

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

DOCTORADO EN JURISPRUDENCIA

TESIS DOCTORAL

EL ESTADO ECUATORIANO Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

AUTOR:

Ab. Jorge Iván Alvarado Carrera

DIRECTOR:

Dr. Luis Fernando Torres

Quito - Ecuador

Julio, 2003

U.I. SEK - BIBLIOTECA

DEDICATORIA

*A mis padres: Iván y Cecilia,
Compañeros con demasiada comprensión y amor, en todo momento;
A Martín, el Grande, un ejemplo de inocencia y virtud;
A mis Abuelos y Hermanos, bondad y comprensión ante todo.*

ÍNDICE

ÍNDICE	3
INTRODUCCIÓN	7

CAPÍTULO I MERCADO Y COMPETENCIA

MERCADO	11
ASPECTOS DE LA DEMANDA	13
MONOPOLIOS y OLIGOPOLIOS	15
COMPETENCIA	17
COMPETENCIA PERFECTA	21
LIBERTAD DE EMPRESA	23

CAPÍTULO II EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

CONSIDERACIONES GENERALES	29
ANTECEDENTES	30
NATURALEZA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA	31
ASPECTO TELEOLÓGICO	34
SISTEMA DE ANÁLISIS	36
DESTINATARIO FINAL	38
ACTOS ANTICOMPETENCIA	41
a) ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE	43
FALLO JUDICIAL: MONOPOLIZACIÓN ÁREAS PETROLERAS	48

b)	CONCENTRACIÓN	52
	CASO PRÁCTICO: LA FUSIÓN BELL ATLANTIC y GTE	55
c)	FIJACIÓN ARBITRARIA DE PRECIOS	57
	CASO PRÁCTICO: CAMARA ARGENTINA DE PAPELERIAS, LIBRERIAS Y AFINESC/ SUPERMERCADOS MAYORISTAS MAKRO SA	58
d)	ACUERDOS CONCERTADOS	61
e)	CLÁUSULAS ABUSIVAS	63
	e.1. TRATAMIENTO	66
	e.1.1. La Lesión	66
	e.1.2. La Imprevisión	67
	e.2. EL EQUILIBRIO SUBJETIVO	67
f)	RELACIONES ENTRE EMPRESAS VINCULADAS	69

CAPÍTULO III

DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL DERECHO COMUNITARIO Y EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

CONSIDERACIONES GENERALES	71
COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES	73
Decisión No. 285	74
Decisión No. 462	78
Otras Decisiones	80
CASO PRÁCTICO: BIOFILM	82
CASO PRÁCTICO: TAPAS CORONA	83
ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO	85
UNION EUROPEA – TRATADO DE ROMA	88
CASO PRÁCTICO: ENDESA – IBERDROLA	91

OTRAS REFERENCIAS NORMATIVAS INTERNACIONALES	94
CASO PRÁCTICO: AMERICAN EXPRESS C/ VISA, MASTERCARD ARGENCARD	107
CASO PRÁCTICO: CLARÍN. EDITORIAL AMFIN SA C/ ARTE GRÁFICO SA AGEA	109
CASO PRÁCTICO: TELÉFONOS DE MÉXICO	113
APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO	114

CAPÍTULO IV

COMPETENCIA DESLEAL

CONSIDERACIONES GENERALES	117
PRECEDENTES DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL DERECHO COMPARADO	122
COMPETENCIA DESLEAL EN EL DERECHO ECUATORIANO	123
CASO PRÁCTICO: COMPETENCIA DESLEAL	125
FALLO JUDICIAL: INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR COMPETENCIA DESLEAL	132
CUADROS ILUSTRATIVOS	135

CAPÍTULO V

DERECHO DE LA COMPETENCIA EN ACTIVIDADES DE INFRAESTRUCTURA EN EL ECUADOR

IDEAS GENERALES	141
MANDATO CONSTITUCIONAL	142
POLÍTICA DE ESTADO	144
PRINCIPALES SECTORES DE INFRAESTRUCTURA – ECUADOR	147

a)	TELECOMUNICACIONES	153
b)	TELEFONÍA CELULAR	155
c)	AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO	160
d)	ENERGÍA ELÉCTRICA	161
e)	TRANSPORTE	162
FALLO JUDICIAL: LIBERTAD DE COMERCIO E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y DERECHOS		163

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA		167
RÉGIMEN LEGAL EXISTENTE EN EL ECUADOR		173

CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA		182
---	--	-----

BIBLIOGRAFÍA		195
--------------------	--	-----

ANEXOS

PROYECTO DE LEY DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA		204
---	--	-----

TESIS DOCTORAL

EL ESTADO ECUATORIANO Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

INTRODUCCIÓN

La ciencia jurídica, dada su concepción angular y protagónica en la historia de las sociedades, es la pieza cardinal de las relaciones de sus integrantes, de ahí que su marcada originalidad derive en una constante reafirmación y adaptación a las múltiples y cambiantes necesidades del ser humano y de la comunidad en general, significación por demás precisa para fijar que la democracia de los pueblos ha sido concebida sobre la base del derecho, y cuyas raíces no son una verdad inmutable, sino al contrario, un instrumento retocado por aciertos y errores, por demás aleccionadores, en una búsqueda constante por alcanzar sus ideales de justicia y equidad.

En el ámbito mercantil, la legislación normativa de la competencia es uno de los contenidos jurídicos que mayor impulso ha recibido, especialmente durante el siglo XX, dada la evolución y aparición de mercados desarrollados y economías industrializadas, modernas y eficientes. En esa línea y para que el modelo adoptado funcione de manera eficiente, es imprescindible que se garanticen derechos fundamentales, tales como, propiedad privada, libertad de empresa, iniciativa privada, libertad de asociación, entre otros, brindando la posibilidad de participar activamente en un mercado, por un lado, ofertando bienes y servicios de calidad, y por otro lado, demandando libre y voluntariamente, en condiciones de competencia.

El eje de la presente investigación se asienta, al intentar esbozar ciertas herramientas relativas al impulso y promoción de *actividades competitivas y prácticas antimonopólicas* en la prestación de bienes y servicios en general, mediante aproximaciones a la noción de mercado y la relación entre productores y consumidores, aspectos de la demanda en una economía de mercado, y situaciones que se presentan en la concurrencia en los mercados, bajo los principios de libertad de acceso, libertad de contratación, e igualdad de participación. Dicha concurrencia, enmarcada dentro de un marco regulatorio, es objeto de estudio y análisis por el Derecho de la Competencia, por lo que es importante comprender y desarrollar sus antecedentes, naturaleza, sistemas de análisis y objetivos, y su aplicación en el derecho comunitario y en la esfera internacional.

Dentro de ello, podemos indicar que la relación de precios es vital para la economía de mercado de un país, y puede ser distorsionada por las acciones monopolísticas y oligopolísticas, siendo entonces, obligación del Estado crear condiciones para garantizar la competencia.

En esta línea, es importante revisar y entender la naturaleza de las distintas prácticas restrictivas de la competencia sancionadas por los ordenamientos jurídicos, en función del sistema económico y legislación de cada país. En adición, reviste trascendencia, dentro de la competencia, el tratamiento que se le otorga a la competencia desleal o deslealtad comercial, mediante la utilización de medios ilegítimos en el comercio, contrarios a la buena fe de los competidores, y que no se pueden categorizar dentro de los actos en contra de la libre competencia.

Sin lugar a dudas, la instrumentación jurídica del prenombrado ordenamiento, obedecerá a la orientación política del Estado y la forma de organización y funcionamiento del mercado, lugar donde se desarrolla y trasciende el Derecho de la Competencia.

Como observaremos más adelante las normas en materia de Derecho de la Competencia en el Ecuador se encuentran disgregadas en distintos cuerpos y ordenamientos normativos y reglamentarios, con la circunstancia agravante de que dicha proliferación y multiplicidad no responde en forma conceptual a los principios de libre competencia que se desarrollarán a lo largo de la presente investigación. En adición, el aparato productivo se desenvuelve sin una política de promoción de la competencia, la falta de organismos con atribuciones para controlar y sancionar las distintas conductas que se presentan en el mercado, permitiendo su acceso y garantizando fundamentalmente la calidad de los bienes y servicios.

De igual forma, similar situación se presenta en el desarrollo de las actividades de infraestructura, que a pesar de la enorme importancia que revisten en beneficio de la colectividad, tanto de parte de empresas privadas y como de empresas públicas, y de estar contemplados en la Constitución Política del Ecuador, no encuentran su aplicación concreta en la legislación ecuatoriana.

La dificultad en el Ecuador se presenta al no existir legislación e instituciones que tiendan a evitar la integración o consolidación de monopolios y oligopolios que abusen de dicha posición y en general, la realización de actos que atenten contra la competencia, en la participación en el mercado de sus distintos actores, escenario principal y fundamental de todo Estado con miras a alcanzar un desarrollo sustentable de la economía.

Consecuentemente, es imprescindible remitirse a la imperatividad propia de un Estado de Derecho, con el ánimo de plantear un régimen de competencia basado en la teoría y ciencia jurídica que permita que dicho sistema, fundado al mismo tiempo en la pluralidad de regulaciones y aplicación pragmática, coexista en armonía constitucional, legal, incluyendo la legislación comunitaria y reglamentaria, contemplando a la vez, categorías fácticas que sean permisivas, prohibitivas y sancionadoras, de suerte que se constituyan en la piedra angular del

conjunto de normas que componen el Derecho de la Competencia y de sus medios efectivos de control y defensa.

El desarrollo y comprensión de su composición jurídica y de las prácticas restrictivas a la libre competencia, giran alrededor de una correcta identificación de los requerimientos económicos y campos en los que tiene incidencia, de conformidad a la estructura socio-política del Estado, abarcando tanto prácticas comerciales, como el marco regulatorio en el que deben desenvolverse.

En definitiva, siendo el Ecuador uno de los pocos países en América Latina que no cuentan con una verdadera cultura sobre el tema, peor aún, sin una norma que lo regule, hace que el ordenamiento normativo de la Defensa de la Competencia y otros elementos sociales y económicos, nos permita reflexionar en dónde estamos y qué necesitamos para seguir adelante, frente a una realidad que avanza a pasos agigantados, como es el desarrollo del comercio y la inserción en el contexto internacional.

CAPÍTULO I

MERCADO Y COMPETENCIA¹

MERCADO

Es el escenario interactivo de intercambio de bienes y servicios, en el que confluyen al mismo tiempo vendedores y compradores, sobre la base de la relación de la oferta y la demanda. Ésta última que determina a su vez, los precios de dichos bienes y servicios a ser ofertados por los productores a los consumidores, y en general, la asignación de los recursos o factores de la producción.

Por lo tanto, en el mercado se desarrolla principalmente la actividad económica que se preocupa de la relación que se presenta entre productores y consumidores a través de la satisfacción de las necesidades del hombre, y de la óptima utilización de los factores de la producción (tierra, capital y trabajo)² para compensar dichas necesidades de los consumidores.

Bajo esta línea, los principales indicadores en el mercado se relacionan con “las NECESIDADES de la gente y la producción de BIENES ACABADOS³ y servicios para satisfacerlas (...) desde el lado de la demanda y luego desde el lado de la oferta(...)”⁴, es decir, considerando tanto, a los consumidores, sus

¹ La composición de la presente investigación es de naturaleza jurídica, no obstante y citando al profesor Cabanellas, el vocablo competencia se referirá al ámbito económico haciendo alusión “... a la concurrencia de varios oferentes a un mismo mercado.” Véase Guillermo CABANELLAS (h), “Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia”, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., segunda edición, 1983, p. 9.

² Clasificación tradicional de los factores de producción.

³ Se refiere a bienes finales destinados a la venta.

⁴ Michael BARRATT BROWN, “What Economics is About”, trad. en verso castellano: “Qué es la Economía?” por Joseph Oriol Ruis Camps y Ricardo Clavós, Barcelona, Ediciones Destino, 1975, p. 128.

necesidades⁵ e ingresos y la información disponible, como, a los productores, los bienes y servicios desarrollados, los precios y los resultados que se esperan obtener.

Se relacionan por lo tanto, en el mercado, las necesidades de los compradores con los bienes y servicios producidos, su capacidad adquisitiva de acuerdo a sus ingresos, la variación de los precios de acuerdo al número de vendedores existentes y sus efectos, como hemos indicado en el párrafo precedente, en relación directa, por el lado de la demanda, en lo que se refiere a necesidades e ingresos, y, los precios y los beneficios por el lado de la oferta. Este beneficio, según Barrat, se refiere a la rentabilidad del capital, concluyendo que “(...) el mecanismo de los precios debe desempeñar su papel de indicador de las preferencias de los consumidores en el mercado, entonces debe resultar, evidentemente, más rentable para las empresas responder de forma efectiva a estas indicaciones.”⁶

Roberto Dromi, tratadista argentino manifiesta al respecto que: “El mercado es la institución de intercambio libre de bienes y servicios, fiscalizada por el Estado a fin de que los usuarios y ciudadanos sean servidos por el mayor número posible de empresarios, con dispersión de su capacidad de influencia, con aumento de la oferta de tales servicios, de su calidad y de la capacidad de elección por parte de los usuarios y con actualización permanente de la capacidad de innovación.”⁷

Es tarea del Estado, no solamente organizar la participación activa de los actores económicos y demás sujetos, sino sobretodo, garantizar la satisfacción del bien común y necesidades sociales, en un mercado transparente, justo, equitativo y en igualdad de oportunidades y condiciones para todos.

⁵ La complejidad está dada no solamente en atención a las necesidades básicas de subsistencia, tales como alimentación, vivienda, vestido, sino, a las necesidades creadas por el consumo y consumismo en la sociedad.

⁶ Barrat, op. Cit., p. 183.

⁷ Roberto DROMI, “Competencia y Monopolio - Argentina, Mercosur y OMC”, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, p.17.

Según el jurista ecuatoriano, Víctor Cevallos⁸, en esta materia, destacan tres tipos de sistemas: a) el modelo social del mercado se refiere precisamente a la satisfacción de las necesidades sociales, a través del Estado, controlando o interviniendo, cuando así lo determinen las circunstancias en la relación productores – consumidores; b) el modelo liberal, que se diferencia del anterior, en la libertad de comercio sin ninguna intervención estatal; y, c) el modelo neutral⁹, que surge a partir del establecimiento del sistema de economía liberal y que se encuentra determinado por la actuación de la clase empresarial o industrial sin mayor interferencia del Estado.

Aspectos de la Demanda, en una economía de mercado.-

Tomando como punto de partida el mercado, es importante, previo la implementación de otros elementos básicos tratados en el presente capítulo, mencionar que la relación de la oferta y la demanda y su variación en términos de cantidad, tiene incidencia en los precios de los bienes y servicios en el mercado.

Así, la ley de la oferta y la demanda implica, por el lado de la demanda, que conforme se incremente la cantidad ofertada, el comprador pagará menos, y viceversa, pagará más por el producto, si éste es escaso. Por el lado de la oferta, dicha línea o curva se presenta en el sentido de que, si es mayor la cantidad que produce el productor, éste se mostrará con una tendencia a producir en menor cantidad los bienes, pero aumentará el precio de los mismos.

Siguiendo a Barratt¹⁰, el punto en que se cruzan esas curvas de la oferta y la demanda es el punto en que se “(...) halla el precio que refleja que la disposición del consumidor a comprar y la disposición del productor a vender es la misma”, conocido por los economistas como punto de equilibrio. (El subrayado me pertenece)

⁸ Víctor CEVALLOS VÁSQUEZ, “Libre Competencia, Derecho de Consumo y Contratos”, Ecuador, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, primera edición, 2001.

⁹ Conocido también como modelo profesional (industriales, comerciantes, empresarios).

¹⁰ Barratt, op. Cit., p. 51.

En lo que nos ocupa en el presente apartado, debemos indicar que lo anterior tiene que ser analizado no solamente en términos de cantidad, sino también de las distintas necesidades del ser humano frente a los productos existentes y sus precios, o lo que se conoce como la elasticidad de la demanda, entendida ésta como la “respuesta de la demanda de mercancías a las variaciones de los precios de las mismas”¹¹

En tal virtud, la demanda de necesidades básicas (ciertos alimentos, por ejemplo: medicinas) se considera inelástica, ya que las personas, siempre adquirirán una cantidad igual, por más que se eleve o reduzca su precio; si fuere el primer caso, se dejarán de adquirir otros productos, pero no se disminuirá la cantidad inicial.

Mientras que, en lo que respecta a los productos que no son básicos para el hombre, tales como un automóvil, si los precios aumentan, disminuirá considerablemente la demanda de los mismos, lo que se conoce como elasticidad de la demanda.

A este concepto, es necesario agregar que la elasticidad de la demanda está ligada también a los ingresos (renta) de las personas que serán destinados a la compra de los bienes y servicios ofertados, y que tienen que ver tanto con las necesidades básicas como con las secundarias.

¹¹ Barratt, op. Cit., p. 357.

MONOPOLIOS Y OLIGOPOLIOS¹²

En el escenario denominado mercado, como hemos observado, se desarrolla el intercambio de bienes y servicios, mediante una participación activa de vendedores y compradores, productores y consumidores. No obstante, en el mercado se presentan situaciones en las que existe únicamente un solo productor que oferta el bien o el servicio, lo que le permite poseer un importante grado de influencia y control sobre los precios de dichos bienes y servicios en el mercado.

El **MONOPOLIO** “hace referencia a un mercado abastecido por un único productor con total ausencia de competencia debido a las altas barreras a la entrada. Dichas barreras desincentivan la entrada de otros productores porque requieren tiempo, costos y riesgos.”¹³

Lo anterior implica que el monopolista ostenta un gran poder en el mercado, o en un sector del mismo (ya que la conducta monopolista se establece determinando el mercado o una parte de él, cuyo control se le confiere), pudiendo a su potestad fijar los precios de tal suerte que le permita obtener beneficios superiores a los que obtendría en presencia de otros competidores.

Así mismo, el monopolista, al no existir en el mercado productos sustitutos a los por él ofertados, está en condiciones de controlar sus precios y sus ventas de tal manera que también excluye la entrada de nuevos vendedores.

En resumen, el monopolio significa un control total del vendedor en el mercado o un sector del mismo, con influencia en la formación de los precios del producto por éste ofertado y con una naturaleza de la demanda sumamente inelástica, ya que

¹² Proviene respectivamente de los vocablos Monopsonio (monos = uno, polio = vender); y Oligopsonio (oligos = muchos, polio = vender).

¹³ Gustavo SALDARRIAGA LOPERA, “Instrumentos de Análisis Económico para el estudio de la Competencia”, en Derecho de la Competencia, Bogotá, El Navegante Editores, primera edición, 1998, p. 85.

al tratarse un producto sin sustitutos, ésta no sufrirá de variaciones mediante el establecimiento de precios dirigidos.

Si se reúnen las circunstancias del monopolio, pero la concentración no está en un solo productor, sino en algunos de ellos, se le denomina **OLIGOPOLIO**¹⁴, es decir, muy pocos vendedores, con la capacidad de controlar el mercado o un sector importante del mismo.

Empero, la diferenciación principal, entre el monopolio y el oligopolio radica en que, en este último existe una importante influencia de los productores en el mercado, la demanda es inelástica, con presencia de productos homogéneos, en los cuales los vendedores existentes administran sus precios de común acuerdo. El monopolio se caracteriza por la presencia de un producto único y sin sustituto, cuyo precio es fijado directamente por el vendedor existente.

Dentro del esquema del oligopolio, si los productos pueden diferenciarse, los economistas consideran que la situación se refiere a un oligopolio imperfecto, en el cual los productores se esmeran por diferenciarlos a través de sus marcas, características de imagen y publicidad.

Al igual que en el monopolio, en el oligopolio los vendedores existentes, en este caso, impiden la entrada de nuevos competidores al mercado, puede tratarse de “un mercado con pocos productores debido a las barreras a la entrada(…)”¹⁵, ya sea en un esquema de oligopolio perfecto, cuyo nivel de influencia se basa en el principio “*no hagas a los demás lo que no quieras para ti*”¹⁶, o en el escenario de un oligopolio imperfecto, a través del cual, los vendedores generalmente, y para no incurrir en prácticas suicidas, como es la reducción de precios, forman parte de un mismo cártel u otra forma de asociación comercial. En este punto, el tratadista Gustavo Saldarriaga, considera que “Una característica importante del oligopolio

¹⁴ Si solamente existen dos vendedores se conoce como DUOPOLIO.

¹⁵ Saldarriaga, op. Cit., p. 85.

¹⁶ Barratt, op. Cit., p. 176.

es la colusión entre los productores (especialmente cuando estos son pocos), puesto que estos reconocen su interdependencia, colusión que puede llevar a la fijación de precios(...)"¹⁷

COMPETENCIA

La palabra competencia en un sentido lato de su vocablo, hace referencia a la disputa de dos o más sujetos que aspiran un mismo objetivo o una cosa en común. Dicha referencia, aplicada al presente trabajo, permite expresar que competencia es la "conurrencia"¹⁸ de varios actores en un mismo momento y lugar (mercado), coincidiendo en su objetivo, de tal suerte que, genera una disputa por alcanzar los fines propuestos.

La ciencia económica ha desarrollado el concepto de competencia, en el sentido de la existencia de una variedad y pluralidad de agentes económicos en los mercados, y en el acceso a los mismos, lo que "(...) denota sólo la presencia de más de un vendedor en un mercado, e identifica una condición de rivalidad entre ellos (...) en que la rivalidad entre vendedores impide, de por sí, la existencia del poder discrecional del monopolio sobre el precio y la producción..."¹⁹. Garantizando de esta manera, la disponibilidad y utilidad de los productos en el mercado y que los precios de los mismos no sean fijados al arbitrio de los vendedores, tomando siempre en cuenta la actuación de sus demás competidores.

¹⁷ Saldarriaga, op. Cit., p. 85.

¹⁸ Es el vocablo equivalente utilizado por la mayoría de legislaciones y de tratadistas. No obstante algunos autores los diferencian, recalcando la lucha o disputa que se da en la competencia.

¹⁹ CABANELLAS (h), op. Cit., pp. 251 y 252.

La **concurrentia**²⁰ en la lucha por el mercado tiene que ver con la posibilidad de participar en éste, es decir, para que podamos hablar de competencia económica, necesariamente debe existir un acceso efectivo de dos o más empresarios a un mismo mercado, quienes pugnan por una clientela, presente y futura.

Definición del vocablo competencia según diversos autores.-

- **Guillermo Cabanellas**²¹: “Rivalidad en el Comercio o en la industria. COMPETENCIA CAPITALISTA.- En materia mercantil e industrial, por *competencia* se entiende la oposición o rivalidad de intereses que determina actitudes y métodos para imponer los propios productos a costa de la clientela ajena.
- 1. **Tecnicismo.** Para contribuir en algo a proscribir uno de los glaciismos más lamentables, por la inconsecuencia del concepto y lo difundido de este error, se aclara que es absolutamente incorrecta la voz “concurrentia”, que en nuestro idioma no significa sino junta o asistencia de varias o muchas personas (...)
- 2. **Aspectos.** La *competencia* se estimula desde dos puntos de vista: el de la mejora técnica, cuando los empresarios se inclinan, como fórmula para ganar mayor clientela, por superar en calidad la producción. En segundo término, aunque esto se torna cada vez más ilusorio, por creer que la rivalidad capitalista tenderá a traducirse en una rebaja poco menos que sucesiva de los precios.
- 3. **Repulsa.** Aun cuando la *competencia*, ‘lucha económica a muerte’, se libra casi siempre con rigor, salvo treguas tácitas, en algunas de sus prácticas menos escrupulosas suscita la repulsa y hasta la condena del legislador. El

²⁰ Concurrentia proviene de *cum currere* que significa correr conjuntamente.

²¹ Guillermo CABANELLAS, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, II, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 20ª Edición, 1986, pp. 229-230

grado menor dentro de esta actitud la constituye la *competencia desleal*, caracterizada por toda práctica abusiva de quien trata de desviar, en provecho propio, la clientela de otra persona, en especial algún establecimiento mercantil o industrial, empleando para conseguirlo equívocos, fortuitas coincidencias de nombre, falsas alarmas o cualquier medio de propaganda mal intencionada. La sanción legal suele detenerse en la responsabilidad civil, con el consiguiente resarcimiento de daños y perjuicios.

Cuando los escrúpulos son menores o es mayor la perfidia se está ante la *competencia ilícita*. Consiste en el ejercicio abusivo del comercio o de la industria manteniendo la rivalidad profesional con medios reprochables, con infracción de leyes o reglamentos o de contrato. Entre el condenable repertorio de maniobras se hallan la apropiación, imitación o equívoco de nombres, marcas, domicilio y productos para atraer una clientela formada por un establecimiento acreditado y de la misma especialidad; así como las campañas de desprestigio contra la entidad rival.

La sanción legal llega incluso a la configuración delictiva de esta desaprensiva conducta”. (El subrayado me pertenece)

- **Barbero, Doménico**²²: “La competencia es un hecho casi ineliminable de las relaciones de la vida y no sería tampoco útil eliminarlo. Todos nos hacemos competencia porque nuestras aspiraciones superan con mucho los medios para satisfacerlas”. (El subrayado es mío)
- **Ascarelli, Tulio**²³: “Un hecho que tiene su raíz en la misma limitación de los medios de cada sujeto, ante el que, en una vastísima y primera acepción, todos los deseos se presentan en concurrencia, de tal modo que todos no pueden ser ilimitadamente satisfechos, alcanzando tan solo

²² Citado por Annette YORDAN WIESNER, y Diana URIBE TÉLLEZ, “Competencia Desleal a través de la Publicidad”, Bogotá, D.E., Pontificia Universidad Javeriana, 1986, p.p. 5-7.

²³ Ibid, p.p. 5-7.

algunos deseos y dentro de determinados límites y con una determinada sucesión cronológica, lo que supone precisamente una natural concurrencia entre los bienes respectivos objeto de estudio en la teoría económica (...) Esta concurrencia deriva así de la pluralidad de las necesidades, por un lado, y de los bienes por otro, frente a la natural limitación de los medios de cada uno, y encuentra natural incremento en la producción en masa que, por un lado, multiplica la cantidad de bienes, y por otro, tiene correlativamente A estimular y a crear deseos y necesidades que tienen que encontrar satisfacción en tales bienes. (El subrayado me corresponde)

- **Joaquín Garrigues**²⁴: “Competencia significa concurrencia o coincidencia en el deseo de conseguir una misma cosa; el uno aspira a alcanzar lo mismo que el otro y al mismo tiempo que éste. Cuando el objetivo que se persigue es económico, estamos dentro de la competencia mercantil, la cual puede definirse como la actuación independiente de varias empresas para conseguir cada una de ellas en el mercado el mayor número de contratos con una misma clientela, ofreciendo los precios, las calidades o las condiciones contractuales más favorables.

La base de la competencia es la libertad de actuación económica”. (Los subrayados me pertenecen)

- **Sandrock, O**²⁵: “la competencia económica es el esfuerzo independiente de las empresas para concretar operaciones con proveedores o clientes, cuando cada empresa particular depende sensiblemente para el éxito de sus negocios de la conducta de las demás, sea que éstas actúen independientemente o como un grupo de empresas, siempre que su estrategia de mercado deba orientarse en función de la conducta de las demás empresas, a las que debe considerar como potenciales rivales, mientras que para la ejecución de sus conductas competitivas, destinadas a la mejora de sus compras y ventas, toma en cuenta las correspondientes

²⁴ Ibid, p.p. 5-7.

²⁵ Citado por Cabanellas (h), op. Cit. p. 254.

conductas competitivas de las demás empresas”. (Los subrayados me corresponden)

COMPETENCIA PERFECTA

Una vez que hemos establecido la definición de competencia en el mercado, es importante indicar lo que los economistas han coincidido en establecer como uno de los principios básicos y esenciales de la economía de mercado, a **LA LIBRE COMPETENCIA**, que significa que dentro de la referida concurrencia y rivalidad al mismo tiempo, ningún agente económico puede controlar o influir considerablemente en el mercado o en sus precios, y éstos respondan a la realidad de la relación de la oferta (costos de producción) y la demanda, al mismo tiempo que se incentiva la innovación en los productos (debido al número de competidores) y, los compradores tendrán un pleno acceso a los bienes y servicios y sus precios, y se logrará una justa distribución de la riqueza.²⁶

Competencia Perfecta es aquella que “se refiere a un mercado con muchos productores que ofrecen un producto homogéneo en condiciones de libre entrada y salida”²⁷. Dado que es muy difícil trabajar sobre un modelo ideal, para determinar las conductas que limitan o impiden la competencia, y que además estaría sujeto a las variantes condiciones del mercado y del sistema económico adoptado por cada país, podemos mencionar como punto de partida y de manera general las condiciones para desarrollar la competencia en forma efectiva, para ello traemos a colación la cita del profesor Cabanellas (h) del Informe de la Comisión Antitrust de los Estados Unidos, que enumera las siguientes premisas para que se pueda hablar de **competencia perfecta**, cabe aclarar que la enumeración no es taxativa ni excluyente, sino meramente enunciativa, dada su generalidad:

²⁶ Véase en detalle en Barratt, op. Cit.

²⁷ Saldarriaga, op. Cit., p. 84.

- ❑ *Número e importancia relativa de los distintos competidores* (gran número de ofertantes y demandantes);
- ❑ *Oportunidad de acceso al mercado;*
- ❑ *Independencia de los competidores;*
- ❑ *Tasa de crecimiento del mercado;*
- ❑ *Carácter de los incentivos existentes para adoptar conductas competitivas;*
- ❑ *Diferenciación y homogeneidad de productos;*
- ❑ *Igualación y reducción de precios;*
- ❑ *Excesos de capacidad;*
- ❑ *Discriminación de precios.*²⁸

Bajo el esquema de competencia perfecta el número de vendedores existente no permite que éstos tengan incidencia sobre el mercado ni sobre los precios. *El consumidor es soberano*²⁹, con absoluta autonomía y plena libertad de elección, de acuerdo a sus necesidades y posibilidades, y los precios son tomados de manera informativa a través de datos proporcionados.

Lo anterior se traduce en la necesidad de igualdad de oportunidades de acceso a los mercados de los competidores, independencia de éstos entre sí, en condiciones equitativas e iguales para todos, incluyendo la libertad de elección del consumidor.

En definitiva, la existencia de uno o algunos competidores y en situaciones dispares, la no-homogeneidad de los productos (que en la mayoría de las veces son los mismos, pero son presentados en forma diversa, por efectos publicitarios, marcarios, etc.), y circunstancias propias del mercado, obligan a la teoría económica a reconocer la libre iniciativa económica como una de las premisas para garantizar, tanto el acceso a los mercados en igualdad de condiciones, como

²⁸ Cabanellas (h), op. Cit., p. 252.

²⁹ Un estudio pormenorizado lo encontramos en Barratt, Michael, *Qué es la Economía?*, quien a manera de ilustración señala que “El vendedor individual debe conformarse con el precio existente. Si aumenta su precio, no venderá nada; si lo reduce, quizás aumente sus ventas, pero como se supone que el precio ha sido reducido ya al nivel de los costes de la industria y, a menos que tenga un sistema de reducir sus costes unitarios, a no muy largo plazo perderá dinero y se verá desplazado del negocio.”

la facultad de elección de productos, cuyos precios respondan a la realidad del mercado, en un modelo de competencia perfecta en beneficio de la colectividad en general.

LIBERTAD DE EMPRESA

La economía de mercado tiene entre sus postulados elementales, **la libertad de acceder al mercado, la libertad de contratar, y la igualdad de participar** en dicho intercambio, de suerte que “ la igualdad que se predica con relación a un mercado que se desenvuelve en condiciones de libre competencia está referida a la posibilidad concreta de acceder al mismo, de concurrir al mercado y participar en él.”³⁰

La libertad de empresa es un derecho consagrado en la Constitución Política del Estado Ecuatoriano, como uno de los derechos fundamentales³¹ relativos a la prestación de bienes y servicios y su libre ejercicio y elección. Su proclamación está consagrada en el numeral 16 del artículo 23, de la Constitución, que establece que:

“Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: 16. La libertad de empresa, con sujeción a la ley”.

El español Javier Viciano afirma que la legislación española funda su relación económica-constitucional en el ejercicio de la libertad de empresa, referida en

³⁰ Dromi, op. Cit., p. 22.

³¹ “Con mucho acierto Pierrot y Schilink han esbozado una fórmula que resume toda la problemática, cuando señalan que hoy en día el Estado “en cuanto liberal debe intervenir lo menos posible en la libertad de los particulares”, con la observación complementaria que “el Estado en cuanto social debe primero procurar y asegurar las condiciones de la libertad” Citado por Alexei ESTRADA, “La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, primera edición, 2000, p. 28.

“todas aquellas actividades económicas en las que una persona en el ejercicio de su libertad decide, mediante la combinación de capital y trabajo, producir bienes o prestar servicios en el mercado.”³²

Para el ideólogo de la Constitución Argentina, Juan Bautista Alberdi: “ejercer la libertad económica es trabajar, adquirir, enajenar bienes privados; luego todo el mundo es apto para ella, sea cual fuere el sistema de gobierno”, asimilándola de tal manera a la libertad civil, “concedida por igual a todos los habitantes del país, nacionales y extranjeros...”³³

La libertad de empresa dada su naturaleza, guarda estrecha relación con varios principios constitucionales que permiten y en cierta medida garantizan su ejercicio, como un derecho y connatural a todos los individuos no obstante, es menester precisar que no se debe incurrir necesariamente en una vinculación entre la libertad de empresa y la propiedad, ya que se puede ejercer una actividad económica y participar en el mercado, independientemente del dominio que se tenga sobre los medios de producción, como por ejemplo, mediante la oferta y prestación de servicios lícitos y personales, ligados a un arte, profesión u oficio.

Sin embargo de lo cual, la mencionada libertad si está estrechamente vinculada a la propiedad privada, en cuanto la capacidad de disposición y contratación, dependen de los bienes y servicios que se pueda ofertar, según Roberto Dromi “(...) en tanto pone límites a la utilización del poder de producción y comercialización, en la medida que importen su ejercicio abusivo.”³⁴

La relación existente entre la libertad de empresa y los grados de intervención estatal de acuerdo a las necesidades y requerimientos, ha sido objeto de constante estudio y discusión en las diversas legislaciones, destacando en esta línea, para invocar la proporcionalidad en la intervención estatal, la sentencia pronunciada por

³² Javier VICIANO, “Libre Competencia e Intervención Pública en la economía”, Acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

³³ Citado por Dromi, op. Cit., p. 13.

³⁴ Dromi, op., Cit. p. 25.

el *Tribunal Supremo de España* el 24 diciembre de 1985³⁵, al declarar inconstitucional la intervención del Estado en la actividad del transporte por taxis, al imponer la obligatoriedad de que sea el titular de la licencia el que conduzca el vehículo o taxi, y únicamente mencionar que el Estado debe intervenir en lo que respecta a tarifas, conductores y su calificación para ejercer dicha actividad, clases de automotores, y en general todos los aspectos necesarios para satisfacer el interés y necesidades de la colectividad.

La sentencia en su parte pertinente reza lo siguiente:

...El servicio del transporte urbano e interurbano denominado "Servicio Público del Taxi" debe regularse atendiendo al interés público de ese transporte con unos condicionamientos relativos a la prestación del Servicio: horarios, tarifas, recorridos, estacionamientos, tipo de vehículos y su conservación y distintivos y capacidad del conductor, etc., pero ello no legitima las restricciones del ejercicio de esa actividad por la empresa a la que se autoriza la prestación de este Servicio conculcando el principio de libertad de empresa...; Sin que tengan relación con ese Servicio ni con las necesidades del público que se atienden con el mismo: el transporte de viajeros, el que se preste, o no, por el titular de la licencia municipal circunstancia ajena a las condiciones establecidas respecto a la capacidad de quien conduzca el vehículo".

Bajo este contexto, se necesita un Estado proactivo que garantice el ejercicio de dicha libertad, mediante el acceso a los mercados en igualdad de condiciones, pero evitando que dicha participación estatal “devenga en intervencionismo”³⁶ al tenor del pensamiento de Viciano, es decir que, el desarrollo de las actividades lícitas económicas, se desenvuelva en un marco jurídico transparente e igualitario, orientado a cumplir sus fines sociales, mediante el respeto de los poderes públicos al derecho individual, tanto de las grandes empresas multinacionales, como de los microempresarios, permitiendo que se regule efectivamente la libertad de empresa de quienes conforman el sistema económico frente a la intervención estatal, pero al

³⁵ Viciano, op. Cit., p 135.

³⁶ Ibid, p. 120.

mismo tiempo debidamente instrumentada para velar por su cumplimiento, que en dicho en palabras de Aragón Reyes, significaría “la propiedad privada y la libre iniciativa económica privada está sometida a condiciones, pero tales condiciones no pueden hacer desaparecer esos derechos, sino sólo modularlos.”³⁷

La libertad de empresa está a la vez compuesta de varias libertades que le suponen escoger e incursar en una actividad económica permitida por la ley³⁸, con capacidad de gestión, organización y decisión emanadas de su propia voluntad, y facultad de terminar en cualquier momento dicha actividad, (observando los procedimientos legales establecidos para precautelar los derechos de terceros) todo ello bajo un régimen de libre competencia.

La libertad de empresa, tiene que ir por lo tanto, de la mano de otros derechos constitucionales, como son, la propiedad privada y la iniciativa privada, de surte que podamos establecer el derecho de los sujetos a la libertad de competencia económica. Alfonso Miranda Londoño, define a la libertad de competencia económica, como “la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda de los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela...”³⁹ (el subrayado es mío)

Al respecto de *libertad de empresa*, podemos ilustrar la *sentencia de 19-VII-2000* del Tribunal Constitucional del Ecuador, dentro del *Expediente No. 135-2000-*

³⁷ Citado por Viciano, op, Cit., p. 132.

³⁸ Debemos anotar que pueden existir y que de hecho existen ciertos sectores de la economía en los cuales el Estado, por razones estratégicas o de seguridad, se ha reservado su exclusividad, o en su defecto ciertas actividades que conllevan limitantes o condiciones especiales impartidas por el Estado, dada su propia naturaleza, sin que ello signifique que se esté lesionando la libertad de empresa, o que se esté al margen de la ley, sino que precisamente en ejercicio de su potestad legislativa, el Estado se guarda para sí la prestación o provisión de determinados bienes y servicios o condiciona los mismos. Lo importante en este aspecto es velar porque la intervención estatal no atente la libre competencia en los términos desarrollados en el presente trabajo.

³⁹ Alfonso MIRANDA LONDOÑO, “Abuso de la Posición Dominante: Perspectivas de Aplicación en Colombia a la Luz del Derecho Comparado”, en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, I, Colección Seminarios 5, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, primera edición, 1996, p. 22.

TP⁴⁰, en la cual el prenombrado órgano jurisdiccional señaló en su parte pertinente que:

“(...) el artículo 43 de la Ley para la Transformación Económica contiene los mismos vicios por los cuales se declaró inconstitucional la Disposición Transitoria Octava de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, pues, viola los numerales 16 y 26 del artículo 23 la Constitución Política de la República, ya que se perturba la libertad de empresa, al imponérseles a aquellas entidades una sujeción distinta a la de su naturaleza jurídica...”

En este proceso, el Tribunal Constitucional hace alusión a una demanda de inconstitucionalidad⁴¹ presentada por los trabajadores de Andinatel S.A. (la misma que contaba con el informe favorable de procedibilidad del Defensor del Pueblo⁴²), del artículo 43 de la Ley de Transformación Económica del Ecuador, que señalaba que en toda institución en las cuales el Estado sea accionista mayoritario con derecho a voto, la determinación y fijación de las políticas y los criterios de remuneración serán de competencia del Consejo Nacional de Remuneraciones del Sector Público.

Para el efecto se consideró que dichas entidades, en las cuales las instituciones estatales son accionistas mayoritarios, han cambiado su esquema bajo el régimen jurídico de derecho privado, con su respectivo órgano de control societario incluyendo lo relativo a las remuneraciones, en este caso el Consejo Nacional de Salarios CONADES.

⁴⁰ Registro Oficial (R.O.) 139-S, 11-VIII-2000.

⁴¹ El artículo 22 de la Ley de Control Constitucional, establece que una vez declarada la inconstitucionalidad de una norma, la misma cesa en su vigencia y no podrá invocarse ni aplicarse en el futuro.

⁴² La demanda de inconstitucionalidad puede ser presentada, entre otros, por mil ciudadanos en goce de los derechos políticos, o cualquier persona previo el informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia.

Así mismo, el Tribunal Constitucional ecuatoriano, se pronunció sobre la *libertad de contratación* en su sentencia expedida el 14-VII-98⁴³ dentro del proceso No. 211-98-TC, al aceptar, parcialmente la demanda planteada “*por violaciones constitucionales de fondo, esto es por violaciones a la libertad de trabajo, comercio e industria, libertad de contratación, discriminación y abuso de poder económico*” del inciso quinto del artículo 14, y el segundo inciso del artículo 67 de la Ley General Seguros, publicada en el Registro Oficial No. 290 de 3 abril de 1998.

El inciso quinto del artículo 14 de la Ley General de Seguros versaba sobre el capital pagado requerido para la constitución de agencias asesoras productoras de seguros, el mismo que “no podrá ser menor al 3% del capital mínimo exigido a las empresas de seguros”; mientras que el inciso segundo del artículo 67 de la Ley General de Seguros establece que: “La Junta Bancaria a petición del Superintendente de Bancos fijará la contribución para las demás entidades del sistema de seguro privado, personas naturales o jurídicas, con relación a los correspondientes activos reales.”

Cabe manifestar, la demanda se planteó también respecto de los literales b) y f) del artículo 17 de la Ley General de Seguros que prohíben a “quienes estuvieren en mora en el cumplimiento de sus obligaciones por más de sesenta días con cualquiera de las instituciones de sistema financiero o de seguros o quienes en el transcurso de los últimos cinco años, hubiesen incurrido en el castigo de sus obligaciones por parte de cualquier institución financiera o de seguros; y, a los representantes legales de las compañías asesoras productoras de seguros integrar directorios, ser administradores, funcionarios o empleados de quienes integran el sistema de seguro privado.”; (el subrayado es mío), sin que dichas restricciones hayan sido consideradas por la autoridad jurisdiccional como atentatorias a libertad de comercio y contratación.

⁴³ R.O. 7, 19-VIII-98.

CAPÍTULO II

DERECHO DE LA COMPETENCIA

CONSIDERACIONES GENERALES

La concurrencia en el mercado supone la existencia de una categoría normativa que regule su relación y desarrollo, brindando instrumentos efectivos para su promoción y sancionando las prácticas que la interfieran, y que en definitiva se constituya en un medio específico que garantice los presupuestos de libertad económica, transparencia e igualdad en el desarrollo de actividades en un mismo mercado, en beneficio de la colectividad.

En definitiva dicha actividad económica (competencia) desarrollada por dos o más sujetos económicos en sus transacciones económicas y con el objetivo de obtener una ventaja frente a los demás, debe ser encuadrada bajo una normativa jurídica que regule los elementos tanto objetivos como subjetivos para garantizar su libertad en un mismo mercado. La referencia a este orden normativo, funcional y proactivo, recibe la denominación de Derecho de la Competencia.

ANTECEDENTES

Referencias históricas de este orden normativo, las encontramos en disposiciones aisladas incluidas en determinadas áreas y de manera dispersa, vinculadas a la exposición de la economía social de mercado, y al aparecimiento de instituciones comerciales y corporaciones de comerciantes, que adoptaron paulatinamente formas de reglamentación a sus diversas actividades mercantiles, plasmadas de una u otra manera bajo el régimen del estado moderno, en las ideas liberales de la revolución francesa, tales como la igualdad y libertad de comercio.

El profesor Cabanellas menciona un caso de especial interés en la jurisprudencia inglesa, llamado *Caso de los Monopolios –Darcy v. Allen, 77 Eng. Rep. 1260, K.B. 1602*, en el cual se declaró nulo un monopolio otorgado por la Corona en favor de un fabricante de naipes, por considerársele lesivo para el interés general, dado el aumento en el precio de los naipes y la caída en los ingresos de los obreros empleados.

En esta línea, siguiendo al profesor Cabanellas, tanto la doctrina estadounidense como la inglesa, pilares históricos del Derecho de la Competencia, se beneficiaron de los antecedentes jurisprudenciales que se presentaron en las distintas actividades de los comerciantes de la época, de lo cual, se colige que la protección de la competencia, así como la existencia de prácticas restrictivas, se encuadra estrechamente a la jurisprudencia experimentada y desarrollada en dichos países.⁴⁴

El tratadista inglés Edward Coke, reseña que los monopolios ya se encontraban prohibidos inclusive en el derecho romano, y en otros cuerpos como la Carta Magna y las Leyes del Rey Eduardo III. No obstante, principalmente en los Estados Unidos a finales del siglo XIX, se experimentó un período económico caracterizado por importantes acuerdos de empresarios para fijar arbitrariamente los precios de los bienes y servicios, sumado a la impotencia jurídica de los

⁴⁴ Cabanellas, op. Cit., p. 9.

gobiernos y del Estado para frenar su expansión y en cierta medida controlarlos. Así surgen los denominados TRUSTS⁴⁵ o grupo de empresas que monopolizan determinadas áreas económicas y cuyas decisiones dependen únicamente de su voluntad y potestad, lo que derivó en la promulgación de la Ley Federal SHERMAN, “SHERMAN Act” de 1890⁴⁶, en adelante Ley SHERMAN, pilar normativo de las legislaciones de los distintos países en esta materia, aunque con importantes y sustanciales variaciones, incorporando nuevos conceptos acordes la evolución de las ciencias jurídicas y económicas.

