquellos casos en que la FNE no es parte.

d. Actuar ante los Tribunales de Justicia en defensa de la libre competencia.

e. Velar por el cumplimiento de los fallos y resoluciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de los Tribunales de Justicia en las materias a las que se refiere el DL 211.” (Decreto Ley 211, 1973, art. 33)

- **Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.-** Fue creado por la ley nº 19.911, es un tribunal especial, colegiado, con competencia similar a una sala de la Corte de Apelaciones de Chile; pero se dedica exclusivamente a materias de competencia. Su principal función es prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia; y está sujeta a la superintendencia correctiva, direccional y económica de la Corte Suprema de Justicia de Chile.

Según lo dispone el Decreto Ley 211, son funciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia:

“a. Prevenir la comisión de atentados a la libre competencia.

b. Promover y defender la libre competencia en los mercados.

c. Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieran constituir infracciones al DL 211.

d. Conocer, a solicitud de quien tenga un interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones del DL 211, sobre hecho, actos o contratos existentes, así como aquellos que le presenten quienes se propongan ejecutarlos o celebrarlos, para lo cual, en ambos casos, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos.

e. Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella.

f. Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas.

g. También, existen otras leyes especiales que otorgan al TDLC facultades específicas, en determinadas materias, como en los servicios de telecomunicaciones, sanitarios, y medios de comunicación social, entre otros.” (Decreto Ley 211, 1973, art. 6)

2.3.1 Abuso de posición de dominio

En la legislación chilena, no se contempla de manera expresa el abuso del derecho tanto en el marco constitucional como en el Código Civil de ese país, por lo tanto no existe una definición ni una norma que regule a esta institución; sin embargo, a criterio de algunos doctrinarios como Manuel Ahumada Aguirre y Juan Orrero Acuña, se puede encontrar a lo largo de la legislación chilena, una serie de disposiciones que de forma tácita regulan el abuso del derecho.

El tratadista Francisco Saavedra (2004) señala que en materia comercial por ejemplo, se regula el abuso de derecho “en relación al derecho que tiene el oferente, de retractarse de su oferta antes de que ésta sea aceptada” (pág. 96), dentro del artículo 100 del Código de Comercio chileno.

La legislación chilena, tampoco no hace mención alguna del abuso de posición de dominio dentro del marco constitucional, únicamente en el Decreto Ley 211

señala la obligación que tiene el Estado, en sancionar todos los actos que perjudiquen a la libertad de competencia.; así prevé el artículo tercero:

“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”. (Decreto Ley 211, 1973, art. 3)

La norma señala, las sanciones que existirán para quienes celebren o ejecuten hechos, actos o convenciones que restrinjan o entorpezcan el derecho de libre competencia. Dentro del mismo artículo, se determinan cuáles son los actos que se consideran como restrictivos de estos derechos en la legislación chilena; así prevé la norma:

“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.

b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro

producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.
(Decreto Ley 211, 1973, art. 3)

La legislación chilena, ha dispuesto varios actos de abuso de posición de dominio dentro de cada uno de los literales; así por ejemplo en el literal “a” se han establecido los acuerdos entre operadores con fines de monopolización de mercado; la fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios y la exclusión desleal de competidores; mientras que en el literal “b” se ha determinado la discriminación de precios; condiciones o modalidades; la venta condicionada o atada; y finalmente en el literal “c” se ha previsto la fijación de precios predatorios.

En cuanto a las sanciones a las que se refiere el primer inciso del artículo tercero antes citado, se hallan contempladas en el artículo 26 del mismo Decreto Ley 211:

“a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley;

b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior;

c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales. (...) Para la

determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”. (Decreto Ley 211, 1973, art. 26)

2.3.2 Ayudas públicas

En la legislación chilena, no se encuentra normadas las ayudas públicas y el alcance de las mismas; es así que abordaremos este tema desde la intervención estatal a través del acto administrativo que tenga influencia en el mercado.

La Ley 19880 de Chile, también llamada Ley de procedimiento administrativo prevé en su artículo tercero, la definición de acto administrativo:

“Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos.

Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones.

El decreto supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro "Por orden del Presidente de la República", sobre asuntos propios de su competencia.

Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión.

Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias.

Las decisiones de los órganos administrativos pluripersonales se denominan acuerdos y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente.

Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional". (Ley 19880, 2003, art. 3)

La norma en primer lugar señala la obligatoriedad que tienen los organismos públicos de tomar decisiones de forma escrita, mismos que se expresarán mediante actos administrativos.

El segundo inciso determina una definición de acto administrativo, señalando que constituyen aquellas decisiones formales, que son emitidas en los órganos de la Administración del Estado, y que contienen sus declaraciones de voluntad, que deben ser necesariamente realizadas en el ejercicio de una potestad pública, es decir, en cumplimiento de las funciones otorgadas por la Constitución y las leyes.

Dentro de la legislación chilena, se han dividido a los actos administrativos en dos: los Decretos Supremos realizados por el Presidente de la República, o por mandato de él mismo hacia algún Ministerio, y las resoluciones, que son actos dictados por las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión en el ejercicio de sus competencias

Finalmente la legislación chilena señala que los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad; es decir, se considera que han sido emitidos de acuerdo a las disposiciones de forma y de fondo que exigen las normas jurídicas; también bajo el principio de imperio; es decir, que han sido promulgadas en ejercicio del poder soberano del Estado, y que son exigibles frente a los administrados desde la fecha en la que entren en vigencia, salvo que hayan sido suspendidos por orden judicial.

2.3.3 Formas de regulación de los actos administrativos que afectan el mercado en la legislación chilena

Tal como se ha dispuesto en otras legislaciones, la regulación de los actos administrativos que afecten al mercado, ha sido dividida en dos formas; en el caso de la legislación chilena, la Fiscalía Nacional Económica, tiene la facultad de realizar las investigaciones vinculadas a situaciones, hechos o actos que contravengan la legislación de defensa de la libre competencia, proponiendo al efecto las sanciones o medidas correctivas que proceda; siempre y cuando estos actos provengan de los operadores económicos, ya sean particulares o públicos.

Una segunda forma de regulación de los actos que afectan al mercado, la realiza el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, organismo que tiene como facultad: “Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones al Decreto Ley N° 211, tales como abusos de posición dominante”, y también:

“Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales y reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas” (Decreto Ley 211, 1973, art. 33)

Claramente en esta última disposición puede evidenciarse, que es una atribución de este Tribunal, regular aquellos actos públicos que pudieran afectar al mercado, aunque constituye no una facultad plena, sino de carácter indirecto, pues dicha atribución consiste en realizar una proposición al Presidente de la República, para que a través del Ministerio de Estado correspondiente sea este quien proceda con la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia.

Al respecto de este particular, la tratadista Nicole Nehmez (2011) señala:

“El análisis detallado de la jurisprudencia emanada de los organismos de defensa de la libre competencia en la materia, revela que la sujeción de los órganos de la administración del Estado a la legislación pro-competencia se ha afirmado reiteradamente; se ha materializado en recomendaciones e incluso en órdenes dirigidas a las autoridades concernidas; y, en lo referido a normativas de alcance más general, se ha traducido en la proposición de su modificación o derogación para ajustarla a la normativa de libre competencia. Ahora bien, el mismo análisis jurisprudencial revela cómo, a pesar de esta doctrina ya asentada, subsisten algunas preguntas, como las referidas a la potestad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) de invalidar *stricto sensu* los actos de la administración que estime anticompetitivos; el rol que cabe al TDLC en casos en que el acto administrativo anticompetitivo derive del ejercicio de una potestad reglada, que se imponga al regulador, especialmente cuando ello derive de una fuente legal; la imperatividad de las decisiones del TDLC cuando se dirigen a órganos de la administración del Estado; el alcance real de las recomendaciones efectuadas por el TDLC por vía no contenciosa, relativas a normativas de alcance general; entre otras”. (pág. 317)

En efecto, y tal como señala la autora, a diferencia de la legislación peruana que atribuye como una función directa del organismo regulador el conocer y resolver acerca de aquel acto administrativo que pudiera afectar el mercado, la legislación chilena ha previsto un mecanismo indirecto, pues en definitiva el Tribunal no posee facultad para resolver, sino tan solo para recomendar.

Respecto de la Jurisprudencia mencionada por la autora, es necesario citar dos resoluciones; la primera es la Resolución N° 368/1992: que versa sobre la afirmación de que los órganos de la administración del Estado se encuentran sujetos a las normas de defensa de la libre competencia:

“El ejercicio por parte de la autoridad de facultades discrecionales encuentra un límite en las normas legales que regulan la libre competencia”. O bien que “Paralelamente al ejercicio de atribuciones discrecionales, atendidos su amplitud y los efectos que pueden producir, la legislación suele contemplar mecanismos de fiscalización que coexisten con aquellas potestades, y que tienen por función precisamente revisar a la luz de determinados ordenamientos jurídicos los fundamentos y calificaciones que la autoridad ha tenido en vista para tomar una resolución. Y es justamente ésta la situación que se observa en el presente caso, toda vez que el legislador del D.L. N° 211, de 1973, entrega a esta Comisión Resolutiva funciones específicas destinadas a la defensa de la libre competencia en las actividades económicas y en esa virtud le asiste competencia suficiente para avocarse al conocimiento de esas materias y, por tanto, para analizar y calificar los motivos o fundamentos en que se han basado tales resoluciones” (Resolución N° 368/1992)

La segunda resolución trata acerca de la recomendación o exigencia directa a organismos públicos de ejecutar, modificar o revocar determinados actos, con una finalidad pro-competitiva:

“Primero, la imposición de obligaciones en esta materia se ha aplicado tradicionalmente respecto de actos administrativos de alcance particular, puesto que respecto de reglamentos u otras normas jurídicas de alcance general se ha optado por utilizar la facultad especial de proponer la modificación de reglamentos a que se refiere el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211 (vid. infra II.4), en sede no contenciosa.