NATURALEZA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La competencia adopta significado jurídico a partir de su vinculación con el concepto de libertad, que permite que la disputa de los participantes en el mercado se desarrolle en condiciones de igualdad y sin restricciones de ningún orden, y si existen limitaciones que éstas sean iguales para todos, permitiendo un verdadero grado de difusión del mismo y satisfacción de los consumidores.

Es aquí donde se desarrolla y cobra importancia el Derecho de la Competencia, teniendo, en el argentino Roberto Dromi a uno de sus mejores expositores al analizar desde tres perspectivas la relación entre economía y mercado: “libertad económica –libre elección del mercado, privatización económica –desregulación del mercado y movimientos de integración económica – formación de nuevos mercados”⁴⁷

⁴⁵ Alfonso Miranda Londoño al referirse al Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de América, nos menciona algunos de los trusts generados en dicha época, tales como el Standard Oil de 1882 que controlaba el mercado del petróleo; el Trust de 1884 que manejaba íntegramente el aceite de algodón; los Trusts de 1887 que dominaban los mercados del azúcar, del whisky, la carne, las confecciones, el gas, entre otros.

⁴⁶ El contenido de la Ley SHERMAN se lo analiza más en detalle en el presente trabajo en *OTRAS REFERENCIAS NORMATIVAS INTERNACIONALES*.

⁴⁷ Dromi, op. Cit., p. 12.

Así, Dromi señala que “el régimen de defensa de la competencia propone un modelo de organización y compatibilización de intereses y relaciones de intercambio socio-económicos en el mercado”⁴⁸. El mercado libre, se desarrolla en condiciones de competencia, y de un marco jurídico estable y consolidado, concluye Dromi que “La estabilidad de las situaciones jurídicas de los actores del mercado es una condición para la transparencia de este último.”⁴⁹

Para entender la composición jurídica del Derecho de la Competencia, el tratadista argentino Roberto Dromi, señala que los contenidos del Derecho de la Competencia se encuentran referidos en su normatividad, categorización, tipos, infracciones, sanciones, aspectos sustantivos y adjetivos, fallos en la materia, naturaleza y ámbito de aplicación. Bajo la perspectiva de Dromi, la conformación del Derecho de la Competencia, hace referencia a la axiología jurídica o ciencia de los valores del derecho, partiendo de la premisa de que el “mundo jurídico se compone de tres órdenes: El orden normativo de la legislación, el orden de la realidad o de las conductas y el orden de los valores o de la justicia”⁵⁰; es decir necesariamente en todo ordenamiento jurídico existe la norma, los hechos que se regulan, y el objetivo o ideal que se persigue.

La libertad de competir, esencia del Derecho de la Competencia, se encuentra regulada por el Estado en función del interés social de toda la colectividad, Dromi concluye considerando que el Derecho de la Competencia forma parte del derecho público, ya que la “la ratio essendi de la intervención del Estado es el bien común (...) como causa orientadora de la existencia estatal.”⁵¹

En esta disyuntiva, el tratadista colombiano Marco Velilla, considera que el Derecho de la Competencia participa en la rama del derecho económico en general, línea que comparte el profesor ecuatoriano Víctor Cevallos Vásquez quien

⁴⁸ Ibid, p. 9.

⁴⁹ Ibid, p. 25.

⁵⁰ Ibid, pp.7 y ss.

⁵¹ Ibid, p. 9.

sostiene que el Derecho de la Competencia no es una nueva rama, sino que es parte del Derecho Privado Mercantil.

Nuestro criterio es que el Derecho de la Competencia es parte del Derecho Público, ya que se trata de una norma de interés social que busca el bienestar común, la satisfacción de las necesidades humanas, y la consagración de derechos constitucionales como es la libertad de empresa, de asociación, igualdad de oportunidades y en general, el derecho a la libertad de competencia, no solamente en función de los intereses privados de los competidores, sino también en atención a los intereses de los consumidores y del Estado.

En definitiva, las relaciones jurídicas sobre las que versa el Derecho de la Competencia, no se refieren únicamente a los particulares, sino al Estado en sí y la regulación de parte de éste último al desenvolvimiento de los actos de las personas que conciernen al interés general.

Bajo esta línea, resaltamos su característica erga omnes, es decir respecto de todos, y no necesariamente relacionado exclusivamente con determinadas situaciones, o circunstancias específicas del mercado.

No obstante, y haciendo alusión a las enseñanzas de uno de los máximos exponentes en materia de Introducción al Derecho, el tratadista Savigny, tanto el Derecho Público, como el Privado participan de muchos puntos en común, teniendo de esta manera que el Derecho de la Competencia tiene matices del Derecho Mercantil, ya que regula las relaciones entre particulares y los actos de comercio por éstos realizados. Por ello es importante entender la distinción que realiza Roberto Dromi, quien considera que se debe analizar si el conjunto de normas de la Competencia está dirigida a proteger la concurrencia en el mercado y el interés colectivo, o en su defecto, si están amparando y sancionando (indemnización) determinado interés particular.⁵²

⁵² “Por el contrario, si lo que está en juego no es la competencia en el mercado, sino la competencia privada entre empresas, y el objeto de la protección, es un derecho privado o particular, y no el

ASPECTO TELEOLÓGICO

Implícitamente el valor perseguido por el Derecho de la Competencia, se desarrolla en la “justicia económica distributiva”⁵³, propendiendo a un equilibrio entre los precios ofertados y la calidad de los mismos y en general a una equitativa balanza entre la oferta y la demanda, mediante una competencia libre y transparente que asegure igualdad de oportunidades en función del interés general.

El bien jurídicamente tutelado, *es el bienestar común*. La ley surge ante la necesidad de controlar y dispersar el poder que gozan en cierta medida los grandes empresarios, ya sea por su posición natural o por la formación de acuerdos y grupos que les otorgaban ventaja y privilegio frente a los demás competidores y en detrimento del destinatario final de los bienes y servicios que se ofertan, es decir en perjuicio de la comunidad, ello da lugar a una plataforma de convergencia de dos criterios, el primero desde un punto de vista eminentemente social que busca distribuir la riqueza y concentración del poder, sancionando a las grandes empresas en beneficio de los competidores chicos, y el segundo enfocado desde la arista económica, que busca lograr la mayor eficiencia económica, evitando concentraciones y protegiendo la competencia y el mercado en sí.

Los fines perseguidos por el Derecho de la Competencia, encuentran su grado de evolución, cuando a los criterios enunciados en los párrafos anteriores, se suman, por una lado, la concepción estructuralista sobre el análisis de económico del comportamiento y conformación de empresas y los efectos que producen, y de otro, el criterio de la eficiencia que permita garantizar la igualdad de oportunidades en los mercados, ya que las empresas más eficientes ofrecerán un menor costo de sus productos a sus consumidores, sancionando y reprimiendo las prácticas que

interés general, como sería en un caso de competencia desleal, no se aplica el derecho público de la competencia sino el derecho privado.

Acontece lo mismo si la sanción sólo pretende el resarcimiento del perjuicio causado en particular a un sujeto de derecho, entramos en la órbita del derecho privado”. Dromi, op. Cit., p.137.

⁵³ Ibid, p. 32.

restringan la competencia. Este último es muy criticado, ya que si una empresa tiene la capacidad de decidir sobre los precios, éstos pueden ser fijados arbitrariamente en función de sus necesidades y por encima de los niveles de competencia.

Finalmente el criterio de planeación estratégica plasma los aspectos más importantes del estructuralismo y la teoría de la eficiencia, logrando un equilibrio entre “el conflicto de intereses que surgen de una práctica comercial, con el objeto de determinar su efecto neto sobre la competencia.”⁵⁴

El Derecho de la Competencia debe contemplar, por lo tanto, aspectos relativos a la restricción y sanción de actividades que atenten la libre competencia, así como disposiciones que contemplen protección al consumidor, de manera que dicho conjunto de normas, por un lado, eviten las actuaciones individuales de sujetos como pueden ser los proveedores, distribuidores, etc., en el mercado, las mismas que imposibilitan la competencia, o que hacen que ésta se vuelva desleal, y por otro lado, garanticen calidad y servicio a los consumidores. De todas maneras, es necesario dejar sentado que en ciertas actividades o servicios, debe ser mayor la regulación en función del interés público, para lo cual se deberá reunir requisitos adicionales.

El profesor Guillermo Cabanellas en su tratado de Derecho Antimonopolístico y de Defensa de la Competencia se refiere a la independiente aplicación de los criterios *legislación de defensa de la competencia, legislación antimonopolística y legislación antitrust*, reservados éstos dos últimos a la tipificación de monopolios (trust en el derecho anglosajón) y encasillamiento de los abusos de posición dominante.⁵⁵ Empero, nos direccionalaremos exclusivamente a la expresión Derecho de la Competencia, para referir en forma general a la normativa que versa sobre

⁵⁴ Alfonso MIRANDA LONDOÑO, “Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”, Compilación Documentos sobre Derecho de la Competencia, en Centro De Estudios de Derecho de la Competencia, III, Colección Seminarios 10, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, primera edición, 1999, p. 154.

⁵⁵ Véase *OTRAS REFERENCIAS NORMATIVAS INTERNACIONALES*.

regulación, prevención, tipificación y sanción de las distintas actividades de los agentes económicos en el mercado, siendo los monopolios, oligopolios y demás prácticas restrictivas de la competencia, parte de su radio de acción, cuyos fines jurídicos (aplicación de reglas jurídicas a las relaciones de mercado y mecanismos contractuales tales como convenios de distribución⁵⁶, suministro, etc.) y económicos (eficiencia, competitividad, producción, etc.) se enfocan para garantizar igualdad de condiciones para ofertar y demandar bienes y servicios.

El tratadista colombiano Belisario Betancour, considera que la complejidad del Derecho de la Competencia está dada en función de su contenido, ya que “no obtiene su unidad del dominio en el cual se aplica, sino de las finalidades que se encuentra destinado a perseguir (...) Se le ha llamado el conjunto de normas jurídicas que regulan la rivalidad entre los distintos agentes económicos para la búsqueda y conservación de una clientela.”⁵⁷ (El subrayado me pertenece)

SISTEMA DE ANÁLISIS

Autores en el tema han coincidido en señalar en el Derecho de la Competencia, dos formas de determinación y reconocimiento de las prácticas que atentan o que restringen a la libre competencia, una de ellas referida a la “Regla de la Razón” y la siguiente que versa sobre la “Regla de la Ilegalidad per se”, en adelante “Regla per se”.

⁵⁶ Gustavo Saldarriaga Lopera ha manifestado que distribución es la actividad de la economía que se desarrolla entre productores y consumidores. Para mayor información en el tema véase “La Distribución como Fenómeno Económico”, en Derecho de la Distribución Comercial, Bogotá, Colombia, El Navegante Editores, primera edición, 1995.

⁵⁷ Belisario BETANCOUR, “Aproximaciones al Derecho de la Competencia”, en Derecho de la Competencia, Bogotá, El Navegante Editores, primera edición, 1998, p. 27.

El origen del sistema de la Regla de la Razón lo encontramos en la jurisprudencia norteamericana⁵⁸, en función del efecto y razón de ser de dichas actividades y que requieren un análisis más en detalle, como por ejemplo aquellas actividades que promueven un producto nuevo, o que la misma práctica en sí no sea conocida.

De igual forma, la Regla per se nace en la jurisprudencia desarrollada en los Estados Unidos de América, y como su nombre lo indica, el sistema analiza e identifica las prácticas en contra de la libre competencia por sí mismas, dado su carácter evidentemente anticompetitivo, sin que se requiera un estudio elaborado de su procedencia, o grado de intencionalidad, ya que su análisis deriva de la conducta de una empresa, y que equivale conforme lo expresa Miranda Londoño a una presunción de derecho, o también conocida como presunción iure et de iure considerada legal y que no admite prueba en contrario.

Miranda Londoño cita la decisión del Juez Stevens en el caso *ARIZONA V. MARICOPA COUNTY MEDICAL SOCIETY* de 1982, “`Una vez que la experiencia con un tipo particular de práctica restrictiva ha facultado a la Corte para predecir con confianza que la regla de la razón lo condenará, la Corte podrá aplicar una presunción concluyente de que la práctica restrictiva en cuestión es irracional`. En este caso la Corte Suprema de Justicia le aplicó la regla per se a un acuerdo de fijación de precios máximos establecidos por la Asociación Médica del condado de Maricopa, a pesar de que el acuerdo en sí mismo tenía por objeto la reducción de precios para los consumidores.”⁵⁹

La norma establece una presunción de derecho en el sentido que, la fijación de precios es un acto que atenta la libre competencia, sin tener la necesidad de demostrar que la conducta es o no anticompetitiva.

⁵⁸ “ En todo sistema jurídico ‘alguna regla o principio normativo’, o un conjunto complejo de éstos, es el estándar apropiado que deben usar los jueces para identificar las reglas o principios particulares del derecho”. Una norma pertenece al ordenamiento jurídico de una comunidad si es conforme con el conjunto de principios defendidos por la teoría que mejor explica y justifica las prácticas jurídicas de dicha comunidad.” César RODRÍGUEZ, “La Decisión Judicial, El Debate Hart-Dworkin”, Bogotá, El Siglo del Hombre Editores, tercera reimpresión, 2000, p. 58.

⁵⁹ Miranda Londoño, “El Régimen General de la Libre Competencia”, op. Cit., Tomo III, Colección Seminarios 10, p. 40.

A modo amplio y general podemos enunciar los siguientes tipos de actos en los cuales se aplica la Regla per se al amparo de la normativa de los Estados Unidos:

- fijación de precios,
- repartición horizontal de mercados,
- negativa concertada a contratar con competidores,
- Acuerdos de compras adicionales.

DESTINATARIO FINAL

El máximo valor que persigue constantemente el derecho es la justicia, no obstante su vinculación está sujeta a la decisión que adopten los distintos órganos jurisdiccionales, aplicando principalmente reglas de la sana crítica, por lo que se vuelve muy difícil, y en algunos casos muy subjetivo poder determinar si una conducta es o no injusta, eso dependerá en la medida que la aplicación de las normas jurídicas alcancen el ideal de justicia.

No obstante lo anterior, dentro de la presente investigación, adicionalmente es importante que se determine, dentro del proceso anteriormente indicado, la consecuencia económica de la actividad objeto de análisis y su beneficio o importancia para la comunidad involucrada.

Dentro de esta importante relación, impera el sujeto consumidor⁶⁰ a nivel individual y de colectividad, siendo el correlativo (oferta-demanda) necesario e imprescindible a las fuerzas del mercado, es decir quien satisface mediante contraprestaciones los distintos bienes y servicios ofertados, y que no se refieren

⁶⁰ La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor define al consumidor como “Toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello. Cuando la presente Ley mencione al consumidor, dicha denominación incluirá al usuario”.

exclusivamente a las “condiciones de precio, sino que incluye la protección de su salud y seguridad...”⁶¹ y su potestad de elegir libremente.

Por lo tanto, libertad de competencia es libertad de participación en el mercado, sin ninguna limitación, imposición ni condicionamiento, y cuya convergencia es la libre elección del consumidor.

El destinatario final es el consumidor de los bienes o servicios, que en circunstancias que atenten contra la libre competencia, siente una inminente imposición de precios, limitación en la producción de acuerdo a las conveniencias, prácticas discriminatorias frente a terceros, compras condicionadas a otros productos o servicios, lo cual impone la necesidad de aplicar un modelo de competencia lícita, en contra del monopolio del Estado, los monopolios y oligopolios privados y la competencia desleal en dicha participación.

Los distintos agentes económicos constantemente aplican políticas de competencia por obtener ventajas participativas, utilitarias en el mercado, dichas actuaciones merecen ser normadas; pero hay que ir más allá, ya que existe un destinatario final de las mismas, que es el consumidor, por lo que la necesidad del Derecho de la Competencia desemboca en el bienestar y satisfacción del individuo y de la sociedad.

Satisfacción en el sentido de que, los precios de los bienes bajan y aumenta su calidad, existe un libre acceso a los bienes y servicios, dentro de éstos últimos existe una gama de variedades.

Para Dromi la “libre elección de los consumidores es uno de los presupuestos básicos”⁶², asegurando que “los precios y demás calidades de los productos no

⁶¹ Dromi, op. Cit., p. 28.

⁶² Ibid, p. 18.

resulten de acuerdos o presiones que de algún modo interfieran en la libertad de mercado”⁶³.

El consumidor es el beneficiario final, e intrínsecamente lo son la sociedad y el Estado, al existir mayor productividad y acceso a los servicios, pero la óptica del beneficio del consumidor debe observarse en forma indirecta, ya que la defensa de los derechos del consumidor debe regularse en leyes complementarias pero específicas a la vez, como es el caso de nuestra legislación, que a partir del 19 de julio de 2000, incluye la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

*“el consumo es el fin y término de la riqueza, que tiene por objeto desaparecer en servicio de las necesidades y goces del hombre...”*⁶⁴

En este sentido, es importante manifestar que los derechos del consumidor no están dados en función del Derecho de la Competencia, ya que éste garantiza fundamentalmente el acceso de los competidores al mercado en condiciones de igualdad de oportunidades y condiciones; mas bien el beneficio de los consumidores de esa gama de productos y servicios, se regula normando la calidad y transparencia de los mismos, lo que hace pensar que el Derecho de la Competencia se complementa con el Derecho del Consumidor.

Vemos que las normas están destinadas principalmente a proteger a los consumidores frente a imposiciones y conductas unilaterales, la exigencia de garantías mínimas de calidad y servicio, información necesaria, igualdad de condiciones en el desarrollo de los mercados, mediante la existencia de varios productores de un mismo bien o prestadoras de un mismo servicio, varios consumidores debidamente informados, bienes en cantidad, sustituibles y con precios sin presión ni influencia.

⁶³ Ibid, p. 20.

⁶⁴ Alberdi, Sistema Económico y Rentístico, Citado por Dromi, op. Cit., p. 27.

ACTOS ANTICOMPETENCIA⁶⁵

En materia económica existen un sinnúmero de prácticas que atentan a la libre competencia, aun cuando éstas no se den directamente en contra del mercado o los competidores existentes, sino que se presentan en situaciones que “tengan como objeto o efecto erigir barreras de entrada al mercado correspondiente y otras tantas que procuran conjurar los intentos de expulsar a los contrincantes de maneras no ortodoxas”⁶⁶, acorde al pensamiento de Emilio José Archila Peñalosa, quien bajo esta línea, manifiesta también que “la libertad de competencia puede verse afectada por conductas de tres tipos. Podría estar afectada de limitaciones a la libertad, de deslealtad o injusticia”⁶⁷, aspecto que nos ocuparemos en los siguientes párrafos, haciendo referencia, de todas maneras, al pronunciamiento de Alfonso Miranda Londoño⁶⁸, al considerar “conductas patológicas” tanto a las prácticas restrictivas de la competencia, como a los actos desleales de comercio.

La mayoría de legislaciones sancionan los actos, conductas o prácticas indistintamente⁶⁹ que limiten o restrinjan a la competencia, sin que exista un parámetro general cuantificable para establecer los alcances de esa limitación, sin

⁶⁵ Definición utilizada por Guillermo Cabanellas (h).

⁶⁶ Emilio José ARCHILA PEÑALOSA, “Antecedentes Constitucionales y Régimen de prácticas comerciales restrictivas”, en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, Tomo I, Seminarios 5, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, primera edición, 1996, p. 14.

⁶⁷ Ibid, p. 15.

⁶⁸ Definición dada por Alfonso Miranda Londoño en sus diferentes trabajos y estudios.

⁶⁹ “Una mayor precisión terminológica nos obliga a formular la distinción entre los hechos y los actos. A los primeros se les debe considerar como el género y a los segundos como la especie, en cuanto estos últimos suponen necesariamente la actuación voluntaria del agente(...) El vocablo “hecho”, participio pasivo del verbo hacer, que deriva del latín “factus”, expresión de muy rico contenido, pues comprende toda actividad, debe entenderse en general, como todo acontecimiento, independientemente de su naturaleza. Así entendidos los hechos, los hemos de encontrar dentro de las más variadas circunstancias(...). En todos estos casos y en muchos otros más, el Derecho, de modo implícito o explícito, debe consagrar una hipótesis en virtud de la cual, una vez producido un hecho, deba darse una consecuencia jurídicamente regulada. Tales consecuencias jurídicas, a las que dan lugar los hechos, dichas en su más simple expresión, son las de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas que habrán de referirse a las personas en sí misma, a las personas en relación con las demás, a las personas respecto de las cosas y, finalmente, a los actos respecto de las formas a que deban o puedan someterse.(...)De acuerdo con lo dicho podemos considerar a los actos jurídicos como hechos con contenido jurídico, voluntariamente realizados(...)” Hernán COELLO, “Teoría Del Negocio Jurídico”, Cuenca, Departamento de Publicaciones de la Universidad del Azuay, 1992, pp. 2 y ss.

embargo, los ordenamientos jurídicos estudiados contemplan una vasta enumeración, en muchos casos casuística, de las referidas prácticas; la intención en el presente capítulo es analizar su naturaleza para determinar las prohibiciones y sanciones de las que pueden ser objeto, por las consecuencias imputadas, es decir, de orden civil (nulidad y resarcimiento de daños y perjuicios), administrativas e incluso penales⁷⁰, sin olvidar que el bien jurídico protegido es el bienestar común, conforme se manifiesta en el presente trabajo.⁷¹

Dichas prácticas encuentran su forma de expresión pragmática en las siguientes manifestaciones, que varían de acuerdo al sistema económico y mercado:

- Fijación arbitraria de precios;
- Obstaculizar el acceso a los mercados;
- Limitación y control tecnológicos, industriales y de capital tanto en la producción; distribución y comercialización de bienes y servicios;
- Condicionamientos en la venta y comercialización;
- Acuerdos destinados a uniformar términos, descuentos, condiciones de entrega;
- Imposición de prestaciones suplementarias, subordinación de contratos y cláusulas accesorias;
- Distribución exclusiva, negativas a satisfacer pedidos;
- Prácticas de Dumping;
- Ventas por debajo de los costos reales;
- Destrucción de productos o medios de producción;

⁷⁰ El profesor ecuatoriano Hernán Coello, en la obra citada establece en forma general y clara a la vez la clasificación de los actos en lícitos e ilícitos: "(...)Esta inicial clasificación comprende los actos lícitos y los actos ilícitos, según se hallen o no, en su orden, ajustados a la ley. Los primeros darán lugar a los llamados negocios jurídicos, que admiten, como lo veremos a las más variadas clasificaciones; los segundos, dentro de la materia civil, serán delitos y cuasidelitos; y dentro de la materia penal, a la que no importa, como a la civil, la consecuencia económica de la infracción, el acto ilícito será siempre delito, aunque su fuente sea la culpa o el dolo, o la mezcla de la culpa y el dolo". Coello, op. Cit., p. 3.

⁷¹ Véase en el presente trabajo *DESTINATARIO FINAL*.

Clasificación:

Sin que se pueda llegar a estructurar taxativamente un cuadro de los actos que tiendan a limitar (acotar), restringir (reducir), falsear (adulterar) o distorsionar (deformar) la competencia, por las consideraciones antes detalladas, ordenaremos el tipo de actos prohibidos, es decir aquellos que impiden la competencia económica, así como, las conductas que limitan o restringen la libertad de competencia, de suerte que se puedan comprender este segundo tipo de actos anticompetitivos, y cuál es el espíritu de la normatividad al establecer grados de intensidad de control y sanción. Cabe advertir que, en algunos casos las formas de alteración genérica de la competencia, se encuentran permitidas por las leyes, como es el caso de la formación natural de monopolios, pero su represión se encuentra en función del abuso de esa posición dominante, conforme lo veremos a continuación. De todas maneras y acorde al pensamiento del expositor Jorge Jaeckel tanto los actos desleales como los restrictivos deben ser sancionados por la ley.

a) ABUSO DE POSICION DOMINANTE

Las empresas una vez que hayan alcanzado un importante nivel de desarrollo y posicionamiento en el mercado, pueden llegar a gozar de independencia de los demás agentes y competidores, al igual que los monopolios y oligopolios ya establecidos, de suerte que se constituyan en los únicos oferentes o demandantes de determinado bien o servicio, o en su defecto, sin ser los únicos, no existan competidores que puedan alcanzar su nivel.

El uso de ese poder con relación a los demás, constituye un acto en contra de la libre competencia, en el momento en que se abusa del mismo en perjuicio de los otros, eliminando o restringiendo sustancialmente la competencia, bajo la esfera de su influencia o capacidad de decisión.

La participación de una empresa en el mercado es de tal trascendencia, que depende exclusivamente de su actuación particular para determinar un aumento inmediato de los precios de bienes o servicios en detrimento de los consumidores y de los otros competidores. En esta práctica en contra de libre competencia, el potencial radica precisamente en la potestad de imponer precios a los consumidores.

El Fallo del Tribunal Europeo de Defensa de la Competencia, en el *caso Continental Can* nos conlleva a señalar que existe posición dominante en consideración de “las características de los productos implicados, en virtud de los cuales esos productos serían particularmente aptos para satisfacer necesidades constantes y serían poco intercambiables con otros productos”⁷², en definitiva se trata de un criterio estrechamente vinculado con la cuota de mercado que ostenta la empresa en la provisión de determinado bien.

Acorde al fallo anteriormente indicado, el Tratado de Roma⁷³ en el artículo 86 establece que la posición dominante se refiere a “una posición de fuerza económica de la que goza una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante posibilitándole comportarse en una medida apreciable independientemente de sus competidores y clientes y en definitiva de los consumidores”.

Como se observa, la concentración deriva necesariamente en una posición dominante, su abuso en el mercado significa inmediatamente un atentado a la libre competencia, la influencia de determinados grupos condiciona las reglas del mercado (aplicación de precios, por ejemplo), en detrimento de los demás.

⁷² María Candelas SÁNCHEZ MIGUEL, “Las Concentraciones de empresas en el marco de las normas de defensa de la Competencia”, Temas de Organización Económica Internacional, Madrid, Editorial McGraw-Hill, primera edición, 1993, p.379.

⁷³ Ver *UNIÓN EUROPEA – TRATADO DE ROMA*.

La concentración que nos ocupa, es decir relativa a las operaciones y actividades que desarrollan empresas que son competidoras entre sí, y sin profundizar en el campo económico viene a ser “(...)un grado o medida de la forma en que se encuentra distribuida la propiedad y el control de los recursos y de las actividades en un mercado o en una economía”⁷⁴

Empero, es necesario mencionar que el objetivo de las empresas es consolidar una óptima posición en el mercado, y que a la vez sean competitiva, por lo que la concentración en cierta medida favorece los niveles de eficiencia⁷⁵, siendo tarea del Derecho de la Competencia regular de manera preventiva y sancionadora a los abusos que se presenten en dicha posición, tales como, que el control sea de significativa magnitud que elimine a los demás competidores.

En definitiva, es tarea del Derecho de la Competencia, por un lado adelantarse a concentraciones que distorsionen la competencia, y por otro lado, sancionar civil y penalmente los abusos monopolísticos ya existentes. Para ello, es necesario una estructura jurídica de orden administrativo y judicial.

Alfonso Miranda Londoño considera que la posición dominante no trata únicamente un alto grado de concentración en el mercado, sino que puede presentarse aún cuando ésta sea escasa, pero con capacidad de controlar ciertos elementos, tales como propiedad industrial (registro de patentes y

⁷⁴ Radoslav DEPOLO, “Control de Operaciones de Concentración y Derecho de la Competencia”, en Derecho de la Competencia, Bogotá, Bogotá, El Navegante Editores, primera edición, 1998, p. 206.

⁷⁵ Es la máxima optimización y rendimiento del capital de la empresa, con el menor costo posible. En palabras del economista Barratt, “Es la utilización, generalmente por una empresa, de un mínimo de recursos, aun a expensas de hacer recaer los costes de esta reducción sobre la sociedad”. Barratt, op. Cit., p. 357.

modelos de utilidad, claves para el desarrollo, por períodos prolongados de tiempo, obteniendo un derecho de monopolio de carácter patrimonial sobre el mismo) tecnológica, comunicaciones, etc.

La Comisión Europea consideró en la decisión del *caso Continental Can* de 1971, mencionado en líneas anteriores, que “las empresas se encuentran en posición dominante cuando tienen la posibilidad de adoptar comportamientos independientes que las colocan en condiciones de actuar sin tener en cuenta a los competidores, ni a los compradores, ni a los proveedores”⁷⁶ (el subrayado me pertenece.) En definitiva el abuso se presenta cuando arbitrariamente y en función de su posicionamiento en el mercado, una empresa impone precios, limita la producción, aplica condiciones desiguales en detrimento de la libre competencia.

La explotación abusiva de dicha posición por parte de una empresa es lo que debe impedir y sancionar el Derecho de la Competencia, cuya forma explícita es el monopolio en el mercado, mediante recursos financieros y tecnológicos que generan una posición de ventaja frente a los demás agentes económicos, creando una sinergia de precios predatorios como hemos indicado, exclusividad, restricciones, así como el condicionamiento de suministro de insumos a otras empresas.

Sin embargo, la corriente moderna del derecho europeo no sanciona al monopolio per se, sino las conductas restrictivas a la libre competencia, emanadas de la(s) persona o empresa(s) que representa(n) un alto grado de concentración en los mercados, y obtienen una ventaja significativa de tal posición. Dicha tendencia encuentra su lógica, principalmente porque existen circunstancias en función de los distintos modelos socio-económicos, adoptados por los países, en los cuales los monopolios se dan

⁷⁶ Citado por Marco VELILLA, “Una Aproximación al Concepto de Abuso de Posición Dominante”, en Derecho de la Competencia, Bogotá, El Navegante Editores, primera edición, 1998, p. 177.

en forma natural, como puede ser el caso de una evidente producción de mejores bienes, o simplemente ventajas adquiridas en el mercado en forma legítima y meritoria.

Cabe realizar una distinción, ya que en la legislación comunitaria de Europa, la norma se encuentra dirigida a controlar la conducta de las empresas que gozan de una posición dominante, el derecho estadounidense lo que pretende es evitar la formación de dichas posiciones.⁷⁷

En Argentina, a través de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia se ha sentado un importante antecedente con relación a **procesos iniciados por abuso de posición dominante**⁷⁸, así por ejemplo, tenemos:

- *Caso Unión General de Tamberos c. Cooperativa Popular de Electricidad de Santa Rosa Ltda.* Se afirmó por parte de la Comisión que “la entidad que es única compradora de leche a los productores tamberos en una zona determinada está en posición de dominio en el mercado”, existiendo abuso al “reconocer caprichosamente precios diferentes por la misma cosa”.
- *Caso Antonio Humberto Savant c. Matadero Vera SRL*, la Comisión determinó que constituía “abuso de posición dominio la actitud de quien, como único matadero habilitado en el mercado para la prestación del servicio de faena, se niega a atender la solicitud de faena de un carnicero minorista, excluyéndolo del mercado.”
- *Caso Ifrisa SRL c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales SE y Ecsal SA*, En el presente proceso la Comisión sancionó que “el contrato concluido entre la fábrica de hidrocarburos y la de hielo, por el cual aquélla

⁷⁷ Ver *UNIÓN EUROPEA – TRATADO DE ROMA*.

⁷⁸ Dromi, op. Cit., pp. 106 y ss.

impone a sus distribuidores la comercialización de los productos de ésta constituye abuso de la posición dominio que tiene quien provee los productos de la rama principal del minorista.”

- **Fallo Judicial – Ecuador:**

En lo que al Ecuador se refiere, el Tribunal Constitucional dentro del *Expediente No. 129-2000-TP* relativo a la *monopolización de áreas petroleras*, expidió la sentencia de 18-VII-2000⁷⁹, ante la demanda de inconstitucionalidad parcial por el fondo⁸⁰ del artículo 46, tercer inciso y por el fondo y la forma⁸¹ del literal b) del artículo 99, de la Ley 2000-4 (Para la Transformación Económica del Ecuador), publicada en el Registro Oficial 34, de 13 de marzo del 2000.

La acción planteada contemplaba que el artículo 46, tercer inciso de la Ley 2000-4 contraviene el artículo 244, numeral 1 de la Constitución Política “... pues establece un tratamiento preferencial para aquellas empresas que deseen invertir en la industria hidrocarburífera del país, ya que para éstas no será necesario una licitación para tener derecho a una concesión en la prestación de servicios públicos, pues, simplemente serán delegadas al sector privado mediante un decreto ejecutivo”.

La norma legal impugnada en cambio señala que “las empresas privadas que tengan o no contratos suscritos de exploración y explotación también serán autorizadas para realizar actividades de transporte, industrialización, almacenamiento y comercialización de hidrocarburos”, permitiendo de esta manera la concentración de todas las áreas de la industria petrolera en pocas compañías.

⁷⁹ R.O. 128-S, 26-VII-2000.

⁸⁰ Inconstitucionalidad por el fondo obedece a la inaplicabilidad de la norma por ser contraria a las normas de la Constitución.

⁸¹ Inconstitucionalidad por la forma se refiere a la inobservancia de los preceptos establecidos para la aprobación de una ley.

Por su parte, se plantea también en el libelo inicial que el literal b) del artículo 99 de la Ley 2000-4 es inconstitucional tanto por la forma como por el fondo, pues, tal norma se refiere a una reforma de la Ley Orgánica de Aduanas, concretamente a agregar después del artículo 27 un artículo; y, en este sentido, se ha violado el procedimiento para la aprobación de leyes orgánicas sustentado en el artículo 143 de la Constitución, pues, la votación en el Congreso no correspondió a la mayoría absoluta de sus integrantes.

La inconstitucionalidad de fondo tiene que ver con la violación del artículo 256 de la Constitución Política, en virtud de que el literal b) del artículo 99 de la ley permite un trato preferencial para las empresas petroleras al exonerarlas el cien por cien de los impuestos arancelarios.

La contestación a la demanda, en cuanto al artículo 46, señala que guarda conformidad con el artículo 249 de la Constitución, 'que asigna como responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos, la prestación de éstos ya directamente o por delegación, mediante concesión, asociación o cualquier otra forma contractual de acuerdo con la ley'.

En referencia al literal b) del artículo 99 de la Ley para la Transformación Económica, en cuanto a la alegación de inconstitucionalidad de forma, no tiene razón de ser, en virtud de que lo aprobado es un solo cuerpo legal y que es al Congreso a quien le corresponde determinar cuáles son las leyes orgánicas.

Se realiza también una exposición sobre lo que debe entenderse por servicio público y la imposibilidad de que el Estado monopolice los mismos, y que la participación del sector privado revaloriza tal prestación.

En cuanto el literal b) del artículo 99, se menciona que la Ley Orgánica de Aduanas fue expedida antes de que entrara en vigencia la Constitución actual y no tiene carácter de orgánica. El solo hecho de tener dentro de su nombre la palabra orgánica, no la convierte en ese tipo de ley. El ámbito de la ley tampoco es de aquellos que deben ser normados por leyes orgánicas y tampoco la Constitución tiene una norma específica con respecto a la materia de aduanas que obligue a dar a su ley ese carácter' (sic). Esto en cuanto a la forma.

En cuanto al fondo, se hace énfasis en que la Ley 2000-4 ha exonerado de impuestos arancelarios a las empresas petroleras, 'de ahí que no exista ninguna violación constitucional respecto de este punto'. Así también que las exoneraciones de derechos arancelarios tampoco están dirigidas a una sola empresa o grupos de empresas.

El análisis del Tribunal Constitucional contempla que, las normas constitucionales deben ser comprendidas como un todo armónico, por lo mismo sus disposiciones no pueden ser consideradas de manera aislada; en tal sentido, se establece que en los artículos 245, 247 y 249 la Constitución Política determinan la coexistencia de los sectores público y privado en la organización y desenvolvimiento de la economía ecuatoriana; respecto a los recursos no renovables y en general a los productos del subsuelo, dispone que serán explotados en función de los intereses nacionales y cuya explotación podrá llevarse a cabo por empresas públicas, mixtas o privadas, de acuerdo con la ley, siendo, además, responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos, agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otras de naturaleza similar, las que puede prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier forma contractual, igualmente, de acuerdo con la ley.

En tanto que el artículo 244 responsabiliza al Estado de garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que lo promuevan, fomenten y generen confianza, promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos, impulsar la libre competencia y sancionar las prácticas de libre monopolio, entre otras responsabilidades, todo lo cual, asegura, en el ámbito de la materia, la reforma incorporada por el artículo 46 de la Ley de Transformación Económica que sustituye el artículo 3 de la Ley de Hidrocarburos, por lo que se considera que el inciso tercero del referido artículo 46 no establece privilegios ni fomenta monopolio alguno, por tanto lejos de ser inconstitucional, responde a los objetivos previstos en los artículos mencionados, al viabilizar la participación privada en el área hidrocarburífera;

Continúa su análisis considerando que el artículo 143 de la Constitución Política establece que las leyes orgánicas serán aprobadas, reformadas e interpretadas por mayoría absoluta de los integrantes del Congreso Nacional, el artículo 142 determina las leyes que han de entenderse como orgánicas, sin que en esa enumeración se encuentre la regulación de actividades en materia aduanera. Por otra parte la denominada Ley Orgánica de Aduanas habiendo sido expedida antes de la vigencia de la actual Constitución, no tiene ese carácter, tanto más que el texto constitucional no contiene norma alguna relativa a esta materia y el ámbito de la misma no es de las que requieran ser normadas por una ley orgánica. Además, de conformidad a la Disposición Transitoria Vigésima Segunda de la Constitución, correspondía al Congreso Nacional determinar las leyes vigentes que tendrán carácter de orgánicas, sin que hasta la actualidad haya procedido en tal sentido, por lo que no se puede considerar que la Ley Orgánica de Aduanas tenga tal carácter y, por lo mismo, su reforma requiera la mayoría absoluta de votos de los integrantes del Congreso,

razón por la que se concluye que el literal b) del artículo 99 de la Ley de Transformación Económica del Estado es constitucional por la forma;

En materia de tributación, el principio de igualdad fiscal tiene su aplicación en consideraciones de orden equitativo, distributivo y de proporcionalidad, que dicen relación con la existencia de diferencias, por lo que se da un trato igual a quienes se encuentran dentro de una misma situación, trato que difiere de aquel dado a quienes se encuentran en otra situación, el mismo que, es general para todos quienes conforman ese universo, por lo tanto la exoneración del pago de impuestos arancelarios prevista en el literal b) del artículo 99 de la Ley de Transformación Económica obedece a tal principio incorporado en el artículo 256 de la Constitución Política. **Sin que exista, por tanto, inconstitucionalidad de fondo.**” (las negrillas y subrayados me pertenecen)

b) CONCENTRACIÓN

Para Candela Sánchez Miguel⁸² el objetivo de la ley, en materia de Derecho de la Competencia, es regular toda actividad económica de las empresas, en un marco normativo que establezca los límites a la libertad de los distintos agentes de mercado, precisamente donde empieza la de los demás sujetos de dicha relación, “sobre la base de la defensa del interés económico o del sistema económico en su conjunto.”

⁸² Sánchez Miguel, op. Cit.

Dentro de las operaciones económicas, una que reviste importancia y especial interés para el derecho, es la concentración de capitales, coincidiendo las normas de defensa de la competencia en que, no se puede reprimir per se a las concentraciones económicas, ya que éstas pueden resultar beneficiosas para el desarrollo de la producción, industria y en general de la economía de un país, sino al contrario, se debe permitir el crecimiento económico, **garantizando la libre competencia, pero regulando las concentraciones que originen posiciones dominantes, fruto de las uniones a las que hacemos referencia y sancionando las conductas abusivas producto de dicha posición de dominio, que permitan un control indebido del mercado de parte de las grandes empresas.**

Para ello, las leyes de defensa de la competencia y antitrust, europeas y americanas respectivamente, se han preocupado en conceptuar prohibiciones a la concentración de empresas, en función de la cuota de mercado que representan, como por ejemplo la Ley Española de Defensa de la Competencia, que en su artículo 14 define a la concentración económica como “Todo proyecto u operación de concentración de empresas o de toma de control de una o de varias empresas por parte de otra persona, empresa o grupo de empresas, siempre que afecte o pueda afectar al mercado español y especialmente mediante la creación o reforzamiento de una posición de dominio, podrá ser remitido por el Ministerio de Economía y Hacienda al Tribunal de Defensa de la Competencia para su informe:

- a) Cuando se adquiriera o incremente una cuota igual o superior al 25% del mercado nacional, o de una parte sustancial del mismo, de un determinado producto o servicio, o
- b) Cuando la cifra del volumen de ventas global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 20.000.000.000 de pesetas.”

En la referencia económica de los criterios utilizados por el citado cuerpo legal español, vemos que éstos pueden ser delimitados objetiva y cuantitativamente, no así cuando se refiere a una parte sustancial de mercado, para lo cual nos permitimos traer a colación la sentencia del *caso Suiker Unie* de 16/2/75, en la que el tribunal español consideró que para determinar el alcance de una parte sustancial de mercado es necesario delimitar “la estructura y volumen de la producción y del consumo del producto, así como de las costumbres y posibilidades económicas de los vendedores y compradores”⁸³, es decir en atención a la uniformidad del producto, sus oferta y su clientela.

Nos imaginamos que eventualmente la legislación española prevé modificaciones al supuesto de los 20’ de pesetas, acorde el crecimiento del mercado, de lo contrario la norma se quedaría en desuso, sí como el hecho de que todos los integrantes del grupo o concentración económica consoliden sus balances para arrojar resultados globales de las ventas a los que hace referencia.

Como se puede observar, la prohibición de ciertas actividades que son lesivas a la libre competencia obedece al establecimiento de presupuestos fácticos basados en criterios de mercado, y el grado de participación que represente la unión, asociación, fusión, etc., de sujetos o actores económicos, por lo que toda concentración de capitales debe ser autorizada, previo el establecimiento de políticas procedimentales, por las autoridades en la materia, que permita su control y seguimiento, ya sea, otorgando el permiso respectivo, oponiéndose a la operación, o condicionándola al cumplimiento de determinados programas, garantizando de esta manera, la libertad de competencia.

⁸³ Ibid, p. 378.

Cuando no existe una influencia de una determinada empresa sobre las demás, éstas “se encuentran unidas por vínculos de coordinación, colaboración o cooperación.”⁸⁴. En cambio en la concentración vertical, una de las empresas cuenta con una participación accionarial mayoritaria, ejerciendo la directriz del grupo, conforme lo manifiesta Barreira Delfino, “En la concertación vertical, las empresas integrantes del grupo se encuentran sujetas todas ellas a una dirección común o unificada que de hecho implica una relación de subordinación entre las distintas empresas respecto de una de ellas que se erige como cabeza de grupo.”⁸⁵

CASO PRÁCTICO⁸⁶ - LA FUSIÓN BELL ATLANTIC Y GTE EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA:

Las compañías proveedoras de servicios de telefonía básica y móvil Bell Atlantic y GTE, que individualmente contaban con un importante nivel de posicionamiento al ser consideradas la cuarta compañía en el ámbito nacional en el mercado de la telefonía celular y la mayor compañía (fuera de las compañías AT&T) proveedora de servicios de telefonía básica, en su orden, llegaron en julio de 1998 a un acuerdo de fusión por absorción, la negociación incluía 10 importantes áreas comerciales, 65 áreas metropolitanas y zonas rurales en los Estados Unidos de América (EUA).

Adicionalmente GTE concretó en abril de 1999 la compra de acciones de 2 importantes compañías de telefonía móvil de los EUA, y Bell Corporation poseía un 50 % de acciones en otra compañía de telefonía denominada PCS que proveía sus servicios en 61 áreas metropolitanas, lugares en los cuales, el servicio móvil era proveído por GTE.

⁸⁴ Eduardo BARREIRA DELFINO, “Manual Jurídico Para Empresas”, Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 1985, p. 534.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Dromi, op. Cit., p.p. 292 y ss.

En vista de los antecedentes, los EUA demandaron la violación de la Ley Clayton Act⁸⁷ como consecuencia del acuerdo para alcanzar la fusión de las dos empresas, por lesionar la competencia en un mercado relevante, ya que dicho grado de concentración se traduciría inmediatamente en resultados en contra de la libre competencia, como son el aumento de precios y disminución de la calidad del servicio, sumado a la imposibilidad fáctica de la entrada de nuevos competidores que pudieran frenar los efectos de la fusión de las dos compañías.

El análisis realizado llevó a determinar que la fusión produciría un alto nivel de concentración en las áreas de cobertura, alterando significativamente la competencia en la provisión de dichos servicios.

En tal virtud la Corte de los Estados Unidos condicionó el proceso de fusión a realizarse por parte de Bell y GTE, disponiendo que se “desprendan de uno de sus dos negocios inalámbricos en cada uno de los mercados en que se superponen sus prestaciones”, incluyendo los activos necesarios para la prestación de tales servicios, lo que abarca inclusive determinadas marcas y nombres comerciales (excepto los que tienen relación directa con el negocio y el cliente) y el traspaso de las licencias de operación de los mentados servicios.

⁸⁷ Véase en este trabajo, *OTRAS REFERENCIAS NORMATIVAS INTERNACIONALES*.

c) FIJACIÓN ARBITRARIA DE PRECIOS

La determinación de los precios, tanto en la red de comercialización del producto, como en la venta al público, es sin lugar a dudas la piedra angular de las manifestaciones monopólicas de abuso de posición dominante, acorde el pensamiento del economista Gustavo Saldarriaga Lopera, quien considera que “el poder en el mercado se define como la habilidad para aumentar los precios sin que varíen las ventas...”⁸⁸, es decir, el poder que se ostenta en el mercado incide al grado de llegar a fijar de manera unilateral los precios en el mismo, en función de su propia conveniencia.

A pesar de que a todas luces una práctica de tal magnitud constituye un acto en contra de la libre competencia, y así lo consagran la mayoría de legislaciones, es importante indicar que el derecho anglosajón, siempre consideró la fijación arbitraria de precios una ilegalidad per se⁸⁹, por que era fácil presumir que dicha arbitrariedad implicaría beneficios directos a quienes los fijaban, en sentencias como *Dr. Miles Medical Co. V. John Park & Sons Co.*, y *Monsanto Co. V. Spray Rite Service Corporation*.

No obstante, a partir de 1997, se cambió dicha concepción de la ilegalidad per se de la fijación arbitraria de precios, con el fallo suscitado en el caso *State Oil v. Barkat Kha*, considerando la Corte de Estados Unidos que los acuerdos verticales de fijación arbitraria de precios deben ser analizados bajo la regla de la razón y no al amparo de la regla per se, principalmente porque era menester un estudio detallado e individual de cada caso de fijación de precios, ya que en algunos casos incrementarían la competencia con otras marcas o beneficiarían a los consumidores, “porque los fabricantes o distribuidores mayoristas obligan a los distribuidores

⁸⁸ Saldarriaga Lopera, op. Cit., p. 84.

⁸⁹ Véase también *SISTEMAS DE ANÁLISIS*.

minoristas a compartir con los consumidores, las eficiencias y ganancias que se producen al nivel mayorista.”⁹⁰

CASO PRÁCTICO.- CÁMARA ARGENTINA DE PAPELERÍAS, LIBRERÍAS Y AFINES c/SUPERMERCADOS MAYORISTAS MAKRO SA⁹¹: PREDACIÓN O VENTA POR DEBAJO DEL COSTO-PERJUCIO AL INTERÉS ECONÓMICO GENERAL.-

La Cámara de Argentina de Papelerías, Librerías y Afines; en representación de los intereses de sus asociados presentó una denuncia en contra de Supermercados Mayoristas MAKRO S.A., por ofrecer al consumidor productos por debajo de su precio normal, bajo la figura de supuestas ofertas de mercado, siendo su único propósito consolidar un mayor poder y eliminar a sus competidores.

Ante la conducta denunciada MAKRO manifestó que se trata de una cadena empresarial con una gama distinta de productos siendo aquellos bienes objeto de la oferta en cuestión una parte muy pequeña de sus ventas totales, de suerte que, a criterio de MAKRO es imposible que se pueda hablar de una consolidación monopólica del mercado, y peor aún una distorsión de la competencia, agregando, inclusive que, las ofertas generalmente están destinadas para beneficio de los consumidores.

El análisis del mercado relevante, en el presente caso, arroja como resultado que los supermercados ocupan un importante sector de la demanda, en el comercio tradicional (minoristas y proveedores), consolidando verdaderas economías de escala en la venta de productos

⁹⁰ Gabriel IBARRA PARDO, y Miranda Londoño, “La Práctica de Fijación Unilateral de Precios y su Aplicación en Colombia”, en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, IV, Colección Seminarios 12, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, primera edición, 2000, p. 58.

⁹¹ Temas de Derecho Industrial, Derecho de la Competencia, JURISPRUDENCIA, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2000, Editorial Ciencia y Cultura, p.p. 409 y ss.

masivos bajo una estrecha relación directa con los proveedores, y reducción de los canales de distribución, que se traducen en una fijación automática de precios.

La fijación de precios predatorios o por debajo de su costo normal es un acto contrario a la libre competencia que, en principio elimina a los demás competidores, para después fijar precios superiores y cubrir las pérdidas. Siendo necesario para ello que se configuren ciertos elementos o condiciones como los que han sido resumidos en el presente caso por la Comisión Nacional de Defensa de Argentina:

- “1) poder de mercado o posición de dominio por parte de la empresa predatoria.*
- 2) intención de desplazar del mercado a los competidores, y*
- 3) barreras a la entrada de futuros competidores, en la etapa posterior a la predación, para que sea posible recuperar las pérdidas ocasionadas, por la acción predatoria.”*

En definitiva, podemos observar que la predación de precios no se refiere única y exclusivamente a la fijación de los mismos por debajo de su costo normal, sino desplazar a sus competidores para inmediatamente después subir los precios.

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia dentro del análisis del presente caso se remitió a sentencias o fallos suscitados en las Cortes Americanas destacando entre ellos el Caso “Matsushita (1986) el cual contiene el criterio que la predación de precios atenta a la libre competencia siempre y cuando el predador consolide una posición que le permita obtener mayores réditos.

No obstante, existe la posibilidad que una empresa en un plazo reducido de tiempo ofrezca parte de sus productos por debajo de su

costo con el ánimo de atraer mayor clientela, es decir como una inversión necesaria de publicidad y marketing. En cuyo caso la evaluación de la conducta debe realizarse en función del valor de la venta de los precios futuros para determinar si existe o no precios predatorios.

En el ámbito de los supermercados, conforme hemos mencionado, al comercializar una variedad de productos, la pérdida originada en principio podría compensarse con otros bienes, y haría pensar que se trata de una estrategia comercial o publicitaria, sin que sea necesario que después se venda a un mayor precio el bien objeto de la predación. A este criterio hay que añadir la consideración del escaso tiempo de duración de la oferta (15 días), que permite diferir una política de distorsión de la empresa.

El volumen de ventas revelan que MAKRO no cuenta con una posición de dominio en el mercado, sin que por lo tanto, incurra en una supuesta predación de precios, para excluir a los demás competidores, sumado a ello el hecho de que no existe obstáculo para la entrada de nuevos rivales, sino al contrario, su conducta se trata de una política de oferta de publicidad de sus productos, que no atenta a la libre competencia.

d) ACUERDOS CONCERTADOS

Conforme lo desarrollaremos en el estudio de la legislación comparada, las prácticas concertadas son reguladas principalmente por el derecho antitrust estadounidense y el comunitario europeo, derivados de la Ley SHERMAN y el Tratado de Roma, en su orden⁹²; considerados los acuerdos concertados tipos prohibidos por el Derecho de la Competencia, se refieren principalmente a los convenios de relación y asociación entre competidores y empresas para obtener ventajas competitivas frente a los demás.

En el derecho anglosajón, cuya fuente principal es la jurisprudencia, nos permitiremos citar una serie de fallos judiciales sancionando este tipo de prácticas concertadas, en las que se manifiesta expresamente los acuerdos alcanzados por los competidores en detrimento de los demás participantes en el mercado y del propio consumidor y que constituían prueba plena de la realización de las prácticas prohibidas por la Ley SHERMAN. Sin embargo, existe un caso fundamental, citado por el profesor Guillermo Cabanellas, en el que el acuerdo era intrínseco a la práctica en sí, lo que nos revela la capacidad y crítica de los órganos jurisdiccionales para administrar justicia. El fallo se refiere al caso *Interstate Circuit, Inc. V. United States (1939)*, en el cual “una cadena de cinematográficos envió a ocho distribuidores cartas idénticas, en las que se mencionaban los nombres de todos los destinatarios, indicándoles que no proveyeran de películas de estreno a las salas que no se ajustaran a ciertos precios mínimos y otras condiciones de operación. Estas condiciones fueron aceptadas por los distribuidores mediante actos formalmente separados, no existiendo prueba directa alguna de la existencia de un acuerdo entre aquellos. Sobre la base de estos elementos básicos, la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que existía una conducta anticompetitiva concertada indicando que es un “exceso de credulidad suponer que varios distribuidores hubieran

⁹² Véase *DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL DERECHO COMUNITARIO Y EN EL AMBITO INTERNACIONAL*.

aceptado y puesto en operación, bajo tales circunstancias, con unanimidad sustancial, tales cambios relevantes en sus métodos empresarios, de no haber existido algún tipo de entendimiento respecto de que todos iban a actuar unidos (...) Fue suficiente que, conociendo que una acción concertada había sido contemplada, y habiendo sido invitados a formar parte de ella, los distribuidores adhieran al plan y participaran de él”⁹³. Como podemos observar, dentro de los acuerdos concertados no es necesario que exista un acto formal de asociación.

A decir de Víctor Cevallos Vásquez, en el derecho comunitario europeo, *“las prácticas concertadas son aquellas en las que se realiza una coordinación entre empresas competidoras por medio de las decisiones de sus titulares que aunque no se sustentan en un acuerdo formal, su cooperación, contactos frecuentes e intercambio de información elimina los riesgos de la competencia. Los interesados actúan unilateralmente pero en armonía con los competidores impidiendo la libre y real competencia. Es suficiente para la configuración de esta conducta prohibida, el alineamiento consciente mediante la cooperación e intercambio de información probados de un empresario con la actitud de otros que atenten contra la libre competencia.”*⁹⁴

Cabanellas, dentro de este tema, cita a los autores Van Bael y J.F. Bellis quienes consideran las prácticas concertadas “una forma de coordinación entre empresas que, sin haber llegado al nivel en que se ha concretado un convenio, substituye conscientemente los riesgos de la competencia por la cooperación práctica entre ellas.”⁹⁵

⁹³ Cabanellas, op. Cit., p. 276.

⁹⁴ Cevallos, op. Cit., p. 25.

⁹⁵ Cabanellas, op. Cit., p. 280.

Finalmente, Miranda Londoño manifiesta especial énfasis en la ilegalidad *per se*⁹⁶ de los acuerdos concertados de repartición de mercados a nivel horizontal, es decir entre empresas que se encuentran en un mismo estadio o proceso económico, mientras que considera que los acuerdos anticompetitivos de repartición de mercados verticales (diferentes niveles, como por ejemplo productor - distribuidor) se encuentran sujetos al análisis de la Regla de la Razón.

e)CLÁUSULAS ABUSIVAS⁹⁷

Los negocios jurídicos⁹⁸ son toda actividad que se realiza de conformidad al marco jurídico establecido y cuya vinculación con la materia que nos ocupa se da entorno al desarrollo de las relaciones y actividades entre comerciantes y particulares en el mercado, ya sea de manera individual o colectiva y sus diversas manifestaciones, dando lugar al nacimiento, modificación y extinción de situaciones jurídicas. Bajo esta línea, el contrato o convención viene a ser ley para las partes, formalizando en cierta medida dichas relaciones, al permitir el ejercicio de la libertad de los particulares, siempre y cuando, dichas actuaciones no estén expresamente prohibidas por la ley, que es allí donde interviene la tutela del Estado y la norma jurídica.

⁹⁶ Véase en este mismo trabajo *SISTEMA DE ANÁLISIS*.

⁹⁷ Su significación será utilizada en el ámbito privado para entender mejor la aplicación de las cláusulas abusivas; sin embargo es necesario anotar que referidas a los contratos estatales, como instrumentos para la provisión y prestación de los servicios públicos, y caracterizados por la intervención del Estado, reciben la denominación de **cláusulas exorbitantes**, las mismas que obedecen al tratamiento diferenciado que las distintas legislaciones otorgan a los regímenes de contratación estatal, en condiciones favorables para el Estado, en tratándose de la defensa del interés general, sin que ello signifique un atentado al Derecho de la Competencia. No obstante el abuso del Estado en detrimento de la libre competencia tiene otras aplicaciones acorde a la presente investigación.

⁹⁸ La palabra negocio proviene de la raíz latina “negotium” que significa “Todo lo que es objeto o materia de una ocupación lucrativa de interés. Negocio Jurídico es todo acto voluntario lícito realizado de conformidad con una norma jurídica que tenga por finalidad directa y específica crear, conservar, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones”. Schiaffino MACHADO, “Diccionario Jurídico Polilingüe”, Buenos Aires, Argentina, Ediciones la Rocca, 1996, p. 67.

En tal sentido, es necesario que el contrato se construya sobre la base de dos pilares fundamentales:

1. El “equilibrio contractual”⁹⁹ que permite la estabilidad en el comportamiento entre particulares y las contraprestaciones que se obligan a cumplir recíprocamente, y.
2. La “justicia conmutativa”¹⁰⁰, la misma que da lugar a la igualdad de las personas intervinientes en el contrato, de suerte que no existan abusos por parte de unos en perjuicio de otros.

Sobre este particular Jorge Molina nos enseña que *“sería conveniente considerar al equilibrio contractual como la proporción necesaria, que debe existir interpartes, producto de la configuración de una relación contractual. Y es que se hace imprescindible que se guarden las equivalencias de prestaciones entre las partes contratantes ya que de esa manera, se tiende a la prevención de abusos en los contratos. Se evita que se obtengan ventajas o cualquier tipo de provecho, basados en la explotación de la necesidad, ligereza o cualquier tipo de desconocimiento de una las partes contratantes.”*¹⁰¹ (los subrayados me corresponden.)

En definitiva, la libertad contractual que prevé la ley para los particulares debe desarrollarse en condiciones proporcionales, de todo orden, tanto subjetivas como objetivas, incluyendo dentro de éstas últimas a las económicas, dando lugar a derechos y obligaciones correlativos, y sin que se presenten manifestaciones de abuso del derecho del que se encuentran asistidos. Esa desigualdad de condiciones se conoce como cláusulas abusivas, las mismas que dentro de las relaciones de comercio o de

⁹⁹ Jorge MOLINA, “Las Cláusulas Abusivas”, en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, IV, Colección Seminarios 12, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, primera edición, 2000, p. 15.

¹⁰⁰ Ibid, p. 17.

¹⁰¹ Ibid, pp. 18-19.

consumo, constituyen un acto en contra de la libre competencia. Dada la amplitud y diversidad de formas contractuales, las cláusulas abusivas deben ser tratadas en función de su propia naturaleza o hecho constitutivo y de allí aplicarlas en cada caso en concreto, con sus claras excepciones, como es el caso de los contratos gratuitos y aleatorios, en los cuales evidentemente existe un desequilibrio entre los contratantes, pero éste se funda en la naturaleza misma del contrato acorde al marco jurídico.¹⁰²

A decir de Jorge Molina¹⁰³, el origen característico de las cláusulas abusivas está en el rompimiento de la relación contractual, sin que exista un equilibrio de intereses y derechos entre las partes contratantes, citando para el efecto la obra de Stiglitz, quien pone de manifiesto los principales elementos de las cláusulas abusivas que dan lugar a dicho desequilibrio entre derechos y obligaciones, a saber:

1. *“Por la aplicación de una o más cláusulas predispuestas, se amplíen los derechos del predisponente;*
2. *O se atribuyan en su favor, la posibilidad de alterar en algún sentido la obligación o la carga comprometida;*
3. *O por las que se reduzcan o supriman sus cargas u obligaciones;*
4. *O desde la perspectiva inversa, cuando se amplíen las cargas u obligaciones del adherente;*
5. *O se supriman o modifiquen en su contra, sus derechos.”*

¹⁰² Artículo 1483 Código Civil “El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen”.

Artículo 1484 Código Civil “El contrato es oneroso cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a la vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”.

¹⁰³ Molina, op. Cit. p. 23.

e.1) Tratamiento.- Conforme lo indicamos anteriormente, la proporcionalidad de condiciones, puede recaer tanto en el campo subjetivo como en el objetivo, incluyendo dentro de éste último, a las condiciones económicas. La doctrina sostiene la existencia de dos instituciones para el reestablecimiento o consecución del referido equilibrio de condiciones objetivas en los contratos entre las partes, a saber: la lesión y la imprevisión. Mientras que el equilibrio subjetivo es enmarcado dentro de las cláusulas abusivas propiamente dichas.

e.1.1) La lesión.- Es el perjuicio económico patrimonial del que se ve afectado uno de los intervinientes contratantes, al existir una considerable diferencia entre la contraprestación que recibe, en comparación a la que realiza o está obligado a realizar.

La mayoría de legislaciones la consideran como un vicio del consentimiento, y estrechamente ligada al contrato de compraventa, incluida la ecuatoriana. A pesar de que no se encuentra enumerada dentro de los vicios del consentimiento, de conformidad la Código Civil Ecuatoriano¹⁰⁴, la lesión puede dar lugar a la rescisión del contrato o nulidad relativa del mismo o en su defecto, completar el justo precio¹⁰⁵. Cabe mencionar, que en la legislación ecuatoriana la lesión enorme no se aplica en los contratos que versan sobre bienes muebles, ni en las ventas realizadas por el ministerio de justicia.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Artículo 1855 Código Civil “El contrato de compraventa puede rescindirse por lesión enorme.”

Artículo 1856 Código Civil “El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador, a su vez, sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato.”

¹⁰⁵ Código Civil, artículo 1857 “El comprador contra quien se pronuncia la rescisión podrá, a su arbitrio, consentir en ella, o completar el justo precio, con deducción de una décima parte; y el vendedor, en el mismo caso, podrá, a su arbitrio, consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio, aumentando en una décima parte.”

¹⁰⁶ “El que se haya hecho excepción de las ventas realizadas por el ministerio de la justicia es lógico, porque, habiendo intervenido la justicia para el avalúo de los bienes que se venden a través de su ministerio, no puede la misma justicia dejar sin efecto el precio así fijado, porque ello además, atentaría contra las reglas de la cosa juzgada.” Coello, op. Cit., p.37.

Jorge Molina en este punto, considera que la lesión no puede considerarse como vicio del consentimiento, ya que no se está protegiendo la voluntad de las partes, sino la equidad económica del contrato.

e.1.2)La imprevisión.- Como su nombre lo indica, se presenta ante circunstancias imprevistas por los contratantes, las mismas que rompen la proporcionalidad de las condiciones contractuales. El expositor panameño Jorge Molina la denomina también excesiva onerosidad, precisamente por el desequilibrio económico que significa ante un hecho que no ha sido previsto e independiente, haciendo hincapié sobre ésta característica, ya que de lo contrario, estaríamos frente a un hecho culposo imputable al incumplimiento de uno de los comparecientes. A diferencia de la lesión, nuestra legislación no contempla como institución jurídica la imprevisión

e.2)El equilibrio subjetivo.- Su radio de acción es la protección de los derechos del consumidor, ya que principalmente es aquí donde se presentan condiciones desiguales entre los contratantes, principalmente reflejadas en los contratos de adhesión, que son aquellos en los cuales el texto se encuentra previamente redactado por la empresa proveedora del bien o servicio, siendo el consumidor o usuario un adherente al formato tipo establecido, y sin tener capacidad de negociar las condiciones del mismo, principalmente por el control que ostenta la empresa acerca del producto o servicio que oferta, y porque al ser un contrato que contiene condiciones generales, y hasta cierto punto impuestas, el consumidor no tiene otra alternativa, que aceptar el contrato o no contratar. Lo anterior hace imprescindible la intervención del derecho para equilibrar la balanza entre empresarios y consumidores,¹⁰⁷ a favor de la situación de inferioridad, subordinación e indefensión del consumidor, frente a dichas cláusulas prohibidas.

¹⁰⁷ Elixsandro Ballesteros, “El consumidor no tiene, ni puede adquirir, un conocimiento adecuado de todos los bienes y servicios que compra. Esto le impide formarse una opinión cabal sobre las ventajas relativas de las diversas oportunidades que se le presentan, y hasta puede hacer que se ignore la existencia de algunas. Por uno u otro lado, esto determina la inferioridad estructural del consumidor frente a los proveedores de bienes y servicios.”, Citado por Molina, op. Cit., p. 31.

En el derecho ecuatoriano encontramos incorporada la protección de los consumidores frente a los contratos de adhesión y las cláusulas prohibidas, en la reciente sanción de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de julio de 2000, cuerpo legal que mitiga dicha desproporción, consagrando, entre otros aspectos, que el contrato de adhesión debe estar redactado en idioma castellano, con caracteres legibles, no menores a un tamaño fuente de diez puntos, de acuerdo a las normas informáticas internacionales, en términos claros y comprensibles y no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previamente a la celebración del contrato. Los textos escritos con un tamaño de fuente menor a la establecida, se entenderán no escritos, así como las cláusulas en otro idioma, excepto aquellas palabras que el uso haya incorporado al léxico, no producirán efecto alguno respecto del consumidor.

Imperativamente, la Ley ordena que las condiciones de la oferta se entienden siempre incorporadas al contrato.

De la misma forma, el cuerpo legal anteriormente enunciado, en su artículo 43 prescribe que las cláusulas prohibidas son nulas de pleno derecho y no producen efecto alguno, aplicables inclusive a los servicios financieros, las que:

1. *Eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados;*
2. *Impliquen renuncia a los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores o de alguna manera limiten su ejercicio;*
3. *Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;*
4. *Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento;*
5. *Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato;*

6. *Autoricen exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato, excepto cuando tal resolución o modificación esté condicionada al incumplimiento imputable al consumidor;*
7. *Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o utilizados antes de que se suscriba el contrato, o sean ilegibles;*
8. *Impliquen la renuncia por parte del consumidor, de los derechos procesales consagrados en esta Ley, sin perjuicio de los casos especiales previstos en el Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, Ley de Arbitraje y Mediación y demás leyes conexas; y,*
9. *Cualquier otra cláusula o estipulación que cause indefensión al consumidor o sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres.*

Como se puede observar, en nuestro país se acoge la protección del consumidor con inclusión en el régimen de contratación, a través de las cláusulas abusivas y los contratos de adhesión en general, en aras del mentado equilibrio entre los contratantes de la relación de consumo, y cuyo efecto, en unos casos, es la inexistencia (significa ausencia del negocio jurídico) de la disposición contractual, y en otros, la nulidad absoluta que importa, en este caso, celebración de actos prohibidos por la ley, cuyo efecto principal es que las cosas vuelvan a su estado anterior.

f) RELACIONES ENTRE EMPRESAS VINCULADAS

Dichas conductas no constituyen propiamente actos contrarios a la libre competencia, mientras se desenvuelvan en su esfera y radio de acción y control, es decir, mediante actos y prácticas naturales de operación y negocio entre las sociedades cabezas de grupo, subsidiarias, filiales, matriz, sucursales, ya que todas funcionan como una sola firma, a través de su común sometimiento a una dirección ejercida por otra sociedad o entidad. Dicha

unidad y actuación conjunta, generalmente permite ofrecer servicios complementarios.

Pero cuando dichas prácticas trascienden de la esfera del grupo empresarial e involucran actividades externas con agentes económicos que se vinculan ya sea por su administración o propiedad, con el propósito de contar con beneficios y tratamientos diferenciados que en otras circunstancias no los obtendrían, pueden llegar y de hecho constituyen acuerdos concertados intencionados en los términos anteriormente expresados.

Nuestra legislación, en materia de instituciones del sistema financiero, prohíbe expresamente realizar operaciones crediticias entre empresas pertenecientes a un mismo grupo financiero, ni contraer pasivos directos o contingentes en los términos definidos en la propia ley¹⁰⁸, o cuando se presenten causales de vinculación, ya sea por propiedad, administración o presunción. En esta línea, en lo que respecta al ámbito tributario, y para complementar lo dicho, el Reglamento de Aplicación a la Ley de Régimen Tributario Interno, establece para efectos impositivos, la definición de empresas relacionadas y subordinadas en los artículos 294 y 295, en su orden.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Artículo 57 de la Codificación General de Instituciones del Sistema Financiero: “ Para efectos de esta ley, se entenderá por grupo financiero al integrado por: a) Una sociedad controladora que posea un banco o una sociedad financiera privada, una compañía de seguros y reaseguros, sociedades de servicios financieros o auxiliares previstas en esta Ley, las instituciones previstas en la Ley de Mercado de Valores, así como subsidiarias del país o del exterior de cualquiera de las mencionadas; y b) Un banco o sociedad financiera que posea una compañía de seguros y reaseguros, sociedades de servicios financieros o auxiliares previstas en esta Ley, las instituciones previstas en la Ley de Mercado de Valores, así como las subsidiarias del país o del exterior de cualquiera de éstas.

¹⁰⁹ Artículo 294.- “Se consideran sociedades relacionadas las siguientes: 1. La matriz y sus subordinadas; 2. Las subordinadas de una misma matriz; 3. Las sociedades cuyo capital pertenezca en un 50% o más a la misma persona natural o jurídica; 4. Las sociedades cuyo capital pertenezca en un 50% o más a personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o el segundo de afinidad. 5. Cuando una de las sociedades posee directa o indirectamente el 50% o más del capital de la otra.

Artículo 295: Sociedad subordinada.- “Se considera que una sociedad es subordinada, cuando se encuentra en una de las siguientes situaciones: 1. Cuando el 50% o más del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o en concurrencia con sus subordinadas o con las filiales o subsidiarias de éstas. 2. Cuando las sociedades mencionadas tengan el derecho de emitir los votos constitutivos del quórum mínimo decisorio para designar representante legal o para contratar, bien sea conjunta o separadamente. 3. Cuando participen en el 50% o más de sus utilidades, dos o más sociedades relacionadas.

CAPÍTULO III

DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL DERECHO COMUNITARIO Y EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

CONSIDERACIONES GENERALES

Cambios en las estructuras del poder mundial, desde la bipolaridad entre las dos grandes potencias generada al final del segundo estallido mundial, pasando por el candor de la guerra fría, la caída del muro de Berlín, el Glasnost y la Perestroika de la Unión Soviética, hasta el derrumbe de los países de Europa del Este y el cuestionamiento a la economía centralizada hasta llegar a nuestros días, nos presenta un fenómeno que intenta explicar la realidad actual, así como trazar el mundo a seguir, camino que se encuentra basado en políticas económicas de apertura y liberalización, denominado globalización.

Para el Estado es cada vez más difícil aplicar políticas de promoción industrial de producciones, comercio, etc., porque depende más de las decisiones de las empresas privadas; por lo que está obligado a reducir su actuación y a incrementar y fomentar situaciones que faciliten estabilidad jurídica, política y económica, así como infraestructura básica para que las sociedades comerciales operen sin complicaciones, así como también un poder judicial eficiente y autónomo.

Las sociedades especialmente de América Latina han ampliado su sentido crítico de adaptación a las necesidades colectivas, y dentro de esa línea el hecho de mantener la inercia en el modelo neoliberal, derivando en la constante adopción de políticas de integración y cooperación intra regionales, en un contexto de apertura,

En el ámbito societario, la Ley de Compañías contempla la Compañía Holding o Tenedora de Acciones, cuyo objeto social versa en la compra de acciones o participaciones de otras compañías, para vincularlas y ejercer su control, conformando un grupo empresarial, bajo criterios de vinculación por administración, gestión y participación accionaria.

desreglamentación y globalización, lo que ha fortalecido el grado de interdependencia económica de los países.

Es imprescindible entonces la búsqueda de un equilibrio entre la política integracionista y las reglas del mercado internacional sobre los niveles de competitividad, de manera que sea posible contribuir a la transformación económica con equidad.

En ese sentido la integración, al colocar en una situación de competencia a proveedores de diferentes países, generando incentivos para desarrollar nuevas alternativas de competencia, hace imperiosa la necesidad de armonizar regulaciones existentes. Esa interdependencia económica, tanto en el ámbito regional, como en el mundial, significa que el Derecho de la Competencia tiene que trascender hacia un nivel más allá, fuera del ordenamiento interno de cada Estado, en la medida que sea posible, en las mismas condiciones internas de cada uno de los integrantes.

En dichos procesos de integración, al producir efectos en los mercados internos de cada país, se han ido consolidando normativas de carácter general, que en su parte teórica y sustantiva son muy similares, pero al no contar en la mayoría de las veces con aspectos adjetivos uniformes o de poca aplicación, hacen que su observancia pase por desapercibida.

La experiencia nos demuestra, que no es suficiente, acorde a Dromi, la eliminación de los aranceles, sino “neutralizar” las posiciones dominantes, prácticas de dumping, o privilegios estatales.

Roberto Dromi, considera que en su esencia las normas comunitarias en materia del Derecho de la Competencia, conjugan los mismos elementos, buscando un equilibrio entre la libertad de mercado y el bienestar común y la sociedad, mencionando al respecto, que los valores que conforman la defensa de la competencia son:

“1) libertad de realización de empresa; 2) igualdad en la participación; 3) legalidad en la concurrencia; 4) propiedad de inversión-principios de lo liberal-; 5) dignidad de consumo; 6) solidaridad en el desarrollo, y 7) justicia económico distributiva-principios de lo social.”¹¹⁰

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES CAN

En materia subregional andina, existen normas de competencia y mecanismos eficaces en contra de las distorsiones del mercado en un proceso de integración regional, recogidas principalmente en el **artículo 75 del Acuerdo de Cartagena**, que viene a ser el precepto marco de las disposiciones para *prevenir y corregir* las prácticas que distorsionen la competencia en la Subregión.

Dichas normas, una vez que han sido suscritas, ratificadas y aprobadas, jerárquicamente prevalecen sobre las leyes nacionales y otras normas de menor jerarquía de los Países Miembros, lo que demanda la armonización del derecho interno con el derecho comunitario.

En esa línea, encontramos las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena sobre equidad y transparencia en la competencia mercantil, prohibición de prácticas de dumping¹¹¹ y de acciones en contra de la libre competencia.

Los **derechos antidumping** se refieren a la protección de productos de un determinado país, frente a prácticas calificadas desleales a nivel del comercio internacional, generadas en otro(s) país(es).

¹¹⁰ Dromi, op. Cit., p. 40.

¹¹¹ Proviene del verbo inglés “to dump” que significa vaciar o inundar de golpe.

El **dumping** “es una práctica que va en detrimento de las industrias locales. Se considera que una importación se efectúa a precio de "dumping" cuando su precio de exportación es menor que el valor de mercado de un producto similar destinado al consumo en el país de origen o de exportación en operaciones comerciales, compradas en el mismo nivel de comercialización.”¹¹²

DECISIÓN No 285 del Acuerdo de Cartagena¹¹³

La Decisión No. 285 del Acuerdo de Cartagena de 1991, en adelante Decisión 285, que contiene las Normas para prevenir y corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia, constituye prácticamente el primer instrumento que se presenta direccionado a controlar las prácticas restrictivas de la competencia en el mercado andino, sustituyendo en ese sentido a la Decisión 230 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena sobre normas de competencia comercial y diferenciando principalmente los comportamientos que distorsionan la competencia del dumping, de los subsidios y de otras restricciones a las exportaciones.

Su antecedente mediato es el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena, el cual prevé la necesidad de establecer normas que prevengan o corrijan las prácticas en contra de la competencia.

El artículo tercero de la Decisión 285 proclama que “se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia”. Su artículo 4 considera acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas a:

¹¹² Gabriel, IBARRA PARDO, “Regulación Antidumping en Colombia”, en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, I, Colección Seminarios 5, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, primera edición, 1996, p. 85.

¹¹³ La Junta del Acuerdo de Cartagena fue sustituida por la Secretaría General de la Comunidad Andina, mediante Protocolo modificadorio del Acuerdo de Cartagena (R.O., 41, 7-X-96).

- a) *La manipulación indebida o fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización, en términos discriminatorios con relación a los que hubieren prevalecido en operaciones comerciales normales;*
- b) *La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. Asimismo, las limitaciones o prohibiciones de exportar, importar o competir;*
- c) *El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento, en especial las maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas;*
- d) *La aplicación en las relaciones comerciales, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;*
- e) *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos y*
- f) *Otros de efectos equivalentes.*

De igual forma, el artículo 5 de la Decisión 285 configura el abuso de una posición de dominio a:

- a) *La manipulación indebida o imposición directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización, en términos discriminatorios con relación a los que hubieren prevalecido en operaciones comerciales normales;*
- b) *La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. Asimismo, las limitaciones o prohibiciones de exportar, importar o competir;*

- c) *La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra de productos, entre otros, el no-abastecimiento de insumos a empresas con las que se compite por el mercado del producto final;*
- d) *La aplicación en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;*
- e) *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;*
- f) *Otros casos de efectos equivalentes.*

A pesar de lo indicado, algunos tratadistas consideran que la Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena, tiene un carácter “*ex-post*”¹¹⁴, en palabras del consultor José Díez Canseco, “en lugar de corregir perjuicios o prevenir amenazas de perjuicios, los cuales no enfrentan la práctica restrictiva en sí misma; en la normativa “*ex-ante*” se ataca la raíz del propio acuerdo o el abuso de una posición dominante. Para ello es requisito “prohibir a priori” todo acuerdo y el abuso de una posición dominante”.

En definitiva, para que el Derecho de la Competencia, cumpla sus objetivos, sea necesario, que sus disposiciones no solamente sancionen los actos que se presenten como atentatorios a la libre competencia, o que permitan la formación de monopolios y oligopolios y abuso de posiciones dominantes, en detrimento de los demás competidores, sino que fundamentalmente prevengan o impidan que se presenten dichas conductas.

¹¹⁴ Citado en Miranda Londoño, “Abuso de la posición dominante”, en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, I, Colección Seminarios 5, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, primera edición, 1996, p. 30.

La naturaleza del principio *ex ante*, es operar con anticipación a la comisión de la acción o práctica, en atención a su intencionalidad. Conforme lo observado en los sistemas de análisis del Derecho de la Competencia, en lo relativo a la Regla per se, el criterio *ex ante* puede ser utilizado como un elemento de análisis de aquellos actos evidentemente anticompetitivos.

Hemos de indicar también que, la Decisión 285 distingue las prácticas y comportamientos que distorsionan la competencia en la Subregión, por su origen y por intervención, que se refieren, en su orden, cuando las prácticas en contra de la competencia se desarrollan en los Países Miembros o cuando se presentan también en situaciones fuera de la Subregión. Dentro de esta línea de incidencia, cuando las prácticas no tienen efectos en la Subregión, se debe observar únicamente la legislación nacional respectiva.¹¹⁵

Contempla también, la Decisión 285, la facultad de llevar adelante el proceso investigativo de las prácticas que puedan distorsionar la competencia en la Subregión, de los Países Miembros y empresas con interés legítimo en el hecho en cuestión¹¹⁶, no así la potestad discrecional de iniciar de oficio dichos procedimientos. Las medidas a adoptarse contemplan la prohibición de la práctica restrictiva de la competencia, y todas aquellas encaminadas a cesar sus efectos. Dentro de las acciones correctivas, tenemos la posibilidad de aplicar de parte de los países afectados, aranceles preferenciales en caso de tratarse de importaciones de los productos que hayan sido afectados por las prácticas anticompetitivas.

¹¹⁵ La Decisión 285 hace alusión como sujetos activos de las prácticas y comportamientos que limitan la competencia, únicamente a los Países Miembros y a las “empresas”, para lo cual debemos entender que se refiere a unidades económicas, de acuerdo a lo que ha señalado la Junta del Acuerdo de Cartagena en otros instrumentos, tales como el Documento JUN/dt 161 de 2 de abril de 1981, que menciona que “...la empresa multinacional es fundamentalmente un concepto y un hecho económico y que el correspondiente sistema normativo no tiene otro alcance que de facilitar la planificación de la actividad productiva de bienes o servicios en función del nuevo espacio y de las condiciones que va generando la integración...”. Citado Alfredo HANNA, “Lecturas de Derecho Económico”, Quito, Ediciones del Banco Central del Ecuador, 1990. p.102.

¹¹⁶ La norma comunitaria expresa que las empresas podrán solicitar la iniciación de un proceso investigativo, en la medida que sus propias legislaciones nacionales lo permitan, consagrando de esta manera un de los principios rectores del Derecho Internacional, y la necesidad de agotar los recursos internos del Estado y que prevé cada ordenamiento jurídico, antes de acceder a la instancia internacional.

Solamente el grado de integración de la Comunidad Andina de Naciones CAN, sus distintos órganos y sus fallos en derecho, nos permitirán determinar el grado de interés legítimo de, no sólo las empresas, sino de cualquier unidad económica, la causa – efecto de las distintas prácticas en contra de la libre competencia y el perjuicio real ocasionado.

DECISIÓN No. 462 de la Comunidad Andina: Normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina (Decisión 462).

Bajo la premisa de un mercado común andino sólido y consolidado como bloque, reviste gran importancia el desarrollo de la comercialización de servicios, entre ellos los relativos a los servicios de telecomunicaciones. En aras de fortalecer a la subregión en dicho sector, la Decisión 462 contempla la eliminación de cualquier tipo de restricción a la libre competencia en el establecimiento, instalación, adquisición, arrendamiento, explotación o suministro de redes o servicios de transporte de telecomunicaciones y la armonización de normas sobre la materia, incluyendo actos de homologación e interconexión.

La Decisión 462 propugna el libre acceso al mercado en condiciones equitativas y de trato nacional, excluyendo cualquier restricción con relación a los servicios de telecomunicaciones diferentes a los de telefonía básica local, de larga distancia nacional e internacional, y los de telefonía móvil terrestre, así como el acceso y utilización de redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones.

Un aspecto importante de la Decisión 462 es la obligación de los Países Miembros a facilitar¹¹⁷ en sus respectivos territorios, la provisión de los servicios de telecomunicaciones a los proveedores andinos, en un marco de liberalización y

¹¹⁷ Dicha facilitación debe entenderse en principio de conformidad a la normativa nacional vigente de cada País Miembro.

acceso al mercado, incluyendo la eliminación de prácticas restrictivas o discriminatorias.

En esta línea, cada País Miembro debe contar con medidas que le permitan impedir que se presenten actos anticompetitivos en materia de prestación de servicios de telecomunicaciones, entre las que se incluyen actividades de subvención cruzada, utilización con fines contrarios al comercio, de información de los competidores y ocultamiento o retardo en la entrega de la información técnica necesaria (por ejemplo de instalaciones) para la provisión de los servicios de telecomunicaciones. Estos dos últimos deberían entenderse más bien como la realización de actos de competencia desleal, acorde a lo indicado en el presente trabajo.

Los proveedores que se sientan perjudicados o afectados por actos en contra de la libre competencia, podrán acudir ante las autoridades nacionales de cada País Miembro, las cuales atenderán y resolverán los mismos de acuerdo con la normativa nacional. Habría que criticar en este punto, la necesaria inclusión de un procedimiento que armonice dichas normas y que permita una coordinación, cuando fuere el caso, del Comité Andino de Autoridades de Telecomunicaciones.

La Decisión No. 462 contempla en su Disposición Transitoria Segunda la entrada en vigor de las **Normas Comunes de Interconexión** aprobadas por la Secretaría General de la Comunidad Andina, la misma que establece, entre otros postulados, para desarrollar la interconexión en cada uno de los Países Miembros, la prohibición de todo proveedor, operador de servicios de telecomunicaciones que sea soporte de otros servicios o que ostente posición dominante, de utilizar los mismos para la prestación de otros servicios de telecomunicaciones en condiciones de ventaja sobre los demás competidores, a través de actos anticompetitivos.

OTRAS DECISIONES DE LA COMISION DE LA COMUNIDAD ANDINA EN MATERIA DE COMPETENCIA

En materia de subsidios, la Decisión No. 283 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena¹¹⁸ contempla la posibilidad de compensar derechos, cuando se llegue a establecer que la ayuda estatal de un país en determinado sector, perjudique directamente a dicho segmento económico de otro País Miembro. El artículo 3 de la Decisión en cuestión establece que “Una importación se efectúa a precio de dumping cuando su precio de exportación es menor que el valor normal de un producto similar, destinado al consumo o utilización en el país de origen o de exportación, en operaciones comerciales normales”.

Tanto la Decisión No. 456 como la Decisión No. 457 de la Comisión de la Comunidad Andina sustituyen a la Decisión No. 283 indicada en el párrafo precedente, sin embargo, la Secretaría General de la Comunidad Andina ha expedido la Resolución 327 que reglamenta la Decisión en cuestión.

La **Decisión No. 456 de la Comisión de la Comunidad Andina** contiene las normas para prevenir o corregir las **prácticas de dumping** en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina, sustituyendo a la Decisión 283, en lo que se refiere a dichas importaciones.

La **Decisión No. 457 de la Comisión de la Comunidad Andina** se refiere a la prevención y corrección de las distorsiones de la competencia derivadas de las subvenciones¹¹⁹ en importaciones de productos originarios, estableciendo la posibilidad de aplicar medidas compensatorias a dichas importaciones que puedan causar daño a la producción de un País Miembro de la Comunidad.

¹¹⁸ La Junta del Acuerdo de Cartagena fue sustituida por la Secretaría General de la Comunidad Andina, mediante Protocolo modificatorio del Acuerdo de Cartagena (R.O., 41, 7-X-96).

¹¹⁹ La Decisión 457 considera que existe subvención cuando “se otorgue un beneficio mediante una contribución financiera del gobierno o cualquier organismo público en el territorio del país de origen o de exportación...”.

Existe también la **Decisión No. 323 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena** con el objetivo de proteger segmentos de mercado que pudieran verse afectados por actos en contra de la libre competencia, especificando que las resoluciones que emanen de la Junta del Acuerdo de Cartagena¹²⁰ son de tipo comercial y no sancionatorio, aspecto reservado a la legislación interna de cada país.

La **Decisión No. 284 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena**¹²¹ que se encuentra dirigida a evitar y corregir las restricciones que se presenten en las **exportaciones** entre los Países Miembros, cuyo artículo 3 señala que “Constituyen restricciones a las exportaciones objeto de la presente Decisión, todas aquellas medidas de carácter cuantitativo o administrativo, mediante las cuales los países miembros impiden, restringen o dificultan sus ventas dentro de la Subregión. Asimismo, los derechos aduaneros u otros impuestos que graven exclusivamente las exportaciones a otro País Miembro. Quedan excluidas de la presente Decisión, entre otras las restricciones a las exportaciones de productos primarios tradicionales, amparados en Convenios Internacionales, y de productos alimenticios de primera necesidad cuando exista desabastecimiento en el País Miembro que las aplica.”

En lo que respecta a Sistemas Eléctricos e Intercambio de Electricidad, la **Decisión No. 536 de la Comisión de la Comunidad Andina** que contempla la obligación de los Países Miembros de dar un tratamiento igual y en las mismas condiciones existentes tanto para los agentes internos como externos, sin ningún tipo de discriminación de precios entre sus mercados nacionales y mercados externos, garantizando a su vez el libre acceso a las líneas de interconexión internacional.

¹²⁰ La Junta del Acuerdo de Cartagena fue sustituida por la Secretaría General de la Comunidad Andina, mediante Protocolo modificadorio del Acuerdo de Cartagena (R.O., 41, 7-X-96).

¹²¹ Ibid.

CASO PRÁCTICO¹²² - BIOFILM S.A. /DETERMINACIÓN DE DERECHOS ANTIDUMPING:

Biofilm de Colombia solicitó al amparo de la Decisión 283 del Acuerdo de Cartagena la investigación e imposición de derechos antidumping a las importaciones peruanas de película de polipropileno biorentado transparente de parte del Grupo Inteplast, por considerar un desplazamiento a las exportaciones colombianas del mercado peruano. El mencionado producto está sujeto al Arancel Externo Común.

La Secretaría General analizó la procedencia de la solicitud de prevención o corrección de las distorsiones de la competencia, producto de posibles prácticas de dumping, admitiendo el interés legítimo de la empresa colombiana de presentar la petición, habiendo demostrado fehacientemente que es una compañía productora de dicha película de propileno y la naturaleza de las prácticas de las empresas involucradas. Sin embargo y al amparo de los acuerdos alcanzados en el seno de la Organización Mundial de Comercio, se considera que la investigación no se debe limitar únicamente a las importaciones peruanas, sino en general a las importaciones andinas, abarcando toda la producción comunitaria.

De conformidad al artículo 3 de la Decisión 283 del Acuerdo de Cartagena una importación se “efectúa a precio de dumping cuando su precio de exportación es menor que el valor normal de un producto similar, destinado al consumo o utilización en el país de origen o de exportación, en operaciones comerciales normales(...)”

La Secretaría concluye que la información presentada por Biofilm hace presumir la existencia de prácticas de dumping en las importaciones peruanas, y un significativo aumento del volumen en esas

¹²² Resolución 596, R.O. No. 571, 8-may-2002.

importaciones por parte de Inteplast, y cuyas evidencias conducen a la amenaza de un perjuicio a la libertad de competencia en la región.

En tal virtud, resuelve iniciar una investigación de dumping al amparo del artículo 2 de la Decisión 283 del Acuerdo de Cartagena y convocar a las partes a una audiencia pública a realizarse a futuro.

CASO PRÁCTICO¹²³ - Tapas CORONA /determinación de derechos ANTIDUMPING:

De conformidad a las Decisión 283 y 456, la Junta del Acuerdo de Cartagena autorizó mediante Resolución No. 473 al gobierno del Ecuador, a solicitud de la empresa ecuatoriana TAENSA S.A., que imponga derechos antidumping a las importaciones ecuatorianas de tapas CORONA, producidas por la empresas colombianas Tapón Corona S.A. y Tapas La libertad S.A., previo el examen sumario correspondiente de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

La empresa Tapón Corona S.A. de Colombia solicitó una revisión de los derechos antidumping impuesto las importaciones ecuatorianas de tapas CORONA, argumentando que se han modificado sustancialmente las circunstancias que motivaron tal imposición.

A efectos de justificar o no la continuidad o en la aplicación de los derechos antidumping, o determinar una modificación a los mismos, la Secretaría General investigó si se mantiene el daño a la producción ecuatoriana de tapas CORONA, es decir si existe todavía la práctica de dumping de parte de las empresas colombianas, evaluando factores adicionales respecto a la afectación que sufren dicha producción ecuatoriana. Analizando que, si bien es cierto persiste el dumping en las

¹²³ Resolución No. 68 Consejo de Comercio Exterior e Inversiones. R.O. 190, 24-oct-2000.

importaciones de tapas CORONA provenientes de Tapas La Libertad S.A., “no se ha observado daño o amenaza de daño a la producción de TAENSA, de dicho producto, por lo que se justifica la eliminación de los derechos antidumping a los que se refiere la Decisión 456 de la Junta del Acuerdo de Cartagena.”