Segundo, no existe claridad sobre el alcance de la potestad del TDLC de ordenar la modificación de actos administrativos anticompetitivos, cuando la dictación de esos actos ha obedecido a la ejecución de una potestad reglada, más aun cuando ejecuta una ley. (...)

Tercero, también la jurisprudencia se encuentra en proceso de delinear hasta qué punto puede intervenir el TDLC en la ejecución de potestades discrecionales de los órganos de la administración del Estado, cuando la aplicación de la normativa de libre competencia pugna con los fines sectoriales encomendados a esos órganos; o, dicho de otra manera, si es siempre posible armonizar los objetivos de libre competencia con aquellos sectoriales, y cuáles priman en caso de contradicción. (...)

Cuarto, las Comisiones y el TDLC han evitado intervenir directamente modificando por sí los actos administrativos estimados contrarios a la libre competencia, y han optado en cambio por solicitarlo o exigirlo según el caso al propio autor del acto administrativo. Ha quedado abierta la pregunta, entonces, acerca de la potestad que tendrían tales tribunales –actualmente el TDLC– de ejercer directamente una potestad anulatoria *stricto sensu* respecto de actos administrativos considerados contrarios al derecho de libre competencia. Una lectura literal del artículo 26 inciso 2° letra a) del D.L. N° 211 llevaría a pensar que el TDLC sí contaría con esa potestad, cuando tal precepto señala que el TDLC podrá “Modificar o poner término a los actos, contratos (...) que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley”, sin distinguir la

naturaleza de esos actos, y su origen público o privado. Podría entenderse entonces que habría sido un ejercicio de prudencia, más que la ausencia de una potestad anulatoria, lo que habría llevado al TDLC a preferir solicitar o exigir a sus propios autores la modificación de actos de la administración estimados como anticompetitivos, en lugar de invalidarlos directamente por vía de una sentencia.

Quinto, no se encuentra resuelta la pregunta acerca de la imperatividad de las decisiones del TDLC, cuando éstas se dirigen a actos de la administración del Estado. En efecto, sentencias del TDLC que ordenen la modificación o derogación de actos realizados o dictados por los órganos de la administración del Estado, pueden quedar incumplidas, no contemplando el D.L. N° 211 una norma explícita que establezca un mecanismo de ejecución.” (Resolución N° 368/1992)

Como puede comprenderse de la jurisprudencia citada, si bien es cierto se reconoce la Facultad que tiene el Tribunal de Defensa de Libre Competencia en conocer aquellos actos administrativos que pueden afectar al mercado, no es menos cierto que se no ha determinado el alcance que tiene el mismo organismo para poder resolver por sí mismo, la revocatoria, o suspensión de ese acto, y la imperatividad que pueda tener tal decisión; razón por la cual existen dos vías, la primera es que el Tribunal realice la sugerencia de acuerdo al procedimiento antes mencionado para la modificación o revocatoria, siendo en última instancia al mismo organismo que emitió el acto quien proceda con la revocatoria o suspensión; y una segunda opción consiste en realizar el reclamo del acto administrativo en la vía contencioso administrativa chilena, de forma similar a la que prevé en la legislación colombiana.

En el caso de la legislación chilena, no se ha previsto la posibilidad de que el Estado pueda actuar en el mercado mediante ayudas públicas; y al igual que en el caso de peruano, el legislador ha facultado un control de los actos administrativos de forma general; es decir, los actos emitidos por la autoridad

pública que pudieren impactar en forma en el mercado, deberán ser sometidos al control del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

En conclusión y al comparar la legislación ecuatoriana en lo referente a las regulaciones sobre el abuso de derecho, no se contempla de manera expresa el abuso del derecho tanto en el marco constitucional como en el Código Civil en la legislación chilena, por lo tanto no existe una definición ni una norma que regule a esta institución y; las ayudas públicas en esta señala que los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad; es decir, se considera que han sido emitidos de acuerdo a las disposiciones de forma y de fondo que exigen las normas jurídicas; también bajo el principio de imperio; es decir, que han sido promulgadas en ejercicio del poder soberano del Estado, y que son exigibles frente a los administrados desde la fecha en la que entren en vigencia, salvo que hayan sido suspendidos por orden judicial.

2.4 Cuadro comparativo

En el siguiente cuadro, se ha realizado una comparación entre los diferentes modelos de control de los actos de poder público que pudieran tener influencia negativa en el mercado; así como algunas generalidades de los sistemas económicos de cada uno de los Estados analizados en el presente Capítulo.

Tabla 1: Cuadro Comparativo de las principales características relacionadas con la regulación de los actos públicos que afectan el mercado

	Legislación Peruana	Legislación Colombiana	Legislación Chilena
Modelo Económico	Social de Mercado	Social de Mercado	Libre Mercado
Libre Competencia	Iniciativa Privada es libre, estado orienta el desarrollo	“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común”.	El estado tiene la obligación de promover y defender la libre competencia en los mercados.
Actividad Empresarial del Estado	De manera Subsidiaria	A través de la creación de monopolios rentísticos.	Bajo la misma regulación normativa y económica que las empresas públicas
Instituciones que regulan la libre competencia	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la propiedad Intelectual, Comisión de libre competencia Secretaría Técnica	Superintendencia de Industria y Comercio Órganos judiciales: Consejo de Estado, Tribunales Contenciosos Administrativos, Jurisdicción Civil	Fiscalía Nacional Económica Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
Abuso del Derecho	Consagrado en el marco constitucional artículo 103 de la Constitución Política del Perú prescribe: “La Constitución no ampara el abuso del derecho.”	Consagrado en el marco constitucional artículo 95: “Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”	No se regula en forma expresa tanto en la Constitución como en ningún otro cuerpo normativo; pero en algunas normas, incluidas de carácter económico, existen disposiciones tácitas que regulan esta institución.

Abuso de posición de dominio	“Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores,	“La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”.	“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”
Ayudas públicas	“No se encuentra normadas las ayudas públicas”.	“No se encuentra normadas las ayudas públicas”.	“No se encuentra normadas las ayudas públicas”.
Regulación de los actos públicos que afectan al Mercado	Regulación directa de las barreras burocráticas que impidan la libre competencia por parte de la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI, quien tiene facultad para conocer y resolver, inclusive podrá suspender o revocar el acto administrativo, con excepción de aquellos actos emanados mediante Decreto Supremo o Resolución Ministerial, en cuyo caso se elevará al Consejo de Ministros para su pronunciamiento.	Regulación Indirecta, a través de los Organismos Judiciales Contenciosos, que son los únicos con facultad para suspender o revocar un acto administrativo	Regulación Indirecta por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia quien tiene facultad para conocer de actos públicos que pudieran influir en el mercado; sin embargo deberá realizar una proposición al Presidente de la República, para que a través del Ministerio de Estado correspondiente para que sea este quien proceda con la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia.

CAPÍTULO III:

Actos del poder público restrictivos de la competencia en el Ecuador

3.1 Análisis de la intervención del Estado

Para iniciar el análisis de la intervención del Estado dentro del mercado, es necesario realizar un estudio previo acerca del nuevo sistema económico planteado por la Constitución de la República de 2008; eso sí, puntualizando antes la diferencia conceptual existente entre sistema económico o modo de producción y modelo económico; en palabras de Aquiles Montoya (2007):

“Modo de producción o Sistema Económico, es la modalidad histórica que asumen las relaciones de producción frente a un determinado nivel de desarrollo de las fuerzas productivas y está formado por la estructura económica y la superestructura jurídica, política e ideológica. Modelo económico, es la forma particular que reviste a nivel de una formación económico y social, un determinado modo de producción, que en el capitalismo depende de las características del patrón de acumulación de capital.” (pág. 42)

Una vez establecida esta diferencia conceptual, es necesario señalar que según dispone el artículo 283 de la Constitución de la República: “El sistema económico es social y solidario”; el mismo artículo seguidamente, acerca de este sistema prevé su objeto señalando que:

“Reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.” (Constitución de la República, 2008, art. 283)

La Constitución, en concordancia con lo previsto en su artículo primero, que dispone que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos, ha previsto que el sistema económico debe reconocer al ser humano como sujeto y fin del mismo; por lo tanto, la sociedad, el Estado y el mercado deberán mantener una relación dinámica, pero sobre todo equilibrada, de tal forma que aseguren las condiciones del buen vivir, incluido el cuidado de la naturaleza.

En este punto, encontramos una diferencia notable con otras legislaciones latinoamericanas, cuyos modelos son de libre mercado o sociales de mercado; sin embargo, y pese a que la concepción de sistema económico social y solidario pudiera resultar novedosa para la legislación ecuatoriana, este concepto ha sido tratado con anterioridad dentro de la doctrina. El tratadista Luis Razeto (2003) señala:

“La economía solidaria o economía de solidaridad es una búsqueda teórica y práctica de formas alternativas de hacer economía, basadas en la solidaridad y el trabajo. El principio o fundamento de la economía de solidaridad es que la introducción de niveles crecientes y cualitativamente superiores de solidaridad en las actividades, organizaciones e instituciones económicas, tanto a nivel de las empresas como en los mercados y en las políticas públicas, incrementa la eficiencia micro y macroeconómica, junto con generar un conjunto de beneficios sociales y culturales que favorecen a toda la sociedad”. (pág. 24)

El tratadista afirma que la economía solidaria se fundamenta en el trabajo y la solidaridad como núcleo de la economía; por lo tanto, las instituciones, organizaciones y sectores económicos, así como el Estado a través de sus políticas públicas, deben realizar sus actividades orientándose en favorecer a la sociedad.