No obstante, se apreció que respecto a las importaciones de tapas CORONA provenientes de Tapón Corona, que esta constituyen todavía un daño a la producción ecuatoriana, justificando que se mantenga la aplicación de los derechos antidumping a las importaciones en cuestión.

En tal sentido se resolvió que el Ecuador imponga por un año calendario derechos antidumping a las importaciones de tapas CORONA, tomando en cuenta que el artículo 65 de la Decisión 456 prescribe que el monto del derecho antidumping no excederá del margen de dumping, y deberá ser menor a dicho margen si el mismo es suficiente para solucionar el daño o amenaza.

El Consejo de Comercio Exterior e Inversiones (COMEXI) del Ecuador impuso tal medida, en virtud de la potestad conferida por la Ley de Comercio Exterior e Inversiones del Ecuador (LEXI).¹²⁴

¹²⁴ R.O. No. 82, 1997-07-08.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO¹²⁵

La Organización Mundial del Comercio, en adelante OMC, constituida mediante el Acuerdo de Marrakech en 1994, tras la Ronda de Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, es sin lugar a dudas el referente para el desarrollo de las relaciones comerciales multilaterales de sus Países Miembros, cuyos acuerdos son vinculantes para los Estados parte de la organización, constituyendo el marco de derechos y obligaciones de los Países Miembros de esta organización, concebida como un sistema multilateral de comercio a nivel mundial que propicia su desarrollo sobre la base de un trato igualitario, reciprocidad, y la reducción sustancial de aranceles y de obstáculos en general al comercio.

El antecedente inmediato de la OMC, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio GATT (por sus siglas en inglés), prohibía que se generen dos tipos de conductas, el dumping y los subsidios, estableciendo de manera general disciplinas a las barreras arancelarias y restricciones al comercio.

El Código Multilateral Único Antimonopolios, propuesto en las rondas de la OMC, consagra los siguientes principios:

- a. Carácter nacional de las leyes antimonopolios, fomentando su convergencia y armonización graduales;*
- b. Trato igualitario a la competencia nacional e internacional;*
- c. Aplicación de estándares mínimos para la regulación doméstica antimonopolios contra las prácticas restrictivas de la competencia de dimensión internacional;*
- d. Utilización de sanciones de la OMC para asegurar la ejecución no discriminatoria de las reglas internacionales sobre competencia;*
- e. Exclusiva aplicación a casos transnacionales.¹²⁶*

¹²⁵ El Ecuador forma parte de la Organización Mundial de Comercio mediante la suscripción del "Protocolo de Adhesión de la República del Ecuador al Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio", R.O. 977, 28-VI-96.

¹²⁶ Dromi, op. Cit., p. 60.

Las disposiciones emanadas de la OMC, sobre la materia que nos ocupa son, el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) y las reglas del Acuerdo sobre Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), constituyen acuerdos e instrumentos jurídicos que promueven el comercio mundial asegurando a su vez la libre competencia, regulando las prácticas que restrinjan o distorsionen la competencia y evitando abusos de posición dominante y abusos de la propiedad intelectual, reglas sobre subsidios, fusiones y monopolios. Se contempla también un sistema de solución de conflictos.

El Acuerdo ADPIC contempla la facultad de cada Miembro de adoptar, de manera compatible con los principios de la OMC, todo tipo de medida adecuada conducente a impedir o controlar las prácticas que en contra de la libre competencia, especialmente en los casos de concesión de licencias que deriven en abusos de los derechos de propiedad intelectual. Se garantiza también la protección de la información no divulgada como medio de eliminar la competencia desleal.

En cuanto al ESD, quien hace las veces de Órgano de Solución de Diferencias y administrador de los procedimientos establecidos es el Consejo General de la OMC, compuesto por representantes de todos los Miembros, no solamente en lo relativo a solución de diferencias, sino también en materia de absolución de consultas de los derechos y obligaciones surgidas del Acuerdo que establece la OMC, y como presupuesto esencial para la seguridad del sistema multilateral del comercio. Dentro de los procedimientos establecidos, si así lo acordaren las partes en diferencia, figuran los buenos oficios, la conciliación y la mediación.

Los procesos contemplan la elaboración de informes y conformación de grupos especiales, medidas temporales (compensaciones voluntarias y suspensión de concesiones u obligaciones en donde se haya constatado la infracción)¹²⁷ , recursos

¹²⁷ El País Miembro afectado puede impugnar la suspensión propuesta, en cuyo caso, el asunto se somete a arbitraje.

de apelación a las decisiones adoptadas por los grupos especiales, recomendaciones y resoluciones de supresión y eliminación de las medidas incompatibles con los acuerdos y principios u objetivos de la OMC, así como vigilancia de las mismas.

La importancia de la OMC en el ámbito mundial es la de asegurar el comercio multilateral en forma transparente y equitativa, a través de instrumentos de supervisión, empero, sus reglas internacionales, aplicadas únicamente a los Estados, no garantizan del todo el cumplimiento de sus disposiciones y especialmente la competencia comercial a nivel mundial.

Al respecto Dromi considera que “Se plantea como principal problema a la aplicación de las normas internacionales el que el de la OMC no es un orden jurídico que se aplique directamente a empresas e individuos, sino que rige frente a conductas de Estados que obstaculicen el comercio. Por este motivo, las medidas adoptadas en su ámbito comprenden a las medidas estatales que limitan el comercio internacional, sin alcanzar las prácticas comerciales restrictivas provenientes de empresas privadas.”¹²⁸

Es evidente la necesidad, dado el grado de integración e interdependencia mundial actual, que el comercio internacional no se vea restringido por prácticas en contra de la libre competencia, sustentadas en la garantía que puedan llegar a brindar los organismos internacionales, unificando la legislación interna de cada país y promocionando políticas y parámetros generales de defensa de la competencia.

¹²⁸ Dromi, op. Cit., p.59.

UNIÓN EUROPEA

TRATADO DE ROMA:

El antecedente necesario de las regulaciones comunitarias en materia de competencia europea es el **Tratado de Roma**, instrumento que sentó las bases en cada país miembro de las normas de protección de la libre competencia, independientemente de su legislación interna.

El artículo 85 del Tratado de Roma abarca la determinación y alcance de las prácticas restrictivas dirigidas principalmente por las empresas¹²⁹ tales como acuerdos horizontales y verticales¹³⁰, fusiones, asociaciones, y prácticas concertadas entre sí (comportamiento común enfocado a restringir la competencia), ya que si dependen unas de otras no se puede hablar bajo ningún concepto de competencia, y peor aún, si adquiere un poder absoluto que hace que las decisiones (en el mercado) emanen única y exclusivamente de su voluntad.

¹²⁹ No se ha establecido el alcance del concepto empresa, sin embargo tanto la Comisión como el Tribunal Europeo de Defensa de la Competencia han coincidido en manifestar que su característica principal es el desarrollo de una actividad económica, independientemente de su titularidad. Véase Delio GÓMEZ LEYVA, "Prácticas Restrictivas de la Competencia", en Derecho de la Competencia, Bogotá, El Navegante Editores, primera edición, 1998, p. 140, quien cita la *Decisión No. 6/29 A.O.I.P. contra Beyrard*, de 2 de diciembre de 1975, en la que se señaló que el señor Beyrard "es una empresa por el hecho que, al conceder una licencia de su patente, ha comercializado su descubrimiento..."; y *Decisión No. 78/156 RAI contra United* de 26 de mayo de 1978, en la que se pronunció "que los artistas constituyen una empresa en el sentido del artículo 8-1, cuando explotan sus actuaciones artísticas". En nuestra legislación no existe una definición de empresa, pero para efectos de tratar el Derecho de la Competencia, podemos asimilar los criterios sentados por los distintos órganos de la Comunidad Andina de Naciones y Unión Europea, en el sentido que independientemente de una persona natural o jurídica, empresa es la manifestación económica de los distintos agentes que intervienen en el mercado y que desarrollan su actividad. El profesor ecuatoriano Víctor Cevallos en su obra *Libre Competencia, Derecho de Consumo y Contratos* se pronunció en el sentido que "empresa de cualquier manera es la organización de los factores de producción, movida por la idea organizadora del empresario y puede ser una persona natural o jurídica y en este último caso, pública o privada cuyas actividades se desarrollan o ejecutan con plena libertad e independencia económica (...)". Cevallos, op. Cit., p. 17.

¹³⁰ Los acuerdos horizontales y verticales, se refieren a un igual y diferente nivel de producción o distribución respectivamente.

El texto completo del artículo 85 del Tratado de Roma reza lo siguiente:
85.1) *Son incompatibles con el mercado común y prohibidos todos los convenios entre empresas, decisiones tomadas por asociaciones de empresas y prácticas concertadas que pudieren afectar el comercio entre los Estados Miembros y cuyo objeto o efecto fuere impedir, restringir o distorsionar la competencia dentro del mercado común y en particular los que signifiquen:*

- a) La fijación directa o indirecta de precios de compra o de venta, o de cualquier otro elemento de las operaciones;*
- b) La limitación o el control de la producción, los mercados, el desarrollo técnico o las inversiones;*
- c) El reparto de mercados o fuentes de aprovisionamiento;*
- d) La aplicación en relación con clientes comerciales, de condiciones desiguales para operaciones equivalentes, ubicándolos de ese modo en desventaja competitiva;*
- e) Subordinar la suscripción de contratos a la aceptación por la contraparte de obligaciones adicionales que, por su naturaleza o con arreglo a los usos comerciales, no tengan relación con el objeto de esos contratos.*

85. 2) *Los convenios o decisiones prohibidos conforme a este artículo serán absolutamente nulos e inválidos.*

85.3) *Las disposiciones del inciso 1) podrán ser, no obstante, declaradas inaplicables en el caso de:*

- Cualquier convenio o categoría de convenios entre empresas,*
- Cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, y*
- Cualquier práctica o categoría de prácticas concertadas que contribuyan a mejorar la producción o distribución de bienes y promover el progreso técnico o económico, que permitan gozar a los consumidores de una participación justa en los beneficios resultantes, y que:*

- a) *No impongan a las empresas en cuestión restricciones que no fueren imprescindibles para el logro de los objetivos mencionados;*
- b) *No den a esas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de la producción afectada.”*

En tal virtud, las normas europeas prestan especial interés a los acuerdos o prácticas entre empresas, separando a aquellos entre empresas de un mismo grupo, los cuales no representan restricción a la libre competencia ya que tienen como objetivo mejorar su producción e incrementar su mercado, criterio expresado en los fallos del Tribunal en los casos “*Centraform B.V. Sterling Drug Inc. y Centrafarm B.V. Whinop B.V.*, asuntos 15/74 y 16/74.”¹³¹

El citado Tratado de Roma, en su artículo 86 define a la posición dominante como “...una posición de fuerza económica de la que goza una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante posibilitándole comportarse en una medida apreciable independientemente de sus competidores y clientes y en definitiva de los consumidores.”¹³² Tales prácticas se encuentran encasilladas como imposiciones de precios, condicionamientos y limitación de la producción o distribución.

El modelo de integración europeo, que actualmente cuenta con importantes instancias en el ámbito supranacional, y de organismos encargados de su aplicación, como son la Comisión y Corte de Justicia Europeas, ha llegado a establecer, a través de sus órganos jurisdiccionales, que se puede presumir que una empresa o persona cuentan con una posición dominante, cuando su participación el mercado es significativa e importante.

¹³¹ Véase Gómez Leyva, op. Cit., p. 144; Sentencias en las que se consideró que la prohibición del artículo 85 del Tratado de Roma no se refiere a empresas de un mismo grupo.

¹³² Velilla, op. Cit., p. 185.

CASO PRÁCTICO.- ENDESA - IBERDROLA EN ESPAÑA¹³³¹³⁴:

En octubre de 2000 se comunicó, porque así lo prevé la ley, al Servicio de Defensa de la Competencia de España el proyecto de fusión por absorción de la sociedad Iberdrola S.A. por parte de la empresa Endesa S.A., compañías de importante participación en el sector electro energético, con una cuota de mercado, sumada entre las dos y sus grupos empresariales del 80%, sumado a ello a la presencia también de ambas compañías en mercados energéticos de Latinoamérica.

En la etapa de instrucción y revisión de los expedientes previos, tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como la Comisión Nacional de la Energía (ente regulador) españoles se pronunciaron en el sentido de que la fusión, tal y como se encontraba proyectada produciría una importante concentración económica y por ende una posición de dominio en el sector energético (80%), lo cual significaría que el grupo fusionado podría aumentar libre y unilateralmente sus precios.

Adicionalmente se debe considerar que las empresas en cuestión, por su nivel de participación individual y de sus propios grupos, controlarían la red de transporte, y los mercados de distribución y comercialización, presentándose un evidente conflicto por la capacidad comercial de interconexión, transporte, distribución, obtención de permisos, con las demás empresas en el sector eléctrico.

Sin embargo, y a la luz de la normativa en materia de competencia vigente en España, las empresas interesadas, presentaron paralelamente al proyecto de fusión, programas de desinversión o reducción en sus operaciones, tanto en producción, generación, transporte, distribución y

¹³³ Pedro, MEROÑO VÉLEZ, “Un Caso de Reciente Concentración: ENDESA –IBERDROLA, El Papel de la Agencia Reguladora”, Washington, 23-24 de abril de 2001.

¹³⁴ Luis DE GUINDOS JURADO, “El Papel del Gobierno en el Caso de ENDESA/IBERDROLA”, Washington, 23-24 de abril de 2001.

comercialización, principalmente mediante la venta y enajenación de activos, por lo que al análisis de concentración debía considerara también estos mercados relevantes.

La Comisión se planteó el caso, no desde el punto de vista de una compleja concentración empresarial que contemplaba procesos de desinversión, sino desde un enfoque global del mercado español y europeo en general, ante un posible cambio de regulación en ese país en materia de competencia, que en principio limitaba el crecimiento de las empresas más grandes.

Adicionalmente la Comisión planteó que la posible venta de activos debía desarrollarse en un marco de libre competencia, para que las enajenaciones no pudieran contemplar condiciones que limiten a los nuevos competidores que adquieran esos activos.

En definitiva, la fusión, si bien es cierto producirá cambios en el sector eléctrico, algunos tendrán efectos positivos contemplados en el programa de desinversiones, debidamente regulado y controlado por la Comisión en cada mercado operativo.

Cabe mencionar que las empresas Iberdrola S.A. y Endesa S.A., al final desistieron de la operación. El Secretario General de Políticas Económicas y de Competencia del Ministerio de Economía de España, Luis de Guindos Jurado, ha señalado que el presente caso despertó *“el debate sobre si la intervención de los poderes públicos que supone el control de concentraciones tiene suficiente justificación teórica y práctica(...) La defensa de la competencia no puede aspirar a la consecución de estructuras de mercado que funciones exactamente según el modelo neoclásico tradicional en competencia perfecta(...) el objetivo de los poderes públicos y, en concreto, de las políticas de regulación y de defensa de la competencia tiene que ser el reducir al*

máximo las barreras de entrada y de salida y tratar de introducir incentivos(...)”

El papel del Tribunal de Defensa de la Competencia Español en el caso ENDESA-IBERDROLA¹³⁵

El objetivo del Tribunal de Defensa de la Competencia en España es el cumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia con carácter resolutivo y consultivo, puesto que el otro órgano, que es el Servicio de Defensa de la Competencia, es quien se encarga de la instrucción e investigación de los casos.

Para el análisis del caso Iberdrola y Endesa, el Tribunal tomó como punto de partida el criterio adoptado por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, en la que se ha definido a la posición dominante como *“aquella en la que una empresa tiene la posibilidad de desarrollar un comportamiento relativamente independiente que le permita actuar en el mercado sin tener en cuenta a los proveedores, clientes o competidores.”*

Bajo esa línea, el Tribunal delimitó el mercado relevante de operación de las empresas en cuestión, dentro de los relativos al de generación eléctrica y de comercialización, teniendo en cuenta también las actividades de transporte y distribución. Todo ello, sumado a la cuota que obtendría la empresa resultante de la fusión, llevó al Tribunal a pensar que la empresa estaría en capacidad de fijar libremente los precios en el mercado.

El diseño de nuevos escenarios, en virtud del programa de desinversiones que se planteaba, hacía pensar que era necesario valorar

¹³⁵ Gonzalo SOLANA, Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, “Caso de ENDESA/IBERDROLA”, Washington, 23-24 de abril de 2001.

la competencia perspectivamente a futuro y ver si se atentase a la libertad de competencia en el sector eléctrico con posibles barreras a la entrada de nuevos competidores, tales como capacidad de interconexión, activos estratégicos, costos de instalación, entre otros.

El Tribunal finalmente resolvió que el proyecto de fusión significaba un alto grado de concentración y un claro riesgo de la competencia a futuro por la existencia de las barreras enunciadas, por lo que la fusión podía ser aprobada previo el cumplimiento de algunos condicionantes para controlar sobre todo el tamaño de la empresa resultante de la fusión y facilitar la entrada de nuevos competidores.

OTRAS REFERENCIAS NORMATIVAS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Es de vital importancia la aplicación extraterritorial del Derecho de la Competencia y extensión de la ley, en tanto y en cuanto las conductas anticompetitivas pueden surtir y de hecho surten efectos al interior de otro(s) Estado(s), bajo un sistema de conexión causa y efecto sin que pueda importar la nacionalidad y origen de las empresas y de sus componentes accionariales y de capital.

De igual manera es trascendental la implementación de acuerdos bilaterales multilaterales que permitan establecer parámetros generales, mecanismos de aplicación y solución de conflictos, ya que actualmente no se puede hablar que existe un verdadero ordenamiento en el ámbito internacional, fundamentalmente por carecer de uno de los elementos principales del derecho, la coercitividad, es decir, no existen normas internacionales que sean de carácter obligatorio, que imperen en su aplicación y que fundamentalmente sancionen su incumplimiento, por lo que tampoco existen tribunales que velen por su observancia.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA:

Los programas regulatorios datan desde 1887, referidos a los ferrocarriles, los cuales se han ido incrementando en aplicación a las demás actividades económicas, dependiendo el tipo de integración de las mismas, es decir horizontal o vertical. La tendencia general ha sido la existencia de disposiciones prohibitivas “antitrust” y obligaciones afirmativas, como requisito primordial para mantener las condiciones de competencia en el mercado.

Se trata de una legislación federal muy estricta en la formación de acuerdos y monopolios, entre las que destacan la **Ley SHERMAN**, que data desde 1890, que prohíbe, por un lado, a los monopolios ya existentes, el no abusar de su posición dominante, y por otro, a los competidores, el generar poder monopolístico en forma desleal o a través de la realización de prácticas restrictivas, y la **Ley CLAYTON** de 1914, cuyo mandato principal es impedir actos societarios (fusiones, absorciones) entre agentes del mercado, tendientes a conformar monopolios que restrinjan la competencia, es decir, cuando el objeto de tales uniones sea exclusivamente configurar una posición de ventaja concentrando la producción, distribución, comercialización, etc, de los productos, de suerte que la decisión y destino final de los mismos, dependa únicamente de su propia potestad.

El citado cuerpo legal de los Estados Unidos de América, también denominado como Ley SHERMAN ANTITRUST, ha constituido el antecedente principal del desarrollo del Derecho de la Competencia, estableciendo en un principio y de manera general los tipos penales y las facultades de los tribunales para hacer cumplir la ley. Su evolución posterior está dada en función de la jurisprudencia sancionada alrededor de dicha norma.

Aplicación de la Ley SHERMAN:

Alfonso Miranda Londoño¹³⁶, trae a colación procesos ventilados en las cortes judiciales estadounidenses en estricta aplicación de la referida Ley SHERMAN, cuya síntesis principal me permito transcribir a continuación por su importancia jurídica en materia de monopolios y cuando éstos constituyen un atentado a libre competencia, así como interpretaciones judiciales a la antedicha ley:

“En el caso de *Eastman Kodak Co. v. U.S. (1954)*, el Gobierno acusó a Kodak de querer monopolizar el mercado del revelado de fotos utilizando su posición dominante en el mercado de la fabricación de película, debido a que Kodak sacó un paquete especial en cual vendía la película y el revelado al mismo tiempo. La Corte determinó que por el solo hecho de tener una posición dominante en el mercado no se violaba la ley SHERMAN.

Para que se configure una violación a la Ç2¹³⁷ de la ley SHERMAN, se debe demostrar que el acusado tiene una posición dominante en el mercado (poder monopolístico), y que ha abusado de tal posición a través de prácticas restrictivas de la competencia...”

En el caso *Aluminum Company of America v. U.S.*, el Juez Hand, quien consideraba que los monopolios eran “inherentemente indeseables” estableció que la “Ç2 de la ley SHERMAN resultaba violada cuando una firma que tuviera un gran poder de mercado actuara en los negocios, así sus prácticas de negocios no fueran ilegales...” (SIC)

En el caso de *Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak Co.*, la Corte dijo que la sola posición de poder monopolístico no condena *ipso facto* a un competidor. Pero si una empresa quiere evitar ser condenada bajo la Ç2 de

¹³⁶ Miranda Londoño, op. Cit, Tomo I, Seminarios 5, p. 47.

¹³⁷ Corresponde a la nomenclatura estadounidense, similar a los incisos del castellano.

la ley SHERMAN, debe abstenerse en todo momento de realizar conductas que tiendan a reducir la competencia. (los subrayados me pertenecen)

No obstante, el pensamiento judicial manifestado, relativo al incremento de una empresa de su participación en el mercado y la posible incursión en atentados a la libre competencia, se presenta también la sentencia del caso *E.I. Dupont de Nemours & Co. v. FTC (1980)*, en la cual la Comisión Federal de Comercio señaló “que al desarrollar su propio y más económico sistema de fabricar Dióxido de Titanio, Du Pont actuó de conformidad con su propia capacidad tecnológica, sin que su capacidad adicional de producción tuviera por objeto la exclusión de sus competidores ni ninguna otra práctica restrictiva de la libre competencia.”¹³⁸ (el subrayado me pertenece)

En esta misma línea, podemos indicar que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en los casos *Brown Shoe Co. vs. U.S (1962)* y *U.S. Vs. Von's Grocery Co(1966)*, en aplicación de la Ç7 de la Ley Clayton sancionó “las fusiones, tomas de control y consolidaciones económicas en general, alegando que existiría una tendencia hacia la concentración de las industrias en el evento de que la Corte aprobara dichas operaciones.”¹³⁹

Su derecho basado en un sistema consuetudinario, acepta a través de la célebre sentencia Estados Unidos vs. Colgate & Co. 250.U.S. 300(1919)¹⁴⁰ la negativa unilateral a contratar "unilateral refuse to deal", en virtud de la cual, se permitió a Colgate la práctica unilateral de negarse a contratar con un distribuidor que intentaba ofertar sus bienes a precios distintos de los establecidos previamente. En definitiva se tiene que respetar los precios

¹³⁸ Ibid, p. 50.

¹³⁹ Ibid, p. 49.

¹⁴⁰ Alfonso MIRANDA LONDOÑO, se ha referido a este caso en sus “Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”, Revista de Derecho Privado N. 11 diciembre de 1992, reproducidas en op. Cit., Tomo III, Colección Seminarios 10, p. 171.

fijados con anterioridad, tanto por la empresa ofertante, como por sus distribuidores o filiales.

Finalmente, Estados Unidos cuenta con la **Ley de la Comisión Federal de Comercio de 1914** la misma que contempla la ilegalidad de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas engañosas, con normas de carácter adjetivo en materia de prevención, cese y sanción de dichos comportamientos.

MERCOSUR:

Su principal instrumento de aplicación en el mercado único de integración (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay), es el Protocolo de Defensa de la Competencia, el mismo que se caracteriza principalmente por su naturaleza prohibitiva expresa, para asegurar las condiciones de integración en un marco de libre circulación de bienes y servicios, entendiendo de esta manera, que las demás actividades se encuentran permitidas.

El Protocolo de Defensa de la Competencia¹⁴¹, principalmente contempla en:

Artículo 4. Constituyen infracción a las normas del presente Protocolo, independientemente de culpa, los actos individuales o concertados, de cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados Partes.

Artículo 6. Las siguientes conductas, entre otras, en la medida que configuren las hipótesis del artículo 4, constituyen prácticas restrictivas de la competencia:

- I. Fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, en acuerdo con competidores o individualmente, de cualquier forma, precios, y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación de servicios o de producción;*

¹⁴¹ Aprobado por Decisión No. 18/96. No ha entrado todavía en vigor, únicamente Paraguay lo ha ratificado.

- II. *Obtener o influir en la adopción de conductas comerciales uniformes o concertadas entre competidores;*
- III. *Regular mercados de bienes o servicios, estableciendo acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución;*
- IV. *Dividir los mercados de servicios o productos, terminados o semiterminados, o las fuentes de abastecimiento de materias primas o los productos intermedios;*
- V. *Limitar o impedir el acceso de nuevas empresas al mercado;*
- VI. *Convenir precios o ventajas que puedan afectar la competencia en licitaciones públicas;*
- VII. *Adoptar, con relación a terceros contratantes, condiciones desiguales en el caso de prestaciones equivalentes, colocándolos en una situación de desventaja competitiva;*
- VIII. *Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien;*
- IX. *Impedir el acceso de competidores a los insumos, materias primas, equipamientos o tecnologías, así como a los canales de distribución;*
- X. *Exigir o conceder exclusividad para la divulgación de publicidad en los medios de comunicación;*
- XI. *Sujetar la compra o venta a la condición de no usar o adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;*
- XII. *Vender por razones no justificadas en las prácticas comerciales, mercadería por debajo del precio de costo;*
- XIII. *Rechazar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios;*
- XIV. *Interrumpir o reducir en gran escala la producción, sin causa justificada;*

- XV. Destruir, inutilizar o acopiar materias primas, productos intermedios o finales, así como destruir, inutilizar o dificultar el funcionamiento de equipos destinados a producirlos, distribuirlos o transportarlos;*
- XVI. Abandonar, hacer abandonar o destruir cultivos o plantaciones, sin causa justa;*
- XII. Manipular el mercado para imponer precios.*

ARGENTINA:

Regulación a través de un régimen de defensa de competencia mediante leyes y entes reguladores para cada uno de los servicios públicos, los que se encargan de la supervisión y control.

Su precedente es la Ley 11.210, destinada a reprimir los monopolios (y los actos tendientes a mantenerlos) y demás tipos delictivos que restringían y/o eliminaban la competencia, así encontramos que su artículo primero contemplaba “Declárese delito todo convenio, pacto, combinación, amalgama o fusión de capitales tendientes a establecer o sostener el monopolio y lucrar con él (...)”; de igual manera el artículo dos de dicha ley, antecedente de la legislación Argentina en materia de competencia, en su primera parte sancionaba los actos que “sin importar un progreso técnico ni un progreso económico, aumenten arbitrariamente las propias ganancias de quien o quienes los ejecuten, sin proporción con el capital efectivamente empleado”; como podemos observar el enfoque inicial estaba destinado a sancionar los monopolios y todas las prácticas relacionadas con su formación y sostenimiento.

Hoy en día, Argentina cuenta con la Ley 25.156 de 1999¹⁴², cuerpo legal de corte permisivo, puesto que contempla en la mayoría de sus articulados actividades y prácticas objeto de autorización; no obstante, describe también, en sus artículos primero y segundo, los acuerdos y prácticas prohibidas, de la siguiente manera:

¹⁴² LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA de Argentina, Boletín Oficial, 29/9/99.

1. *Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.*

Queda comprendida en este artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo anterior, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción declarada por acto administrativo o sentencia firme, de otras normas.

2. *Las siguientes conductas, entre otras, en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1, constituyen prácticas restrictivas de la competencia:*

- a) *Fijar, concertar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto;*
- b) *Establecer obligaciones de producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, o prestar un número, volumen o frecuencia restringiendo o limitando servicios;*
- c) *Repartir en forma horizontal zonas, mercados, clientes y fuentes de aprovisionamiento;*
- d) *Concertar o coordinar posturas en las licitaciones o concursos;*
- e) *Concertar la limitación o control del desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción o comercialización de bienes y servicios;*

- f) Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste;*
- g) Fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, en acuerdo con competidores o individualmente, de cualquier forma precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación de servicios o de producción;*
- h) Regular mercados de bienes o servicios, mediante acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución;*
- i) Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien;*
- j) Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;*
- k) Imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales;*
- l) Negarse injustificadamente a satisfacer pedidos concretos para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate;*
- m) Suspender la provisión de un servicio monopolístico dominante en el mercado a un prestatario de servicios públicos o de interés público;*
- n) Enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios.*

COLOMBIA:

Este país ha presentado una importante evolución de su normativa en materia de la competencia, la misma que ha sido recogida en distintos cuerpos jurídicos, hasta su consagración definitiva en el texto constitucional de 1991.

La Constitución Política Colombiana establece en su artículo 333, que *“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 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 restrinja aquella libertad y evitara o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley determinará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.”*¹⁴³

Podemos observar que la nación colombiana, a través de su Carta Suprema, otorga al Estado un papel predominante y activo en el desarrollo de las actividades de economía, así como la primacía constitucional de libertad de competencia, en un marco de respeto al orden público y común de todos los habitantes, de donde emanan precisamente sus limitantes. El Estado, no es un sujeto pasivo de las relaciones económicas, y no se limita a vigilar prácticas restrictivas, sino que tiene la obligación de impedir las.

Dentro de este punto, podemos mencionar que la legislación colombiana prevé adicionalmente la posibilidad de resarcir los daños causados a toda la comunidad,

¹⁴³ CONSTITUCION POLÍTICA DE COLOMBIA 1991, Artículo 333.

en tanto y en cuanto, se ha afectado al bien común, respecto de todos, y del mercado en general.

En lo que a limitaciones a la libertad se refiere, y conductas desleales inclusive, la normativa de Colombia presenta un notable progreso en la materia, principalmente el Decreto 2153 de 1992, contiene reglas sustanciales respecto a los actos contrarios a la libre competencia, establecidos de la siguiente manera:

- *La fijación directa o indirecta de precios,*
- *Determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros,*
- *La repartición de mercados entre productores o entre distribuidores, -la asignación de cuotas de producción o suministro,*
- *La asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos,*
- *La limitación a los desarrollos técnicos,*
- *Subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones que por su naturaleza constituían el objeto del negocio,*
- *Abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción,*
- *La colusión en las licitaciones o concursos, la distribución de concursos o la fijación de términos en las propuestas.*

De la misma manera, el mencionado Decreto colombiano determina que es contrario a la libre competencia:

- *Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor*
- *influnciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajarlos,*

- *Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.*

El Decreto 2153 de 1992 de la República de Colombia, nos permite conocer que los abusos de la posición dominante se presentan ante:

- *La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos,*
- *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,*
- *Subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituirían objeto del negocio,*
- *La venta de 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,*
- *Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio a un precio diferente a aquel al que se ofrece en otra parte del territorio, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del territorio y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.*

El artículo 45 del citado Decreto 2153 define a la posición dominante como “la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.” La legislación colombiana sanciona también, la formación de monopolios que perjudiquen a la comunidad.

Adicionalmente, Colombia cuenta con un régimen normativo de la libre competencia para regular diversas actividades y sectores de la economía, tales

como el sistema financiero, telecomunicaciones, servicios públicos domiciliarios, sector eléctrico, salud y transporte, no obstante dicha especificidad en cada área puede llegar a ser un problema, como lo expresa el profesor colombiano Miranda Londoño, dada “la multiplicidad de normas y autoridades de competencia.”¹⁴⁴.

ESPAÑA:

Existencia de una legislación sólida armonizada con el ordenamiento comunitario, recogiendo en forma general los principios y técnicas legislativas utilizadas por la Unión Europea, a través de instituciones administrativas de instancia, como son: El Servicio cuyas funciones son de instrucción y de investigación y El Tribunal de Defensa de Competencia con carácter resolutivo y consultivo.

Así tenemos que en la legislación española, se establece que una empresa cuenta una posición dominante cuando es la única oferente en el mercado o no existe competencia efectiva frente a las demás empresas, sancionándose en la medida que atentan contra el interés nacional y los intereses de los consumidores. Las prácticas restrictivas comprenden todos actos conducentes a limitar o impedir la competencia, enumerados en forma casuística en la Ley española sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia.

Para la ley española¹⁴⁵, el objeto del Derecho de la Competencia es “garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo asimismo compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado.”. Dicho cuerpo legal considera a la competencia económica como uno de los máximos postulados dentro de una economía de mercado, siendo la forma de manifestación de las libertades individuales, bajo la denominación de

¹⁴⁴ Alfonso MIRANDA LONDOÑO, “El Derecho de Competencia en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios”, op. Cit., Tomo III, Colección Seminarios 10, p. 81.

¹⁴⁵ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, B.O.E. núm. 170, de 18 de julio de 1989.

libertad de empresa. Los acuerdos, decisiones, recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas, que atentan contra la competencia, particularmente consisten en:

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

CASO PRÁCTICO¹⁴⁶ - AMERICAN EXPRESS C/ VISA, MASTERCARD Y ARGENCARD:

Las empresas dedicadas a la emisión de tarjetas de compra principalmente, American Express Travel Related Services Company, Inc. (sociedad estadounidense) y American Express Argentina SA (subsidiaria) presentaron a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) una denuncia en contra de sus competidores Visa International, Visa Argentina SA, Mastercard Internacional y Argencard SA, por supuestas presiones realizadas a los bancos con quienes realizan operaciones, para evitar que realicen actividades con la denunciante (se puede hablar de la misma firma), en virtud de la posición dominante que ostentan en el mercado, Básicamente la conducta, denominada la “Regla” se encuadra en la expulsión

¹⁴⁶ Dromi, op. Cit., p.p. 277 y ss.

automática de los miembros Visa que emitan tarjetas American Express en la región, suponiendo que Mastercard adoptaría una postura similar a futuro, ya que los bancos actualmente pueden emitir tanto tarjetas Mastercard y Visa en forma conjunta.

Por su parte Visa alegó que dicha “Regla” no ha sido puesta en práctica y prueba de ello es que no existe ninguna disposición al respecto dirigida a los bancos, argumento utilizado también por Mastercard y Argencard, en el sentido que la denuncia se basa en hechos falsos.

La CNDC, de conformidad a la ley 25.156 tiene la obligación de realizar un análisis previo del mercado relevante ¹⁴⁷, determinando que éste se compone de las tarjetas de compra, de crédito y de débito, verificando el grado de participación en el mercado de las partes involucradas, llegando a determinar que el denominado sistema la “Regla”, aunque no aplique directamente en la Argentina, constituye un antecedente atentatorio frente a los demás competidores, el mismo que versa sobre la prohibición a los bancos de contratar con otro competidor, sin previa aceptación de Visa. No obstante, para que se configure la prohibición prevista en la ley es necesario la realización de la conducta.

Concluye la Comisión señalando que de aplicarse efectivamente dicha “Regla”, se estaría frente a un acto anticompetitivo que no permitiría el acceso al mercado a terceros competidores, disponiendo un seguimiento periódico del comportamiento del mercado de la emisión de tarjetas.

¹⁴⁷ Véase en este trabajo *CUADROS ILUSTRATIVOS*.

CASO PRÁCTICO¹⁴⁸ - CLARÍN. Editorial AMFIN SA (ÁMBITO FINANCIERO) c/ Arte Gráfico SA AGEA:

El presente caso se suscita entre dos importantes medios de comunicación en la Argentina, bajo la línea y criterio de que el mercado de la publicidad hoy en día es un interesante segmento que merece atención del Derecho de la Competencia, en tanto y en cuanto, en dicho campo no se limite a los demás 'competidores' al conceder exclusividad a ciertos medios de prensa, como el presente caso que versa sobre aspectos comerciales y demás prácticas para la captación de anuncios de publicidad.

El periódico Ámbito Financiero presentó una denuncia contra el diario Clarín por ofrecer descuentos en la publicación de avisos en el diario, con la condición de que los anuncios tengan el carácter de exclusivos.

El mercado relevante tiene que ver con la venta de ejemplares y de publicidad de diarios, afirmando la Comisión que los consumidores no compran un diario por la publicidad, sino por la información que contiene.

La CNDC dictaminó que el demandado con su política de descuentos a cambio de exclusividad, y en provecho de nivel de participación en el mercado, limitaba la competencia al excluir a sus posibles competidores e impedir el acceso al mercado publicitario, produciendo disminución de información y de elección a los consumidores finales. Finalmente la CNDC se remitió al Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR, el cual prohíbe “exigir o conceder exclusividad en los medios de comunicación masivos.”

¹⁴⁸ Dromi, op. Cit., p. 265.

El Tribunal de Justicia declaró que el hecho de que un aviso publicitario se anuncie en un diario y en otro no, no significa que el consumidor compre expresamente el diario que contempla el anuncio, solamente para acceder al mismo, entendiendo que no se configuró la práctica restrictiva de la competencia.

Comentario especial en el caso CLARIN al Fallo de la Cámara Penal Económica por Jorge Bogo¹⁴⁹

“El 9 de noviembre de 1998, la Cámara Penal Económica anuló la Resolución del Secretario de Industria, Comercio y Minería en el caso planteado por la denuncia del periódico Ámbito Financiero contra Clarín, que estaba basada en la política de este último de condicionar los descuentos a los avisadores, al compromiso de exclusividad temporaria. Esa decisión recomendó impartir una orden de cese a Clarín.

La base del dictamen tomó muy en cuenta la doctrina europea de abuso de posición dominante(...) "el Derecho Comunitario prohíbe los comportamientos contrarios a la competencia de las empresas que ocupan una posición dominante en el mercado. Así mismo, los comportamientos competitivos que normalmente no infringen las reglas comunitarias de competencia, podrían hacerlo si son practicadas por empresas en posición dominante. Este enfoque se basa en que el comportamiento de estas empresas produce efectos muy importantes sobre la competencia. Esto es especialmente cierto cuando las empresas recurren a prácticas de exclusión; es decir, cuando adoptan un comportamiento que elimina a un competidor o que limita o impide sus actividades. Aunque una empresa en posición dominante tiene derecho

¹⁴⁹ Jorge BOGO, “Comentario especial en el caso Clarín al fallo de la Cámara Penal Económica”, Derecho de la Competencia, Temas de Derecho Industrial y de la Competencia, Buenos Aires, Editorial de Ciencia y Cultura, Ciudad Argentina, 2000.

a defender su posición compitiendo con otras, le incumbe también una responsabilidad particular de no reducir aun más el grado de competencia que subsiste en el mercado. Las prácticas de exclusión pueden dirigirse contra competidores ya establecidos en el mercado o concebirse para impedir el acceso de nuevos competidores. Pueden consistir por ejemplo... en acuerdos comerciales que producen un efecto de exclusión; en el establecimiento de discriminaciones como parte de una práctica monopólica de mayor envergadura con vistas a excluir competidores y en sistemas de rebajas con el mismo fin".

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia estableció:

- A) Cual era el mercado relevante (un requisito clave para determinar la existencia de una posición dominante);
- B) Si Clarín ocupaba una posición dominante en ese mercado (un requisito para considerar la existencia de un abuso);
- C) Si la práctica comercial había configurado un abuso (juzgado a la luz de la doctrina europea y paso previo a la determinación del daño al funcionamiento del mercado);
- D) Si eso afectaba al interés económico general (el bienestar económico en términos de la teoría microeconómica aplicable).

Del dictamen se desprende con toda claridad que las respuestas fueron en todos los casos afirmativos, la mayoría de la CNDC consideró que el mercado relevante era el de la publicidad en los medios geográficos de circulación nacional, para lo cual tomó en cuenta (...) Las opiniones de las agencias publicitarias respecto al grado de sustituibilidad de los distintos medios publicitarios (...) Se consideró que la misma conducta denunciada permitía definir a los competidores y por tanto al mercado, ya que circunscribía la falta de una medición de las elasticidades cruzadas de los distintos medios, que es la forma más precisa de estimar los límites de un mercado, se tomó en cuenta la información disponible sobre la elasticidad de la demanda de otro medio

publicitario, inferida de la evolución reciente de los precios y los volúmenes vendidos.

En el mercado así definido, la posición dominante de Clarín quedó en evidencia (...) No obstante que Clarín alegara en su apelación que la posición dominante no estaba probada.

La CPE sostiene en su fallo que los consumidores no compran un diario por la publicidad sino por su contenido informativo, para refutar el argumento de la CNDC de que algunos consumidores podrían verse obligados a comprar dos diarios para no privarse de ambos contenidos.

Si bien es cierto que el motivo principal de la compra de los diarios es la información, no puede afirmarse que la publicidad carezca de interés para los consumidores, sobre todo si consideramos que entre las categorías de avisos sobre los que Clarín efectuaba descuentos se contaban los avisos clasificados.

El segundo perjuicio al bienestar o interés económico general se refiere al daño que a largo plazo puede ocasionar esta política de restricción de la competencia a las finanzas de los competidores de Clarín. Este es el punto más delicado, pues el dictamen de la mayoría de la CNDC reconoce que luego de haberse aplicado esta política durante años, los cambios observados en las participaciones de mercado y en la situación financiera de los diarios no tienen una relación causal con ella. No se habría ocasionado, en consecuencia, un daño al funcionamiento del mercado.

El dictamen de la mayoría de la CNDC se fundamentó en que se trataba de una política potencialmente exclusoria (de los diarios marginales) que no podía justificarse por razones de eficiencia y que, adicionalmente creaba una barrera a la entrada de un mercado donde

hay considerables costos que actúan como barrera natural.” (los subrayados me corresponden).

CASO PRÁCTICO¹⁵⁰ - TELÉFONOS DE MÉXICO:

La compañía estatal Teléfonos de México (TELMEX) controlaba íntegramente la telefonía en ese país, la cual luego de iniciado un proceso de privatización, pasó de ser un monopolio del Estado a un monopolio privado en el campo de las telecomunicaciones, con evidentes prácticas anticompetitivas, evitando especialmente cualquier intento de apertura, ya que poseía la infraestructura telefónica.

La Comisión Federal de Competencia consideró que era necesario regular especialmente ante las nuevas circunstancias que representaba el monopolio privado de TELMEX, quien manejaba la teoría de derechos adquiridos, una vez que pasó de manos del Estado, y que el hecho de intentar imponer nuevas regulaciones atentaba contra su estabilidad jurídica.

Adicionalmente se presentó una controversia administrativa para resolver la competencia de los órganos de control involucrados, por una lado la Comisión Federal de Competencia, y por otro la Comisión Federal de Telecomunicaciones, argumentando que se trataba de un caso inmerso específicamente en su radio de acción, es decir de las telecomunicaciones.

Finalmente fue la Comisión Federal de Competencia quien avocó conocimiento del caso y determinó que TELMEX ostentaba una posición de dominio en mercados relevantes, tales como: telefonía

¹⁵⁰ Fernando HEFTYE ETIENNE, “El Papel de las Agencias Reguladoras y las Instituciones de Competencia”, Washington, 23-24 abr-2001.

local, larga distancia nacional e internacional, transporte interurbano y servicios de acceso.

Actualmente el proceso continúa en discusión ante la apelación al pronunciamiento de la Comisión Federal, por parte TELMEX.

APLICACIÓN JUDICIAL EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El presente análisis se presenta ante la dificultad del encuadramiento de una determinada conducta investida de criterios económicos en las reglas jurídicas que hemos establecido como parámetros generales, y el grado de discrecionalidad de los jueces al momento de aplicación de la ley.

El profesor Cabanellas (h) trae a colación un importante ejemplo de aplicación judicial en materia de defensa de la competencia, el voto del Juez Brandeis en el caso *Board of Trade of the City of Chicago*, en el sentido que “la legalidad de un acuerdo o regulación no puede ser determinada por una regla tan simple como es la de sí impide la competencia. Todo acuerdo relativo al comercio, toda reglamentación de éste, restringe. Obligar, restringir, es de su propia esencia. La verdadera prueba de su legalidad consiste en determinar si la restricción impuesta es tal que meramente regula y así, quizás promueve la competencia, o bien la puede suprimir o aun destruir. Para determinar esa cuestión el tribunal debe normalmente considerar los hechos peculiares del negocio de que se trate (...), sus condiciones antes y después de haber sido impuesta la restricción; la naturaleza de ésta y su efecto, actual y probable. La historia de la restricción, los males que se consideran existentes, la razón para adoptar ese remedio en particular, el propósito o fin buscados, todos ellos son hechos relevantes. Esto es así (...) porque el conocimiento de las intenciones puede ayudar al tribunal a interpretar los hechos y predecir sus consecuencias”¹⁵¹.

¹⁵¹ Citado en Cabanellas, op. Cit., 81.

La importancia del citado pronunciamiento judicial radica en la elaboración de la presente sección, ya que en muchos de los casos, principalmente en materia de derecho económico, las circunstancias no se van adecuar necesariamente dentro de los lineamientos que hemos trazado, principalmente por las variables económicas que rigen los mercados, es así que en el voto que hemos transcrito el Juez, no se conforma con el hecho de saber si la conducta restringe la competencia, sino de analizar todos los antecedentes relacionados con dicha conducta y determinar su viabilidad o no, por sus propias facultades jurisdiccionales, aún así no este regulado en el derecho.

Su practicidad nos conlleva, en calidad de corolario final, a echar un vistazo al análisis de la capacidad de decisión o aplicación judicial del derecho o “poder creativo de los jueces”, mediante la interpretación de cláusulas vagas, y la resolución de casos difíciles, no necesariamente encuadradas en las prácticas sociales reconocidas y descritas por el Derecho y por sus reglas jurídicas, generalmente porque éstas se aplican a situaciones que no han sido previstas al momento de su creación. En definitiva, a destacar de primera mano el debate H.L.A. Hart y R. Dworkin sobre la “Decisión Judicial.”¹⁵²

Precisamente, el centro de la discusión de tan ilustres tratadistas, gira entorno a la presentación de casos difíciles, en los que y dada la vaguedad del lenguaje jurídico y las probabilidades de interpretación del mismo, el juez goza de un importante grado de discrecionalidad que le permite determinar la sanción que crea conveniente, en cuyo caso, el juez no está aplicando el derecho, ya que éste no contempla dicho caso, sino al contrario, creándolo para ese caso en particular, de conformidad a la línea de Hart.

En contrapartida, Dworkin afirma que la dificultad de las situaciones a ser resueltas por el derecho no nacen en la vaguedad de los términos de las leyes, siendo totalmente equivocado pensar que por ello los jueces gozan de una facultad legislativa para crear la ley, sino al contrario, el derecho es el mismo, y éste se

¹⁵² Rodríguez, op. Cit.

aplica por igual en todos los casos que se presenten, recurriendo inclusive a los principios universales del derecho que provean los mejores justificativos para la solución del caso, ya que éstos complementan los posibles vacíos que puedan dejar el conjunto de normas que el sistema jurídico, considerado como un todo integral.

Hart en réplica manifiesta que recurriendo a los principios universales del derecho pueden derivarse dos o más interpretaciones por su variedad y falta de positivación principalmente, (la mayoría de los principios encuentran su origen en el derecho natural), variantes de las cuales, el juez necesariamente tendrá que escoger una, lo que genera un margen de discrecionalidad judicial. El derecho no puede concebirse únicamente como un todo inmutable, cuyas reglas han sido preestablecidas, interpretadas únicamente por el legislador, sin que el Juez pueda adaptarse a casos nuevos que se le presenten, hasta que el Derecho y la legislación los contemplen.

En fin, todas las circunstancias deben resolverse de acuerdo al derecho, relevando el papel de los jueces, principalmente de parte de los Tribunales Constitucionales (órgano de control para una estricta aplicación de la Carta Suprema) y su protagonismo frente a casos indeterminados o no regulados por el derecho en determinado momento, como se podría presentar en la materia de estudio del presente trabajo, dada su mutabilidad económica. Los jueces ejercerán su discrecionalidad y aplicación del derecho, paralelamente a un desarrollo descriptivo que le permita entender el derecho íntegramente, abarcando tanto normas y reglas como principios de un Estado de Derecho que permitan la solución más justa y apegada al Derecho.

CAPÍTULO IV

COMPETENCIA DESLEAL¹⁵³

CONSIDERACIONES GENERALES

Si bien es cierto la competencia desleal constituye una de las formas de manifestación en contra de la libre competencia, es importante el carácter autónomo que le han otorgado la mayoría de legislaciones, en función del perjuicio inmediato que genera en los competidores y el ámbito en que se aplica, la esfera judicial, bajo la autoridad y potestad de los jueces y órganos jurisdiccionales, el mismo que se deriva de su propia definición, al utilizar el término desleal.¹⁵⁴

Bajo esta línea, la competencia existe, pero es necesario que ésta se desenvuelva en virtud de prácticas comerciales leales por parte de empresarios y demás intervinientes, ya que, de lo contrario, la competencia se encuentra al margen de la licitud y legalidad de las reglas jurídicas e incluso sociales, con el ánimo y afán de desprestigiar y apartar a los demás competidores, captar su clientela, y engañar y/o inducir al error al público en general.

La principal diferencia, entre competencia desleal y defensa de la competencia, según Jorge Jaeckel, “radica en que mientras la competencia desleal protege la transparencia con que se desarrolle la competencia, las normas que sancionan las

¹⁵³ “Competencia desleal.-*al. unlauter Wettberwrb; fr. Concurrence déloyale; in. Unfair competition; it. Competenza disleale; po. concorrência desleal.* (del lat. Competentia.) f. Se aplica al comerciante o industrial que intenta desviar en su provecho la clientela de un establecimiento de su mismo ramo, utilizando medios incorrectos o ilícitos. Conf. competencia ilícita”. Machado, op. Cit., p. 67.

¹⁵⁴ “El calificativo desleal no es un término jurídico, sino ético y moral que varía según la persona y el ámbito espacio-temporal en el que se desarrolla y las conductas que se pueden calificar como desleales varían y evolucionan a la misma velocidad con que se desenvuelve el comercio”, Jorge JAECKEL, “Apuntes sobre Competencia Desleal”, en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, II, Colección Seminarios 8, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, primera edición, 1998, p. 24.

prácticas restrictivas buscan proteger la libertad de acceso y permanencia en el mercado.”¹⁵⁵ (el subrayado me pertenece) Es decir, el término desleal es el empleado para precisar su significación contraria a la lealtad y licitud, que suponen tanto normas jurídicas como sociales en las prácticas desarrolladas entre competidores, mientras que la libre competencia permite tener acceso a los bienes y servicios, sin que exista control y fijación en los precios de los mismos y en general del mercado. La deslealtad en esta materia es una connotación de la competencia, es decir, para que se pueda hablar de competencia desleal, es necesario que exista competencia, en esa línea, el profesor mexicano Joaquín Garrigues manifiesta que “La competencia desleal es tan antigua como la competencia misma (...)”¹⁵⁶

Fernando Sánchez Calero considera que la competencia desleal perjudica no solamente a los demás competidores, sino también a los consumidores, lo que implica que su tratamiento sea considerado parte del interés público.¹⁵⁷

Algunos tratadistas consideran que se la debe conocer como Deslealtad Comercial, para precisar los usos deshonestos en el comercio, y no confundirla como una forma de manifestación de las prácticas en contra de la libre competencia.

En definitiva, el objetivo de la normativa que regula la competencia desleal es que la competencia existente, en virtud de que se han evitado, sancionado o reprimido los actos que la limitan o restringen, no se vea afectada por medios ilegítimos, incorrectos y contrarios a la práctica comercial, sino al contrario, que se desarrolle sobre la buena fe¹⁵⁸ de sus competidores. Países como España e Italia consagran en sus legislaciones a la competencia desleal a las conductas o medios contrarios a los principios empresariales y a la buena fe comercial.

¹⁵⁵ Ibid, pp. 30 –31.

¹⁵⁶ Citado por Cevallos, op. Cit..

¹⁵⁷ Fernando SÁNCHEZ CALERO, “Instituciones de Derecho Mercantil”, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, decimoquinta edición, 1991.

¹⁵⁸ Cita de Jorge Jaeckel, refiriéndose al jurista Marco Monroy Cabra, “(...)no se trata de una buena fe común, sino que está referida a la buena fe que impera entre los comerciantes(...) se debe entender que esta noción se refiere a la práctica de que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones.”, Jaeckel, op. Cit., p. 45.

Su antecedente lo encontramos en un fallo judicial suscitado en Francia el 29 de diciembre de 1852, en el que el Tribunal de París se pronunció interpretando el artículo 1382 del Código Civil francés en el sentido que “la libertad de la concurrencia o competencia no justificaba el empleo de medios contrarios a los usos de los comerciantes guiados por la buena fe y lealtad”.¹⁵⁹

El profesor ecuatoriano Víctor Cevallos hace referencia a las exclusiones de las que eran víctimas aquellos artesanos que no pertenecían a un gremio o asociación artesanal, condición sinecuanon para poder operar y contratar, como una de las primeras manifestaciones de la competencia desleal, en tanto constituyen restricciones de entrada y participación.

No obstante, en materia de legislación propiamente dicha, la primera norma que versaba sobre competencia desleal en protección de los distintos empresarios y de la comunidad en general, se pronunció en Alemania en 1909.

La competencia desleal hoy en día abarca las premisas de “competencia suficiente, libre y no falseada”¹⁶⁰, adoptadas del modelo social, el cual surge a partir de la segunda guerra mundial recogiendo los principios de los sistemas paleoliberal¹⁶¹ y profesional¹⁶², que propugnaban, el primero de ellos, la libertad de comercio y la sanción de aquellas conductas tipificadas por la ley, mientras que el segundo regido en función de la actividad comercial y empresarial y del establecimiento de parámetros fundados en dicha relación por los profesionales y comerciantes.

Así el Modelo Social busca consolidar la defensa integral del interés general o social y bienestar de la colectividad sobre la base de la buena fe comercial de los empresarios e industriales, la costumbre mercantil, usos honestos y de las prácticas

¹⁵⁹ Cevallos, op. Cit., pp. 42 – 43.

¹⁶⁰ Miguel Virgos Soriano, citado por Jaeckel Jorge, op. Cit., p. 29.

¹⁶¹ Modelo liberal para algunos tratadistas, ya que se fundamenta en la libertad de mercado.

¹⁶² También conocido como “modelo neutral por parte del Estado, pues en el mercado y en la competencia el Estado no interfiere(...)” Cevallos, op. Cit., p.44.

restrictivas previamente establecidas, protegiendo los intereses de los competidores, consumidores y del Estado, y propendiendo, como su nombre lo indica, a una competencia leal en el mercado.

Diversas legislaciones han coincidido en incluir como actos de competencia desleal aquellos relativos a:

- Ventas bajo costo o a menor precio de adquisición;
- Divulgación y apropiación indebida de información confidencialidad
- Violación de secretos;
- Desviación de clientela;
- Actos contrarios a la estructura del competidor o a las relaciones por él establecidas;
- Inducción a la ruptura contractual;
- Prácticas de imitación, descrédito y comparación;
- Actos de confusión y engaños;
- Explotación de reputación ajena;
- Denigración y comparación;
- Trasgresión de normas;
- Violación de principios de mercado.

Tales conductas se relacionan unas con otras, por ejemplo los actos que generan confusión y aquellos que se producen por imitación, en atención a que se encuentran estrechamente ligados, en tanto y en cuanto la confusión provocada en los consumidores nace por la imitación de los productos, servicios o de la empresa en sí, con el ánimo de inducir en el público a un ambiente de desorientación acerca del verdadero origen del producto o prestación de una empresa; mientras que la imitación es considerada una manifestación de competencia desleal por legislaciones como la española y la alemana siempre y cuando obedezca a una manifestación “sistemática de prestaciones e iniciativas empresariales de un

competidor tendiente a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado (...)”¹⁶³, es decir la mera imitación no constituye competencia desleal, sino cuando ésta es el resultado de acciones totales que generan asociaciones y vínculos inexistentes entre productos de una y otra empresa y que obstruyen intencionadamente el desarrollo de los mismos en el mercado. Sin embargo de lo cual, podemos añadir que en cualquiera de los casos, ambas conductas, tanto imitación como confusión pueden originarse en actos de engaño (la mayoría de las veces son reprimidos penalmente ya que se encuadran en delitos tipos como la estafa) y derivar en el aprovechamiento indebido de la reputación y prestigio “goodwill” alcanzados legítimamente por otro competidor.

Cabe mencionar también a brevísimos rasgos, que en lo que respecta a propiedad industrial está prohibida la imitación parcial o total de marcas, nombres comerciales, lemas, signos distintivos y demás registros de cualquier empresa, ya que de por sí constituyen competencia desleal.

Merece también atención, de las prácticas comunes de competencia desleal antes enunciadas, la violación de principios de mercado manifestada a través de las denominadas ventas agresivas, ventas condicionadas, ventas atadas, obsequios, primas, muestras gratuitas, etc., ya que por un lado, la decisión del usuario no obedece a criterios reales de eficiencia y satisfacción del producto adquirido, ya que su interés se encuentra centrado en dichos “incentivos” que nada tienen que ver con el objeto de la compra principal, y por otro lado, el consumidor se encuentra en situaciones de compromiso ante el ofrecimiento de un producto adicional por la adquisición del primero y así sucesivamente.

El hecho de regalar ciertos bienes (muestras gratuitas) u otorgar primas que normalmente tendrían un costo, que conllevan la suscripción y aceptación de ventas o convenios principales, significa no solamente crear posiciones de desventaja a los demás competidores que no están en la capacidad de asumir

¹⁶³ Citado por Annette YORDAN, y Diana URIBE, op. Cit., p. 50.

dichos costos, sino que se lesiona la competencia en si al presionar al consumidor a adquirir los productos principales.

A manera de resumen de los efectos o resultados de los actos de competencia desleal podemos citar la clasificación del tratadista ASCARELLI¹⁶⁴

- “A. (Los actos de confusión),
- B. (Los actos de denigración),
- C. Los actos que pueden impedir la afluencia de clientela a otro empresario, o perjudicar la eficiencia de la organización ajena (frecuentemente llamados actos de sustracción)”.

PRECEDENTES DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL DERECHO COMPARADO

Legislación Alemana.- Ley de 1909 “¹⁶⁵ quien ejecute dentro de sus relaciones de negocios con fines de competencia, actos contrarios a los usos honestos, puede ser demandado por la cesación de tales actos y la indemnización de perjuicios con ellos causados.”

Código Civil Italiano.- de 1942 artículo 2598¹⁶⁶: “Actos de competencia desleal: realiza actos de competencia desleal cualquiera que:

- 1) Usa nombres o signos distintivos idóneos para producir confusión con los nombres o con los signos distintivos legítimamente usados por otros, o emítase servilmente que los productos de un competidos, lo realiza por cualquier otro medio actos idóneos para crear confusión con los productos o con la actividad de un competidor.

¹⁶⁴ Ibid, p. 42.

¹⁶⁵ Cámara de Comercio de Bogotá, citado por YORDAN WIESNER, Annette y URIBE TÉLLEZ, Diana, op. Cit., p. 51.

¹⁶⁶ Ibid, p. 53.

- 2) Difunde noticias y apreciaciones sobre productos y sobre la actividad de un competidor, idóneos para determinar el descrédito, o se apropie de méritos de los productos o de la empresa de un competidor.
- 3) Se evade directa o indirectamente de cualquier otro medio no conforme a los principios de la corrección profesional o idóneos para perjudicar la hacienda ajena.”

Legislación Española.- Ley de 1955¹⁶⁷ : “será acto de competencia desleal cualquier acto de competencia contrario a las costumbres de probidad en materia industrial o comercial”

COMPETENCIA DESLEAL EN EL DERECHO ECUATORIANO

En la legislación ecuatoriana, la competencia desleal la encontramos normada, por su estrecha relación, en el ámbito de la propiedad intelectual e industrial, como todo hecho, acto o práctica contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, a través de la Ley de Propiedad Intelectual¹⁶⁸, la misma que delimita tipo de conductas tales como el espionaje industrial, las aseveraciones que inducen a error al público, que denigran los productos o servicios de otros competidores o que desacreditan el establecimiento, los productos o los servicios, o la actividad comercial e industrial de un competidor.

Especial interés merece la catalogación de competencia desleal que realiza nuestra ley a la violación de información confidencial, mediante el uso comercial desleal de datos de pruebas no divulgadas u otros datos secretos y la extracción no autorizada de los mismos para su uso comercial. Como se puede observar, los presupuestos para que la información no divulgada acceda a protección son que la

¹⁶⁷ Ibid, p. 55.

¹⁶⁸ R.O. No 320, 19-Mayo-1998.

misma sea secreta, que tenga valor comercial y que se hayan adoptado las medidas razonables para mantenerla con ese carácter.

Ante la inobservancia de los preceptos establecidos en materia de competencia desleal, la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana prevé la posibilidad de solicitar tutela administrativa como medida inmediata de suspensión de las actividades ilícitas y sanción de las violaciones de los derechos invocados. Lamentablemente ello no siempre encuentra una correcta aplicación pragmática y hasta cierto punto inoperante, ya que su aspecto procedimental y adjetivo no está bien definido en lo que a atribuciones se refiere, en unos casos se habla de la esfera administrativa a través del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, y en otros de la función judicial, con participación de los jueces y tribunales de propiedad intelectual¹⁶⁹, y de los jueces de lo civil en lo que respecta a medidas cautelares.

De todas maneras, nuestra legislación en competencia desleal se encuentra enfocada en una sola materia dedicándole no más de cinco articulados para su regulación, sin que permita su aplicación a otras esferas e introducir nuevas conductas y a la vez implementar medidas administrativas y judiciales más efectivas, que permitan inclusive prevenir las prácticas constitutivas de competencia desleal, y acciones indemnizatorias por los perjuicios económicos que se hayan sufrido como consecuencia de dichos actos, como sucedió en Colombia, cuya legislación únicamente contemplaba la competencia desleal mediante el Código de Comercio, el cual quedó obsoleto ante las nuevas tendencias, hoy en día la legislación colombiana acoge una norma especial denominada Ley de Competencia Desleal amplia y muy efectiva a la vez a decir de los estudios de dicho país.

¹⁶⁹ En el Ecuador no se han organizado todavía los Juzgados y Tribunales Distritales de Propiedad Intelectual, cuya atribución le compete a la Corte Suprema de Justicia, de conformidad a la Ley Orgánica de la Función Judicial.

CASO DE COMPETENCIA DESLEAL PRESENTADO EN EL ECUADOR ANTE EL INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL¹⁷⁰

JIAC, de nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad, de estado civil soltero, de profesión abogado, ofreciendo poder o ratificación a nombre de la compañía CSI S.A., sociedad legalmente constituida y existente al amparo de la legislación ecuatoriana y con domicilio legal en la ciudad de Quito, ante Usted comparezco con la siguiente demanda:

Antecedentes:

1. CSI S.A., domiciliada en la ciudad de Quito, es una compañía dedicada a la consultoría de clientes en lo que se refiere a negociación, transacción y operaciones de servicios financieros en general.
2. CSI S.A. en el giro normal de sus negocios es contratista directa y exclusiva del BANCO S.A., cuya documentación, tanto financiera-contable, como la de sus clientes, dada su naturaleza y especialidad, tiene el carácter de información confidencial, para lo cual la compañía CSI S.A., siempre ha llevado su documentación, base de datos e información en general con la debida diligencia, prudencia y con las precauciones contractuales del caso.
3. En Marzo de 2000, el señor XX ingresó a prestar sus servicios en CSI S.A., con las funciones de contador de la empresa, bajo el esquema de honorarios profesionales.
4. En Mayo de 2000, el señor YY, inmediatamente después de renunciar a las labores que desempeñaba en calidad de operativo de fiducia en el BANCO S.A., inició sus relaciones profesionales con la compañía CSI S.A. como responsable de operaciones y procesos (back office).

¹⁷⁰ Demanda elaborada por el autor del presente trabajo.

5. Los señores XX y YY, renunciaron a sus funciones en agosto y septiembre de 2000 respectivamente.
6. En presencia de la secretaria de la empresa CSI S.A. señorita ZZ y con la ayuda del mensajero de la compañía mencionada, señor WW el día 12 de octubre de 2000, el señor YY sorpresiva y alevosamente retira de las oficinas de CSI S.A., una caja de cartón con 12 archivadores “Bene”, aduciendo que “se tratan de documentos personales”, y transporta los mismos a las oficinas de la compañía “ISC S.A.”, conjuntamente con el conserje de la compañía, quien pensaba que el señor YY seguía laborando para la empresa CSI S.A.
7. Ha llegado a conocimiento de CSI S.A., y del público en general, que la compañía ISC S.A. con domicilio en la ciudad de Quito, cuyos ejecutivos y operadores son precisamente los ex empleados de CSI S.A., señores XX y YY. De igual manera, la mencionada compañía ISC S.A., cuyo representante legal es el señor XX, se encuentra operando las mismas actividades que la compañía CSI S.A., bajo los mismos parámetros y con los mismos clientes de CSI S.A.

Fundamentos de Hecho:

1. El señor YY, siguiendo una secuencia lógica de apropiación indebida de información, prestó sus servicios en un primer momento al BANCO S.A. y seguidamente a la compañía CSI S.A., con el ánimo preconcebido de apropiarse fraudulentamente de documentación ajena y fundamentalmente de aprovecharse de la información contenida en los documentos sustraídos, en perjuicio de la compañía CSI S.A.
2. El contrato de trabajo válidamente celebrado entre el BANCO S.A. y el señor YY contempla la cláusula de confidencialidad de información, la que textualmente se puede leer: “el trabajador se obliga a guardar dentro de la más absoluta reserva toda información, cualquiera fuere su índole, que por

razón de su trabajo y relación con el Banco llegase a su conocimiento. Está por tanto, prohibida la divulgación de esta información a terceros y a otros trabajadores, funcionarios o empleados de la Empresa. El incumplimiento de esta obligación será causa suficiente para dar por terminado el presente contrato de trabajo, sin perjuicio del Banco para demandar el pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados”.

3. El 18 de diciembre de 2000, después de la renuncia de los señores XX y YY, se constata con el personal de la compañía CSI S.A., la ausencia de los respaldos financieros de las transacciones realizadas por la compañía CSI S.A. con anterioridad a septiembre de 2000.
4. Al ser requerido en forma verbal por parte del señor PP, Gerente General de la empresa CSI S.A, el día 18 de diciembre de 2000, el señor YY admite tener en su poder información de la empresa CSI S.A., comprometiéndose a reincorporar la misma al siguiente día.
5. El 19 de diciembre de 2000, el señor YY presencia de los señores A y B, “devuelve solamente copias” de una parte de la documentación operativa contable de propiedad exclusiva de CSI S.A., y del BANCO S.A., contratista y contratante respectivamente.
6. Mediante cartas de 20, 21 y 29 de diciembre de 2000, clientes de otras empresas S.A., en función del contrato de exclusividad entre CSI S.A. y el BANCO S.A., anteriormente mencionado, envían atentas comunicaciones indicando que los señores XX y YY, “se han comunicado en varias oportunidades, con el interés de negociar certificados de depósito, pólizas bancarias, etc., con un basto conocimiento de montos y fechas de vencimiento de los mencionados documentos financieros (...)”.
7. El señor XX, con el objeto de captar los clientes de la compañía CSI S.A., no solo que ha utilizado medios ilegítimos al revelar información

confidencial, sino que ha empleado falsas calidades, al tomar el nombre del BANCO S.A.,

8. No solamente que se ha violado los derechos de propiedad industrial que legítimamente le pertenecen a CSI S.A., sino que, es evidente la vulneración de información bancaria sujeta a sigilo y reserva.
9. Bajo la perspectiva de los numerales anteriores y dentro de éste ámbito de protección comercial, es evidente la trasgresión a los derechos patrimoniales que legítimamente le pertenecen a CSI S.A. y al BANCO S.A., por cuanto el manejo fraudulento de información confidencial y no divulgada por parte de ex empleados del BANCO S.A. y de CSI S.A., la constitución por parte de éstos de ISC S.A., y sus operaciones con clientes de mis representadas, obedece necesariamente a intereses económicos, y por ende a competencia desleal.
10. Los señores XX y YY, al apropiarse de información confidencial, usar documentación de clientes de CSI S.A., y realizar negociaciones o intentos de negociación de certificados de depósitos y pólizas bancarias de clientes del BANCO S.A., y de CSI S.A., no solo que están causando un grave e irreparable daño a la compañía CSI S.A., sino que están violando los derechos constitucionales del público en general, quienes tienen derecho a la protección contra los métodos comerciales desleales, según lo establece la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.
11. El tratadista Julio C. Ledesma, se refiere a la teoría denominada “Derecho ex contractu, la cual parte del hecho de que la violación, del secreto es perpetrado por las personas que se encuentran bajo dependencia, y hay por eso un atentado al contrato que rige sus relaciones profesionales”. Según este criterio, dicho “convenio contiene tácitamente la obligación de fidelidad, lo que se consideraría transgredido al faltar el subordinado a sus

deberes de defender y favorecer los intereses de principal, habría así una suerte abuso de confianza (...)” [el subrayado me pertenece]

12. El autor Hermenegildo Baylos Corroza en su Tratado de Derecho Industrial denomina a la competencia desleal “a la actividad concurrencial encaminada a la captación de clientes, que se desarrolla mediante maniobras y maquinaciones o a través de formas y medios que la conciencia social reprueba como contrarios a la moral comercial, dentro de la concepción representada por la costumbre”, (el subrayado me pertenece) Haciendo YY y XX de esta práctica un modo de aprovecharse en forma ilícita, de la gran demanda de clientes de CSI S.A.

Fundamentos de Derecho

La Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 332 establece que la observancia y el cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual son de interés público. El Estado, a través del IEPI, ejercerá la tutela administrativa de los derechos y velará por su estricta aplicación.

Ley de Propiedad Intelectual considera competencia desleal a todo hecho, acto o práctica contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, en su sentido amplio. Considerando también competencia desleal, según el artículo 286, literal a) “**todo acto o práctica que tenga lugar en el ejercicio de actividades económicas que consista o tenga por resultado: la extracción no autorizada de datos cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable para su uso comercial en forma desleal**”. [la negrilla me corresponde]

La propia Ley en el artículo 183 señala que “**Se protege la información no divulgada relacionada con los secretos comerciales**, industriales o cualquier otro tipo de información confidencial **contra su adquisición, utilización o divulgación no autorizada del titular**, en la medida que a) la información sea secreta en el entendido de que como conjunto o en la configuración y composición precisas de sus elementos **no sea conocida en general ni fácilmente accesible a**

las personas integrantes de los círculos que normalmente manejan el tipo de información que se trate; c) En las circunstancias dadas, la persona que legalmente la tenga bajo control **haya adoptado medidas razonables para mantenerla secreta.** La información no divulgada puede referirse, **en especial a, los medios o formas de comercialización de productos o prestación de servicios”** [la negrilla me corresponde]

Así mismo, el artículo 190 de la Ley de Propiedad Intelectual señala que “toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a una información no divulgada, deberá abstenerse de usarla y de divulgarla, sin causa justificada, calificada por el juez competente (...)”

Por lo expuesto, es evidente que se ha violado la Ley de Propiedad Intelectual y consecuentemente los derechos adquiridos, y en virtud de las disposiciones contenidas en la misma Ley de Propiedad Intelectual y de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 33, el IEPI a través de su Direcciones Nacionales ejercerá las funciones de inspección, vigilancia y sanción para evitar y reprimir las violaciones a los derechos de propiedad intelectual.

Solicitud

Solicito la estricta observancia y cumplimiento de los derechos que en materia de propiedad intelectual le pertenecen a CSI S.A., a través de la Tutela Administrativa que se servirá ordenar en contra de ISC S.A., en la persona de su representante legal y de los señores XX y YY, por lo que reclamo la adopción urgente de las siguientes medidas cautelares de protección, de conformidad a los artículos 332 y siguientes de la Ley de Propiedad Intelectual, ya que por las pruebas fehacientes que se acompañan, hay no solo indicios sino evidencias concordantes y precisas que demuestran la violación actual e inminente de los derechos de propiedad industrial garantizados por la ley de Propiedad Intelectual.

- Inspección

- Requerimiento de información
- Cese inmediato de actividad ilícita de ISC S.A..
- La clausura provisional de la compañía ISC S.A..

De igual manera, y de conformidad al artículo 184 de la Ley de Propiedad Intelectual solicito el cese inmediato de los actos que conduzcan en forma actual o inminente a la competencia desleal por parte de ISC S.A. y al uso de la información de propiedad de CSI S.A., así como la indemnización de daños y perjuicios por concepto de dicha divulgación y utilización indebida y no autorizada, y reclamo además el valor total de las costas procesales.

La sanción al infractor con el máximo de la multa contemplada en el artículo 339 de la ley, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar.

Las infracciones detalladas son punibles y pesquisables de oficio, de conformidad al artículo 328 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Las medidas solicitadas tendrán como fin evitar se continúe violando los derechos de propiedad intelectual reconocidos legalmente a CSI S.A., para lo cual acompaño a la presente las pruebas requeridas por el artículo 306 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Pruebas

Adjunto como pruebas a mi petición, de las cuales se desprende la utilización y apropiación indebidas de la información operativa contable de CSI S.A., así como la de sus clientes.

- Copia de la escritura de constitución de la compañía CSI S.A.
- Copia del contrato de gestión compartida celebrado con el BANCO S.A.
- Copia del contrato de trabajo de l señor YY.
- Copia de los comunicados de los distintos clientes de CSI S.A.

- Detalle de los pagos realizados por CSI S.A.; a los señores YY y XX.

El trámite que se deberá dar a esta solicitud es el previsto en los artículos 311 y siguientes de la Ley de Propiedad Intelectual.

Es importante precisar que la presente demanda, a pesar de la evidente trasgresión de las normas en materia de competencia desleal en la legislación ecuatoriana, las pruebas presentadas y los argumentos de hecho y de derecho, la autoridad competente no inició causa alguna alegando su incompetencia para conocer y resolver el caso, atribuyendo la misma a los jueces de lo civil.

FALLO ECUADOR - SENTENCIA 7-XI-96 – Fallos de Casación¹⁷¹: INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR COMPETENCIA DESLEAL.-

Dentro del juicio ordinario que, por indemnización de daños y perjuicios resultantes de competencia desleal, la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil realizó un análisis del origen de la obligación de resarcir los daños y perjuicios y la referencia a la competencia desleal, mencionando que:

“(...)Según el artículo 1480 del Código Civil, son fuentes productoras o generadoras de obligaciones, entre otras que el mismo precepto precisa, los delitos y cuasidelitos, es decir, los hechos ilícitos,¹⁷² que como enseña Acuña Anzorena – Actos ilícitos, Pág. 11, son los "actos humanos voluntarios en razón de los cuales se infringe una regla de derecho o norma jurídica, sea deliberadamente, sea por culpa o negligencia, y que de producir un daño, obliga a su autor a repararlo". En razón de lo expuesto, nuestro sistema jurídico distingue entre responsabilidad contractual y extracontractual, delictual o aquiliana, regida ésta por lo estatuido en el Título XXXIII – De los Delitos y Cuasidelitos – del Libro IV del Código Civil. El acto delictual o cuasidelictual, en síntesis, el hecho ilícito impone el deber de

¹⁷¹ Repertorio de Jurisprudencia XLIII-1997- Exp. 437-96, R.O. 78, 3-VI-97.

¹⁷² Ver notas sobre el tema en el presente trabajo.

resarcir el daño causado por la trasgresión reprobable de una norma de conducta prevista, como expresamente lo consagran los artículos 2241 y 2256 del Código Civil, al estatuir, respectivamente, que: "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro está obligado a la indemnización", y que "por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta."

La prohibición de la "competencia ilícita", noción amplia y genérica que cobija las variedades específicas de competencia desleal o de competencia prohibida, como lo tiene resuelto la doctrina y la jurisprudencia, se encuadra dentro de la responsabilidad delictual o aquiliana.

Francisco Ferrara, en su obra Teoría Jurídica de la Hacienda Mercantil. Pág. 331, expresa: 'Se diferencia la competencia prohibida de la competencia lícita no por la finalidad perseguida, ya que en ambos se trata de fortalecer la organización hacendística y de extender el ámbito de los negocios, sino únicamente por los medios empleados, que en el primer caso incorrectos y desleales, y en el segundo, correctos y honrados', agregando, el distinguido catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Florencia, "El Convenio de la Haya del 6-nov-25 consagró el principio de represión de la competencia desleal, considerando como tal "como acto contrario a los usos honrados en materia industrial o comercial... (sic) Ha de advertirse que en materia de competencia desleal, la antijuridicidad deriva únicamente de la desarmonía del acto con los principios de la corrección profesional. El acto es antijurídico por incorrecto, y si no fuese incorrecto sería lícito".

Joaquín Garrigues, en su Curso de Derecho Mercantil, t. I, Pág. 237, y siguientes, al estudiar la 'Protección de la Empresa contra la Competencia Ilícita', se pronuncia, así: 'Esto no significa sin embargo, que la actuación competitiva sea lícita en todo caso, puesto que, en efecto, existen supuestos en que la competencia puede ser calificada y sancionada como competencia ilícita. En general, la licitud de la competencia puede derivar de dos supuestos distintos. Por una parte, la

competencia es ilícita cuando la actuación competitiva se lleva a cabo infringiendo una prohibición de competir. La realización de una competencia prohibida supone, así, uno de los supuestos de competencia ilícita. En segundo lugar, la competencia es ilícita cuando la actuación competitiva se realiza utilizando medios repudiados por la ética profesional por considerarlos desleales'. En el caso de la competencia desleal, y al analizar las prohibiciones legales de competir, el insigne tratadista español, añade: 'Sin necesidad de pacto especial, la ley impone a veces a determinadas personas una prohibición de concurrencia a favor de determinada empresa. Tal es el caso de las prohibiciones de comerciar, fundadas en el deseo de proteger el interés privado del titular de una industria mercantil contra las personas ligadas a ella en vínculo de sociedad o dependencia. Unas veces la ley quiere proteger a la empresa contra las personas que, por conocer íntimamente la organización del negocio, podrían, a costo de poco trabajo, obtener una posición favorable en la competencia... otras veces, la ley, a más de esta razón, quiere evitar que el dependiente vuelva a disponer de una actividad mercantil que quedó vinculada definitivamente al negocio de su principal (...)'”

Partiendo de dicha introducción, los magistrados consideraron que el hecho de formar parte de una empresa y retirarse de la misma, con información valiosa y confidencial, para dedicarse a su mismo giro, al mismo tiempo que se ha inducido a otras empresas y clientes “mediante maquinaciones, artificios, engaños y otros elementos desleales para crear repulsión”, para hacerse de los mismos, la Sala ordenó que los demandados solidariamente indemnicen a la accionante de todos los daños y perjuicios (lucro cesante y daño emergente), ocasionados por su competencia comercial ilícita, prohibitiva o desleal. (Las negrillas y subrayados me pertenecen)

CUADROS ILUSTRATIVOS

A efectos de una mejor visualización y conceptualización del Derecho de la Competencia, Competencia Desleal, Prácticas Anticompetitivas, reproducimos a continuación algunos cuadros sinópticos elaborados por el profesor Alfonso Miranda Londoño, en el Centro de Estudios de Derecho de la Competencia de Colombia¹⁷³:

DERECHO DE COMPETENCIA Y APÉRTURA ECONÓMICA*

Proteccionismo  Desarrollo de monopolios

Apertura  Acceso al libre mercado

* El desarrollo de la actividad económica y el grado de apertura de los mercados incide en la participación de productores y consumidores en el intercambio de bienes y servicios, y por ende, establece su relación con el Derecho de la Competencia. Mientras mayor sea la apertura de los mercados, debidamente normada, los compradores tendrán un pleno acceso a los bienes y servicios, de lo contrario, siempre existirá un importante grado de influencia y control sobre los precios de dichos bienes y servicios en el mercado. En este sentido, la competencia se presenta como Competencia Perfecta y Competencia Imperfecta.

COMPETENCIA PERFECTA

- Muchos productores del mismo bien

¹⁷³ Miranda Londoño, op. Cit., Tomo III, Colección Seminarios 10, pp. 183 – 212.

- ☐ Muchos consumidores
- ☐ No influencia en precios y cantidades
- ☐ Demanda elástica
- ☐ Bienes sustituibles y homogéneos

COMPETENCIA IMPERFECTA

- ☐ Pocos o un solo productor
- ☐ Bienes no sustituibles
- ☐ Demanda relativa o absolutamente inelástica
- ☐ No hay equilibrio en el mercado

POLÍTICA DE COMPETENCIA

Años cincuenta y sesenta:

- Influencia del Tratado de
Roma y la legislación de
Estados Unidos de América

Años ochenta y noventa:

- Apertura económica
desarrollo en América
Latina.

PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

- ☐ Prohibición a la concertación de cargos administrativos.
- ☐ Control de fusiones e integraciones.
- ☐ Acuerdos anticompetitivos.
- ☐ Actos anticompetitivos.
- ☐ Abuso de la posición dominante.

ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS

- ☐ Fijación de precios.
- ☐ Discriminación.
- ☐ Repartición de mercados.
- ☐ Asignación de cuotas.
- ☐ Limitación de materias primas.
- ☐ Limitación de desarrollos técnicos.
- ☐ Ventas atadas*.
- ☐ Acuerdos de no producir.
- ☐ Colusión en licitaciones publicas.

ACTOS ANTICOMPETITIVOS

- ☐ Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.
- ☐ Influnciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios.
- ☐ Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.

ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

- ☐ Precios predatorios.
- ☐ Precios predatorios regionales.
- ☐ Abusos anticompetitivos.

- ☐ Abusos de explotación
- ☐ Ventas atadas*.

******Las ventas atadas, conforme se ha indicado en este trabajo, constituyen actos de competencia desleal, que influyen directamente en la decisión del consumidor en detrimento de los demás competidores y del propio cliente. La inclusión de ventas atadas en los esquemas arriba indicados, tanto en acuerdos anticompetitivos y abuso de posición dominante, supone, en su orden, la vinculación con distintos productores o vendedores en forma concertada para obtener beneficios en detrimento de otros y el grado de influencia que puedan ostentar determinados grupos frente a los demás y especialmente sobre los precios de los bienes y servicios.

CATEGORÍAS DE LA COMPETENCIA DESLEAL

- ☐ Cláusula general.
- ☐ Confusión.
- ☐ Actos de descrédito.
- ☐ Actos de desorganización al competidor.
- ☐ Actos de desviación de la competencia.
- ☐ Actos para desorganizar el mercado.
- ☐ Empleados.
- ☐ Imitaciones y falsificaciones.
- ☐ Cláusula de exclusividad.

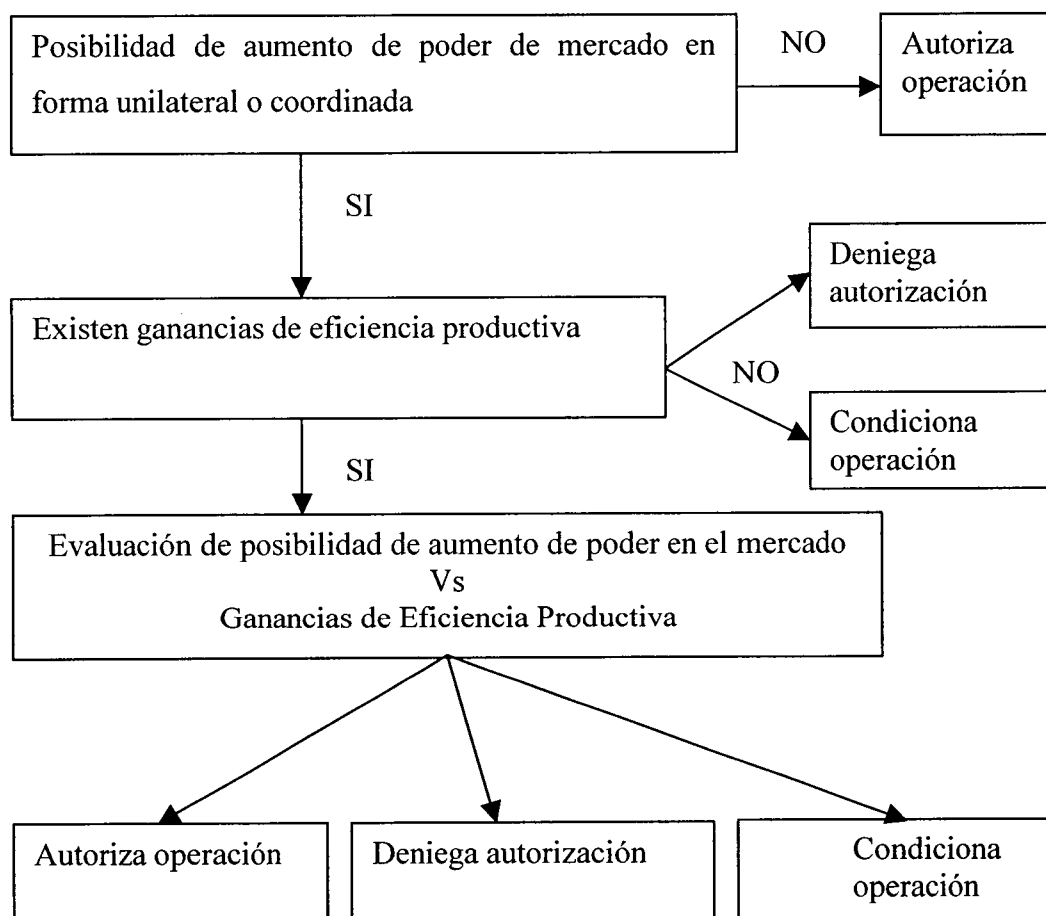
Aspectos diferenciadores	Competencia Desleal	Prácticas Restrictivas de la Competencia
1. Bien Jurídico protegido	Participantes en el mercado	Consumidores y competidores

2. Procedimiento*	Judicial	Administrativo
3. Legitimación activa de la causa	Amenazado, afectado, Procurador General, asociaciones, corporaciones, profesionales y consumidores	Cualquier persona aún de oficio
4. Medidas prácticas	Detener la práctica Indemnizar perjuicios	Detener la práctica Imponer multas

* Se refiere al aspecto adjetivo de la legislación colombiana

CONCENTRACIÓN ECONÓMICA¹⁷⁴

- Definición del mercado relevante
- Identificación de las empresas establecidas actualmente
- Medición y análisis cualitativo de la concentración:
 Existen barreras regulatorias, logísticas, de transporte, etc. a la importación?
 Existe la posibilidad de entrada de nuevos competidores?
 Representan los consumidores una limitación al poder de mercado?



¹⁷⁴ Esquema de una concentración económica típica elaborada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina.

CAPÍTULO V

DERECHO DE LA COMPETENCIA EN ACTIVIDADES DE INFRAESTRUCTURA EN EL ECUADOR

IDEAS GENERALES

Para el Estado Ecuatoriano cada vez es más difícil aplicar políticas de promoción industrial y tecnológica en la prestación de servicios públicos, no desempeña el papel predominante en la economía, y se ve obligado a reducir considerablemente su papel, delegando su actividad a empresas privadas y cediendo espacio a las libres fuerzas del mercado.

En ese escenario, no existe una política de promoción de la competencia, tanto en el campo económico como en el jurídico, ni tampoco leyes que determinen con claridad las actividades permitidas y prohibidas, peor aún organismos con atribuciones para controlar y sancionar las distintas conductas que se presentan en dicha relación, y en cierta medida, una regulación que permita una verdadera competencia entre el sector privado y el sector público, ya que se tratan de situaciones perfectamente comparables, mediante reglas de carácter general y específico que obliguen a la eficiencia de las empresas que participan en actividades de infraestructura, garantizando el libre acceso a los mercados, y la eficiencia y calidad de los servicios prestados.

La obligación del Estado está dada en función de garantizar un marco jurídico de funcionamiento tanto de orden conceptual como de aplicación que permita la fluidez y transparencia de dichos agentes económicos, cuyo corolario es evitar precisamente las actuaciones anticompetitivas.

MANDATO CONSTITUCIONAL

La Carta Magna del Estado Ecuatoriano¹⁷⁵, consagra los siguientes principios:

Artículo 23, numeral 7.- “Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

7. El derecho a disponer de bienes y servicios, públicos y privados, de óptima calidad; a elegirlos con libertad, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características”.

Artículo 244, numeral 3.- “Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá:

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

Artículo 245.- “La economía ecuatoriana se organizará y desenvolverá con la coexistencia y concurrencia de los sectores público y privado. Las empresas económicas, en cuanto a sus formas de propiedad y gestión, podrán ser privadas, públicas, mixtas y comunitarias o de autogestión. El Estado las reconocerá, garantizará y regulará”.

Según mandato constitucional, es obligación del Estado Ecuatoriano la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad facilidades portuarias y otros de naturaleza similar, los cuales, los podrá prestar directamente o por delegación a empresas mixtas o

¹⁷⁵ “Lo que la Constitución dice es derecho”, criterio difundido por el célebre profesor inglés H.L.A. Hart en varios de sus ensayos, destacando la supremacía de la Carta Constitucional en las distintas legislaciones. Véase César Rodríguez, op. Cit.

privadas. El encargo de la gestión empresarial de dichas actividades por parte del Estado, es decir que éstas puedan ser incursionadas por particulares, para el desarrollo de actividades productivas en teoría es beneficioso para los usuarios y consumidores, ya que en la mayoría de los casos, por no decir en todos, las actividades de infraestructura son desarrolladas por empresas estatales que funcionan como monopolios, con la facultad de gozar de un tratamiento diferenciado, exenciones tributarias y ayudas del propio Estado, abusando de esta manera de su posición de privilegio y dominio frente a los demás, situaciones que en muchos de estos casos, sustentan la ineficiencia de tales empresas. Nos referimos a dicha probabilidad, porque existe el riesgo de que los monopolios estatales se conviertan en monopolios privados o mixtos, bajo las mismas circunstancias, todo ello en detrimento del consumidor y colectividad en general.

Si bien es cierto, la Carta Suprema del Estado Ecuatoriano consagra la seguridad y estabilidad jurídica de sus habitantes, sobre la base del principio de igualdad ante la ley, no en todos los casos la Norma Fundamental encuentra la coherencia necesaria en la respectiva legislación, como sucede con la evidente falta de instrumentos que normen prácticas antimonopólicas y que a su vez, eviten atentados contra la libre competencia.

Se puede evitar o no que la prestación de servicios de infraestructura a cargo de un solo titular, como es el Estado, pase a cargo de uno solo agente privado, y que sus decisiones dependan únicamente de su propia voluntad. Lo que se plantea es terminar con la incertidumbre jurídica (que a su vez brinde estabilidad social)¹⁷⁶ y con los abusos por parte de quienes incursionan en actividades de infraestructura, tales como, la fijación arbitraria de precios, comisiones, íntimas conexiones entre proveedor y distribuidor, pactos de empresas, ausencia de normas técnicas de calidad, imposición de políticas de mercado, especulaciones, y en definitiva abusos de posiciones dominantes y restrictivas.

¹⁷⁶ Se trata de aspectos relativos al orden público, indispensables para preservar la seguridad jurídica, conforme se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia del Ecuador en sus distintos fallos.