Mucho más compleja es la conceptualización del tratadista José Luis Coraggio (2011), que respecto de la economía popular y solidaria sostiene:

“Nos referimos a una concepción que pretende superar la opción entre el mercado capitalista y un Estado central planificador y regulador de la economía. Plantea que el mercado capitalista debe ser superado porque es alienante en sí mismo, máxime por estar dominado por el poder de los grupos monopólicos que manipulan los valores, necesidades y formas de socialización a través de su control de la comunicación social y además ahora tiende a excluir a ingentes mayorías del derecho mismo a ser consumidor y productor. Plantea que el Estado centralizado debe ser superado, porque sustrae poder de la sociedad y asume la representación de un bien común nacional actuando como delegado que, en ausencia de una democracia sustantiva, fácilmente cae en la tentación de obedecer a los intereses de los grupos económicos más concentrados, haciendo “gobernable” un sistema injusto y socialmente ineficiente. Esa doble superación se lograría evitando la separación entre economía y sociedad que caracteriza al paradigma neoliberal, pero a la vez evitando la intrusión de la política”. (págs. 44,45)

El autor señala que la economía solidaria pretende superar dos construcciones económicas pasadas, por un lado el mercado capitalista, y por el otro el Estado central regulador de la economía; la primera en el sentido del dominio histórico de los monopolios económicos surgidos en el neoliberalismo; y por otra parte, intenta superar la concepción de regulación del Estado en base al interés de los operadores económicos, y no en base al beneficio de los usuarios o consumidores, que en términos del mismo autor “se trata de poner límites sociales al mercado capitalista”

En lo que estos autores coinciden es en que dentro de este sistema económico, se establece la creación de sectores de la economía: como el sector popular y de solidario, el sector empresarial privado y el sector público

estatal, pero todos estos se encuentran inmersos en el sistema capitalista como operadores económicos que deben impulsar procesos de cambio, transición y transformación del sistema económico.

Desde esta perspectiva, cabe señalar, que la economía social del mercado y la economía popular y solidaria, comparten la creación de sectores prioritarios o estratégicos, en los cuales debe promoverse el desarrollo, con la finalidad de alcanzar una igualdad; es así que dentro de estos modelos el Estado adquiere una doble función: la primera como regulador del mercado; y la segunda, como operador económico de determinados sectores, en los cuales podrá intervenir, e inclusive en otros, donde tiene facultad exclusiva para su administración.

La Constitución ecuatoriana ha denominado a estos sectores como estratégicos, mismos que están dispuestos en el artículo 313:

“El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley”. (Constitución de la República, 2008, art. 313)

La Constitución dispone, que el Estado posee exclusividad en la gestión de los sectores estratégicos, debido a la trascendencia que tienen los mismos para

interés social y el desarrollo de los derechos, el inciso final de la norma citada, define cuales son estos sectores.

Además de estos sectores y de la administración de servicios públicos, el Estado también podrá intervenir como operador económico, pues según lo dispone el artículo 315, el Estado podrá realizar cualquier otra actividad económica:

“El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.

La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.” (Constitución de la República, 2008, art. 315)

Según lo dispone la Norma Suprema, el Estado podrá intervenir a través de la creación de empresas públicas, para la gestión de servicios públicos,

administración de los sectores estratégicos, y además para el desarrollo de otras actividades económicas. Estas empresas estarán bajo la regulación de las leyes, así como de los organismos pertinentes.

La Constitución también dispone la participación del Estado como operador económico, dentro del artículo 319, que se refiere a las formas de organización de la producción y su gestión; dispone la norma:

“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”. (Constitución de la República, 2008, art. 319)

En el primer inciso del artículo 319, se reconoce a los diversos operadores económicos, y entre los cuales se señala a las formas empresariales públicas; eso si se determina, que estas deberán promover la consecución del buen vivir; y sus prácticas, no deberán atentar contra los derechos constitucionales, ni los derechos de la naturaleza.

La Constitución de la República permite la actuación del Estado como un operador económico dentro del mercado, pues reconoce a las empresas como una forma de organización de la producción, y al mismo tiempo, permite que realice otro tipo de actividades económicas distintas a la prestación de servicios públicos o a la gestión de sectores estratégicos. Desde esta perspectiva, es evidente que como cualquier operador económico, el Estado deberá actuar de

conformidad con lo dispuesto en la ley, y que las disposiciones normativas e institucionales de regulación económica también le serán aplicables.

Pero la intervención del Estado no se limita únicamente a actuar como operador económico, como gestor de los sectores estratégicos o en la prestación de servicios públicos, pues de acuerdo con el sistema económico popular y solidario, tiene una función reguladora del comercio; ya que en definitiva en este modelo, el mercado no se rige únicamente por las leyes de la oferta y la demanda, sino que el Estado podrá actuar para corregir, rectificar y sancionar prácticas que atenten contra la libertad del mercado, o que pongan en riesgo los derechos.

Es así que dentro del artículo 304 de la Constitución de la República se dispone:

La política comercial tendrá los siguientes objetivos:

- “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”.
(Constitución de la República, 2008, art. 304)

Según prevé el mandato constitucional, son parte de la política comercial del Estado evitar que se desarrollen las prácticas monopólicas y oligopólicas, sobre todo dentro del sector privado, aunque señala que también deberá regular a otras formas o sectores que pudieran afectar el funcionamiento de los mercados.

De manera más desarrollada, el artículo 335 de la Constitución dispone la facultad que tiene el Estado de regular, controlar e intervenir en el mercado cuando sea necesario prevé la norma:

“El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.

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.” (Constitución de la República, 2008, art. 315)

Según se prevé en el mandato constitucional, el Estado podrá intervenir para regular y controlar los intercambios económicos y sancionar malas prácticas comerciales que perjudiquen los derechos económicos; así también podrá sancionar cualquier práctica de monopolio, oligopolio privados, y también el abuso de posición de dominio en el mercado, así como otras prácticas de competencia desleal.

Según dispone la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado existirá una autoridad que ejerza la rectoría del control del mercado, así como una autoridad de aplicación; en cuanto a la primera, el artículo 35 dispone:

“Corresponde a la Función Ejecutiva la rectoría, planificación, formulación de políticas públicas y regulación en el ámbito de esta Ley.

La regulación estará a cargo de la Junta de Regulación, cuyas atribuciones estarán establecidas en el Reglamento General de esta Ley, exclusivamente en el marco de los deberes, facultades y atribuciones establecidos para la Función Ejecutiva en la Constitución. La Junta de Regulación tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales”. (LORCPM, 2011, art.35)

Para las funciones de control, vigilancia y sanción, el artículo 36 dispone como autoridad:

“Créase la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, misma que pertenece a la Función de Transparencia y Control Social, como un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa; la que contará con amplias atribuciones para hacer cumplir a los operadores económicos de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria todo lo dispuesto en la presente Ley.” (LORCPM, 2011, art.36)

El artículo 37 de esta misma norma señala cual es la principal función que tendrá la Superintendencia de Control del Poder de Mercado:

“Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica.” (LORCPM, 2011, art.36)

En conclusión de lo referido se desprende que en la legislación ecuatoriana existe el marco jurídico de intervención del Estado en protección del interés general y especialmente la regulación antimonopolio.

3.1.1 Análisis de la regulación actos del poder público

En la legislación ecuatoriana, tanto en la Constitución de la República, el estatuto régimen jurídico administrativo y función ejecutiva, “ERJAFE” y en la Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado se regula a las Instituciones públicas que emitan actos administrativos. Sin embargo del legislador se ha omitido en la LORCPM establecer al ERJAFE como norma supletoria de las actuaciones de declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa para los operados económicos.

A continuación se realiza un análisis de la legislación ecuatoriana de la regulación de los actos de poder público enfocado en la regulación del libre mercado, para lo cual; es necesario a pesar de lo expuesto, analizando considerando el estatuto régimen jurídico administrativo y función ejecutiva, “ERJAFE” dispone dentro de su normativa, cuerpo normativo que ilustra sobre temas aplicables al análisis; el que determina ejemplo cuales son las características de las instituciones públicas en su artículo sexto:

“Las entidades, organismos y empresas del sector público dependientes, adscritos o controlados por los dignatarios de la Función Ejecutiva se caracterizan, en general, por ser creados, modificados y extinguidos por

acto de poder público; tener como propósito facilitar el cumplimiento de determinados servicios públicos, el ejercicio de actividades económicas o la realización de determinadas tareas de naturaleza pública con el fin de satisfacer necesidades colectivas; gozar del ejercicio de autoridad para el cumplimiento de sus propósitos; y estar financiados por recursos públicos” (ERJAFE, 2002, art. 6)

Como prevé la norma, las instituciones públicas son entidades, organismos, y empresas públicas, dependientes del Estado, y que su creación se haya realizado mediante acto del poder público, y cuyo objetivo sea la realización de servicios públicos, el ejercicio de actividades económicas u otras tareas que permitan satisfacer las necesidades colectivas.

Según se dispone en el artículo 64 de la misma ley, las instituciones públicas manifiestan su voluntad a través de distintas formas, siendo la principal el acto administrativo; prescribe la norma:

“Las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva sometidos a este estatuto manifiestan su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos, sin perjuicio de recurrir a otras categorías de derecho privado cuando tales administraciones actúen dentro de dicho campo.” (ERJAFE, 2002, art. 64)

Seguidamente artículo 65, da la definición de acto administrativo, señalado que “es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”. (ERJAFE, 2002, art. 65)

Como bien señala la norma, el acto administrativo es la expresión de voluntad por excelencia de la administración, y consiste en una declaración realizada de

manera unilateral por la administración, en cumplimiento de tales funciones, cuyos efectos son directos e individuales. En este sentido cabe mencionar que los efectos de este tipo de actos siempre tiene el carácter de particulares.