No solamente que, el actual ordenamiento legal *no regula la participación* de las empresas privadas en la prestación de servicios públicos, sino que existe una marcada inclinación de sus protagonistas y de las actividades concurrenciales que representan, en concentrar económicamente los servicios de infraestructura en determinados grupos económicos, dando lugar a la formación de monopolios y oligopolios discriminatorios y atentatorios contra la libertad de mercado y la igualdad ante la ley.

POLÍTICA DE ESTADO

En el mundo de la competencia, según Dromi es importante determinar la intención del Estado de participar activamente, ya sea obligando, permitiendo, prohibiendo o sancionando determinadas conductas generadas por los distintos agentes que componen la constante interrelación entre economía y mercado, entendido este último como “la institución de intercambio libre de bienes y servicios”¹⁷⁷, es decir la causa y efecto de las distintas variables económicas-políticas y las necesidades sociales. La experiencia de otros países y la legislación por éstos adoptada, nos permite colegir que el Estado tiene la obligación y responsabilidad de evitar y reprimir las conductas que atenten la libertad de competencia en cualquier circunstancia y a todo nivel, aún si se trata de empresas prestadoras de servicios públicos, que se han emancipado del control estatal.

Es interesante el enfoque que propone Dromi al asimilar la restricción y limitación de las concentraciones empresariales privadas, por parte del Estado, como una especie de “expropiación”¹⁷⁸, de todas maneras el papel del Estado, en materia de competencia, consiste en un deber de acción, cual es de remover los obstáculos que entorpezcan la libre iniciativa privada y otro de abstención, no interferir en el

¹⁷⁷ Dromi, Op. Cit., p. 17.

¹⁷⁸ Ibid, p. 26.

derecho de persona a elegir su profesión y a ejercer la libertad de industria y comercio.

En el primer caso, su acción actuar en defensa de la competencia, asegurando las condiciones de su funcionamiento sin distorsiones, restricciones o limitaciones; en el segundo, evitar intervenciones en la economía que no estén estrictamente fundadas en los principios de igualdad y libertad económica.

Los distintos servicios, como telecomunicaciones, energía eléctrica, agua potable, especialmente dentro de las formas de delegación del Estado, y las oportunidades de los particulares de incursionar en actividades exclusivas de éste lleva a la formación de grandes grupos económicos, cuyo corolario puede ser calidad y eficiencia en la provisión en los mencionados servicios, pero independientemente de ello, la intención es impedir la formación de grandes concentraciones a cargo de particulares, o de empresas administradas por el Estado que atenten contra la libre competencia, o en su defecto constituyan competencia desleal, y es allí cuando debe intervenir el derecho.

La corriente económica moderna encuentra en la privatización su forma de manifestación más elocuente para sustentar los sistemas adoptados por los distintos gobiernos y Estados. Dicho escenario no ha encontrado similitud con las circunstancias que atraviesan la mayoría de los países de América Latina, fundamentalmente en lo que respecta al entorno y marco legal, y dentro de ello a la existencia procedimientos ágiles pero a la vez claros y transparentes de venta y cesión de la participación del sector público en los distintos sectores de la economía, así como de regímenes que garanticen y promuevan la libre competencia.

El académico Rafael Pampillón ha manifestado en una reciente entrevista concedida a un medio de comunicación que “la privatización vive su hora más

triste en Latinoamérica”¹⁷⁹, al coincidir que los problemas que actualmente enfrenta la privatización en Latinoamérica son propios del sistema administrativo que rige en dichos países, como por ejemplo el caso argentino, el cual careció de dos pilares básicos, como son la transparencia y la libre competencia. En el primer caso no existió la debida promoción y rectitud en la entrega de bienes y servicios a manos privadas, menos aún que éstas se hayan dado en un entorno que represente acceso para todos e igualdad de condiciones, y finalmente, se “no introdujo competencia, pues privatizó empresas públicas y las pasó al sector privado, pero sin introducir nuevos operadores. Entonces lo que estaba monopolizado por el sector público, ahora lo está por el sector privado, lo cual es mucho peor.”¹⁸⁰

Refiriéndose al caso ecuatoriano y el tema de las privatizaciones, el español Pampillón Olmedo considera que éste de lo debe realizar “con transparencia, concurrencia y publicidad, introduciendo más operadores, porque este es un país donde hay muchos oligopolios y donde los sectores que suministran bienes y servicios a la ciudadanía son solo una o dos empresas (...) Por ejemplo, la venta de una empresa eléctrica debe tener un marco legal donde quede establecido que se prestará el servicio a ricos y pobres, en zonas donde se obtengan o no beneficios, que garantice la concurrencia y competencia para distribuir en red a empresas y hogares, etc...”¹⁸¹ (el subrayado es mío)

¹⁷⁹ Rafael PAMPILLÓN OLMEDO, citado en Editorial SEMANARIO DE ECONOMIA Y NEGOCIOS, LIDERES, publicación 8 de Julio de 2002, p. 3.

¹⁸⁰ Ibid, p. 3.

¹⁸¹ Ibid, p. 3.

PRINCIPALES SECTORES DE INFRAESTRUCTURA EN EL ECUADOR

La importancia de sectores tales como, telecomunicaciones, energía, agua potable, entre otros radican en que mediante la intervención estatal se garantiza el acceso de todas las personas y la colectividad en general, de ahí se colige el deber del Estado de garantizar la provisión de los mismos.

La Constitución Política del Estado Ecuatoriano¹⁸², en su artículo 249 establece que *“Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones. El Estado garantizará que los servicios públicos prestados bajo su control y regulación, respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad; y velará para que sus precios o tarifas sean equitativos.”*

El Tribunal Constitucional del Ecuador se ha pronunciado respecto de los servicios públicos al señalar que éstos “...se caracterizan por atender necesidades individuales de importancia colectiva, servicios que deben ser prestados por el

¹⁸² De igual forma la Carta Suprema del Ecuador contempla la libertad de transporte, y comercio, puertos libres y zonas francas, en sus artículos 252 y 253, en su orden.

Artículo 252.- “El Estado garantizará la libertad de transporte terrestre, aéreo, marítimo y fluvial dentro del territorio nacional o a través de él. La ley regulará el ejercicio de este derecho, sin privilegios de ninguna naturaleza. El Estado ejercerá la regulación del transporte terrestre, aéreo y acuático y de las actividades aeroportuarias y portuarias, mediante entidades autónomas civiles, con la participación de las correspondientes entidades de la fuerza pública.”

Artículo 253.- “El Estado reconocerá las transacciones comerciales por trueque y similares. Procurará mejores condiciones de participación del sector informal de bajos recursos, en el sistema económico nacional, a través de políticas específicas de crédito, información, capacitación, comercialización y seguridad social. Podrán constituirse puertos libres y zonas francas, de acuerdo con la estructura que establezca la ley.”.

Estado, de manera permanente o periódica, material y sistemática, de forma directa o indirecta, para alcanzar su finalidad de promover el bien común y el progreso social, dentro de un régimen de derecho público que determina su regulación y las potestades de quien lo presta...”¹⁸³

A pesar de la enorme importancia que revisten las actividades de infraestructura, éstas se han caracterizado por estar acompañadas de una constante realidad, la prestación ineficiente de los servicios a los usuarios, y sin que el consumidor pueda ser escuchado en sus reclamos.

De igual manera, las actividades de infraestructura se han visto afectadas, en materia de competencia, por enormes ayudas estatales (subsidios y subvenciones), sin una planificación adecuada y dando lugar a grandes distorsiones de la competencia.

El monopolio estatal de los servicios públicos es un monopolio natural que impide el acceso a los distintos agentes económicos para que puedan prestar dichos servicios, pero debería significar a su vez, la obligación del Estado intervenir en el control y vigilancia de la prestación de los servicios públicos, para garantizar de esta manera la libre competencia y sobre todo para evitar que se presenten abusos a la posición dominante, que se ha generado de manera natural en el mercado, por ser el Estado el único prestador del (los) servicio (s) en dichas áreas, considerando que “las entidades prestadoras de servicios públicos tienen una función social sobre su propiedad (...) por tal virtud las empresas deben asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente y sin abuso de la posición dominante”.¹⁸⁴

Formas de abuso de esa posición dominante pueden ser la fijación arbitraria de precios, suspensión del servicio sin causa justificada, prestación del servicio con la condición de adquirir otro bien o servicio, limitación de responsabilidad de la

¹⁸³ Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 009-2002-TC.

¹⁸⁴ Santiago CONCHA DELGADO, “El Abuso de la Posición Dominante”, en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, II, Colección Seminarios 8, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, primera edición, 1998, p.92.

empresa, trasladar la carga de la prueba al usuario, potestad de terminar unilateralmente el contrato por razones distintas al incumplimiento del consumidor.

Cabe anotar que algunas de dichas manifestaciones en el Ecuador son tratadas por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de julio de 2000, sin que exista todavía una base sólida de la defensa de la libre competencia, y de las condiciones de calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

A decir de Marco Antonio Velilla Moreno¹⁸⁵ no se debe confundir los conceptos de sector público y servicio público, por cuanto, existen empresas del sector público que no necesariamente brindan servicios públicos, así como, el hecho de que ciertos servicios públicos son prestados por empresas privadas.

La tendencia a disminuir el aparato estatal, liberar la economía y traspasar las empresas a manos privadas, se ha traducido en una progresiva implementación de procesos de modernización, privatización, y promoción de las inversiones, o en su defecto, en una constante limitación del Estado a delegar dichas actividades mediante concesión, asociación capitalización, traspaso de la propiedad accionaria, u otras formas contractuales.

No obstante, dicha transición de la industria primaria debe observar un establecimiento mínimo de políticas de libre competencia, que incrementen la productividad de los servicios públicos, en un marco de eficiencia, equidad y variedad de elección, como lo manifiesta el tratadista Gabriel Ibarra Pardo al señalar que “al tratar el tema de la competencia comercial, no puede dejarse de

¹⁸⁵ Marco VELILLA MORENO, “El Derecho de la Competencia y el Sector Público”, en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, IV, Colección Seminarios 12, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, primera edición, 2000, p. 78.

lado el papel del Estado como empresario, como comprador y como agente regulador de los precios en el mercado.”¹⁸⁶

En teoría, bajo el modelo neoliberal, con la privatización como uno de sus pilares fundamentales, el mercado se debe desarrollar libremente bajo sus propias fuerzas. No obstante, y dentro del tema que nos interesa, dicho “encargo” en la prestación de los servicios públicos a manos privadas requiere especial atención jurídica por parte del Estado, para evitar la formación de monopolios y oligopolios y el abuso de los mismos, que distorsionarían el mercado en beneficio de unos pocos, ya que ante la consideración de servicios prestados bajo el esquema de economías de escala, del control del Estado, se pasaría al control de empresas privadas que sin el marco jurídico adecuado, fijarían los precios a su arbitrio, todo ello en detrimento del consumidor.

Conforme pudimos observar, una de las formas de garantizar la defensa de la competencia en la legislación Argentina¹⁸⁷ es mediante el control de los monopolios naturales y legales, Roberto Dromi considera que “los primeros serán aquellos en los que, por las condiciones en los que debe hacerse la provisión de bienes y servicios, no resulta posible la concurrencia de otros prestadores en competencia. Es la situación que habitualmente se presenta en la prestación de servicios públicos domiciliarios de saneamiento, gas y electricidad, en los que la complejidad técnica de las instalaciones no permiten la concurrencia de más de un operador en una misma área. Los monopolios legales, no presentándose los inconvenientes técnicos anteriores, son establecidos por el Estado, generalmente con fundamento en el establecimiento de economías de escala.”¹⁸⁸ (El subrayado me pertenece)

¹⁸⁶ Gabriel IBARRA PARDO, “Regímenes de Competencia y Políticas en América Latina”, en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, I, Colección Seminarios 5, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, primera edición, 1996, p. 65.

¹⁸⁷ Véase *OTRAS REFERENCIAS NORMATIVAS INTERNACIONALES*.

¹⁸⁸ Dromi, op. Cit., p. 42.

En definitiva es indispensable que se observen normas para la promoción de la libertad competitiva, evitando ante todo, la utilización abusiva de la posición dominante dada en función de la intervención del Estado que caracteriza la provisión de los servicios públicos domiciliarios tales como energía eléctrica, agua potable, alcantarillado, recolección de basura, entre otros, y que éstos se presten en forma continua y eficiente, garantizando la satisfacción de las necesidades de la colectividad en general, acorde al expositor colombiano Miranda Londoño, quien manifiesta que “(...) el bien jurídico protegido por el derecho de la competencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios es el de lograr que la prestación de los servicios, ya sea por parte de un monopolista o por parte de los competidores, se haga en condiciones económicamente eficientes, que no implique abuso de la posición dominante y que produzcan servicios de calidad.”¹⁸⁹

El consultor internacional del Banco Interamericano de Desarrollo BID, Miguel Fernández Ordóñez¹⁹⁰ es enfático en manifestar que la principal diferencia entre la competencia en sectores normales y sectores con infraestructura es la necesidad de regulación bajo condiciones de coexistencia de “actividades en monopolio y en competencia”, siendo para ello, vital una reestructuración de dichos sectores que permita regular los monopolios estatales y la vez garantizar las actividades de libre competencia.

La política de competencia aplicada en Costa Rica presupone¹⁹¹ un proceso de desregulación económica, legislación antimonopolios, competencia desleal y protección al consumidor, siendo responsabilidad, a decir de Pamela Sittenfeld, de las Comisiones, Nacional del Consumidor y para Promover la Competencia el conseguir que la legislación sobre la materia se aplique en todos los sectores por

¹⁸⁹ Alfonso MIRANDA LONDOÑO, “El Derecho de la Competencia en el sector de las Telecomunicaciones”, en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, II, Colección Seminarios 8, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, primera edición, 1998, p. 194.

¹⁹⁰ Miguel FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, “Competencia Con Infraestructura”, Washington, 24-abr-2001.

¹⁹¹ Pamela SITTENFELD, “Los Retos de las Agencias de Competencia y el Papel del BID en el caso de Costa Rica”, Washington, 24-abr-2001.

igual, siendo el de los servicios públicos y de actividades de infraestructura que mayor cambios demanda, en función de los monopolios estatales existentes.

Finalmente podemos afirmar que las políticas de competencia en actividades y servicios de infraestructura han cobrado especial interés en el ámbito regional y mundial, mediante el apoyo financiero a estudios y propuestas en este sentido, por parte del Banco Interamericano de Desarrollo especialmente a los países de América Latina. En este orden de cosas, el consultor chileno Pablo Serra¹⁹² ha hecho énfasis la preocupación de las autoridades chilenas por evitar prácticas monopólicas en los servicios de infraestructura, caracterizados por monopolios naturales.

El paso inicial se lo dio en la década de los 80, previo a la privatización de algunas empresas, cuando se modificó sustancialmente la regulación en los sectores eléctricos y de telecomunicaciones. Su error fue no prever igualdad de condiciones para los competidores futuros, con sus consecuentes reclamos y cuestionamientos, lo que llevó a que los organismos chilenos de defensa de la competencia (Comisión Preventiva, Comisión Resolutiva y la Fiscalía Nacional Económica) adquieran un rol importante no sólo en la promoción de la competencia, sino en el estudio de condiciones y mercados relevantes en los distintos segmentos, llegando a consolidar una importante y vasta jurisprudencia sobre la materia, como por ejemplo el fallo en materia de telecomunicaciones que permitió la desconcentración del servicio de larga distancia de las empresas CTC Mundo, ENTEL y Telex Chile.

¹⁹² Pablo SERRA, "Las Facilidades Esenciales en la Doctrina de Los Organismos de Competencia Chilenos", Washington, 24-abr-2001.

a) TELECOMUNICACIONES¹⁹³:

Dentro de las actividades de infraestructura y sin dejar de lado la enorme importancia social que revisten todas y cada una de ellas, destaca sin lugar a dudas un sector expuesto a continuas innovaciones, como es el de las telecomunicaciones, en los umbrales de la era digital, la tecnología de punta, la fibra óptica, la telefonía móvil celular e inalámbrica, etc., aspectos que ligados a la liberalización de los mercados, y a la siempre latente posibilidad de que la prestación de dichos servicios puede estar en manos de empresas del sector privado, vuelven imprescindible que se observen políticas que garanticen la libre competencia de sus agentes en el mercado, la igualdad de condiciones en la utilización de los servicios y el libre acceso a los mismos (pluralismo en la información).

Destaca dentro del área de las telecomunicaciones la regulación en favor de la libre competencia que impone a los operadores la prohibición de negarse a contratar sus servicios cuando éstos se requieran como soporte para la prestación de otros servicios, como por ejemplo el acceso a redes de distribución, es decir una especie de suministro necesario que no puede dejar de proveerse en forma unilateral.

Así mismo se prohíbe en materia de Derecho de la Competencia de telecomunicaciones cobrar tarifas que no alcanzan ni para cubrir los costos de operación, pero que son cubiertas por servicios que prestan en otros mercados (subsidios cruzados¹⁹⁴), o el hecho de celebrar convenios entre empresas para la asignación de cuotas de mercado. No obstante se debe observar la exigencia de un tratamiento igual y no discriminatorio entre operadores, tales como la existencia y aplicación de diferentes condiciones de atención. “Además de las tarifas se

¹⁹³ La Decisión No. 462 de la Comunidad Andina establece lo que se entiende por telecomunicaciones como “Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos, datos, o información de cualquier naturaleza por líneas físicas, medios radioeléctricos, medios ópticos u otros medios electromagnéticos.”

¹⁹⁴ A diferencia de los subsidios directos que son aplicados directamente en las tarifas establecidas.

considerarán como condiciones de atención las condiciones comerciales, técnicas, de oportunidad, calidad y costo.”¹⁹⁵

El Ecuador, en materia de telecomunicaciones, atraviesa circunstancias de apertura y la consecuente expansión de oportunidades para los usuarios, permitiendo nuevas inversiones a través de la subasta de activos, licitación de servicios de telefonía inalámbrica, nuevas bandas del servicio móvil, acceso a red virtual, entre otros. Estos procesos han significado, a pesar de ciertas trabas de orden político, un incremento significativo en el número de prestadores de servicios, tanto de telefonía fija, móvil, así como servicios portadores, principalmente entre los años 2000 y 2003, a partir de la firma del Plan Quinquenal en septiembre del 2000.

No se puede olvidar la necesaria modernización de las empresas Andinatel, Pacifictel y Etapa, ya que no es posible hablar en términos de competencia con tecnología atrasada con la cuenta que el Estado, ya que a éste último pertenece la totalidad de la participación accionarial de las referidas empresas.

Ante la apertura de las puertas del mercado a otras empresas privadas, habrá que preguntarse si dicha concesión de licencias a los nuevos operadores permitirá contar con la garantía de entrar un mercado competitivo, o simplemente no dispondrán de las mismas condiciones que las tres empresas mencionadas inicialmente, y si seguirán éstas controlando los costos y cargos por interconexión, instalación, cableado, comercialización, distribución, larga distancia nacional e internacional, etc.

No se puede escapar de la mente, que recientemente ANDINATEL lanzó en el mercado el servicio de Internet, y facturaba como llamadas locales a las regionales que se conectaban con el servidor de ANDINANET, una conducta que afectaba claramente a sus competidores y que le significó la irrisoria multa de USD 200,00 por parte de la Superintendencia de Telecomunicaciones.

¹⁹⁵ MIRANDA LONDOÑO, op. Cit., Tomo II, Colección Seminarios 8, p.188.

Finalmente, cabe que indicar que la Decisión No 462 de la Comunidad Andina, por razones propias de la situación del sector de telecomunicaciones en el Ecuador ante la existencia de contratos de concesión en telefonía local, nacional e internacional, servicios portadores, incluyendo el alquiler de líneas y circuitos alámbricos e inalámbricos, telegrafía y télex, estableció en 1999 que no aplicará el cronograma de liberalización del comercio previsto en dicha Decisión. Aspecto que se modificó en el 2001, con la comunicación del gobierno ecuatoriano informando la liberalización del comercio de estos servicios.

b) TELEFONÍA CELULAR:

El mercado de la telefonía móvil celular en el Ecuador lo disputan las empresas Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A. (Porta Celular) y OTECEL S.A. (Bellsouth), siendo los ecuatorianos testigos de una lucha por la competencia en captar nuevos usuarios y suscriptores, mediante espectaculares promociones y descuentos en la prestación del servicio con la atada obligación de adquirir un equipo o aparato marca determinada. Pero adicionalmente víctimas de una guerra de precios indirecta que ha terminado por fijar arbitrariamente tarifas y precios base por la posición dominante que ostentan actualmente, y con tratamientos diferenciados a sus clientes, no necesariamente sustentados en niveles de consumo o la tecnología sustentada, sino compitiendo estrictamente por publicidad y clientela.

Debemos afirmar categóricamente que las operaciones en materia de telecomunicaciones no deberían implicar abuso de la posición dominante, o la realización de acuerdos en favor de determinados mercados secundarios ofertados por los propios concesionarios, paralelamente deberían producir servicios de calidad.

Situación Actual

Dentro del proceso de concesión de telefonía inalámbrica o móvil que arrancó el 25 de junio del 2002, siete empresas se precalificaron y presentaron sus ofertas en sobre cerrado para participar en el mismo. La referida apertura de sobres dejó como resultado que la única empresa ofertante que reunió toda la documentación, fue ANDINATEL S.A., quedando pendiente por llevar a cabo, la apertura del último sobre contentivo de la oferta económica, y por ende, la adjudicación correspondiente, si la oferta supera la base establecida, o la declaratoria de concurso fallido, si fuere el caso.

No obstante, ante la anunciada llegada de un tercer operador en el servicio de telefonía móvil, las empresas existentes realizaron sendos anuncios en ampliar y mejorar su tecnología, pero al mismo tiempo presentaron recursos de amparo para impedir que se lleve a cabo la referida adjudicación.

La razón, una supuesta desigualdad de condiciones, tanto técnicas como económicas en las que entraría esta tercera operadora, a saber:

- Al nuevo concesionario le entregarán 30 Mega hertz (MHz) que los utilizará en una frecuencia de 1.900 Mega hertz (MHz), lo cual permite tener un mayor alcance y amplitud en términos tecnológicos que los 25 (MHz) de la frecuencia de 800 Mega hertz (MHz) en la cual operan actualmente Bellsouth y Porta Celular.
- Los derechos de concesión que debe pagar el nuevo concesionario son muy inferiores a los que pagaron en su momento Bellsouth y Porta Celular a su entrada al país en 1993.

Al respecto la autoridad competente para llevar a cabo la concesión, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, CONATEL, defendió "...la libertad de abrir un

proceso competitivo en términos de lo que establezca la Ley para fomentar la competencia, para mejorar la calidad de los servicios...”¹⁹⁶

De igual forma un estudio técnico de la Consultora Internacional Pyramid Research ha señalado que tanto Bellsouth como Porta Celular “entraron al mercado ecuatoriano en términos muy favorables”¹⁹⁷, logrando captar al momento más de un millón de abonados en el mercado ecuatoriano.

Al proceso de adjudicación se interpuso un recurso de amparo, que fue aceptado en primera instancia por el Juez a quo. Mediante comunicados de prensa de los interesados se hizo conocer que el fallo del Juez a-quo se basa en que “... la autorización de la prestación de un servicio a un eventual prestador o proveedor del mismo, a valores inferiores al pagado por los demás prestadores de dicho servicio, atenta contra los derechos de igualdad ante la ley, libertad de contratación y seguridad jurídica.”¹⁹⁸

El Tribunal Constitucional negó el recurso de amparo y permitió proseguir con la concesión, fundamentalmente porque no se interpuso el amparo contra un acto administrativo, sino a un proceso de concesión compuesto por varios actos administrativos como lo admite el recurrente en su demanda, expresando en su parte pertinente:

“Que lo que se impugna en el presente caso es el proceso competitivo para realizar una concesión. Doctrinariamente, un proceso como el impugnado no es un acto administrativo sino un procedimiento administrativo compuesto de varios actos, como la accionante lo admite en su demanda al solicitar que se suspendan todos los actos que se encuentran incluidos en el proceso de subasta. Conceptualmente, éste es un procedimiento de preparación de la voluntad contractual, por medio del cual, el ente público invita a los posibles interesados para que, de acuerdo a las

¹⁹⁶ Editorial EL COMERCIO 14 de noviembre de 2002, sección B2.

¹⁹⁷ Editorial EL COMERCIO 14 de noviembre de 2002, sección B1.

¹⁹⁸ Editorial LA HORA, 18 de diciembre de 2002, sección B3.

bases establecida, participen presentando sus ofertas de las cuales se seleccionará la más conveniente.”¹⁹⁹

La apertura del último sobre se llevó a cabo el día lunes 13 de enero de 2003, cuya oferta superó la base económica establecida, empero no se realizó la adjudicación por cuanto no existía el quórum mínimo requerido para el efecto, coincidiendo con el escenario político y la transmisión de mando²⁰⁰. Hoy en día se ha llevado a cabo ya la adjudicación a la compañía ANDINATEL como tercer operador en la telefonía inalámbrica o móvil en el país, en la cual participarán como accionistas Andinatel, Pacifictel y por definirse ETAPA.

En esta línea, Andinatel y Pacifictel han conformado Telecomunicaciones Móviles del Ecuador, TELECSA, con el afán de captar nuevos clientes de la telefonía móvil, considerando los potenciales usuarios existentes en el mercado ecuatoriano y la infraestructura instalada. Por esto, dentro de ello, tomará importancia el Derecho de la Competencia y las condiciones en las que participará TELECSA en el Ecuador, de manera que, no solamente, las dos empresas existentes, sino las que participen a futuro, lo hagan en similares situaciones, paralelamente al desarrollo de tecnología, tales como transmisión de datos y video, multimedia, navegación en Internet, entre otros.

Por su parte, ante la entrada en escena de un tercer competidor, y como un efecto inmediato, tanto Porta Celular y Bellsouth llevan adelante campañas de su nueva tecnología de tercera generación, GSM y CDMA respectivamente, en beneficio de sus clientes, situación que debió ser observada en todo momento, como constante en la prestación de un servicio eficiente y no solamente ante la posibilidad de perder sus abonados por la presencia de un nuevo competidor en dicho mercado.

¹⁹⁹ Tribunal Constitucional del Ecuador, Primera Sala, Resolución No. 784-2002-RA.

²⁰⁰ El 15 de enero de 2003 se posesionó el Gobierno Constitucional de Lucio Gutiérrez en el Ecuador.

Reviste importancia en esta línea, lo establecido por el Tribunal Constitucional en la resolución del Recurso de Amparo, respecto de la entrada de un nuevo competidor en la telefonía móvil en el Ecuador:

“Tomando en cuenta que en el Ecuador existen solamente dos empresas que se encuentran prestando el servicio de telefonía móvil celular, la accionante y OTECEL S.A., es lógico pensar que esta restricción se estableció para propiciar la **libre competencia** de manera que mejore el servicio y se fijen precios competitivos para el mismo. Por otra parte, la accionante se encuentra prestando el servicio de telecomunicaciones por contrato de concesión a través del uso de frecuencias electromagnéticas como se mencionó, de manera que, acceder a una nueva concesión provocaría la **concentración** del servicio en las mismas empresas que ya lo están dando, lo que daría como resultado un verdadero monopolio.”²⁰¹

El hecho de que exista un solo ofertante, demuestra que el proceso adolece de problemas de fondo o todavía no es atractivo invertir en el país, por razones de seguridad jurídica. De todas maneras, TELECSA cuenta con la participación de ANDINATEL S.A. y PACIFICTEL S.A., la expectativa de la empresa municipal ETAPA, una importantísima infraestructura instalada y la tan anunciada llegada de un socio estratégico, probablemente mediante inversión extranjera (destacan Siemens, Ericsson, Alcatel, Nokia Motorola), situaciones que deberían obligar aún más a que se establezcan reglas transparentes y evitar la consolidación de nuevos monopolios, con resultados como los experimentados con los servicios actuales.

Lo anterior se traduce en un evidente escenario de inseguridad jurídica que envuelve al Ecuador, que hace pensar que cada vez es más difícil superarlo, y concretamente, la falta de un instrumento legal y de instancias administrativas y judiciales que permitan canalizar eficientemente el proceso en un marco de defensa a la competencia. Dicho en palabras del editorialista, Fabián Corral B., “La tradición pleitera de los ecuatorianos explica, en parte, la estructura judicial que tenemos. El sistema responde a la concepción del juicio como fin, en que la

²⁰¹ Tribunal Constitucional del Ecuador, Primera Sala, Resolución No. 784-2002-RA.

transacción es derrota y la conciliación es renuncia...Un viaje a los juzgados es una instructiva y dramática excursión por el país de las instituciones desbordadas; de los sistemas absurdos y de las costumbres ancladas en el pasado...”²⁰²

c) AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO: Sector estrechamente ligado con el bienestar general y calidad de vida de los habitantes, por lo que reviste enorme importancia. A pesar de ello, caracterizado según recientes versiones de la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito, por una obsolescencia técnica y funcional de instalaciones, averías en los mecanismos de operación, bajos niveles de suministro en ciertos sectores, capacidad hidráulica insuficiente para la evacuación de aguas residuales y aguas lluvia, etc.

Un Estudio del Banco Interamericano de Desarrollo²⁰³ reveló que en Ecuador los niveles de dotación de este servicio están entre los más bajos de América Latina, sin que existan definidos parámetros de control y ejecución, tanto de proyectos como de regulación propiamente dichos (precios), siendo imprescindible, entre otros aspectos, una reforma institucional que permita un control de eficiencia de los servicios que se brinda, y que de paso a la inversión del sector privado en la operación y financiamiento de dichos servicios, tales como instalación, lectura y mantenimiento de medidores, facturación, cobranza, etc., en un ambiente de competencia y regulación, reconociendo sus caracteres particulares como la gestión y autonomía municipal.

El consultor Francisco Ochoa²⁰⁴ en su evaluación de la participación del sector privado en acueducto y alcantarillado en Colombia, reconoce la necesidad de un

²⁰² Fabián CORRAL, “Jueces, abogados y curiales”, Revista Criterios, No. 46, 7 de junio de 2002, Cámara de Comercio de Quito.

²⁰³ Guillermo YÉPEZ, “Recomendaciones para una estrategia de apoyo al sector del agua potable y saneamiento”, consultor del BID, diciembre/2000.

²⁰⁴ Francisco OCHOA, “Evaluación de la participación del sector privado en acueducto y alcantarillado”, Bogotá Colombia, 15 de agosto/1996.

desarrollo regulatorio que controle los monopolios, promocióne la competencia o la libre iniciativa empresarial.

El servicio de agua potable y alcantarillado es susceptible de operar independientemente por sectores con división de la participación del sector privado, o que todos estén conectados a un sistema general controlado por un solo ente, que impone políticas de acción.

d) ENERGÍA ELÉCTRICA.-Sin lugar a dudas la segmentación de la industria de la energía eléctrica en el país, en etapas de generación, transmisión y distribución, contribuye a la libre competencia en este importante sector para el desarrollo de la sociedad en general, ya que, impide la concentración en la provisión de este servicio en una sola empresa y permite la apertura y acceso de otras que se dediquen exclusivamente a:

- a) Generar energía,
- b) Transportar energía y
- c) Comercializar energía.

Un aspecto importante en materia de provisión de este servicio es la implementación de nuevas formas de generación de energía, como el sistema termoeléctrico que poco a poco reemplazan a la generación hidroeléctrica, en temas de inversión y costos, lo que influye en materia de competencia. Sin embargo es tarea del Estado regular los sistemas de costos y de precios para garantizar los derechos de los usuarios y beneficiarios del servicio eléctrico, y sobre todo el abastecimiento y utilización del mismo, escenario que al parecer no es del todo compatible con la realidad ecuatoriana, ya que no siempre se puede abastecer la potencia de energía instalada, y se da paso a los anunciados racionamientos.

Ha sido importante en este sentido, la presencia de la central a gas Machala Power, la misma que genera electricidad mediante el gas proveniente del Golfo de Guayaquil, y los convenios de generación e interconexión eléctrica que se darán con los países limítrofes, Colombia y Perú. No obstante, no se concretó la venta del paquete mayoritario de las acciones de las 18 empresas de distribución de energía eléctrica, así como el contrato para la construcción de la central hidroeléctrica Mazar y otros proyectos hidroeléctricos como San Francisco, Loreto, que permitirían mayor generación de energía.

El anunciado cronograma de subasta de las 18 empresas de distribución eléctrica, cuyos principales accionistas son el Fondo de Solidaridad, los Municipios y Prefecturas, hoy en día forma parte de proyecto de fusión en grupos económicos, para fortalecerlas y mejorar la prestación del servicio, como parte de los compromisos adquiridos con el Fondo Monetario Internacional.

e)TRANSPORTE: en el ámbito general, la mayoría de países han promocionado la inversión y participación del sector privado en actividades de transporte público, en búsqueda de eficiencia en la prestación de tales servicios, no obstante, es imprescindible regular el comportamiento de estos mercados, tanto en la participación de empresas públicas, como de empresas privadas.

El sector de transporte (público, masivo) se caracteriza por la presencia de subsidios y una regulación, la mayoría de las veces, excesiva y que desalienta la competencia, sin que ello, sea entendido como la necesidad de implementar a pasos acelerados la privatización de los servicios de transporte, es importante observar tanto políticas de planificación para la participación privada en el transporte que permita eficiencia en la prestación de los servicios, desarrollo de las ciudades e inversiones en vías principales, como políticas de regulación, ya que, la competencia debe estar garantizada por papel del Estado como órgano regulador,

de lo estrictamente necesario, como por ejemplo acceso, seguridad vial y personal, medio ambiente congestión vial, entre otros aspectos.

En el presente trabajo nos referimos en el primer capítulo a la libertad de empresa, citando, entre otros aspectos, una sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo de España, en la que se sanciona la excesiva intervención del Estado en la regulación de la prestación del servicio de transporte urbano e interurbano al querer imponer la obligatoriedad de que sea el titular de la licencia el que conduzca el vehículo de transporte. Dicha intencionalidad del Estado fue considerada por el órgano jurisdiccional español como una aplicación excesiva de regulaciones propias de dicha actividad relativas a la capacidad del conductor.

Las tarifas que se fijen en el transporte público deben garantizar una eficiente provisión del servicio, reflejando el costo adecuado de la infraestructura vial sin dejar de lado la necesaria implementación y focalización de los subsidios en ciertos estratos de personas beneficiadas (niños, tercera edad, discapacitados). Los subsidios deben ser compensados en forma directa, permitiendo a los operadores de transporte prestar sus servicios con objetivos netamente comerciales.

JURISPRUDENCIA EN EL ECUADOR.- SENTENCIA 27-VIII-96²⁰⁵ - LIBERTAD DE COMERCIO E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y DERECHOS:

El Tribunal de Garantías Constitucionales²⁰⁶, conoció de la acción planteada por violación constitucional, que consideran los accionantes se ha cometido en la disposición general de la Ley Reformatoria a la Ley Radiodifusión y Televisión publicada en el Registro Oficial No. 961 (691) del 9 de mayo de 1995 la cual dispone que: “...el servicio de

²⁰⁵ Expediente No. 148-96, R.O. 38, 2-X-96.

²⁰⁶ Hoy denominado Tribunal Constitucional, ya que su rol no versa únicamente en función de los mecanismos de protección de los derechos constitucionales, sino de la totalidad de preceptos y principios consagrados en la Carta Magna, y del apego y concordancia que deben guardar leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, actos administrativos a la Constitución.

televisión por cable, incorporará de manera obligatoria y sin costo alguno para las partes, a todos los sistemas de televisión abiertos al público en general, que utilizan frecuencias radioeléctricas y que sean sintonizables en el área de cobertura de dicho servicio.” Mediante resolución adoptada el 20 de septiembre de 1995, el Tribunal de Garantías Constitucionales declaró la inconstitucionalidad por razones de fondo del segundo artículo innumerado de las disposiciones generales de la Ley Reformatoria a la Ley de Radiodifusión y Televisión, por considerar que “se han violentado las normas constitucionales(..)”.

La Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia resolvió la consulta subida en grado²⁰⁷ declarando inconstitucional por razones de fondo a la disposición anteriormente indicada considerando que “la disposición impugnada violenta los derechos constitucionales de propiedad y del derecho a una justa indemnización, la libertad de comercio y la igualdad de derechos y oportunidades frente a los medios de producción y consumo, así mismo la prohibición de eliminar la competencia y de aumentar arbitrariamente los lucros (...) El negocio de la transmisión televisiva, se fundamenta en el lucro obtenido por la venta de los espacios comerciales insertados en su programación televisiva, estos espacios comerciales insertados en su programación televisiva, estos espacios comerciales se cotizan de acuerdo a la audiencia que cubra la programación, el servicio de televisión por cable, cobra al usuario por el servicio prestado, que es el de poner a su disposición programación no asequible a éste por la señal ordinaria de televisión. El principio constitucional de la igualdad de oportunidades y derechos frente a los medios de producción se violentaría de seguir en

²⁰⁷ La normativa anterior contemplaba que las decisiones que adoptare el Tribunal de Garantías Constitucionales debían subir en consulta a la entonces Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema. En este caso, la Sala de lo Constitucional no emitió ningún procedimiento, por lo que, por mandato constitucional (vigente en ese entonces) le correspondió resolver a la Sala de lo Administrativo.

vigencia la disposición impugnada ya que **obliga a T. a incorporar las señales televisivas de los canales que no son de cable, y por lo tanto aumentaría los costos que recaerían en el usuario, y, en cambio los canales incorporados ganarían cobertura, lo que indudablemente redundaría en beneficio económico, oponiéndose también al principio constitucional del respeto al derecho de propiedad y del libre comercio**, en razón de que el beneficio concedido no ofrece contrapartida alguna.” (Las negrillas y subrayados me pertenecen)

Es importante manifestar que en la decisión de la Sala de lo Administrativo se dio el siguiente **VOTO SALVADO** a la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición referida de la Ley Reformatoria a la Ley Radiodifusión y Televisión en atención a la función social que la economía de Estado debe llevar a cabo, mencionando al respecto:

"...la Carta Suprema consagra el derecho individual de dominio, indicando que: 'la propiedad, en cualquiera de sus formas, constituye un derecho que el Estado reconoce y garantiza para la organización de su economía, mientras cumple su función social. Esta deberá traducirse en una elevación y redistribución del ingreso, que permite a toda la población compartir los beneficios de la riqueza y el desarrollo'. En consecuencia, sólo tiene el límite de la función social que debe cumplir.

Al prescribir el segundo artículo innumerado de las Disposiciones Generales de la Ley Reformatoria a la Ley Ley de Radiodifusión y Telecomunicación, que el medio de transporte y distribución de señales de televisión por cable, 'de manera obligatoria y sin costo alguno para las partes', incorpore todos los sistemas de televisión abiertos al público en general transmitidos por frecuencias radioeléctricas, establece la gratuidad privada de una justa indemnización o retribución, atenta contra las libertades de contratación y comercio(...), que precisamente

no está dentro de la excepción de la función social de la propiedad privada, que traduce la misma Ley Suprema, sin que tampoco pueda entenderse como compensatoria, igualitaria y libremente acordada, también prescrita en norma legal impugnada que la manda a las estaciones televisoras de frecuencia radioeléctricas gratuitamente permitirles transmitir su programación (sic). En conclusión, el Estado se halla facultado para regular tal actividad económica, puesto que en el Art. 46 de la Constitución (actual codificación Art. 60) [Art. 244 numeral 3²⁰⁸], 'se prohíbe y la Ley dispone: reprimirá, cualquier forma de abuso de poder económico, inclusive las uniones y agrupaciones de empresas que tiendan a dominar los mercados nacionales, a eliminar la competencia o a aumentar arbitrariamente los lucros', fundamentalmente perjudicando o abusando del público, que son los usuarios de esos servicios televisivos, que es la situación prevista por la citada Ley Reformatoria.

El derecho a la participación de la vida cultural de la comunidad, que se establece contrario sensu de las exposiciones de quienes reclaman la declaratoria demandada, resulta impertinente, en vista que los usuarios del servicio de televisión por cable, no están imposibilitados, ni se hallan impedidos de recibir también las estaciones de los sistemas de televisión abiertos que operan con frecuencias radioeléctricas, puesto que queda a su entera libertad el escucharlas(...) Por lo expuesto, con la aclaración que por estas razones consignadas, se desestima la **demand**
de inconstitucionalidad..." (las negrillas y subrayados me pertenecen)

²⁰⁸ El último artículo corresponde al texto constitucional actualmente en vigencia, aprobado por la Asamblea Nacional Constitucional en 1998.

**ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE
LA COMPETENCIA ECONÓMICA
ECUADOR - OCT, NOV /2002**

Paralelamente a la realización de la presente investigación basada en la necesidad jurídica de inducir al Estado Ecuatoriano en el Derecho de la Competencia, entre otros mecanismos, mediante la expedición de una ley sobre la materia, se discutió en el Congreso Nacional el proyecto de Ley de Promoción y Defensa de la Competencia Económica.

Previo a la explicación crítica comparativa del trabajo propuesto con el proyecto de ley en cuestión, debemos indicar que el escenario experimentado en el Ecuador en el proceso para la expedición de la ley, es poco menos que alentador. Como es de suponerse en nuestro país, la falta de coincidencia en los fines y objetivos contemplados por las distintas funciones del Estado y los sectores de la comunidad, da lugar al más variado folklore de posiciones, en temas que deben perseguirse conjuntamente, lo cual dista mucho de una actitud responsable frente a la seguridad jurídica que supone todo estado de derecho.

El proyecto de ley que aprobó el Congreso en segundo debate, el 30 de octubre de 2002, fue vetado totalmente por el Presidente de la República encargado (Vicepresidente Pedro Pinto R.), el 13 de noviembre de 2002, por no considerarlo propicio para el mercado nacional, lo que implica que la función legislativa podrá tratar nuevamente el proyecto solamente después de un año, contado a partir de la fecha de la objeción, mediante ratificación en un solo debate, con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes y su posterior publicación en el Registro Oficial.²⁰⁹

²⁰⁹ Constitución Política del Ecuador, Artículo 153.

Cabe indicar que la objeción no se fundamenta en la inconstitucionalidad del proyecto, lo que implicaría el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, sino por razones de mercado y la situación actual del país.²¹⁰

Principalmente, la Cámara de Comercio de Quito solicitó al Presidente de la República del Ecuador el veto total del mentado proyecto de ley y aprobado por el Congreso Nacional, en alusión a que éste, no solamente contradice a la Constitución Política, sino porque “trata con subjetivismo el derecho penal administrativo y deja de lado la garantía de presunción de inocencia, el derecho de libertad de empresa y las reglas del debido proceso...”²¹¹

El objetivo del proyecto de ley (PL) es la protección y promoción de la competencia en el marco de una economía social de mercado, lo que hace importante la concientización, en todas las esferas, del significado de la competencia económica en un Estado social de derecho, su naturaleza y valores perseguidos.

Otros objetivos contemplados en el PL son la prevención y eliminación de las prácticas anticompetitivas, abusos de posición dominante, concentración económica, sin expresar la necesaria sanción de dichos actos, los cuales se encuentran enumerados en forma casuística y taxativa, sin partir de un criterio general que permita establecer enunciados, y formas de determinación y reconocimiento de las prácticas que atentan o restringen a libre competencia, y a la vez, dejar la posibilidad de que nuevas prácticas sean consideradas como tales, acorde la evolución de las actividades económicas, la sociedad y el derecho.

²¹⁰ Es el fundamento dado a conocer a través de los medios de comunicación, el cual no compartimos ya que se explica por sí mismo, la falta de argumentación y motivación.

²¹¹ Mario Ribadeneira, citado por Editorial EL COMERCIO, 12 de noviembre de 2002, Sección B1 y B2.

Lo primordial en una clasificación de este orden es señalar los actos contrarios a la competencia, los que la impiden (prohibidos), los que la limitan y establecer grados de control, responsabilidad y sanción.

Un grave aspecto es que la Ley bajo ningún concepto se refiere a los monopolios y oligopolios, formas de posición dominante por naturaleza y de alto grado de poder y concentración económica. Tampoco se considera la regulación y equilibrio de las cláusulas abusivas como actos contrarios a la competencia.

Durante el desarrollo de este trabajo, se han establecido precisiones respecto a los actos y hechos jurídicos, su alcance y efectos, y la actuación del agente con conciencia y voluntad, lo que conlleva a que es importante establecer criterios específicos, tales como, el alcance del término *agente controlador*, en materia de órganos de administración, porcentaje accionarial, intereses compartidos, etc., y lo señalado en el último inciso del artículo 2 del PL, que en forma manifiesta establece que “A efectos de la aplicación de esta Ley, se considerará que las conductas o actuaciones en que incurriere un agente económico serán imputables al agente que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.” (El subrayado me pertenece)

De igual manera, el artículo 6 del PL se refiere a las prácticas contrarias a la competencia “entre dos o más agentes económicos”, sin considerar que no necesariamente se da la presencia de una pareja de agentes para que tenga lugar la realización de actos contrarios a la libre competencia o anticompetitivos. Se desconoce también que existe un sinnúmero de prácticas que atentan a la competencia, y que no se presentan directamente en contra del mercado o competidores existentes, sino que pueden impedir o eliminar la presencia de otros competidores. Es indispensable un análisis de los acuerdos concertados de repartición de mercados, para determinar el nivel en que se presentan, ya sea horizontal o vertical, previo su determinación como anticompetitivos.

En otras palabras, la competencia puede verse afectada por prácticas de deslealtad, actos anticompetitivos o limitantes a la libertad económica.

El PL presenta inconsistencias en lo relativo a las indemnizaciones por daños y perjuicios sin previo procedimiento judicial, y confunde su tramitación por cuerda separada, como una cuestión de prejudicialidad, que obviamente no cabe, ya que no se trata de un asunto que por razones de división de la competencia jurídica²¹² tenga que ser conocida previamente por otro órgano jurisdiccional, sino que como consecuencia de una acción contraria a la competencia, da lugar a una indemnización (daño emergente y lucro cesante) por los perjuicios causados. De todas maneras se pierde de vista a la idea central de que el bien jurídico protegido es el bienestar común.

No propicia la unidad legal – procesal – jurisdiccional al tratar aspectos ya consagrados en otras leyes, tales como Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Ley de Compañías, Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y Ley de Propiedad Intelectual, como es el caso de los, grupos económicos, los beneficios a los adquirentes o usuarios de bienes y servicios o la misma competencia desleal.

El análisis del mercado relevante obedece no solo a la definición que la ley establezca, sino que va más allá, abarcando sus componentes, agentes, grado de participación, y principios rectores del Derecho de la Competencia, ahora diseminados en la doctrina.

El tercer inciso del artículo 9 contempla operaciones de concentración económica entre directores o administradores vinculados en negocios compartidos, pero no señala los parámetros de esa vinculación, es decir, un porcentaje mínimo de participación en el capital, capacidad de decisión en los órganos de dirección o consejos de administración, sociedades cabeza de grupo, subsidiarias, etc.

²¹² Nos referimos a la capacidad de los órganos jurisdiccionales de conocer determinado asunto por razones de la materia, personas, grados y territorio. Véase Código de Procedimiento Civil, artículo 1.

Se atribuye en forma general la defensa de la competencia a la Superintendencia de Compañías, órgano de control y vigilancia de compañías mercantiles²¹³, olvidando que los agentes económicos no necesariamente versan sobre éstos entes jurídicos, sino que pueden estar bajo la esfera de acción de la Superintendencia de Bancos y Seguros, de la Contraloría del Estado, o inclusive, tratarse de unidades económicas sin personalidad jurídica, pero con incidencia en los mercados, actualmente fuera del ámbito de acción de dicho organismo, lo cual limitaría su propósito y funcionamiento.

Se crea como ente adscrito a la Superintendencia de Compañías, el Consejo Ecuatoriano de la Competencia (CECOM) encargado de la promoción y defensa de la competencia.

Al CECOM se le confieren facultades que propias de un órgano dotado de jurisdicción, como la facultad de ordenar medidas cautelares y encargarse de su sustanciación, lo cual conllevaría gravísimas consecuencias.

Entre otros requisitos, se deben excusar como miembros de ésta dependencia quienes tengan participación social o accionarial en sociedades que sean objeto de análisis, pero no se dice nada si tienen alguna vinculación administrativa o poder decisión, de igual manera, caemos nuevamente en el campo de un escenario enfocado únicamente en las compañías; que pasaría si el agente objeto de la investigación es unipersonal, sin capital social y tiene vinculación directa con el miembro del CECOM; la redacción del PL no exigiría su excusa.

Conforme se desprende de la presente investigación, ciertos modelos económicos dan lugar de manera natural a la existencia de ciertas posiciones dominantes, pero se debe adoptar como legislación una postura que permita bien sea controlar

²¹³ De conformidad a la Ley de Compañías, las sociedades bajo este control son las nacionales anónimas, en comandita por acciones, de economía mixta, de responsabilidad limitada, sucursales de las compañías extranjeras que desarrollan actividades en el Ecuador y Bolsas de Valores y sus agentes.

dichas conductas o evitar la presencia de las mismas. No obstante el PL en su artículo 7 no hace dicha consideración y prevé la facultad del CECOM a autorizar prácticas contrarias a la competencia, cumpliendo todos los presupuestos del citado articulado, es decir que generen beneficios para la producción o comercialización de bienes o servicios, fueren indispensables desde un punto de vista técnico o económico, determinaren para los consumidores beneficios que superen las desventajas que supone la práctica anticompetitiva, y no exista posibilidad de eliminar la competencia en dichas actividades. Lo cual no solo que lo vuelve contradictorio, sino, lo que es peor, no se establecen los parámetros reales y objetivos (jurídicos) en los cuales se debe basar el CECOM para llevar a cabo dicho análisis.

Los principios administrativos contemplados en el PL y en general todo aspecto procesal de la esfera administrativa deben guardar estrecha armonía con lo establecido el Estatuto del Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva.

En cuanto a las sanciones, las multas por infracciones al PL excluyen a los socios y accionistas de las sociedades si fuere del caso, cuando se hace referencia únicamente a los directivos de los agentes económicos que hubieren ordenado o autorizado dichos actos, sin embargo la responsabilidad de los propietarios de las empresas debe mantenerse hasta el monto de sus aportaciones.

Es importante también aclarar que, tratándose de elementos propios del derecho penal, se deben conjugar principios como los de reserva de ley y legalidad con los enunciados de los delitos económicos en un marco de defensa de la competencia.

Finalmente las definiciones enunciadas no alcanzan a dar un verdadero significado de los términos que comprenden el Derecho de la Competencia, la libertad de competencia, su promoción y la prevención y sanción de los actos contrarios a la misma. Se dejan por fuera conceptos como competencia perfecta, competencia efectiva, monopolio, oligopolio, precios predatorios, repartición de mercados, asignación de cuotas, ventas atadas, etc.

RÉGIMEN LEGAL ECUATORIANO

A continuación nos permitimos citar las principales disposiciones constantes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, de las cuales, sin necesidad de un profundo análisis, porque no lo requiere, podemos decir que se caracterizan por no ser análogas y paralelas entre sí, lo que significa diferimento en su aplicación. Las normas deberían fundarse en una relación de correspondencia, que permita una verdadera armonización de las mismas, y de los entes reguladores.

En la mayoría de los casos, podemos constatar que se trata de una normativa de reciente sanción (entre los años 2000 y 2001), y aplicada en diferente grado y medida a ciertos sectores, pero que no obedece a un estudio previo de discusión e investigación para entender el verdadero significado del Derecho de la Competencia, sino simplemente que realizan enunciados matrices, con definiciones distintas que conduce a una confusión de criterios, como por ejemplo el hecho de consagrar imperativamente que no se puede restringir la competencia mediante regulaciones o resoluciones, cuando es obvio que un reglamento no puede contrariar a la ley, o el permitir que las autoridades sean juez y parte en ciertos servicios públicos, entre otros aspectos. Pero sobre todo, hay que resaltar la necesidad de la unificación de un solo cuerpo legal que fije los parámetros generales, de modo que se armonicen los diferentes sectores en función de sus necesidades.

LEY ESPECIAL DE TELECOMUNICACIONES

Ley No. 184, publicada en el Registro Oficial No. 996 del 10 de agosto de 1992.

RÉGIMEN DE LIBRE COMPETENCIA

(Sustituido por el Art. 58 de la Ley 2000-4, R.O. 34-S, 13-III-2000)

Art. 38.- Régimen de libre competencia.- Todos los servicios de telecomunicaciones se brindarán en régimen de libre competencia, evitando los monopolios, prácticas restrictivas o de abuso de posición dominante, y la

competencia desleal, garantizando la seguridad nacional, y promoviendo la eficiencia, universalidad, accesibilidad, continuidad y la calidad del servicio.

Art. 39.- (Sustituido por el Art. 58 de la Ley 2000-4, R.O. 34-S, 13-III-2000).- Protección de los derechos de los usuarios.- Todo usuario tiene derecho a recibir el servicio en las condiciones contractuales estipuladas con el proveedor del servicio, y a que dichas condiciones no sean modificadas unilateralmente sin su consentimiento, salvo por fuerza mayor a ser indemnizados por el incumplimiento a dichos términos contractuales por parte del proveedor del servicio.

Las tarifas reflejarán los costos de eficiencia basados en los parámetros internacionales y se facturarán por tiempo efectivo de uso, establecido en horas, minutos y segundos, según corresponda. Los ajustes tarifarios se realizarán de manera gradual.

REGLAMENTO A LA LEY DE TELECOMUNICACIONES

RÉGIMEN DE LIBRE COMPETENCIA

Art. 17.- Todos los servicios de telecomunicaciones se prestarán en régimen de libre competencia.

Art. 18.- Para preservar la libre competencia, el CONATEL (Consejo Nacional de Telecomunicaciones) intervendrá para:

- a) Evitar la competencia desleal;
- b) Estimular el acceso de nuevos prestadores de servicios;
- c) Prevenir o corregir tratos discriminatorios; y,
- d) Evitar actos y prácticas restrictivas a la libre competencia.

Art. 19.- El CONATEL, en uso de sus atribuciones legales, dictará regulaciones para proteger y promover la libre competencia en el sector de las telecomunicaciones; para evitar o poner fin a actos contrarios a la misma; y, para prevenir los subsidios cruzados entre los servicios prestados por la misma

operadora. Igualmente, el CONATEL, podrá establecer reglas especiales para los prestadores de servicios que ejerzan dominio de mercado.

Art. 20.- El CONATEL para evitar actos contrarios a la libre competencia, podrá ajustar las tarifas o los precios fijados en los siguientes casos:

- a) Cuando los prestadores de servicios de telecomunicaciones hayan acordado entre sí los precios de los servicios con fines contrarios a la libre competencia;
- b) Cuando un prestador de servicios de telecomunicaciones ofrezca servicios por debajo de los costos, con motivos o efectos anticompetitivos; y,
- c) Cuando un prestador de servicios de telecomunicaciones se niegue a otorgar la interconexión o la conexión injustificadamente.

Art. 21.- Para asegurar la libre competencia, los prestadores de servicios de telecomunicaciones estarán obligados a:

- a) Establecer los precios de sus servicios de telecomunicaciones considerando los costos de prestación eficiente, operabilidad razonable y rentabilidad del capital invertido, sin incluir el precio de los equipos terminales necesarios para recibirlos;
- b) Proporcionar a cualquier prestador de servicios de telecomunicaciones el acceso puntual a la información técnica necesaria, que permita y facilite la conexión o interconexión a sus redes; y,
- c) No imponer, unilateralmente como condición de la prestación de sus servicios la compra, alquiler o uso de equipos terminales suministrados por ellos mismos o por un determinado proveedor.

REGLAMENTO DE RADIOCOMUNICACIONES

(Resolución No. 556-21-CONATEL- 2000)

Art. 5.- Libre Competencia.- Se establece la libre y leal competencia entre los concesionarios o usuarios de los servicios de radiocomunicación.

Quedan prohibidos los actos y conductas que por acción u omisión produzcan restricción a la libre competencia en el mercado de los servicios de radiocomunicación o permitan el abuso de la posición de dominio en el mercado.

REGLAMENTO PARA OTORGAR CONCESIONES DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

(Resolución No 469-19-CONATEL-2001)

Art. 1. Objetivo.- El presente reglamento tiene como objetivo establecer los procedimientos, términos y plazos a través de los cuales el Estado podrá delegar, mediante concesión, a otros sectores de la economía la prestación de los servicios finales y portadores de telecomunicaciones en régimen de libre competencia y la concesión del espectro radioeléctrico correspondiente.

REGLAMENTO PARA EL TRAMITE DE DENUNCIAS PREVIO AL JUZGAMIENTO ADMINISTRATIVO DE LOS ACTOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA EN SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

(Resolución No. ST-2001-0643 Registro Oficial 468, 5-XII-2001)

El trámite se lo inicia ante la Superintendencia de Telecomunicaciones, organismo que realizará las investigaciones que considere pertinentes para el esclarecimiento de hechos, y nombrará una Comisión que será la encargada de investigar y analizar los hechos denunciados.

Con los resultados del informe definitivo, el Superintendente dispondrá la realización del juzgamiento administrativo, observando el procedimiento y términos establecidos en la Ley Especial de Telecomunicaciones.

REGLAMENTO PARA LA EXPLOTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES FIJO Y MÓVIL POR SATÉLITES NO GEOESTACIONARIOS QUE SE PRESTAN DIRECTAMENTE A USUARIOS FINALES A TRAVÉS DE SISTEMAS GLOBALES.

(Resolución 359-16-CONATEL-2002, RO 638, 12-agosto-2002)

Artículo 9. Del régimen de libre competencia. La prestación de servicios de telecomunicaciones fijo y móvil por satélites no geoestacionarios a usuarios finales a través de sistemas globales se lo hará en régimen de libre y leal competencia y estará orientada a fomentar el carácter universal, la eficiencia y la calidad del servicio, así como el desarrollo tecnológico, de conformidad con el Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada.

Se prohíbe expresamente a los prestadores del servicio incurrir en actos o prácticas contrarios a la libre competencia o en prácticas discriminatorias, restrictivas o desleales.

LEY DE RÉGIMEN DEL SECTOR ELÉCTRICO

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 5.- Objetivos.- Fijanse los siguientes objetivos fundamentales de la política nacional en materia de generación, transmisión y distribución de electricidad:

- d) Proteger los derechos de los consumidores y garantizar la aplicación de tarifas preferenciales para los sectores de escasos recursos económicos;
- e) Reglamentar y regular la operación técnica y económica del sistema, así como garantizar el libre acceso de los actores del servicio a las instalaciones de transmisión y distribución;
- f) Regular la transmisión y distribución de electricidad, asegurando que las tarifas que se apliquen sean justas tanto para el inversionista como para el consumidor;

Art. 13.- El CONSEJO NACIONAL DE ELECTRICIDAD, CONELEC tendrá las siguientes funciones y facultades:

- g) Dictar las regulaciones que impidan las prácticas que atenten contra la libre competencia en el sector eléctrico, y signifiquen concentración de mercado en desmedro de los intereses de los consumidores y de la colectividad.

REGLAMENTO SOBRE EL CONTROL DE ABUSOS DE POSICIONES MONOPÓLICAS EN LAS ACTIVIDADES DEL SECTOR ELÉCTRICO

(Decreto No. 1822 - Registro Oficial 408, 10-IX-2001)

Art. 1.- Objeto.- El objeto del presente reglamento es establecer las normas para evitar abuso de posiciones monopólicas que: a) Vayan en desmedro de la competencia en la actividad de generación; b) Afecten el libre acceso a la transmisión y distribución; o, c) Afecten los intereses de los consumidores y la colectividad por efecto de la concentración de la distribución.

Art. 2.- Ámbito.- Las normas del presente reglamento se aplicarán a todas las empresas o sociedades públicas o privadas, nacionales o extranjeras, que estén autorizadas para generar, o prestar el servicio público de transmisión o distribución y comercialización de electricidad.

DEL CONTROL DEL ABUSO DE POSICIONES MONOPÓLICAS

Art. 19.- Control a la Restricción de la Competencia.- A los concesionarios y a los titulares de permisos y licencias les está prohibido celebrar cualquier tipo de asociación, contrato, convenio o acuerdo con otros concesionarios u otros participantes en la venta de energía eléctrica en el mercado eléctrico mayorista, que pueda tener como efecto, ya sea directa o indirectamente, la creación de restricciones en la competencia, ya sea la colusión en el establecimiento de precios o la ejecución de políticas comunes u otros actos que pudieren afectar a otros concesionarios, grandes consumidores, consumidores finales y titulares de un permiso o licencia.

Art. 24.- Régimen de Competencia.- Para dar cumplimiento a las disposiciones del presente reglamento y a las regulaciones de aplicación que se dicten sobre la materia, el CONELEC actuará de oficio, o a petición de parte interesada del sector eléctrico, ya sean generadores, transmisor, distribuidores y consumidores, autoridad pública o particulares.

LEY DE HIDROCARBUROS

Artículo 1-A.- (Agregado por el Art. 31 del Decreto Ley 2000-1, R.O. 144-S, 18-VIII-2000).- En todas las actividades de hidrocarburos, prohíbanse prácticas o regulaciones que impidan o distorsionen la libre competencia, por parte del sector privado o público. Prohíbanse también prácticas o acciones que pretendan el desabastecimiento deliberado del mercado interno de hidrocarburos.

LEY DE FACILITACIÓN DE LAS EXPORTACIONES Y DEL TRANSPORTE ACUÁTICO (Ley No. 147)

Exposición de motivos:

...Que es conveniente eliminar las disposiciones que restringen la actividad de exportación;

...Que es deber del Estado garantizar la libre competencia en la prestación del servicio de transporte fluvial y marítimo nacional e internacional;

REGLAMENTO GENERAL DE LA ACTIVIDAD PORTUARIA EN EL ECUADOR

Art. 4, numeral 5. En el caso de concesión de un puerto comercial estatal completo a un solo concesionario, la EP (Entidad Portuaria) reducirá su actuación a la vigilancia del cumplimiento de los contratos de concesión otorgados y de otros contratos de su competencia, si los hubiere, y al control de las reglas de la leal competencia por parte de los concesionarios.

Art. 5.- Lineamientos de la Política Portuaria Nacional.-

Acorde con lo expuesto en el artículo 244 de la Constitución Política, los inversores nacionales o extranjeros, gozarán de iguales condiciones y se les garantizará el ejercicio de sus actividades en libre competencia.

REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA EN LAS ACTIVIDADES PORTUARIAS

(Resolución No. 082/01) - CONSEJO NACIONAL DE LA MARINA MERCANTE Y PUERTOS

Que en general, los mercados no funcionan eficientemente de modo natural, siendo por lo tanto imprescindible la intervención del Estado para: a) promover la competencia efectiva y defender el funcionamiento del mercado de servicios portuarios; b) controlar los efectos distorsionantes provocados por situaciones en las que existen “posiciones de dominio” en el mercado o funcionamiento deficiente del mismo, estableciendo mecanismos preventivos, correctivos y sancionatorios de mayor o menor alcance según los casos; y, c) proteger los intereses y expectativas básicas de los usuarios, particularmente respecto a las variables “calidad” y “precio” de los servicios prestados;

Octubre del año dos mil uno.

LEY DE COMERCIO EXTERIOR E INVERSIONES (Ley No. 12)

Art. 3, inciso segundo.- El Estado diseñará y ejecutará sus políticas en esta materia conforme a los siguientes lineamientos:

- a) Agurar la libertad para el desenvolvimiento de las actividades de exportación e importación y para facilitar la gestión de los agentes económicos en esta materia;
- f) Asegurar que la producción nacional compita en el ámbito internacional conforme a prácticas leales y equitativas de libertad de comercio;

- i) Prevenir y contrarrestar los efectos negativos que ocasionen a la producción nacional, la aplicación de prácticas desleales de comercio.

DISPOSICIONES....Art. 6.- Se prohíbe cualquier práctica o disposición administrativa o económica que limite la libre competencia o impida el desarrollo del comercio externo e interno y la producción de bienes y servicios.

Art. 7.- El Estado dentro de las normas de la Constitución y de los acuerdos internacionales que sean suscritos y aprobados, garantizará la libre competencia en los servicios de transporte internacional de pasajeros y carga y contribuirá a su eficiencia con acciones que faciliten su desarrollo.

CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA

CONCLUSIONES.-

- La *competencia*, conforme lo hemos analizado, representa una enorme importancia en el desarrollo económico de los países, que a su vez, orienta a los *mercados*, escenario fundamental en esta relación, a fomentar e impulsar igualdad de oportunidades sociales y económicas mediante una participación plena de los distintos actores, la interacción entre la oferta y la demanda y la concertación entre las necesidades y los recursos existentes, sobre la base de la productividad, que permita al mismo tiempo, la inercia en un modelo internacional de integración.
- La *libre competencia* alienta a las empresas, públicas y privadas a incrementar sus niveles de eficiencia y productividad, presupuestos que les permiten estar, si no en un mismo nivel, por lo menos en niveles acordes a los de sus demás competidores, entendidos éstos últimos como verdaderos rivales en la disputa por los mercados.
- La *diferenciación con los demás competidores* debe concretarse por medio del desarrollo de tecnología, especialización, instantaneidad, variedad de bienes - servicios, optimización y digitalización de los mismos.
- La presencia de más competidores, bajo estas premisas, significa mayores opciones para el usuario, lo que se traduce en una mejor prestación de bienes y servicios, en beneficio de los consumidores, en *términos de calidad y precio*.

- ❑ La *concurrentia* en los mercados debe presentarse en condiciones no discriminatorias entre productores, entre éstos y los consumidores en general.

- ❑ La *libertad de competencia* es imprescindible para el desarrollo de la economía y del comercio, por ende, de la satisfacción de las necesidades del hombre y de la sociedad, su *regulación* garantiza igualdad de oportunidades, y la adquisición de ventajas en forma lícita.

- ❑ El marco jurídico adecuado para hacer frente a los nuevos retos de integración, incluyendo procesos de *modernización y privatización* que impliquen mayor dinamía en la participación de las empresas, exige especial atención al *Derecho de la Competencia*, elemento indispensable para evitar que se presenten *desigualdad de condiciones, concentraciones del mercado, imposición arbitraria de precios, acuerdos concertados*, entre otros actos contrarios a la libertad de empresa y participación.

- ❑ Dentro de las operaciones y actividades económicas, una que reviste importancia y especial interés para el derecho, es la *concentración de capitales*, coincidiendo las normas de *Defensa de la Competencia* en que, no se puede reprimir per se a las concentraciones económicas, ya que éstas pueden resultar beneficiosas para el desarrollo de la producción, industria y en general de la economía de un país, sino al contrario, se debe permitir el crecimiento económico, *garantizando la libre competencia*, pero regulando las concentraciones que originen posiciones dominantes, fruto de las uniones a las que hacemos referencia y *sancionando las conductas abusivas* producto de dicha posición de dominio, que permitan un control indebido del mercado de parte de las grandes empresas.

- Es definitiva, no se trata de reprimir de hecho a los *monopolios u oligopolios* para que se cumplan los objetivos del *Derecho de la Competencia*, ya que éstos pueden manifestarse de forma natural o de manera meritoria, como lo promueve el derecho europeo, sino que se trata realmente de entender la concepción y naturaleza del Derecho de la Competencia mediante sistemas de análisis referidos a la “*Regla de la Razón*” y la “*Regla per se*” y por lo tanto, sancionar aquellas conductas que restrinjan la libertad de competencia, mediante ventajas significativas obtenidas en posiciones desiguales. Así, la aplicación del Derecho de Competencia se manifestará también en términos de eficiencia de los mercados y satisfacción de los consumidores.

- De igual manera, el incursionar en desafíos como los que representan la *modernización y privatización* y el rol que puedan desempeñar las *empresas* en este nuevo escenario, no pueden significar el desentendimiento del Estado en la regulación de los mercados y de la participación plena de sus actores.

- Es tarea del Estado también adoptar *mecanismos de control* ante la posibilidad de que se legislen normas restrictivas a la libre competencia, o que permitan establecer una válida justificación de las mismas por razones de necesidad y de orden público.

- Existen ciertos sectores de la economía en los cuales el Estado, por razones estratégicas o de seguridad, se ha reservado su exclusividad, dada su propia naturaleza, sin que ello signifique que se esté lesionando la libertad de empresa, o que se esté al margen de la ley, sino que precisamente en ejercicio de su potestad legislativa, el Estado se guarda para sí la prestación o provisión de determinados bienes y servicios o condiciona los mismos. Lo importante en este aspecto es velar porque la intervención estatal no atente la libre competencia en los términos de igualdad de acceso, contratación y participación.

- En adición, las alternativas para alcanzar el desarrollo y bienestar económico, a nivel individual, empresarial y colectivo, no solamente las debemos buscar en el Estado, sino que por sobretodo, a través de *una participación activa y plena* de todos los actores sociales y su nivel de contribución con el país, apoyar crítica pero constructivamente proyectos de desarrollo, como es, la necesaria comprensión del *Derecho de la Competencia* que reviste matices jurídicos y económicos, y su necesaria armonía en un sistema social contemplado en todo Estado de Derecho.

- En el Ecuador, existen un sinnúmero de leyes y reglamentaciones que versan sobre diferentes campos y aspectos, que de una u otra manera refieren al *Derecho de la Competencia*, pero la situación actual, el grado de desarrollo de los mercados, sumado a una deficiente provisión de servicios básicos en el país y malestar generalizado de consumidores, nos hace reflexionar que aquello no es suficiente, y no lo será, mientras no se promueva un verdadero espíritu de cultura y respeto a la *libertad de competencia*, que obedezca a una concienzuda elaboración académica, fomentada desde las universidades del país y con la participación de colegios de profesionales, asociaciones, cámaras de comercio, de la producción, de industrias y demás actores sociales.

- Una verdadera democracia implica *instituciones* transparentes que permitan el desarrollo de la sociedad, en un marco de *seguridad jurídica*. Merece especial interés, atención y seguimiento la intención de contar un cuerpo legal que permita la verdadera aplicación del *Derecho de la Competencia* en el Ecuador.

- Es necesario, sin lugar a dudas, la especificación de leyes sectoriales, pero éstas deben desarrollarse en un marco de sistematización de la legislación ecuatoriana, que abarque a toda autoridad o institución con

potestad legal para la expedición de leyes, reglamentos y normad de carácter obligatorio, que permita una verdadera cooperación interinstitucional, transparencia en la toma de decisiones, y reglas claras para todos los agentes económicos.

- ❑ Lo anterior conlleva la promulgación de la *Ley de Defensa y Promoción de la Competencia*, con una participación responsable de los entes involucrados, sobre la base de una conciencia individual y colectiva comprometidas, no solamente a través de la legislación, sino de mediante nuestra actividad en general.
- ❑ El cuerpo legal de *Defensa de la Competencia* debe restringir y sancionar las prácticas en contra de la libre competencia e implementar organismos administrativos y jurisdiccionales con capacidad sustantiva y adjetiva para actuar en sus respectivos campos de acción, de acuerdo a los requerimientos y necesidades.
- ❑ Lo importante es que unifiquen criterios que garanticen la *introducción y mantenimiento efectivo de la competencia*, y por ende la calidad de servicio, satisfacción de las necesidades de los consumidores, libertad de elección y acceso a los mercados, con variedad de precios en los bienes y servicios, y permitiendo el ingreso de nuevos competidores al mercado.
- ❑ En tal virtud, el *Derecho de la Competencia* debe ser considerado parte de la Agenda del Estado, entre sus obligaciones y responsabilidades, propendiendo a una *activa participación privada* en la prestación de servicios, garantizando la igualdad de oportunidades, la dinámica de mercado y su acoplamiento con corrientes de globalización y apertura y *libertad de comercio*, atendiendo las estructuras heterogéneas. Es necesaria la *coordinación interinstitucional* entre sectores público y privado, una real estructuración del Estado y su participación en áreas

estratégicas, actividades de infraestructura y aquellas en las que ha delegado su prestación a las empresas privadas. Consolidando el proceso de reducción de la intervención del Estado, pero permitiendo la acción de control de éste último en ciertos sectores.

- La *Comunidad Andina de Naciones* y la *Organización Mundial del Comercio*, han enfocado su normativa para consagrar la libertad de comercio, eliminar obstáculos y niveles de proteccionismo. En esta línea, la *libertad de mercados*, la regulación y planificación de políticas de *defensa de la competencia* y de tratamientos diferenciados deben realizarse considerando a los nuevos actores, como lo son las empresas multinacionales y trasnacionales y la heterogeneidad de estructuras, y no concentrarse únicamente en las relaciones interestatales, especialmente lo que respecta a la Organización Mundial del Comercio.

RECOMENDACIONES.-

- ❑ Analizar *la experiencia extranjera en materia de libre competencia*, la creación de organismos de regulación de la competencia, su jurisprudencia y dictámenes. En adición, la configuración de actos que tiendan a impedir la libre competencia, tales como asociación oligopólica, colusión en la fijación de precios, exclusión, discriminación, entre otras, así como una posible tipificación de comportamientos y nuevas conductas delictivas en materia económica.
- ❑ Destacar el *rol de los empresarios* y su contribución, tendiendo a su creatividad para competir en los mercados y los retos que se presentan, en un marco de libre competencia. Los servicios deben prestarse en forma *eficiente, continua, responsable, obligatoria y permanente*, de acuerdo a los niveles de calidad y universalidad exigidos por la normativa vigente, conteniendo la nómina completa de precios de los servicios de acuerdo a los precios de mercado y garantizando su acceso en condiciones no discriminatorias.
- ❑ Incursionar en las bases de un marco jurídico efectivo en *la aplicación del derecho económico de la competencia*, no solamente prohibitivo y sancionador de cualquier concentración económica, sino sobretudo preventivo, de prácticas que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia., *tomando como punto referencial el modelo europeo* que se caracteriza por la prevención de actos contrarios a la libre competencia y por su distinción de los acuerdos concertados de aquellos que se forman entre empresas de un mismo grupo con el objetivo de mejorar sus niveles de producción. La similitud de condiciones y la aplicación de una misma norma comunitaria, hace que se tomen también en cuenta las experiencias e instituciones reflejadas en la legislación colombiana.

- Es necesario *unificar el tratamiento e identificación* de las concentraciones empresariales, abusos de posición dominante, intereses compartidos, cómputo de las acciones en supuestos de concentración empresarial, porcentajes de tenencia de acciones y participación, nivel de administración y gobierno de manera que el ente económico, sus integrantes, administradores, apoderados, personas relacionadas, vinculadas o pertenecientes a un mismo grupo económico, los administradores de cualesquiera de ellas y personas naturales que sean cónyuges o parientes por consanguinidad y afinidad hasta el segundo y primer grado respectivamente de dichos accionistas o administradores, queden sometidos a la *regulación de la competencia*.

- La legislación existente en el Ecuador en los actuales momentos, especialmente en la materia que nos ocupa, las dificultades de aplicación de la problemática mercantil, y en general, normas existentes poco adecuadas para el ejercicio del comercio, demanda la necesaria *depuración normativa*, recopilación y reagrupación en un solo cuerpo global relacionado directamente con la *defensa y promoción de competencia*. La armonización, actualización y codificación de las normas dispersas y en algunos casos obsoletas debe concretarse con la participación activa de universidades, colegios profesionales, incluyendo especial y señaladamente a los colegios de abogados y su tarea en materia de investigación jurídica, cámaras de comercio y producción, mediante la elaboración de proyectos, talleres de capacitación consultas sobre la problemática existente, soluciones y propuestas encaminadas a su consolidación y uniformidad.

- La *participación de los actores sociales*, implica también el análisis y estudio de la jurisprudencia que verse sobre la materia, aspecto fundamental, ante la presencia de leyes vagas y comprender la capacidad de creación del derecho por parte de los jueces

constitucionales, fomentando su capacitación en la problemática mercantil, incluyendo temas de eficiencia económica y coordinación con otras esferas involucradas, tales como Asociación de Bancos Privados, Cámaras de Comercio, colegios de profesionales, entre otros.

- Las universidades y demás sectores involucrados deben profundizar en materia de *defensa de la competencia* en atención a los requerimientos, operaciones desarrolladas, propias de la actividad económica, individualización de instrumentos que orienten una visión procesal de aplicación de sus normas, determinación de responsabilidad contractual y extracontractual, análisis de problemas y la búsqueda de soluciones y formas de aplicación en todos los ámbitos: administrativo, tributario, financiero, mercado de valores, modernización, privatización, procesal, entre otros.
- Entender la importancia que revisten sectores estratégicos de *infraestructura incursionados por el Estado para garantizar el acceso* a los mismos a todas las personas y en atención a su provisión en óptimas condiciones, y determinar aquellos que puedan ser delegados a manos privadas como por ejemplo, el sector de telecomunicaciones.
- Esta regulación debe obedecer a un estudio consciente de la importancia que reviste en el desarrollo y su relación con la económica de mercado de los países, de manera que se introduzca una ley sin vacíos, ambigüedades, con un órgano competente y especializado, en armonía con la legislación comunitaria e internacional.
- Entender la importancia que revisten sectores estratégicos de *infraestructura incursionados por el Estado para garantizar el acceso* a los mismos a todas las personas y en atención a su provisión en óptimas condiciones, y determinar aquellos que puedan ser delegados a manos privadas como por ejemplo, el sector de telecomunicaciones.

- ❑ *Las actividades de infraestructura* incursionadas por los sectores público y privado, deben garantizar el acceso a los servicios, bajo los principios de libertad de empresa, libertad de acceso y libertad de participación y contratación. Su regulación está dada en función de la prevención de actos contrarios a la libre competencia, debidamente recogidos en un cuerpo normativo sobre la materia y su sanción, en virtud de la aplicabilidad de dicho cuerpo legal.

- ❑ *El Derecho de la Competencia* permite el desarrollo de la actividad económica y de sus agentes, ya que su función principal no es limitar el desenvolvimiento del mercado, sino ajustar sus conductas cuando las circunstancias lo ameriten, ya sea en funciones de prevención o de sanción y restricción.

PROPUESTA

La idea es un Estado activista en materia de regulación. Las consecuencias inmediatas ante las prácticas en contra de la libre competencia, deben ser, por un lado, la actuación del ente regulador, ya sea en instancia administrativa o jurisdiccional, y por otro, las acciones civiles de indemnización de daños y perjuicios (daño emergente y lucro cesante), *“el mercado no puede funcionar en un vacío y necesita un marco jurídico y normativo que sólo el Estado puede establecer, se requiere que el gobierno intervenga menos en determinadas esferas y más en otras, es decir que el Estado permita a los mercados funcionar cuando estén en condiciones de hacerlo y tome medidas rápidas y eficaces cuando no lo estén (...)”*²¹⁴ Se debe prohibir expresamente todo tipo de acuerdos que limiten la producción, distribución, consumo, etc, de los productos, bienes, servicios.

Todo contrato, convención o acuerdo que implique la realización de prácticas que atenten contra la libre competencia, o que la restrinjan en cualquier medida, deben considerarse nulo por adolecer de un objeto ilícito y causa ilícita, al tenor de las disposiciones de nuestro Código Civil.²¹⁵

De carácter general y meramente enunciativo, dejaremos sentado que nuestra legislación, en materia de defensa de la competencia, y a manera de corolario de las necesidades arriba expuestas, debe contemplar nuevos tipos penales fruto de las prácticas en contra de la libre competencia (monopolios, oligopolios, abuso de posición dominante, precios predatorios, prácticas restrictivas, exclusividad, acuerdos concertados, etc.) y que tendrían el carácter de enriquecimiento ilícito (apropiación indebida de información, violación de confidencialidad, know how,

²¹⁴ Rodrigo LLORENTE, *“Prosperidad narcotizada e intervención del Estado”*, en Derecho de la Competencia, Bogotá, Colombia, El Navegante Editores, primera edición, 1998, p. 51.

²¹⁵ Artículo 1505, Código Civil: “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano” Artículo 1509, Código Civil Ecuatoriano: “Hay así mismo objeto ilícito (...) generalmente, en todo contrato prohibido por las leyes.”

Artículo 1510 Código Civil: “No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce el acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”.

aprovechamiento de propiedad industrial ajena, etc.) adicionales a las acciones penales tipificadas en las leyes (referidas a los delitos contra la propiedad), así como a las sanciones propias del incumplimiento de actos administrativos firmes y ejecutoriados emanados de las autoridades en la materia, que atentarían directamente a la facultad interventora y reguladora del Estado que estamos propugnando en el presente trabajo. Por ejemplo, al igual que en otras legislaciones que tipifican (delito) la acción de registrar precios predatorios (por debajo de su precio), tal es el caso del Acta de Competencia de Canadá que señala que:

*“Cualquier persona relacionada en un negocio cuya política sea la de vender a precios irracionalmente bajos, buscando el efecto o la tendencia de reducir sustancialmente la competencia o eliminar a un competidor, que designe una política para tal efecto, es culpable de esta ofensa y expuesto a prisión (...)”*²¹⁶, en el Ecuador deben adoptarse normas que sancionen civil y penalmente la imposición de precios predatorios, porque atentan directamente a la competencia, al excluir o eliminar a los demás competidores.

Órgano de control.- La eficacia de los entes reguladores, depende en gran medida del tipo regulatorio y del ámbito de aplicación, tomando en cuenta que existen normas, en atención al modo: prohibitivas y permisivas, por su alcance; regladas y discrecionales; por su naturaleza: administrativas, civiles y penales; y de acuerdo al escenario adjetivo, las podemos calificar en administrativas y judiciales, bajo el órgano competente (conocimiento y resolución) en cada caso.

La estrecha interrelación del análisis jurídico con el económico, resalta la necesidad de la creación de comisiones especializadas. En todo caso, los procedimientos de control a cargo de los distintos órganos deben cumplir las finalidades de:

²¹⁶ Citado en Ibarra Pardo, “Legislación de promoción de la Competencia y Regulación Antidumping en Colombia”, en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, Tomo I, Seminarios 5, Colombia, Fundación Cultural Javeriana, primera edición, 1996, p. 85.

- Prevención;
- Fiscalización;
- Consulta;
- Conciliación; y
- Sanción (de oficio y por denuncia).

Dichas comisiones especializadas, en función de lo anteriormente expuesto, deben conjugarse en una sola institución que cumpla el papel de un ente regulador en materia de Derecho de la Competencia, contando para el efecto con facultades de una autoridad administrativa, bajo el esquema del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, y organizado mediante su propio cuerpo legal (ley orgánica)²¹⁷ que le brinde independencia y fuerza procedimental, incluyendo medidas cautelares, solicitando al juez competente la adopción de las mismas y sea cual fuere la denominación que se le asigne²¹⁸, lo importante es que vele por los principios aquí enunciados en favor de la competencia, y su promoción y orientación en beneficio de la colectividad.

²¹⁷ De conformidad a la Constitución Política, artículo 142 y siguientes, las leyes orgánicas son aquellas que: “(...) regulen las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección(...). Las leyes orgánicas serán aprobadas, reformadas, derogadas o interpretadas por mayoría absoluta de los integrantes del Congreso Nacional. Una ley ordinaria no podrá modificar una ley orgánica ni prevalecer sobre ella, ni siquiera a título de especial.”.

²¹⁸ Comisiones Preventivas Regionales y Comisión Resolutiva, Fiscalía Nacional Chile; Superintendencia de Industria y Comercio en Colombia y Comisiones Especiales de Regulación en materia de energía y gas combustible, de agua potable y saneamiento básico, de telecomunicaciones, Colombia; Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Tribunal de Defensa de la Competencia, Argentina; Comisión Federal de la Competencia de Comercio y División Antimonopolística del Departamento de Justicia, EEUU; Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, Panamá; Comisión Federal de Competencia, México; Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, Venezuela; Tribunal de Defensa de la Competencia y Servicio de Defensa de la Competencia, España; Consejo de la Concurrencia en Francia; Comisión Europea, Unión Europea; Comisión de Comercio y Comité de Defensa de la Competencia, MERCOSUR; Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Perú.

BIBLIOGRAFIA

ACUERDO de Cartagena, Resolución 596, R.O. No. 571, 8-may-2002.

ARCHILA Peñalosa, Emilio José, “ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES Y RÉGIMEN DE PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS”, en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, I, Colección Seminarios 5, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, primera edición, 1996.

BARRATT Brown, Michael, “WHAT ECONOMICS IS ABOUT”, trad. en verso castellano: “Qué es la Economía?” por Joseph Oriol Ruis Camps y Ricardo Clavós, Barcelona, Ediciones Destino, 1975.

BARREIRA DELFINO, Eduardo, “MANUAL JURÍDICO PARA EMPRESAS”, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1985.

BETANCOUR, Belisario, “APROXIMACIONES AL DERECHO DE LA COMPETENCIA”, en Derecho de la Competencia, Bogotá, El Navegante Editores, primera edición, 1998.

BOGO, Jorge, “COMENTARIO ESPECIAL EN EL CASO CLARÍN AL FALLO DE LA CÁMARA PENAL ECONÓMICA”, en Derecho de la Competencia, Temas de Derecho Industrial y de la Competencia, Buenos Aires, Editorial de Ciencia y Cultura, Ciudad Argentina, 2000.

BREYER, Stephen, “REGULATION AND ITS REFORM”, Estados Unidos de América, Harvard College, 1982.

CABANELLAS (h), Guillermo, “DERECHO ANTIMONOPÓLICO Y DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA”, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., segunda edición, 1983.

CABANELLAS, Guillermo, “DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL”, II, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 20ª Edición, 1986.

CEVALLOS VÁSQUEZ, Víctor, “LIBRE COMPETENCIA, DERECHO DE CONSUMO Y CONTRATOS”, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, primera edición, 2001.

COELLO, Hernán, “TEORIA DEL NEGOCIO JURÍDICO”, Cuenca, Departamento de Publicaciones de la Universidad del Azuay, 1992.

CONCHA DELGADO, Santiago “El Abuso de la Posición Dominante”, en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, II, Colección Seminarios 8, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, primera edición, 1998.

CONSTITUCION POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991.

CORRAL, Fabián, “Jueces, abogados y curiales”. Separata de la Revista Criterios (Quito), num. 46, Cámara de Comercio de Quito, 7 de junio de 2002.

DE GUINDOS Jurado, Luis, “EL PAPEL DEL GOBIERNO EN EL CASO DE ENDESA/IBERDROLA”, [Competition Policy in Infrastructure Services, Conference, Washington, D.C., Inter-American Development Bank], Washington, 23-24 de abril de 2001.

DEPOLO, Radoslav, “CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN Y DERECHO DE LA COMPETENCIA”, en Derecho de la Competencia, Bogotá, El Navegante Editores, primera edición, 1998.

Derecho de la Competencia, Temas de Derecho Industrial y de la Competencia, JURISPRUDENCIA, Buenos Aires, Editorial Ciencia y Cultura, Ciudad Argentina, 2000.

DROMI, Roberto, “COMPETENCIA Y MONOPOLIO - ARGENTINA, MERCOSUR Y OMC”. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999.

Editorial, EL COMERCIO, (Quito) .

Editorial, LA HORA, (Quito).

Editorial, SEMANARIO DE ECONOMIA Y NEGOCIOS, LIDERES, (Quito).

ESTRADA, Alexei, “LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES”, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, primera edición, 2000.

FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel, “COMPETENCIA CON INFRAESTRUCTURA”, [Competition Policy in Infrastructure Services, Conference, Washington, D.C., Inter-American Development Bank], Washington, 23-24 de abril de 2001.

GÓMEZ LEYVA, Delio, “PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA”, en Derecho de la Competencia, Bogotá, El Navegante Editores, primera edición, 1998.

HANNA, Alfredo, “LECTURAS DE DERECHO ECONÓMICO”, Quito, Ediciones del Banco Central del Ecuador, 1990.

HEFTYE Etienne, Fernando, “EL PAPEL DE LAS AGENCIAS REGULADORAS Y LAS INSTITUCIONES DE COMPETENCIA”, [Competition Policy in Infrastructure Services, Conference, Washington, D.C., Inter-American Development Bank], Washington, 23-24 de abril de 2001.

IBARRA PARDO, “LEGISLACIÓN DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y REGULACIÓN ANTIDUMPING EN COLOMBIA”, en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, I, Colección Seminarios 5, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, primera edición, 1996.

IBARRA, Gabriel, y MIRANDA, Alfonso, “LA PRÁCTICA DE FIJACIÓN UNILATERAL DE PRECIOS Y SU APLICACIÓN EN COLOMBIA”, en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, IV, Colección Seminarios 12, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, primera edición, 2000.

IBARRA Pardo, Gabriel, “REGÍMENES DE COMPETENCIA Y POLÍTICAS EN AMÉRICA LATINA”, en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, I, Colección Seminarios 5, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, primera edición, 1996.

IBARRA Pardo, Gabriel, “REGULACIÓN ANTIDUMPING EN COLOMBIA”, en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, I, Colección Seminarios 5, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, primera edición, 1996.

JAECKEL, Jorge, “APUNTES SOBRE COMPETENCIA DESLEAL”, en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, II, Colección Seminarios 8, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, primera edición, 1998.

LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA de Argentina, Boletín Oficial, 29/9/99.

LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, Colombia.

LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (16/1989), España, de 17 de julio, B.O.E. núm. 170, de 18 de julio de 1989.

LLORENTE, Rodrigo, “PROSPERIDAD NARCOTIZADA E INTERVENCIÓN DEL ESTADO”, en Derecho de la Competencia, Bogotá, El Navegante Editores, primera edición, 1998.

MACHADO Schiaffino, “DICCIONARIO JURÍDICO POLILINGÜE”, Buenos Aires, Ediciones la Rocca, 1996.

MEROÑO Vélez, Pedro, “UN CASO DE RECIENTE CONCENTRACIÓN: ENDESA – IBERDROLA, EL PAPEL DE LA AGENCIA REGULADORA”, [Competition Policy in Infrastructure Services, Conference, Washington, D.C., Inter-American Development Bank], Washington, 23-24 de abril de 2001.

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso, “ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE: PERSPECTIVAS DE APLICACIÓN EN COLOMBIA A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO”, en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, I, Colección Seminarios 5, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, primera edición, 1996.

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso, “EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES”, en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, II, Colección Seminarios 8, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, primera edición, 1998.

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso, Compilación Documentos sobre Derecho de la Competencia, en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, III, Colección Seminarios 10, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, primera edición, 1999.

OCHOA, Francisco, “EVALUACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DEL SECTOR PRIVADO EN ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO”, Bogotá, 15 de agosto/1996.

RODRÍGUEZ, César, “LA DECISIÓN JUDICIAL, EL DEBATE HART-DWORKIN”, Bogotá, El Siglo del Hombre Editores, tercera reimpresión, 2000.

SALDARRIAGA Lopera, Gustavo, “INSTRUMENTOS DE ANÁLISIS ECONOMICO PARA EL ESTUDIO DE LA COMPETENCIA”, en Derecho de la Competencia, Bogotá, El Navegante Editores, primera edición, 1998.