Por otro lado, la legislación ecuatoriana, ha distinguido el acto administrativo de efectos particulares con otro tipo de acto administrativo que tiene efectos generales, al mismo que se lo ha denominado como “acto normativo”, que en términos generales resulta ser una manifestación de voluntad excepcional de la administración, “que nace del ejercicio de una potestad legislativa material atribuida a un órgano del Estado específicamente determinado”. (Martínez, 2015, pág. 1)

Roberto Dromi (2009), señala la diferencia entre acto administrativo y normativo en los siguientes términos:

“La característica fundamental del acto administrativo es que produce efectos jurídicos subjetivos, concretos, de alcance sólo individual, a diferencia del reglamento, que produce efectos jurídicos generales. (...) El reglamento es una norma jurídica de carácter general. Se diferencia del acto administrativo que produce, como ya hemos visto, efectos jurídicos subjetivos individuales” (pág. 58)

Por su parte, la legislación ecuatoriana, en el ERJAFE define al acto normativo en su artículo 80:

“Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa. De conformidad con la Constitución corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria. Un acto normativo no deja de ser tal por el hecho de que sus destinatarios puedan ser individualizados, siempre que la decisión involucre a la generalidad de los diversos sectores”. (ERJAFE, 2002, art. 85)

Según expresa la misma norma, y en concordancia con lo expuesto en la doctrina, los actos normativos tienen como característica principal los efectos jurídicos generales de carácter objetivo y directo, que recaen sobre un conjunto de administrados. Respecto de su proceso de formación, la norma señala que solo podrán expedirlos el órgano competente y que será “necesario expresar la norma legal en que se basa”.

Además de estas dos clases de actos administrativos expresados en la legislación ecuatoriana, existe un tipo de acto administrativo que tiene un efecto general, aunque por ello no constituye un reglamento, ni se incorpora en el ordenamiento jurídico, sino que su particularidad es que, siendo un acto administrativo, afecta a una pluralidad de administrados, y no a uno solo de ellos; así lo afirma el autor Diego Martínez Gonzales (2015), que señala:

“En efecto existen actos administrativos de efectos generales que deben de ser concebidos como simples actos administrativos. Este tipo de actos son aquellos que se encuentran destinados a una pluralidad indeterminada de personas, pero no se incorporan al ordenamiento jurídico. (...) Los actos administrativos de efectos generales, siendo un tipo de actos administrativos, tienen sus mismos mecanismos de impugnación. El artículo 436 numeral 4 de la Constitución de la República cuando se refiere a actos administrativos de efectos con efectos generales no se está refiriendo a actos normativos, sino a simples actos administrativos destinados a una pluralidad indeterminada de personas” (pág. 4).

Una última actuación de la administración pública, es mediante la ejecución de políticas públicas. La Constitución de la República, ni ningún otro cuerpo normativo del Ecuador definen el significado de una política pública. El tratadista Luis Cueva Carrión (2011) señala: “son políticas públicas, todas las actividades del poder público para promover el bien común; para conseguirlo se debe planificar, desarrollar y ejecutar, con sabiduría la función teleológica

del estado, porque esta es la razón de ser del estado, para esto fue creado” (pág. 136)

Tal como señala el autor, las políticas públicas constituyen otra forma de actuación del poder público; y según lo señala el propio tratadista, constituyen una de las más importantes actuaciones del Estado, pues tienen como finalidad lograr y consolidar los objetivos del mismo Estado; en este caso, la consecución del buen vivir o *sumak kawsay*; así lo expresa el artículo 85 de la Constitución de la República que prescribe:

“La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad” (Constitución de la República, 2008, art. 85)

Como dispone la norma, la ejecución de las políticas públicas, la evaluación y el control de las mismas, deben estar armonizadas de acuerdo con los principios constitucionales, y tendrán por objetivo hacer efectivo el buen vivir; por lo tanto, todas las instituciones públicas, que tengan la facultad de emitir o ejecutar políticas públicas, deberán orientarse hacia estos objetivos.

En cuanto a las instituciones que tienen a cargo esta labor, el artículo 141 de la Constitución de la República dispone:

“La Función Ejecutiva está integrada por la Presidencia y Vicepresidencia de la República, los Ministerios de Estado y los demás organismos e instituciones necesarios para cumplir, en el ámbito de su competencia, las atribuciones de rectoría, planificación, ejecución y

evaluación de las políticas públicas nacionales y planes que se creen para ejecutarlas”. (Constitución de la República, 2008, art. 141)

Como prevé la norma, serán todas las instituciones que conformen la Función Ejecutiva del Estado, las que les corresponder la rectoría, planificación y ejecución de las políticas públicas. La rectoría de las mismas la ejercerá el Presidente de la República, según lo dispone el numeral segundo y tercero de la misma Constitución de la República:

“Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley: (...)

2. Presentar al momento de su posesión ante la Asamblea Nacional los lineamientos fundamentales de las políticas y acciones que desarrollará durante su ejercicio.

3. Definir y dirigir las políticas públicas de la Función Ejecutiva” (Constitución de la República, 2008, art. 141)

En cuanto a la ejecución, evaluación y control, serán las otras instituciones de la Función Ejecutiva, las que tendrán a cargo esa labor, principalmente los Ministerios, en sus diferentes ámbitos; y de manera general, todas las instituciones de esta función que tengan por objeto consolidar el buen vivir, según lo prescribe el artículo 277 de la norma suprema:

“Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado: (...)

2. Dirigir, planificar y regular el proceso de desarrollo.

3. Generar y ejecutar las políticas públicas, y controlar y sancionar su incumplimiento.

4. Producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos.

5. Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley".
(Constitución de la República, 2008, art. 277)

La Constitución señala de manera general, que es un deber del Estado lograr el buen vivir; y entre algunas de las competencias que tiene para alcanzar este objetivo está, la creación y ejecución de las políticas públicas, mismas que deberán mantener armonía con los derechos y principios constitucionales.

Todas estas actuaciones del Estado: actos administrativos de efectos generales, actos normativos y políticas públicas, tienen una semejanza; sus efectos generales. De acuerdo con lo dispuesto en la norma constitucional, ninguno de estos actos, podrá ser contrario, menoscabar o anular el ejercicio de los derechos; de lo contrario, podrá ser impugnado mediante las vías concedidas en la norma suprema y en las leyes.

Sin embargo, debe considerarse, que estos tres tipos de actos, debido a sus efectos generales, podrían tener efectos negativos en el mercado, lo cual supondría el incumplimiento del derecho de la libre competencia y afectaría el derecho de los consumidores; y al mismo tiempo, podrían establecer una posición de dominio de un determinado operador económico; es ante esta razón que debe establecerse un mecanismo unánime, que permita analizar los efectos de estos actos, y de ser necesario, tener facultad de suspenderlos y revocarlos, con la finalidad de que no se afecte al mercado y en última instancia, a los consumidores.

Es necesario además señalar que, dentro de la legislación ecuatoriana se contempla una única excepción para poder exceder los límites de la libertad de

competencia, misma que la Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado denomina como “Ayudas Públicas”. Al respecto de estas, el tratadista Luis Fernando Guerra (2015) señala:

“Existe una excepción a los principios de la libre competencia cuando se trata de ayudas públicas. El estado en su deber constitucional garantista puede intervenir directamente ya sea ayudando a la demanda u oferta en sectores estratégicos que busquen un interés social o publico en beneficio del consumidor.” (pág. 3)

Como señala el autor, las ayudas públicas constituyen una excepción a las reglas de la libertad de competencia; así mismo lo manifiesta el artículo 28 de la Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado, que al respecto de estas restricciones prescribe:

“Será admisible el establecimiento de restricciones a la competencia mediante resolución motivada de la Junta de Regulación, por razones de interés público, en cualquier sector de la economía nacional, en los siguientes casos:

1. Para el desarrollo de un monopolio estatal en favor del interés público;
2. Para el desarrollo de sectores estratégicos de conformidad con la Constitución de la República;
3. Para la prestación de servicios públicos de conformidad con la Constitución de la República;
4. Para el desarrollo tecnológico e industrial de la economía nacional; y,
5. Para la implementación de iniciativas de acción afirmativa a favor de la economía popular y solidaria.

Procederá el establecimiento de restricciones a la competencia cuando se generen beneficios específicos, concretos y significativos para la satisfacción del interés general, en el ámbito o industria en la que se establezcan, se incremente la eficiencia y se generen beneficios a favor de los consumidores o usuarios, que justifiquen la aplicación de las mismas.”

Tal como prescribe la norma, existe una excepción a través de la cual se permite limitar la libertad de competencia; siempre y cuando el motivo de esta restricción se justifique en un mayor beneficio para la población; sin embargo, cabe la posibilidad de que estas ayudas públicas perjudiquen al mercado, distorsionándose su finalidad; y por ende, existiendo un abuso del derecho; de este modo, podría generarse una afectación de los consumidores y de otros competidores.

Respecto de las ayudas públicas, el artículo 29 de la Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado señala:

“Se podrán otorgar ayudas por el Estado o mediante la utilización de recursos públicos, por el tiempo que fuere necesario, por razones de interés social o público, o en beneficio de los consumidores. Procederá el otorgamiento de ayudas públicas en los siguientes casos:

- a) Las ayudas de carácter social concedidas a un sector de consumidores, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en quien provea los bienes y servicios que se puedan adquirir con dichas ayudas;
- b) Las ayudas destinadas a la garantía de derechos para personas o grupos de atención prioritaria, o que de acuerdo con la Constitución requieran de medidas de acción afirmativa.

- c) Las ayudas destinadas a reparar los perjuicios ocasionados por fenómenos naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;
- d) Las ayudas concedidas con el objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que las aquejen.
- e) Las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones y grupos sociales en los que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de desempleo o subempleo;
- f) Las ayudas para fomentar la realización de un proyecto estratégico de interés nacional o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía nacional;
- g) Las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria a lo previsto en esta Ley o al interés común;
- h) Las ayudas orientadas a impulsar la producción y transformación de alimentos, destinadas a garantizar la soberanía alimentaria y que se otorguen a pequeñas y medianas unidades de producción comunitaria y de la economía popular y solidaria;
- i) Las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y el régimen de la competencia en contra del interés común; y,
- j) Las demás categorías de ayudas que se establezcan mediante ley.”

En este contexto se ha señalado que:

“La ley ecuatoriana también refiere las ayudas públicas ilícitas cuando por abusos estatal se dictan normas que no corresponden a la necesidad territorial y estatal de desarrollar y proteger a determinado sector; y, cuando estas desvirtúan la competencia de sus pares en el mercado, al beneficiar a ciertos operadores destinatarios de las ayudas frente al resto de sus competidores.” (Alvear, 2014, pág. 15)

En efecto, la Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado, dispone que debe existir una notificación de las Ayudas Públicas, cuya finalidad es el control y evaluación de las mismas; éstas deberán ser notificadas a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado “a más tardar después de quince días de haber sido otorgadas o establecidas”, según lo refiere el artículo 30 de la ley.

Respecto del control que realizará la Superintendencia de Control de Mercado, el artículo 31 dispone que será respecto de los fines que motivaron la implementación de las ayudas, a fin de que finalidad no se distorsione y atente en contra del objeto de la ley. Prescribe la referida norma:

“La Superintendencia de Control del Poder de Mercado examinará permanentemente las ayudas públicas conferidas en virtud de las disposiciones de este capítulo, y evaluará que cumplan con los fines que motivaron su implementación. Salvo en los casos en que no se trate de actividades o sectores económicos reservados exclusivamente al Estado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado propondrá las medidas apropiadas para el desarrollo progresivo del régimen de competencia en las actividades o los sectores beneficiarios.

Si la Superintendencia comprobare que una ayuda otorgada por el Estado o mediante recursos públicos no cumple con el fin para el cual se otorgó, o se aplica de manera abusiva o es contraria al objeto de esta

Ley, mediante informe motivado, instará y promoverá su supresión o modificación dentro del plazo que determine.”

3.1.2 Caso de análisis:

- Resolución No. 011-2015 emitida por el Comité de Comercio Exterior- Salvaguardias. Registro Oficial Suplemento 456

Otro ejemplo claro del impacto de los actos administrativos fue la restricción en las importaciones automotrices, mediante la cual se disminuyó la cuota para la importación de vehículos ensamblados en el extranjero; pues si bien es cierto el objetivo del gobierno era evitar la fuga del capital hacia el exterior, no se puede negar el impacto de esta decisión sobre determinados operadores económicos que importan la totalidad de sus vehículos, respecto de otros operadores que ensamblan los mismos en el país, y cuyas ventas no se verían afectadas por la medida, lo que en definitiva impactó al mercado.

En el intento del Estado por evitar la fuga de capital crea una serie de limitantes en el mercado ya que se emite regulaciones con la que generan una inestabilidad de los operadores del mercado al momento de invertir o no en el país.

La problemática en este tema es que se pasó por alto todo tipo de procedimiento técnico previó a la emisión de esta resolución, que analice los efectos que podría causar en el mercado y a los operadores económico.

Es así que el Ministerio de Comercio Exterior (MCE) ratificó que el Comité de Comercio Exterior (COMEX), elimine parcialmente las salvaguardias; reforma publicada mediante Registro Oficial Suplemento 483 de 20 de Abril de 2015; por balanza de pagos a las llantas para vehículos livianos, correspondiente al 25%.

Finalmente podemos decir que en nuestro país existe poca estabilidad para los operadores económicos con la emisión de políticas públicas; cuestiones que no son evaluadas en un enfoque técnico ni jurídico al momento de emitir estas regulaciones.

Uno de los operados económicos en el mercado de las llantas es Importadora Tomebamba, con principales líneas de venta de llantas camión, motocicletas y autos livianos; este operador registra 22 millones de dólares en ventas de neumáticos al por mayor en 2014. La aplicación de las salvaguardias para el 2015 hubiese afectado con un 30% por los cupos. Por su parte, Continental Tire S.A., en los últimos cinco años con la finalidad de aumentar su producción y diversificarla ha invertido 50 millones de dólares aproximadamente.

Finalmente, uno de los ejemplos que han tenido una gran influencia en el mercado es el cambio de la matriz energética propuesta por la Función Ejecutiva como política pública; que nace con la finalidad priorizar la inversión en fuentes renovables, también enfocada en los proyectos estratégicos en el país, para la producción de energía limpia generando la producción de nuevas industrias nacionales.

Desde el años 2009 al 2013 comenzó la fase de implementación para el desarrollo del sistema energético nacional hacia un sistema eficaz, eficiente y amigable con el medio ambiente. Es aquí donde nacen los estudios para la aplicación y análisis de factibilidad de este proyecto, y de esta forma evaluar la afectación se podría generar en el mercado.

Actualmente se ha estado implementando proyectos orientados al cambio de la matriz energética de pequeña envergadura que son factibles de ejecutar, y que sin el debido estudio como se los ha venido tratando, hubiesen podido generar un impacto y una afectación a los operadores económicos y los usuarios; concretamente, en el caso de los focos incandescentes por focos ahorradores;

o de cómo se ha generado una campaña con políticas de ayuda para la importación y compra de electrodomésticos eficientes energéticamente.

Debido a que este proyecto se lo ha venido tratando con un análisis técnico y jurídico, respaldado en el desarrollo del buen vivir plasmado en la Constitución; la intervención del Estado no ha sido de imponer una determinada tecnología en los electrodomésticos, y relegar a otro tipo de tecnología, o de afectar a un sector del mercado; sino que paulatinamente se ha venido implementando políticas de ayuda para la comercialización de estos electrodomésticos, generado así una intervención estatal en la economía, sin distorsión y en base a un principio de igualdad para las partes, sin que se afecte a los operadores económicos o a los usuarios con la aplicación de estas medidas.

Finalmente podemos decir que es una obligación del Estado el proporcionar un trato semejante para quienes se encuentran bajo la tutela estatal, con el objetivo de evitar la desigualdad entre las partes y en la sociedad en general; procurando el bienestar de los derechos subjetivos de los operadores económicos y de los consumidores, como la dignidad y el pleno desarrollo en un ambiente propicio, eliminando la desigualdad jurídica.

Con estos antecedentes mencionados, y con el objetivo primordial de que casos como los expuestos con anterioridad no se repitan, es necesario realizar la siguiente propuesta de reforma, a fin de otorgar la competencia a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para conocer, resolver, suspender y revocar, aquellos actos del poder público de efectos generales, que pudieren causar un impacto negativo en el mercado y generar abuso de posición de dominio y otros efectos similares.

3.2 Propuesta de inclusión de los actos de poder público restrictivos de la competencia en la Ley Orgánica de regulación y control del Poder de Mercado

La legislación ecuatoriana ha reconocido en su normativa jurídica, la posibilidad de que, tanto los actos administrativos, como las políticas públicas, puedan vulnerar derechos constitucionales, incluido el derecho a la libre competencia, así se encuentra dispuesto por la Constitución.

En el caso de las políticas públicas, el numeral segundo del artículo 85 de la Constitución de la República dispone:

“Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto”. (Constitución de la República, 2008, art. 85)

La Constitución ha previsto que cuando los efectos de las políticas públicas vulneren un derecho constitucional, o haya una amenaza grave de que esto ocurra, la política deberá reformularse de tal forma que no atente en contra del derecho en conflicto, aunque también podrán tomarse otras medidas alternativas para que exista conciliación.

La norma suprema también ha dispuesto, que los actos administrativos de carácter general, deberán someterse a un examen de constitucionalidad, no sin antes dejar de mencionar, que según el modelo constitucional vigente de “Estado constitucional de derechos”, el menoscabo de un derecho, constituye una forma de inconstitucionalidad, según dispone el artículo 10 de la Constitución de la República en sus numerales 4 y 8 literal segundo:

“4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

8. (...) Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”. (Constitución de la República, 2008, art. 10)

En este sentido, la Constitución de la República ha concedido la atribución a la Corte Constitucional para que conozca de la inconstitucionalidad de los actos administrativos de carácter general; así lo prescriben los artículos 436, numeral 4.

Por otra parte está, el reconocimiento que ha realizado el Estado ecuatoriano de la necesidad de regular a aquellos actos que pudieran atentar en contra del derecho de libre competencia y causar un impacto negativo en el mercado; aunque de manera única sobre los operadores económicos, pudiendo estos ser privados o públicos.

Precisamente, la ley orgánica de regulación y control del poder de mercado, tiene por como objeto “evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar” el abuso de poder de mercado; así como de cualquier otra práctica restrictiva, concentración económica; o práctica desleal, “buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios”; y con ello, poder garantizar “el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible” de acuerdo al modelo constitucional vigente.

Si precisamente la ley reconoce la necesidad que existe de regular estas prácticas que influyen en el mercado de manera negativa, es también necesario, que con el mismo objetivo de proteger los derechos de los consumidores y usuarios y el derecho de la libre competencia, se establezca un

sistema de regulación de los actos provenientes de la autoridad pública, cuyos efectos sean generales.

Antes es necesario señalar que, según lo prevé la normativa ecuatoriana, los actos administrativos pueden ser impugnados actualmente en tres sedes: administrativa, judicial y constitucional. Los actos administrativos podrán ser impugnados ante la misma institución que los promulgó, o directamente en la vía jurisdiccional, sin que sea necesario que causen estado para impugnarlos en esta sede. Los actos administrativos de efectos generales, si afectaren derechos consagrados en la Constitución o en instrumentos internacionales de derechos humanos, podrán ser impugnados ante la Corte Constitucional.

Para el caso particular de las ayudas públicas existe un control específico que se halla previsto en la LORCPM, que en su artículo 30 prescribe la obligación que existirá en notificar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a más tardar después de quince días, cuando se haya implementado una ayuda pública, para ejercer el control respectivo de la misma.

El control que ejercerá el organismo de control, se realizará para determinar, si la ayuda pública está cumpliendo con los fines que motivaron su implementación, y si comprueba que la ayuda otorgada por el Estado o mediante recursos públicos “no cumple con el fin para el cual se otorgó, o se aplica de manera abusiva o es contraria al objeto de la LORCPM, mediante informe motivado, instará y promoverá su supresión o modificación dentro del plazo que determine”, según prescribe el artículo 31 de la misma ley.

3.2.1 Descripción de la Propuesta

Para la generación de la propuesta de reforma al artículo 37 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado es importante definir los elementos considerativos de la siguiente forma:

Que en el año 2008 entró en vigencia la actual Constitución de la República del Ecuador, en la que se introducen cambios sustanciales en el reconocimiento de

los derechos, su sistema de protección y en la estructura del Estado Ecuatoriano.

Que, el artículo 52 de la Constitución de la República garantiza a las personas el derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad;

Que, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 85 numerales 1 y 2 de la Carta Suprema, la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios debe orientarse a la realización y garantía del buen vivir y de los derechos reconocidos constitucionalmente en el marco del principio de solidaridad, consagrándose la prevalencia del interés general sobre el interés particular;

Que, el artículo 283 de la Constitución de la República establece que el sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, estado y mercado, en armonía con la naturaleza;

Que, el artículo 304 numeral 6 de la Carta Fundamental establece que la política comercial tendrá como objetivo evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados;

Que, el artículo 335 de la Constitución de la República, impone al Estado las obligaciones de regular, controlar e intervenir, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas, definir una política de precios orientada a proteger la producción nacional y establecer los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio u oligopolio privado o de abuso de posición de dominio en el mercado, así como otras prácticas de competencia desleal;

Que, el artículo 336 de la Carta Fundamental impone al Estado el deber de impulsar y velar por un comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, promoviendo la reducción de las distorsiones de la intermediación y promoción de su sustentabilidad, asegurando de esta manera la transparencia y eficiencia en los mercados, mediante el fomento de la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante Ley;

Que algunos de los actos del poder público tales como actos administrativos de carácter general, actos normativos, y políticas públicas, posee efectos generales para los administrados

Que las acciones de control de mercado, abuso de posición de dominio, concentración económica; así como de cualquier otra práctica restrictiva del derecho de libertad de competencia, pueden provenir de algún acto del poder público que tenga efectos generales, y en cuyo caso, resultarían afectados los derechos de los operadores económicos, y principalmente, los derechos de las personas usuarias y consumidores.

Con la finalidad de generar un aporte para la regulación de los actos públicos que generen una afectación al mercado es imperante proponer un ante proyecto a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado sobre las atribuciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para regular los actos del poder público que influyan negativamente en el Mercado.

Actualmente el Artículo 37 de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado dice lo siguiente:

Art. 37.- Facultad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y

fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación. (LORCPM, 2011, art.37)

La propuesta para la reforma del artículo 37 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado quedaría de la siguiente forma:

Artículo 37.- Facultad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación de actos competitivos contrarios al régimen previsto en esta Ley; **aun cuando estas circunstancias provinieran de actos públicos de efectos generales.**

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación.

También se propone agregar a continuación del artículo 37 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el **Procedimiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en la regulación de actos públicos de efectos generales.-** La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá facultad para la prevención, investigación,

conocimiento, corrección, sanción y eliminación de actos anticompetitivos, que procedan de actos administrativos de carácter general, actos normativos y políticas públicas emitidas por las correspondientes instituciones en el ejercicio de sus atribuciones y competencias.

Cuando la Superintendencia de Control del Poder de Mercado considere que existen tales prácticas, y que haya un riesgo para el mercado y los consumidores, en actos administrativos de carácter general o actos normativos, tendrán la facultad para suspenderlos mientras se investiga a los mismos; y de llegar a la conclusión, de que existe un impacto negativo para el mercado y una vulneración de los derechos de los usuarios, consumidores y operadores económicos, podrá revocarlos. La Superintendencia se pronunciará en un plazo no mayor al de 30 días, contados a partir de la emisión del acto administrativo o acto normativo.

Cuando la Superintendencia de Control del Poder de Mercado considere que existen tales prácticas, y que exista un riesgo para el mercado y los consumidores, en la emisión de políticas públicas, deberá elevar a consulta a la Junta de Regulación, para que sea esta quien determine, si tal política, tendría un impacto negativo para el mercado y una vulneración de los derechos de los usuarios, consumidores y operadores económicos, en cuyo caso podrá revocarla. Durante la investigación, la ejecución de la política pública quedará suspendida, hasta que la Junta se pronuncie sobre el asunto en un plazo no mayor al de 30 días, contado a partir del día en que se elevó la consulta.

En el caso de las ayudas públicas, para su control, cuando se comprobare que no cumplen con el fin para el cual se otorgó o se aplica de manera abusiva o es contraria al objeto de esta Ley, se procederá de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31.

También se propone agregar a en la disposiciones generales Primera párrafo tercero.- de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que

el el estatuto régimen jurídico administrativo y función ejecutiva, “ERJAFE” también será norma supletoria.

3.2.2 Conclusión

Debido a que en la actualidad la afectación del mercado, mediante cualquier tipo de restricción del derecho de libertad de competencia, incluidos aquellos que puedan provenir de actos de la administración pública con efectos generales, es necesario otorgarle la competencia a la Superintendencia de control de poder de mercado y a la Junta de Regulación, para que realicen un examen técnico de estos actos de la administración pública, a fin de que pueden determinar una posible afectación del mercado, de los operadores económicos y de los consumidores.

CAPÍTULO IV:

Conclusiones y recomendaciones

Conclusiones

A través de la siguiente investigación se ha podido llegar a las siguientes conclusiones

1. La Constitución de la República ha dispuesto dentro de su normativa, la prohibición de actuaciones anticompetitivas la Ley Orgánica de Control del Poder del Mercado, la encargada de su regulación y sanción; dentro del cual se regula expresamente las ayudas públicas.
2. Las legislaciones colombiana, peruana y chilena no regula dentro de la Competencia las ayudas públicas como lo hace el Ecuador.
3. La legislación chilena establece un sistema de regulación de los actos del poder público, que pudieran afectar al mercado o constituir una restricción del derecho de libertad de competencia; esta regulación es de tipo indirecto, pues el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conocerá de aquellos actos, pero deberá realizar una proposición al Presidente de la República, para que a través del Ministerio de Estado correspondiente, se proceda con la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia.
4. La legislación peruana ha establecido un sistema de regulación directo de los actos del poder público que pudieran afectar al mercado o constituir una restricción del derecho de libertad de competencia, pues la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI, tiene facultad para conocer, resolver, e inclusive para suspender o revocar el acto administrativo, con excepción de aquellos actos emanados mediante Decreto Supremo o Resolución Ministerial, en cuyo caso se elevará al Consejo de Ministros para que realice su pronunciamiento.

5. La legislación ecuatoriana, posee un vacío jurídico en cuanto al sistema de regulación directo de los actos del poder público que pudieran afectar al mercado o constituir una restricción del derecho de libertad de competencia, ante lo cual es necesario realizar una reforma al artículo 37 de la LORCPM, para los actos administrativos sean regulados en sede administrativa por la Superintendencia de Control de Poder Mercado y la Junta de Regulación, quienes decidan sobre estos asuntos y en sede judicial por el Tribunal Contencioso Administrativo.
6. La legislación ecuatoriana, ha previsto las formas de actuación de la administración pública; de las cuales, solo el acto administrativo de efectos generales, el acto normativo, y las políticas públicas, pueden tener un impacto en el mercado, ya que por su naturaleza, son actos cuyos efectos recaen sobre una colectividad, y no de manera individual.
7. Las Superintendencias son organismos de carácter técnico, que tienen por objeto el control de las actividades y de las instituciones respectivas, determinadas mediante la ley; esta supervisión se realiza desde un punto de vista objetivo, técnico y concreto, y no desde una perspectiva política.
8. La legislación ecuatoriana ha previsto la existencia de ayudas públicas, que constituyen la utilización de recursos públicos en beneficio de determinado sector u operador económico, siempre y cuando tenga una finalidad de interés social o público; sin embargo, a criterio de los doctrinarios, este tipo de actuaciones del Estado, son las que mayormente pueden impactar al mercado de manera negativa, razón por la cual deben ser evaluadas por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.

Recomendaciones

1. A la Asamblea Nacional, que siendo el organismo con facultad normativa del país, realice entre otras las reformas necesarias a la Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado, a fin de atribuir las competencias necesarias para que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado

realice el control de los actos administrativos que puedan influir en el mercado de manera negativa, y además pueda suspenderlos o revocarlos.

2. A la Junta de Regulación, que tiene la facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias de su competencia; a fin de que, una vez realizados las reformas necesarias, asuma con gran responsabilidad la función de controlar aquellos actos administrativos que pudieren afectar al mercado, que provengan de políticas públicas, una vez que la Superintendencia de Control de Poder Mercado haya elevado en consulta tal acto para su conocimiento.
3. A la Superintendencia de Control de Poder Mercado, que siendo la autoridad de Control, vigilancia y sanción de las prácticas contrarias a la libertad de mercado, analice la función de controlar aquellos actos administrativos que pudieren afectar al mercado, que provengan de actos normativos y actos administrativos de carácter general, realizando un examen técnico de su posible influencia dentro del mismo.
4. A las Facultades de jurisprudencia a nivel nacional, a fin de que profundicen los conocimientos legales y doctrinarios acerca del derecho de competencia, pues en la actualidad es evidente que existe un gran desconocimiento acerca del mismo; y una falta de concientización acerca de la importancia que tiene el mismo para la sociedad.

REFERENCIAS

- Alvear, P. (2014). Abuso del derecho y protección jurídica. *Actualidad Jurídica*, 13-19.
- Alvear, P. (2014). Análisis económico del derecho y regulación contra la competencia desleal en Ecuador. *Actualidad Jurídica*, 17-20.
- Alvear, P., & Gómez, B. (2012). *Derecho de corrección económica, defensa de la competencia y competencia desleal*. Quito: Universidad Internacional SEK.
- Alvear, P. (2015). *Derecho Administrativo y Corrección Económica Meorias Seminario Internacional*. Quito: Corte Nacional de Justicia.
- Barón, G. (2010). *El capitalismo monopolista del Estado; el grupo empresarial; Derecho de la competencia; competencia desleal; el Derecho a la competencia de los grupos empresariales y el cartel*. Bogotá: Themis.
- Burgenthal, T. (2002). *Self-executing and non-self-executing treaties in national and international law*. Texas: RCADI.
- Cadena, C. Monopolio Rentístico. Recuperado el 29 de Junio de 2015. De 29 de Junio de 2015.
- Centro de Libre Competencia. (2009). *El Derecho de la Competencia en Colombia*. Bogotá: Centro de Libre Competencia.
- Cevallos, V. (2001). *Manual de Derecho Mercantil*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Coloma, G. (2003). *Defensa de la competencia – Análisis económico comparado*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.
- Comite Nacional de Defensa de la Competencia. (2012). *Derecho de la Competencia y Abuso del Poder de Mercado*. Buenos Aires: Comite Nacional de Defensa de la Competencia.
- Constitución económica, STC TC español 1/1982 28-I-1982 (Tribunal Constitucional de España 28 de Enero de 1982).
- Coraggio, J. (2011). *Economía Social y Solidaria*. Quito: ABYA-YALA.
- Cuadra, H. (2013). *Reflexiones sobre el derecho económico*. México D. F.: UNAM.

- Cueva, L. (2011). *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*. Quito: Ediciones Cueva Carrión .
- Cueva, L. (2011). *La Acción ordinaria de protección*. Quito: Ediciones Cueva Carrión.
- Diez, F. (2015). *Origen y Evolución Histórica del Derecho Mercantil*. Villanueva: Centro Universitario Villanueva.
- Dromi, R. (2009). *Acto Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.
- Enciclopedia Virtual La Guía. *El Código de Comercio de 1807*. Recuperado el 15 de Mayo de 2015. De: <http://www.laguia2000.com/francia/el-codigo-de-comercio-de-1807#ixzz3HxgJP85k>.
- Fernández, C. (1999). *Abuso del Derecho*. Lima: Griley.
- Fernández, F. (2002). *El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Dykinson S.L.
- Fiscalía Nacional Económica. (s.f.) Recuperado el 1 de Julio de 2015. De Funciones: <http://www.fne.gob.cl/fne/>
- Flint, P. (2002). *Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Estudio Exegético del D.L. 701. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Font, I. (2000). *Constitución Económica y Derecho de Competencia*. Madrid: Tecnos.
- Grijalva, A., & Troya, J. (2008). *Elementos para un derecho de libre competencia en Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador.
- Guerra, L. *Regulación del Poder del Mercado*. Recuperado el 12 de Octubre de 2015. De: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocomercial/2013/06/03/regulacion-del-poder-de-mercado>
- Hernández, H., & Pardo, O. (2014). La aplicación de la teoría del abuso del derecho en la jurisprudencia colombiana. *Opinión Jurídica*, 109-124.
- Irrázabal, F. (2010). *El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia*. Santiago: Fiscalía Nacional Económica.

- Konrad Adenauer Stiftung. *Concepto de Economía Social de Mercado*. Recuperado el 26 de Junio de 2015. De: http://www.kas.de/upload/dokumente/2011/10/SOPLA_Einfuehrung_SoMa/parte1_13.pdf
- Martín, M. (2014). Ley Orgánica de Regulación de Control de Poder del Mercado. En C. d. Publicaciones, *Régimen de Competencia* (págs. 173-503). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Martínez, D. Revista Judicial Derecho Ecuador. El Acto Administrativo de Efectos Generales. Recuperado el 15 de Julio de 2015. de: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopublico/2010/02/01/el-acto-administrativo-de-efectos-generales>
- Mayoral, M. (2009). *Análisis de coyuntura económica. Una lectura de los principales componentes de la economía*. Quito: ILDIS - FLACSO.
- Miranda, A. (2009). *Compilación de normas sobre derecho de la competencia en Colombia*. Bogotá: Themis.
- Montoya, A. (2007). *Manual de Economía Solidaria*. Universidad de Centro América: San Salvador.
- More, D. (2000). *Derecho Económico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Munera, D. (2004). *El Derecho Económico*. México D. F.: UNAM.
- Munera, D. (2008). *El Derecho Económico*. Bogotá: Temis.
- Nehmez, N. (2011). Aplicación de las Normas de Defensa de la Competencia a los Organismos de la Administración del Estado. En T. d. Competencia, *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (págs. 317-375). Santiago: RIL Editores.
- Olaechea, J. (2008). *El surgimiento del Derecho de la Libre Competencia y sus Escuelas Básicas*. Bogotá: Themis.
- Portal electrónico Nueva Sociedad. (s.f.) Nueva Sociedad, democracia y Política en América Latina. Desde los años 50 hasta el gobierno de Rafael Correa. Recuperado el 15 de Mayo de 2015. De http://www.nuso.org/upload/articulos/3613_1.pdf
- Portales, C. (2002). *Derecho Mercantil: Nociones Básicas y Generales*. Ciudad Juárez: UACJ.

- Razeto, L. (2003). *Economía Solidaria*. Barquisimeto: CECOSE.
- Rojas, J. (2010). El abuso de la posición de dominio en el mercado en la legislación nacional. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 83-110.
- Saavedra, F. (2004). La responsabilidad durante los tratos negociales previos. *LEX ET VERITAS*, 85-113.
- Soto, J. (2014). La defensa de la competencia y el alcance de las ayudas públicas en el marco de los tratados de libre comercio. *Universitas*, 315-355.
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia.(s.f.) *El Derecho de la Libre Competencia en Colombia*. Recuperado el 29 de Junio de 2015. de:
http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/Derecho_competencia.pdf
- Velasco, L. (2006). *Diccionario de derecho de la competencia*. Madrid: Iustel.
- Witker, J. (2012). *Introducción al Derecho económico*. México D.F.: McGraw-Hill Interamericana.

ANEXOS

**Anexo 1 - Resolución para la restricción de importación
de vehículos en el año 2015**



REPÚBLICA DEL ECUADOR
COMITÉ DE COMERCIO EXTERIOR

medidas destinadas a la protección de la vida y salud de las personas, los animales, y los vegetales;

Que, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI), publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 351 del 29 de diciembre de 2010, creó el Comité de Comercio Exterior (COMEX) como el órgano encargado de aprobar las políticas públicas nacionales en materia de política comercial;

Que, la letra l) del Artículo 72 del código antes referido consagra como una de las competencias del COMEX aprobar contingentes de importación o medidas restrictivas a las operaciones de comercio exterior, cuando las condiciones comerciales, la afectación a la industria local, o las circunstancias económicas del país lo requieran;

Que, el COMEX a través de la Resolución No. 65, adoptada el 11 de junio de 2012, y publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 730 del 22 de junio de 2014, aprobó una restricción cuantitativa anual a la importación de CKDs de vehículos, clasificados en las subpartidas 8703210080, 8703229080, 8703239080, 8703229080, 703231080 8703239080, 8704211080, 8704311080, 8704211080, 8704311080, y 8703210080, hasta el 31 de diciembre de 2014;

Que, con la Resolución No. 66 del COMEX fechada 11 de julio de 2012, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 725 del 15 de junio de 2014, se estableció una restricción cuantitativa anual a la importación de vehículos clasificados en las subpartidas que se detallan en la aludida resolución, y en los términos de su anexo;

Que, en sesión del Pleno del COMEX efectuada el 21 de marzo de 2014, se adoptó la Resolución 011-2014, a través de la cual se estableció una restricción cuantitativa para las importaciones que realice la empresa CIUDAD DEL AUTO CIAUTO CIA. LTDA.;

Que, de acuerdo a la Resolución del COMEX No. 042-2014, fechada 29 de noviembre de 2014, se resolvió que no se introducirán nuevos derechos arancelarios, cargas que tengan efecto equivalente, nuevas restricciones cuantitativas o medidas que tengan ese efecto para las importaciones originarias de la Unión Europea, así como incrementos de los niveles de los derechos arancelarios o cargas existentes;

Que, en sesión del Pleno del COMEX del 29 de noviembre de 2014 se analizó el tema de las restricciones cuantitativas anuales a la importación de CKDs de vehículos y de vehículos, de acuerdo a las subpartidas contempladas en las aludidas resoluciones, habiendo acordado que el tema debería ser tratado para su definición final en la última sesión del Pleno del COMEX del año;

Que, en la sesión del Pleno del COMEX efectuada el 29 de diciembre 2014, trató la temática referida en el párrafo que precede, habiendo acordado por consenso la prórroga de las restricciones cuantitativas anuales establecidas en las Resoluciones del COMEX Nos. 065 y 066, ambas del 11 de junio de 2014;



REPÚBLICA DEL ECUADOR
COMITÉ DE COMERCIO EXTERIOR

Que, en la sesión referida en el considerando que precede se determinó la necesidad de prorrogar la medida de restricción cuantitativa de importación tanto de CKDs de vehículos, así como de vehículos por el plazo de un año a partir de su caducidad, esto es hasta el 31 de diciembre de 2015;

Que, en la actualidad la economía ecuatoriana se encuentra afectada por la reducción de los precios del petróleo a nivel internacional, particular que impacta negativamente en la situación externa del país;

En ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 70 del Reglamento de Funcionamiento del COMEX, expedido mediante Resolución Nro. 001-2014, de 14 de enero de 2014, en concordancia con las demás normas aplicables:

RESUELVE:

Artículo 1.- Prorrogar hasta el 31 de diciembre de 2015, la vigencia de las Resoluciones del COMEX Nos. 65 y 66 del año 2012, y 011-2014, así como de sus respectivas reformas, de conformidad con los Anexos 1 y 2 de la presente Resolución.

Artículo 2.- Conceder un cupo para la importación de vehículos eléctricos de hasta 1000 unidades o 25 millones FOB, lo que suceda primero.

DISPOSICIÓN FINAL

La Secretaría Técnica del COMEX remitirá esta resolución al Registro Oficial para su publicación.

Esta Resolución fue adoptada en sesión del 29 de diciembre de 2014 y entrará en vigencia a partir del 1 de enero de 2015, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.


Francisco Rivadeneira
PRESIDENTE


Victor Murillo
SECRETARIO



REPÚBLICA DEL ECUADOR
COMITÉ DE COMERCIO EXTERIOR

RESOLUCIÓN No. 011-2015

EL PLENO DEL COMITÉ DE COMERCIO EXTERIOR

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 276 de la Constitución de la República determina que uno de los objetivos del régimen de desarrollo del Ecuador es construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible;

Que, el artículo 261, numeral 5 de la Constitución dispone que la política económica, tributaria, aduanera, arancelaria, de comercio exterior, entre otras, son de competencia exclusiva del Estado Central;

Que, el artículo 284, numerales 2 y 7 ibídem disponen que la política económica tiene como objetivos incentivar la producción nacional, la productividad, competitividad sistémica y la inserción estratégica en la economía mundial, además de *"mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo"*;

Que, el Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994), en su artículo XVIII, sección B, estipula la facultad de un Miembro, país en desarrollo, cuando experimente dificultades para equilibrar su balanza de pagos y requiera mantener la ejecución de su programa de desarrollo económico, que pueda limitar el volumen o el valor de las mercancías de importación, a condición de que las restricciones establecidas no excedan de los límites necesarios para oponerse a la amenaza de una disminución importante de sus reservas monetarias o detener dicha disminución, es decir, regular el nivel general de sus importaciones con el fin de salvaguardar su situación financiera exterior y de obtener un nivel de reservas suficiente para la ejecución de su programa de desarrollo económico;

Que, el *"Entendimiento relativo a las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 en materia de Balanza de Pagos"* de la OMC, aclara las disposiciones del artículo XII y la sección B del artículo XVIII del GATT de 1994, así como de la Declaración sobre las medidas comerciales adoptadas por motivos de balanza de pagos de 1979, procedimientos para la celebración de consultas, notificación, documentación y conclusiones de las consultas;

Que, el artículo segundo de la Resolución 70 del Comité de Representantes de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) establece que los Países Miembros no aplicarán cláusulas de salvaguardia a las importaciones originarias del territorio de los

R



REPÚBLICA DEL ECUADOR
COMITÉ DE COMERCIO EXTERIOR

países de menor desarrollo económico relativo para corregir los desequilibrios de su balanza de pagos global;

Que, el artículo 125 del Reglamento al Libro IV del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI), faculta al Ministerio de Comercio Exterior, en su calidad de órgano rector de la política de comercio exterior, efectuar las notificaciones y demás procedimientos respecto de las medidas de protección de balanza de pagos, ante las organizaciones multilaterales, regionales o subregionales de los tratados o acuerdos comerciales de los que forme parte el Ecuador;

Que, mediante el artículo 71 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI), publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 351 del 29 de diciembre de 2010, se creó el Comité de Comercio Exterior –COMEX- como el órgano encargado de aprobar las políticas públicas nacionales en materia de política comercial;

Que, el artículo 72, letras e) y k) del COPCI determinan que el COMEX en su calidad de organismo rector en materia de política comercial, tiene como atribución regular, facilitar o restringir la exportación, importación, circulación y tránsito de mercancías no nacionales ni nacionalizadas, en los casos previstos en ese código y en los acuerdos internacionales vigentes, debidamente ratificados por el Ecuador;

Que, el artículo 88 del COPCI determina que el Estado ecuatoriano mediante el organismo rector en materia de política comercial, podrá adoptar medidas de defensa comercial que puedan restringir las importaciones de productos para proteger así su balanza de pagos, tales como las salvaguardias y cualquier otro mecanismo reconocido por los tratados internacionales, debidamente ratificados por el Ecuador;

Que, mediante Decreto Ejecutivo No. 25, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 19 del 20 de junio de 2013, se creó el Ministerio de Comercio Exterior como cartera de Estado rectora de la política comercial, designando a dicho Ministerio para que presida el COMEX, tal como lo determina la Disposición Reformatoria Tercera de dicho Decreto Ejecutivo;

Que, mediante Oficio No. MCPE-DM-O-2015-005, de fecha 4 de marzo de 2015, el Ministerio Coordinador de Política Económica justificó la existencia de un desequilibrio de la Balanza de Pagos del Ecuador, recomendando la adopción de una medida que incida sobre el nivel general de las importaciones por un período de 15 meses;

Que, mediante Informe Técnico No. 001/2015 el Grupo Interinstitucional conformado por funcionarios del Ministerio Coordinador de la Política Económica, del Ministerio Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad, del Ministerio de Comercio Exterior, del Ministerio de Industrias y Productividad y del Ministerio de Agricultura,

D



REPÚBLICA DEL ECUADOR
COMITÉ DE COMERCIO EXTERIOR

Ganadería, Acuicultura y Pesca, de fecha 5 de marzo de 2015, recomienda el ámbito y niveles de la sobretasa arancelaria necesaria para salvaguardar el equilibrio de la balanza de pagos;

En ejercicio de las facultades conferidas en el COPCI, en concordancia con el artículo 70 del Reglamento de Funcionamiento del COMEX, expedido mediante Resolución No. 001-2014 del 14 de enero de 2014, y demás normas aplicables;

RESUELVE:

Artículo Primero.- Establecer una sobretasa arancelaria, de carácter temporal y no discriminatoria, con el propósito de regular el nivel general de importaciones y, de esta manera, salvaguardar el equilibrio de la balanza de pagos, conforme al porcentaje ad valorem determinado para las importaciones a consumo de las subpartidas descritas en el Anexo de la presente resolución.

La sobretasa arancelaria será adicional a los aranceles aplicables vigentes, conforme al Arancel del Ecuador y los acuerdos comerciales bilaterales y regionales de los que el Estado ecuatoriano es Parte contratante.

Artículo Segundo.- Se excluyen de la aplicación de esta salvaguardia a las siguientes importaciones:

- a) Aquellas mercancías que requieran ser nacionalizadas y que hayan sido legalmente embarcadas, con destino al Ecuador, hasta la fecha de entrada en vigencia de la presente resolución;
- b) Aquellas previstas en el artículo 125 del COPCI.
- c) Aquellas mercancías importadas a un régimen aduanero diferente al previsto en el artículo 147 del COPCI.
- d) Aquellas mercancías que provengan de la cooperación internacional en favor de una población beneficiaria del Ecuador que reciba dicha ayuda, sea a través del sector público, organizaciones no gubernamentales (ONG) o las entidades de cooperación correspondientes.
- e) Aquellas mercancías originarias de países de menor desarrollo relativo miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), conforme la Resolución 70 del Comité de Representantes de la ALADI.

El Comité Ejecutivo del COMEX calificará la pertinencia de exclusión de los casos previstos en el literal d) de este artículo.

Artículo Tercero.- El seguimiento y evaluación de la aplicación de esta salvaguardia corresponderá al Ministerio de Comercio Exterior, Ministerio Coordinador de la Política



REPÚBLICA DEL ECUADOR
COMITÉ DE COMERCIO EXTERIOR

Económica y Ministerio Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad, con el fin de garantizar que dicha medida responda, de manera proporcionada, a las necesidades existentes a fin de enfrentar la situación referente a la balanza de pagos, debiendo atenuarse en proporción al mejoramiento de la misma y eliminarse cuando deje de ser necesaria.

Artículo Cuarto.- Al Ministerio de Comercio Exterior le corresponderá notificar la medida a la que se refiere la presente Resolución y realizar las actuaciones que corresponda, en los plazos y condiciones determinados por los acuerdos de integración y los acuerdos comerciales internacionales vigentes de los que el Ecuador es Parte.

DISPOSICIÓN FINAL

Esta Resolución fue adoptada en sesión del 6 de marzo de 2015 y entrará en vigencia a partir del 11 de marzo de 2015, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.



Diego Aulestia Valencia
PRESIDENTE



Juan Ortiz Wilchez
SECRETARIO AD HOC