SALDARRIAGA Lopera, Gustavo, “LA DISTRIBUCIÓN COMO FENÓMENO ECONÓMICO”, en Derecho de la Distribución Comercial, Bogotá, El Navegante Editores, primera edición, 1995.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, “INSTITUCIONES DE DERECHO MERCANTIL”, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, decimoquinta edición, 1991.

SÁNCHEZ MIGUEL, María Candelas, “LAS CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN EL MARCO DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA”, Temas de Organización Económica Internacional, Madrid, Editorial McGraw-Hill, primera edición, 1993.

SERRA, Pablo “LAS FACILIDADES ESENCIALES EN LA DOCTRINA DE LOS ORGANISMOS DE COMPETENCIA CHILENOS”, [Competition Policy in Infrastructure Services, Conference, Washington, D.C., Inter-American Development Bank], Washington, 23-24 de abril de 2001.

SITTENFELD, Pamela, “LOS RETOS DE LAS AGENCIAS DE COMPETENCIA Y EL PAPEL DEL BID EN EL CASO DE COSTA RICA”, [Competition Policy in Infrastructure Services, Conference, Washington, D.C., Inter-American Development Bank], Washington, 23-24 de abril de 2001.

SOLANA, Gonzalo, “Caso ENDESA/IBERDROLA”, [Competition Policy in Infrastructure Services, Conference, Washington, D.C., Inter-American Development Bank], Washington, 23-24 de abril de 2001.

TRATADO de Roma, Unión Europea.

VAZ Isabel, “LAS TRES VERTIENTES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA”, en Derecho de la Competencia, Temas de Derecho Industrial y de la Competencia, Buenos Aires, Editorial de Ciencia y Cultura, Ciudad Argentina, 2000.

VELILLA Moreno, Marco, “EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y EL SECTOR PÚBLICO”, en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, IV, Colección Seminarios 12, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, primera edición, 2000.

VELILLA Moreno, Marco, “UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE”, en Derecho de la Competencia, Bogotá, El Navegante Editores, primera edición, 1998.

VICIANO, Javier, “LIBRE COMPETENCIA E INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA ECONOMÍA”, Acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

Web sites:

www.comunidadandina.org/normativa/dec/d285.HTM

www.sice.oas.org/trade/JUNAC/decisiones/DEC285S.asp

www.comunidadandina.org/normativa/dec/d462.HTM

www.comunidadandina.org/normativa/dec/d323.HTM

www.comunidadandina.org/normativa/dec/d283.HTM

www.comunidadandina.org/normativa/dec/d284.HTM

www.comunidadandina.org/normativa/dec/d456.HTM

www.comunidadandina.org/normativa/dec/d457.HTM
www.comunidadandina.org/normativa/dec/d536.HTM
www.procompetencia.gov.ve/regulacionantimonopolios.html
www.cambramanresa.com/publicacions/NCL/NCE1240.pdf
www.iespana.es/jocana59/europa/traroma.htm

YÉPEZ, Guillermo, “RECOMENDACIONES PARA UNA ESTRATEGIA DE APOYO AL SECTOR DEL AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO”, consultor del BID, diciembre/2000.

YORDAN WIESNER, Annette, y URIBE TÉLLEZ, Diana, “COMPETENCIA DESLEAL A TRAVES DE LA PUBLICIDAD”, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1986.

LEGISLACIÓN ECUATORIANA INVESTIGADA

CODIGO Civil

CODIGO de Procedimiento Civil

CODIGO Penal

ESTATUTO del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva

Ley No. 2000-4 para la Transformación Económica del Ecuador

LEY de Modernización del Estado

LEY de Comercio Exterior e Inversiones

LEY de Compañías

LEY de Hidrocarburos

LEY de Facilitación de las Exportaciones y del Transporte Acuático

LEY de Propiedad Intelectual

LEY de Régimen del Sector Eléctrico

LEY Especial de Telecomunicaciones

LEY General de Instituciones del Sistema Financiero

LEY Orgánica de Defensa del Consumidor

LEY para la Transformación Económica del Ecuador

REGLAMENTO a la Ley Especial de Telecomunicaciones

REGLAMENTO de Radiocomunicaciones

REGLAMENTO General de la Actividad Portuaria en el Ecuador

REGLAMENTO para la Explotación de los Servicios de Telecomunicaciones fijo y móvil pro satélites no geoestacionarios que se prestan directamente a usuarios finales a través de sistemas globales

REGLAMENTO para el trámite de denuncias previo al Juzgamiento Administrativo de los actos contrarios a la libre competencia en Servicios de Telecomunicaciones

REGLAMENTO para otorgar Concesiones de los Servicios de Telecomunicaciones

REGLAMENTO sobre el Control de Abusos de posiciones monopólicas en las actividades del Sector Eléctrico

REPERTORIO de Jurisprudencia

ANEXOS

PROYECTO DE LEY DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA.

CONGRESO NACIONAL

CONSIDERANDO

Que según lo previsto en el numeral 1 del artículo 244 de la Constitución Política de la República, corresponderá al Estado garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal

Que el numeral 3 del mismo precepto de la Carta Fundamental establece que es responsabilidad del Estado promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos, impulsar la libre competencia y sancionar las prácticas monopólicas, así como otras que la impidan o distorsionen;

Que el numeral 4 del mencionado artículo dispone que al Estado le corresponde vigilar que las actividades económicas cumplan con la ley y, regularlas y controlarlas en defensa del bien común;

Que mediante Decreto Ejecutivo No. 2048, de 31 de octubre de 2001, el Presidente de la República calificó como política prioritaria del Estado la Agenda Nacional de Competitividad, dentro de la cual se considera fundamental contar con una ley que promueva y defienda la libre competencia;

Que de conformidad con el numeral 3 del artículo 244 de la Constitución Política de la República, debe promulgarse una ley que haga posible alcanzar tales objetivos; regulando de manera positiva las cuestiones concernientes al derecho fundamental de libertad de empresa, reconocido en el artículo 23, numerales 16 y 18 de la Carta Magna; y,

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide la siguiente:.

LEY DE PROMOCION Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA ECONOMICA

CAPITULO I

OBJETIVOS, AMBITO Y ORGANOS DE APLICACION

Art. 1.- Objetivos.- La finalidad de esta Ley es proteger y promover la competencia, a efectos de impulsar la eficiencia y la equidad de las actividades económicas, públicas o privadas, en el marco de la economía social de mercado.

Busca hacerlo mediante la prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas, actos o medidas cuyos objetos o efectos sean o puedan ser: impedir, restringir, falsear o distorsionar esa competencia.

Asimismo, tiende a propiciar mayores beneficios a los adquirentes o usuarios de bienes o servicios, en términos de acceso, precio y calidad.

Art. 2.- Ambito de aplicación.- Están sujetos a las normas de esta Ley todos los agentes económicos, que desarrollaren actividades económicas en el territorio nacional y los responsables de la adopción de actuaciones, decisiones o resoluciones.

La presente Ley se aplica también a los efectos que generaren, en el territorio ecuatoriano, actividades económicas realizadas fuera de él.

Los derechos de propiedad intelectual se ejercerán en el marco de las leyes respectivas; pero el abuso en el ejercicio de tales derechos, en cuanto impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, se someterá a la presente Ley.

A efectos de la aplicación de esta Ley, se considerará que las conductas o actuaciones en que incurriere un agente económico serán imputables al agente que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.

Art. 3.- Promoción de la competencia.- Para promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos, el Estado impulsará la competencia, en forma consistente y sistemática. Fomentará una cultura de leal y eficiente competencia entre los agentes económicos y coordinará la ejecución de planes para la difusión de tal cultura.

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

Art. 4.- Garantía de libertad de empresa.- El Estado respetará y hará respetar el derecho a la libre empresa de los agentes económicos en la medida en que su ejercicio no impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia.

Están prohibidos los acuerdos, decisiones colectivas, resoluciones o prácticas concertadas que contravengan normas de la presente Ley.

Art. 5.- Interpretación.- Los términos que no hubieran sido expresamente definidos en esta Ley tendrán la significación que les atribuyan las leyes especiales, en concordancia con los objetivos enunciados por este cuerpo legal.

CAPITULO II

DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Sección I

Prácticas contrarias a la competencia

Art. 6.- Prácticas anticompetitivas.- Son prácticas anticompetitivas, todos los acuerdos, decisiones colectivas o resoluciones; y, prácticas concertadas, entre dos o más agentes económicos, públicos o privados, con el objeto o que tuvieren por efecto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, entre otros los que consistan en:

a) Fijación, directa o indirecta, de precios (tarifas, descuentos, tasas) de compra o cualquier otra forma de adquisición, o de venta o cualquier otra forma de enajenación de bienes o servicios, u otras condiciones de transacción de ellos;

b) Reparto de mercados o de fuentes de abastecimiento

c) Limitación, paralización o control de la producción de bienes o servicios

d) Restricción al desarrollo tecnológico o a las inversiones;

e) Participación o actuación colusoria en un proceso contractual público o en uno privado abierto al público;

f) Discriminación de precios, condiciones o modalidades de negociación de bienes o servicios;

g) Ventas condicionadas o vinculadas;

h) Negativa a tratar o negociar con actuales o potenciales proveedores, distribuidores, intermediarios o compradores, adquirentes o usuarios; e,

i) Denegación injustificada, para admitir a agentes económicos a una asociación.

Art. 7.- Prácticas autorizadas en la presente Ley.- No obstante lo previsto en el artículo anterior, el Consejo Ecuatoriano de la Competencia, CECOM, podrá autorizar; en forma excepcional y plenamente fundamentada, acuerdos, decisiones colectivas o resoluciones y prácticas concertadas o categoría de los mismos siempre que cumplan con todas las condiciones que se enumeran a continuación, y mientras éstas se mantengan:

a) Generaren beneficios específicos, concretos y significativos, para el perfeccionamiento o desarrollo de la producción o comercialización de bienes o servicios, o fomenten el progreso técnico o económico social;

b) Fueren indispensables, desde un punto de vista técnico o económico, para alcanzar los propósitos previstos en la letra a) de este artículo

c) Determinaren, para los consumidores o usuarios, beneficios que superen claramente las desventajas de la aplicación de las prácticas restrictivas de la competencia; y,

d) No dieren margen para que los agentes económicos que las apliquen u observen puedan eliminar la competencia sobre una parte sustancial de los bienes o servicios respecto a los cuales se facultaren.

Un agente económico puede, en cualquier momento, elevar una petición al CECOM, a fin de que éste se pronuncie sobre si un acuerdo o conducta está prohibida por los artículos 6 y 9 de esta Ley. Los agentes económicos interesados en obtener la autorización a la que se refiere este artículo deberán probar ante el CECOM el cumplimiento de todas las condiciones precedentes.

Sección 2

Abuso de Posición de Dominio y de Posición de Dependencia Económica

Art. 8.- Posición dominante en el mercado.- La existencia de una posición dominante en el mercado o su incremento por medios no sancionados en la

presente Ley, no atenta, por solo tal hecho, contra la competencia. Sin embargo, el abuso de esa posición constituye una infracción a la presente Ley.

Constituye abuso de posición de dominio cuando, un agente económico dominante en el mercado o un grupo conjunto de ellos, a efectos de mantener o mejorar su posición en el mercado, impiden, restringen, falsean o distorsionan la competencia.

La existencia de una posición de dependencia, no atenta, por si sola, contra la competencia. Sin embargo, el abuso de esa posición de dependencia que afecte al interés público a la preservación de una competencia eficaz en el mercado constituye una infracción a la presente Ley. Se considera que existe una posición de dependencia entre dos empresas cuando la empresa cliente o proveedora carezca de alternativa equivalente.

El abuso de posición de dominio o de dependencia económica podrá consistir, entre otros, en:

- a) La imposición, de forma directa o indirecta de precios u otras condiciones de transacción no equitativas, incluyendo precios predatorios;
- b) La limitación de la producción del mercado o del desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) La discriminación de precios, condiciones o modalidades;
- d) Ventas condicionadas o vinculadas; y,
- e) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

Para establecer el abuso, se deberá comprobar que el presunto responsable tiene poder sustancial sobre el mercado relevante de bienes o servicios que correspondan a ese mercado según los criterios e Instrumentos analíticos que establezca el Reglamento de esta Ley.

Se considerará que una empresa tiene poder sustancial sobre el mercado cuando pueda fijar su línea de actuación sin tomar en cuenta la respuesta de sus competidores y de los consumidores.

Así mismo, constituye infracción a esta Ley, la realización de actos desleales que produzcan efectos sensibles contrarios al interés público en la preservación de una competencia eficaz en el mercado. La potestad del órgano de competencia, se entiende sin perjuicio de la de los tribunales ordinarios para conocer y resolver demandas de orden civil por eventuales perjuicios individuales resultantes de una competencia desleal, en cuyo caso no existirá prejudicialidad de ningún tipo entre las decisiones de ambos órganos.

Sección 3

De las operaciones de concentración económica

Art. 9.- Operaciones de concentración económica.- Se consideran operaciones de concentración económica las tendientes a adquirir o mantener el control económico mediante: fusiones, absorciones, establecimiento o funcionamiento de empresas conjuntas, vinculación -como consecuencia de la actuación de directivos comunes, compra de activos u otros modos de adquisición de control-, sin considerar si los agentes económicos involucrados compiten o no entre sí.

Se entenderá que operan empresas conjuntas en el evento en que un socio o un grupo de ellos tuviere, sobre porciones dominantes del capital o recursos de esas empresas, directa o indirectamente, derechos que permitan controlarlas o inducir las a mantener políticas similares, complementarias o que, de cualquier modo, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia.

Se asumirá que hay directores o administradores comunes cuando se comprobare que quienes ejercen tales funciones en diferentes empresas están vinculados por intereses o beneficios mutuos en negocios compartidos de una magnitud que pudiere afectar la competencia.

De encontrarse que una operación de concentración económica realizada o propuesta crea o refuerza una posición de dominio en el mercado nacional o en una parte sustancial del mismo, susceptible de impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, el Superintendente de Compañías pedirá al CECOM que prohíba la operación de concentración, cuando ésta aún no se hubiere concretado, o bien que ordene las medidas de desconcentración o el cese del control por un agente sobre otro u otros, cuando aquélla se hubiere realizado.

Con anterioridad a la notificación, los agentes económicos afectados podrán consultar al CECOM. La forma y contenido de estas consultas así como el contenido de las resoluciones que procedan, serán confidenciales. Cuando la consulta haya sido realizada con carácter previo a una notificación, el CECOM resolverá sobre dicha consulta en el término de treinta días.

En aquellos supuestos en que no se haya producido la consulta previa referida en el inciso anterior; el CECOM resolverá sobre la viabilidad de la concentración en el período de treinta días a partir del día en que los agentes económicos realizaron la notificación. La notificación no impedirá a los agentes económicos afectados la ejecución de la operación, asumiendo ellas mismas el riesgo de una negativa de autorización a la concentración.

Dentro del término de treinta días, el CECOM podrá aprobar, autorizar con condiciones o denegar la operación de concentración en la medida en que ésta afecte a la competencia en Ecuador. En este último caso, el CECOM está

autorizado para prohibir la concentración cuando ésta todavía no se haya iniciado, para ordenar su cesación o para ordenar la desconcentración.

Art. 10.- Autorización previa o registro.- Todo proyecto u operación de concentración económica en empresas prestadoras de servicios públicos o en aquellas de exploración y explotación de recursos naturales de propiedad del Estado, estará sujeto a autorización previa del CECOM, a fin de evitar que tengan por objeto o efecto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia.

Las demás operaciones de concentración económica que involucren agentes económicos cuyos activos -propios o del agente que los controla-, superen los niveles previstos en el Reglamento de esta Ley, serán objeto de registro previo, para el eventual ejercicio de las facultades de investigación y control de la Superintendencia de Compañías, por medio de sus unidades especializadas.

Las bases para efectuar la delegación estatal de las actividades previstas en el artículo 249 de la Constitución Política de la República se someterán, con el mismo propósito, a igual registro previo.

Sección 4

De los actos de poder público restrictivos de la competencia

Art. 11.- Servicios públicos y actividades de interés económico general.- El Estado no adoptará ni mantendrá, respecto de las empresas públicas ni de aquellas a las que otorgare delegaciones por cualquier forma contractual, ninguna medida que pudiere generar abuso de posición dominante, así como cualquier otra práctica que resultare contraria a la competencia.

Los órganos de control sectorial dentro de su potestad reguladora deberán respetar los principios consagrados en la presente Ley.

El Consejo Ecuatoriano de la Competencia es el único organismo competente en materia de libre competencia para conocer las infracciones a la presente Ley y resolver sobre ellas.

Sección 5

Mercado relevante

Art. 12.- Mercado relevante.- Para efectos de analizar, calificar y, si fuere del caso sancionar las prácticas contrarias a la libre competencia, el abuso de posición dominante, así como para evaluar los niveles de concentración en el mercado

que la afecten, el CECOM determinará, para cada caso, el mercado relevante, con sujeción a los siguientes criterios:

- a) Las posibilidades de sustituir un bien o servicio determinado por otros, de origen tanto nacional como extranjero;
- b) Los costos de distribución, transporte, u otros de transacción o de comercialización; de un bien, o de sus insumos relevantes, de sus complementos y sustitutos procedentes de otras regiones del país o del extranjero;
- c) Los costos y las posibilidades que tuvieren los compradores para acudir a otros mercados; y,
- d) Las restricciones normativas, de carácter nacional o internacional, que limiten el acceso de los compradores a fuentes de oferta alternativa o de los proveedores a clientes alternativos.

El Reglamento precisará los elementos a considerarse para determinar las posibilidades y costos a los que se refiere este artículo.

CAPITULO III

ORGANOS DE REGULACION, PROMOCION, DEFENSA Y CONTROL DE LA COMPETENCIA

Art. 13.- Organismo de promoción y defensa de la competencia económica, (sic) organismo de ejecución, promoción, defensa y control de la competencia económica, es la Superintendencia de Compañías.

Para establecer la política general de promoción y defensa de la competencia y regular su funcionamiento, créase adscrito a la Superintendencia de Compañías, como órgano rector de la competencia, el Consejo Ecuatoriano de la Competencia (CECOM).

La integración y atribuciones de dicho Consejo, así como las funciones tanto del Consejo, como de la Superintendencia de Compañías y de su titular, se precisan en este Capítulo.

Art. 14.- Funciones de la Superintendencia de Compañías en materia de competencia económica.- Son funciones de la Superintendencia de Compañías en el ámbito de la competencia económica:

1. Defender y promover, la competencia, a través de la reglamentación y control;

2. Velar por el cumplimiento de las normas de esta Ley y de los compromisos internacionales del país en materia de competencia;
3. Formular estudios sobre la situación y desarrollo de la competencia económica en el Ecuador;
4. Participar como órgano consultivo, en los niveles directivos de los organismos públicos que planifiquen, ejecuten o controlen políticas o adopten normas relativas a la competencia;
5. Coordinar con las organizaciones de proveedores y consumidores la ejecución de planes de difusión de una cultura de la competencia económica;
6. Mantener registros que prevean esta Ley y su reglamento, a fin de impulsar la eficiencia y equidad de las entidades públicas y privadas;
7. Establecer las normas y funciones de control para la promoción y defensa de la competencia;
8. Organizar las unidades administrativas que se requerirán, a fin de cumplir con las funciones establecidas en esta Ley; y,
9. Las demás contempladas en leyes y reglamentos.

Sección I

Del Consejo Ecuatoriano de la Competencia

Art. 15.- Integración.- El Consejo Ecuatoriano de la Competencia (CECOM) es el órgano de la Superintendencia de Compañías, con potestades exclusivas de resolución en esta materia.

Estará Integrado por:

1. El Superintendente de Compañías, quien lo presidirá;
2. Un miembro designado por el Presidente de la República;
3. Un miembro designado por el COMEXI;
4. Un miembro designado por la Defensoría del Pueblo, experto en ciencias económicas o jurídicas; y,
5. Un académico experto en ciencias económicas o jurídicas designado por el CONESUP de entre las Universidades y Escuelas Politécnicas legalmente establecidas en el país.

Salvo el Superintendente de Compañías, los miembros del CECOM serán designados para un período de cinco años, prorrogables por un lapso adicional. En el mismo acto de su designación o elección, se hará la de su respectivo alterno o suplente.

Para que el Consejo se instale, sesione y tome resoluciones, será necesaria la presencia de al menos cuatro (4) de sus integrantes.

Las resoluciones que adoptare el CECOM se tomarán por mayoría de votos de los concurrentes y el Superintendente de Compañías tendrá voto dirimente.

Art. 16.- Designación de los miembros del CECOM.- Los miembros del CECOM deberán ser designados, por lo menos con quince días de anticipación a la fecha en que deban iniciar sus funciones. En el supuesto de que, por cualquier causa, quedare vacante un puesto de miembro del Consejo, se designará al sustituto dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se hubiere producido la vacancia.

Art. 17.- Requisitos para ser miembro del CECOM e impedimentos para ello.- Para integrar el CECOM se requiere ser ecuatoriano, tener título de educación superior con especialización en materias afines a la competencia o por lo menos, diez años de experiencia profesional, administrativa o de docencia en entidades de educación superior, en materias relacionadas con el ámbito de esta Ley.

Además de las prohibiciones aplicables a los servidores públicos, no podrán ser miembros del CECOM quienes tuvieran con el Presidente de la República, el Vicepresidente de la República, el Presidente del Congreso Nacional, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Ministros y Subsecretarios de Estado, o con algún miembro del CECOM, parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Quienes fueren o llegaren a ser titulares de acciones o participaciones en el capital de sociedades que sean objeto de análisis por parte del CECOM deberán excusarse de intervenir en el caso respectivo. Deberán excusarse también quienes tengan vinculación de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad con los representantes legales de los agentes económicos objeto de análisis.

Art. 18.- Causas de cese de funciones de los integrantes del CECOM.- Los miembros del CECOM sólo podrán ser cesados, mediante acto debidamente motivado, por la autoridad o el colegio que los designó, en los siguientes casos:

1. Condena por delito;
2. Incompatibilidad superveniente;

3. Incumplimiento de los deberes inherentes a las funciones encomendadas, declarado a petición de al menos tres de los miembros del Consejo y previo informe del Superintendente de Compañías; o,

4. Incapacidad mental o física que impidiere el ejercicio del cargo durante más de seis meses.

Un miembro del CECOM podrá cesar también en sus funciones por renuncia, presentada ante el Superintendente de Compañías.

Art. 19.- Funciones del Consejo.- Son funciones del CECOM, las siguientes:

1. Establecer las políticas nacionales para la promoción y defensa de la competencia, de acuerdo con los lineamientos fijados por el Presidente de la República, y evaluar la ejecución de aquéllas;

2. Aprobar y emitir las regulaciones, circulares, y cualquier otro instrumento de carácter general respecto del alcance y aplicación de las normas contenidas en la presente Ley;

3. Adoptar y expedir su reglamento interno y normas necesarias para su funcionamiento así como fijar la remuneración de sus miembros; 4. Designar al Intendente Nacional de Competencia, el que deberá cumplir con los mismos requisitos previstos para los miembros del CECOM; quien será responsable de la sustanciación de los casos en esta materia y tendrá las demás funciones que establezca el reglamento que se dicte al efecto;

5. Calificar la pertinencia de los procedimientos, así como de las medidas cautelares;

6. Determinar si se han cometido las infracciones establecidas en la presente Ley, e imponer las medidas correctivas o sanciones que correspondieren;

7. Conferir las autorizaciones a las que se refieren los artículos 7 y 9 de esta Ley;

8. Conocer y resolver los recursos que de oficio o a petición de parte, se interpusieren respecto de actos o resoluciones, conforme lo previsto por esta Ley;

9. Calificar determinadas prácticas como contrarias a la competencia, para efectos del otorgamiento de licencias obligatorias en el marco de la Ley de Propiedad Intelectual; y,

10. Las demás que le señalaren las leyes y reglamentos.

Art. 20.- Consejo Consultivo.- Para la adopción de políticas en materia de competencia, el CECOM contará con un consejo consultivo, integrado por un representante de: las Asociaciones Nacionales de Consumidores, la Federación Nacional de Cámaras de Industrias, la Federación Nacional de Cámaras de Comercio, la Federación Nacional de Cámaras de Agricultura, la Federación Nacional de Cámaras de la Pequeña Industria, la Junta Nacional de Defensa, la Cámara Nacional de Pesca y Acuicultura; y, de las organizaciones nacionales de suministradores de servicios públicos.

El Reglamento precisará la forma de designación y los períodos de actuación de los representantes de esas organizaciones o entidades, así como el aumento o disminución de sus integrantes.

Sección 2

Del Superintendente de Compañías, Presidente del Consejo Ecuatoriano de la Competencia

Art. 21.- Del Presidente del Consejo de la Competencia.- El Superintendente de Compañías será el Presidente del Consejo Ecuatoriano de la Competencia.

Art. 22.- Atribuciones del Superintendente de Compañías en materia de competencia.- Son atribuciones y funciones del Superintendente de Compañías en el ámbito de la competencia económica: 1. Cumplir y hacer cumplir las normas de la presente Ley y sus reglamentos, para cuyo efecto podrá disponer, de oficio o a petición de parte, las investigaciones necesarias;

2. Absolver las consultas sobre la interpretación y aplicación de esta Ley, para casos particulares;

3. Dirigir la preparación, modificación o revisión de la normativa sobre materia de competencia, o participar como órgano consultivo en esas actividades, cuando las realice otras entidades del Sector Público;

4. Participar con las autoridades competentes, en la negociación de tratados, acuerdos o convenios internacionales sobre políticas de competencia;

5. Integrar, por sí o por medio de su delegado, los organismos internacionales en materia de competencia económica de los que Ecuador fuere parte, en coordinación con las autoridades nacionales competentes;

6. Promover la cooperación y el intercambio de información, de conformidad con los convenios y compromisos internacionales sobre la materia;

7. Coordinar la aplicación y ejecución de las políticas nacionales de competencia, así como de los planes para impulsar una cultura de competencia;

8. Dirigir, organizar y controlar la gestión de las unidades técnicas y administrativas encargadas de la materia de competencia económica, incluyendo la designación o remoción del personal y el establecimiento de la escala de remuneraciones del personal de la institución; y,

9. Las demás atribuciones que le señalen la ley y el Reglamento.

Las atribuciones y funciones contempladas en los numerales 2 y 3 de este artículo son indelegables.

Art. 23.- El Superintendente de Compañías designará al Intendente Nacional de Competencia, quien actuará como Secretario del Consejo y tendrá como principales funciones las siguientes:

a) Coordinar la difusión e implementación de las políticas nacionales de competencia;

b) Coordinar la relación del Consejo con los departamentos técnicos de la Superintendencia de Compañías;

c) Realizar las tareas de dirección administrativa del CECOM y las unidades técnicas, conforme a las directrices que al efecto dicte el Consejo y el Superintendente de Compañías;

d) Iniciar las investigaciones preliminares en los casos de posibles violaciones a las prescripciones de esta Ley, en materia de competencia;

e) Informar al Superintendente y por su intermedio al CECOM, de conductas potencialmente violatorias a esta Ley; y,

f) Las demás funciones que le asignaren el CECOM y el Superintendente.

En el Reglamento Orgánico Funcional de la Superintendencia de Compañías se determinarán las unidades administrativas y se señalarán las funciones que permitan a este organismo cumplir adecuadamente con las labores de promoción, defensa y control de la competencia económica.

Sección 3

Del personal que labore en el campo de la competencia económica

Art. 24.- Requisitos generales.- El Superintendente de Compañías designará el personal que sea requerido para el cumplimiento de las prescripciones de esta Ley, el mismo que deberá dedicarse en forma exclusiva a las labores inherentes a su función; salvo la docencia en institutos de educación superior, al referido personal le estará prohibido el ejercicio de su profesión o especialidad técnica u otra actividad, con o sin relación de dependencia, así como ocupar cargos directivos, ejecutivos o administrativos en entidades u organizaciones con o sin fines de lucro, o ejercer el comercio, directa o indirectamente. Tampoco podrán desempeñar dignidades de elección popular.

El indicado personal deberá reunir los requisitos y calificaciones que se exigieren para cada función opuesto. Ellos se orientarán en modo de que se asegure el más alto nivel técnico y el más reducido número posible para ese personal.

Para ser nombrados servidores de las unidades técnico administrativas de la competencia económica deberán cumplir con los requisitos establecidos para el respectivo cargo por el Reglamento.

CAPITULO IV

FACULTADES DE INVESTIGACION RESPECTO A PRACTICAS CONTRARIAS A LA COMPETENCIA Y CARACTERISTICAS DE AQUELLAS

Art. 25.- Facultades de los órganos de promoción y defensa de la competencia para realizar investigaciones.- Antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento, el Consejo Ecuatoriano de la Competencia, el Superintendente de Compañías y los funcionarios expresamente delegados para ello, podrán requerir a cualquier agente económico o institución del sector público, los informes o documentos que estimaren relevantes, a efectos de realizar sus investigaciones.

Esos informes o documentos deberán ser suministrados dentro del plazo que tales autoridades fijaren, aún cuando hubieren sido calificados de reservados.

A esos efectos los funcionarios referidos podrán examinar tales documentos, obtener copias o realizar extractos de ellos.

No es obligación de los órganos de defensa y promoción de la competencia económica atenerse, contra su convicción, al contenido de esos informes. Ningún procedimiento administrativo podrá suspenderse por falta de ellos.

El Consejo Ecuatoriano de la Competencia, el Superintendente de Compañías y los funcionarios expresamente delegados para ello podrán, asimismo, realizar inspecciones, sobre aspectos específicos, en los locales y dependencias de los agentes económicos, sin previo aviso.

El organismo y los funcionarios a los que se refiere el inciso precedente están facultados para llamar a declarar a quienes tuvieren relación con el o los casos que investigaren o que fueren objeto de análisis previo a la adopción de medidas o sanciones administrativas específicas, así como para requerir, por medio de la prensa, que cualquier persona cuyo domicilio o residencia se desconociere, concurra ante ellos, para rendir declaraciones en relación con la presunta infracción que investigaren, dentro del plazo que determinaren.

El incumplimiento del deber de informar acarreará la responsabilidad de quien debiere hacerlo y no hubiere cumplido oportunamente con su obligación. Será causal de destitución, en caso de servidores públicos. Los particulares que no suministraren la información requerida serán sancionados con la multa prevista en esta Ley.

Art. 26.- Otras obligaciones de colaborar con los órganos de promoción y defensa de la competencia.- Toda persona está obligada a colaborar con los órganos de promoción y defensa de la competencia económica cuando fuere requerida, sin que pueda excusarse sino por razones expresa y específicamente determinadas en las leyes.

Para el cumplimiento de esta Ley, el Superintendente de Compañías podrá solicitar la colaboración de cualquier autoridad, funcionario o servidor del sector público, incluidos los del Régimen Seccional Autónomo, así como requerir del auxilio de la Fuerza Pública.

Las autoridades y funcionarios a los que se refiere el inciso precedente están obligados a suministrar esa colaboración y ayuda, so pena de las sanciones previstas, para el incumplimiento grave de sus deberes esenciales, por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa o las leyes específicas correspondientes.

Art. 27.- Confidencialidad de la información.- La información y documentación relativa a los agentes económicos que los funcionarios y empleados de los órganos de defensa y promoción de la competencia reciben, organizan o administran o de cualquier forma dispusieren, será utilizada únicamente con el fin para el que hubiere sido requerida o entregada.

Esta obligación se extiende al propio órgano competente y a las partes que intervienen en el procedimiento e incluso a aquellas que no hubieren presentado reclamo.

Las informaciones que hubieren sido obtenidas por la Superintendencia de Compañías, el CECOM, sus funcionarios o empleados en la realización de investigaciones, en cualquier momento, a instancia del interesado, podrán recibir el tratamiento de confidenciales, formando con ellas pieza separada, a excepción de aquellos documentos que por su naturaleza sean públicos; a tal efecto, la parte deberá proporcionar un resumen no confidencial de la misma.

No obstante, ello no impedirá que el órgano competente para justificar los motivos en que se fundamenten las resoluciones que dicte o sobre los elementos de prueba en los que se apoye, proporcione información general sobre los mismos, en la medida en que ello sea necesario en el curso de un procedimiento administrativo; tal divulgación deberá tener en cuenta el interés de las partes en no ver revelada la información que ellos consideren confidencial.

Art. 28.- Deber de secreto.- Quienes tomaren parte en la realización de investigaciones o en la tramitación de expedientes previstos en esta Ley o conocieren tales expedientes por razón de su profesión o cargo, están obligados a guardar confidencialidad y secreto sobre los hechos de que hubieren tenido conocimiento a través de ellos, en aplicación de las normas de este Capítulo.

Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales, que pudieren corresponder a los infractores del deber de sigilo, confidencialidad o secreto, la violación de ésta se considerará causal de destitución. Sólo podrán informar sobre aquellos hechos o circunstancias a los juzgados y tribunales de la Función Judicial, a pedido expreso de los jueces que conocieren de un caso específico.

CAPITULO V

DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS PARA ASEGURAR LA OBSERVANCIA DE ESTA LEY

Sección 1

Procedimiento para la autorización excepcional

Art. 29.- Trámite para la autorización prevista en el artículo 7.- El procedimiento para autorizar los acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas o categoría de las mismas a las que se refiere el artículo 7 de la presente Ley, se iniciará a instancia de parte interesada. Para ello, deberá presentar al CECOM una solicitud en la que acompañará todas las pruebas que sustentaren su pretensión.

Si el CECOM estimare que hay bases para atender la solicitud, deberá, antes de expedir la resolución correspondiente:

1. Verificar que se haya comprobado la concurrencia de todas las condiciones contempladas en el artículo 7;

2. Comprobar que se haya demostrado que toda la información proporcionada para justificar la existencia de las referidas condiciones es veraz y cuenta con un idóneo respaldo técnico; y,

3. Evaluar el tiempo durante el cual, de mantenerse las condiciones previstas en el artículo 7, tendrá vigencia la autorización excepcional.

La solicitud y las pruebas anexas ingresarán a través de la Secretaría General de la Superintendencia, para conocimiento y resolución del CECOM.

Art. 30.- De la resolución sobre autorización excepcional de prácticas no competitivas.- La decisión en que atendiere o denegare el pedido de autorización excepcional previsto en el artículo 7 de esta Ley será expedida por el CECOM en el término de cuarenta y cinco días. Contendrá los fundamentos de hecho y de derecho que la motiven. De conceder la autorización, determinará el plazo específico de su vigencia y se ordenará su publicación.

Art. 31.- Revisión periódica de mantenimiento de condiciones.- El CECOM podrá supeditar la expedición y mantenimiento de una autorización excepcional para el ejercicio de alguna de las prácticas no competitivas mencionadas en el artículo 6 de esta Ley, al cumplimiento de condiciones y obligaciones específicas cuya observancia será verificada por la Superintendencia de Compañías.

La práctica autorizada en forma excepcional estará sujeta -dentro de los periodos precisados para que se la pueda aplicar- a control permanente, por parte de la Superintendencia de Compañías.

La Superintendencia de Compañías deberá verificar que se mantengan las situaciones que hubieren servido de fundamento para una autorización específica.

Art. 32.- Causas para dejar sin efecto o suspender una autorización excepcional para el ejercicio de prácticas no competitivas.- El CECOM podrá dejar sin efecto o suspender una autorización excepcional para el ejercicio de alguna práctica prevista en el artículo 6 de esta Ley cuando:

1. Las condiciones que la justificaron no se mantuvieron;

2. Los agentes económicos amparados en ella no hubieren cumplido con los requisitos y obligaciones prescritos por el órgano competente;
3. No se hubieren notificado o comunicado oficialmente cambios sustanciales respecto a las condiciones que motivaron la declaratoria; y,

4. La información suministrada para solicitar la declaratoria fuere falsa o engañosa.

El CECOM, para los casos previstos en los numerales 2, 3 y 4 de este artículo, además de dejar sin efecto su autorización, aplicará las sanciones previstas por esta Ley para la correspondiente infracción.

Sección 2

Trámite para autorizar operaciones de concentración económica

Art. 33.- Trámite para autorizar operaciones de concentración económica.- Recibida la información sobre una operación de concentración económica cuya autorización se le solicitare de conformidad con el artículo 10 de esta Ley; el CECOM ordenará la apertura de un expediente.

Dentro del término de treinta días, prorrogable por causas justificadas hasta en treinta días adicionales, el CECOM expedirá la resolución definitiva autorizando o denegando tal concentración. Podrá supeditar su autorización para la concentración al cumplimiento de condiciones específicas que estableciere a tal efecto.

El Superintendente de Compañías trasladará copia de la resolución específica a los demás organismos públicos de control.

Art. 34.- Criterios para evaluar concentraciones.- A efectos de establecer el alcance de una concentración, la Superintendencia de Compañías, antes de que aquélla sea autorizada o de que se inicien acciones para eliminarla, tendrá en cuenta, al menos, los siguientes criterios:

1. La necesidad de desarrollar y mantener una competencia efectiva en el mercado nacional, consideradas su estructura, así como la competencia -actual o potencial- de otros agentes económicos, dentro o fuera del territorio nacional;

2. La circunstancia de si, a partir de la concentración, se genere o fortaleciere una posición de dominio o se produjere una sensible disminución, distorsión u obstaculización, claramente previsible o comprobada, de la competencia en un sector de actividad o en un mercado dominado por pocos agentes económicos; y,

3. La contribución que la concentración o toma de control pudiere aportar a: la mejora de los sistemas de producción o comercialización; el fomento del progreso técnico o económico del país o de una zona de él; la competitividad de la industria nacional en el mercado externo; el bienestar de los consumidores o usuarios; y si tal aporte resultare suficiente para compensar determinados y específicos efectos restrictivos sobre la competencia.

Sección 3

Procedimiento para adoptar medidas ante la infracción de normas de esta Ley

Art. 35.- **Iniciación del procedimiento.-** El procedimiento para conocer y resolver sobre la comisión de infracciones a normas de esta Ley se iniciará: de oficio; a solicitud de otro órgano administrativo; por reclamo formulado por el agraviado o por cualquier persona natural o jurídica; pública o privada.

Las organizaciones de consumidores gozarán de legitimación activa en los procedimientos administrativos por infracciones a la presente Ley.

Art. 36.- **Contenido de la reclamación.-** Todo reclamo se presentará por escrito y contendrá:

1. La determinación de la autoridad competente ante el cual se lo formula;
2. Los nombres y apellidos del compareciente; el número de cédula de identidad o de pasaporte, en el caso de extranjero no residente, y el derecho por el que lo hace, que se justificará con los documentos correspondientes;
3. La indicación de domicilio, para notificaciones futuras;
4. En lo posible, la identificación clara de la o las personas o los agentes económicos contra quien o quienes se presentare el reclamo y la dirección exacta del domicilio o, en su defecto, la del lugar en donde se encontraren sus oficinas o instalaciones, si fueren conocidos por el compareciente;
5. Los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustentare el reclamo, expuestos en forma clara y precisa;
6. La petición o pretensión que se formulare; y,
7. Las firmas del compareciente, de su representante o procurador y la del abogado que patrocina.

Si no hubiere sido posible determinar el domicilio del agente económico al que se refiere el reclamo o el lugar donde funcionen sus oficinas o instalaciones, el reclamante afirmará tal hecho bajo juramento, que se hará constar en el propio documento de reclamo.

A la reclamación se adjuntarán todas las pruebas de que dispusiere el reclamante, o la mención precisa de las que se presentarán o solicitarán dentro del término respectivo.

Art. 37.- **Calificación del reclamo.-** De presentarse un reclamo, el CECOM lo calificará. Si fuere oscuro o no se cumplieran con los requisitos señalados en el

artículo 35 ordenará que se lo aclare o complete en el término de cinco días y, de no hacerlo podrá abstenerse de tramitarlo.

Art. 38.- Improcedencia del reclamo.- El CECOM podrá no iniciar el procedimiento y acordar el archivo de las actuaciones, notificando de ello a las partes cuando considere que no hay indicios de infracción a la presente Ley.

Art. 39.- Medidas cautelares.- El CECOM, una vez abierto el expediente, podrá, en cualquier momento, a instancia de los interesados o de oficio, ordenar las medidas cautelares que resultaren indispensables para asegurar la eficacia de la resolución que en su momento dictare, y, en especial, las siguientes:

1. Ordenar el cese de las conductas que hubieran originado el expediente; o,
2. Imponer determinadas condiciones, acordes con los objetivos de esta Ley, para evitar el daño que pudieren causar dichas conductas.

En el caso que fuere el reclamante quien pidiera la adopción de medidas cautelares, el CECOM podrá exigir que aquél rinda caución de temeridad. Si la resolución fuere desfavorable al reclamante, el valor de la caución se entregará al agente económico contra el cual se hubiere presentado el reclamo.

Cuando se dispusiere la adopción de medidas cautelares, el afectado podrá solicitar que se las deje sin efecto, previa la constitución de caución suficiente para responder por los resultados del procedimiento. El monto será fijado por el CECOM, en el término de tres días, y en ningún caso, podrá ser inferior al 50% ni superior al 100% de la multa máxima prevista para la infracción.

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

Cuando los daños fueren considerados como graves por el CECOM podrá pedir al juez de lo civil del domicilio de la persona o agente económico cuya actuación hubiere sido objeto del reclamo, que dicte medidas cautelares reales, como prohibición de enajenar, secuestro o retención.

Art. 40.- Trámite.- Una vez admitido a trámite el reclamo, el órgano competente efectuará todas las investigaciones necesarias a fin de establecer la existencia de los fundamentos del mismo, los resultados de esta investigación constarán en informes por escrito, que se notificarán mediante oficio al presunto responsable concediéndole un término de hasta sesenta días, a fin de que pueda formular sus descargos, pedir pruebas y presentar los documentos pertinentes.

Se presume el daño causado a la competencia, si de las investigaciones realizadas se verifica la existencia de acuerdos, decisiones colectivas o prácticas concertadas entre competidores que tengan por objeto los casos enunciados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 6 de esta Ley.

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

A la contestación, el presunto responsable acompañará toda la prueba de descargo de la que se creyere asistido, y enunciará, en forma precisa, las que presentará o solicitará dentro del término respectivo.

El agente económico imputado tiene derecho a obtener a su costo, copias de todos los documentos sobre los que basa la queja o denuncia y que obren en poder de las autoridades de defensa de la competencia con excepción de los calificados de confidenciales.

Art. 41.- Períodos para pruebas y alegación.- Con la contestación o sin ella, el órgano competente, de estimarlo necesario, podrá abrir, para evacuar todas las diligencias probatorias, un término de prueba de quince días, que será prorrogable, previa justificación, por igual período.

Vencido el término previsto en el inciso primero de este artículo, el órgano competente, declarará cerrado el período de prueba y otorgará a las partes el término de quince días para que presenten sus alegaciones, en forma escrita o en audiencia que, para tal propósito, se fijará a más tardar el último día de dicho término.

Presentados las alegaciones o transcurrido el período para hacerlo, se integrará el expediente, dentro de los tres días hábiles siguientes será remitido al CECOM para su conocimiento y resolución.

Art. 42.- Término para resolver.- Una vez integrado el expediente, el CECOM deberá dictar resolución motivada, en un término que no excederá de treinta días hábiles.

Si no lo hiciere, cualquiera de los interesados podrá recusar ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

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

No se admitirá la aceptación tácita de la pretensión del reclamante, ni de los recursos interpuestos ante el CECOM, o el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

Art. 43.- Desistimiento y prosecución de oficio del trámite.- No obstante que el reclamante hubiere desistido de sus planteamientos, si el asunto tratado pudiere afectar de algún modo el interés público, el desistimiento no pondrá fin a las investigaciones, lo que se hará constar en el expediente. Las actuaciones proseguirán hasta que se expida la resolución pertinente.

El desistimiento expreso o tácito no libera al reclamante de sus responsabilidades en caso de malicia, supuesto en el cual el afectado podrá iniciar las acciones a las que crea tener derecho.

Sección 4

Normas complementarias

Art. 44.- Publicaciones.- Las resoluciones de autorizaciones que otorgare el CECOM se publicarán en el Registro Oficial, en la Gaceta Societaria y en la página electrónica de la Superintendencia de Compañías.

El Superintendente de Compañías o el Consejo podrá, además, cuando el interés público lo justificare, ordenar la publicación, a costa del sancionado, de un extracto de esas resoluciones en uno de los diarios de mayor circulación a nivel nacional.

Art. 45.- Normas complementarias y supletorias.- Para la aplicación del procedimiento enunciado en las disposiciones precedentes se estará a lo dispuesto por las normas del Código Civil y de Procedimiento Civil.

Art. 46.- Caducidad de las facultades administrativas.- La facultad de iniciar el proceso de juzgamiento de las infracciones a las que se refiere esta Ley caduca en el plazo de cinco años, contado a partir del día en que se cometió la infracción. Sin embargo, para los hechos continuados, este plazo comenzará a correr a partir del acaecimiento del último hecho.

Art. 47.- Responsabilidad civil.- La acción de indemnización de daños y perjuicios prescribirá en cuatro años, contados desde la fecha en que la resolución administrativa quedó en firme.

Se tramitará en vía verbal sumaria, ante el juez de lo civil, de conformidad con las reglas generales.

Art. 48.- Responsabilidad penal.- Cuando el Superintendente de Compañías encontrare indicios de responsabilidad penal, remitirá el expediente al Ministerio Público, para que se inicien las acciones correspondientes.

CAPITULO VI

DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS Y DE LAS SANCIONES

Art. 49.- Medidas correctivas y sanciones administrativas.- En el supuesto de que se determinare la existencia de prácticas anticompetitivas, abuso de posiciones de dominio u operaciones de concentración económica restrictivas de la competencia, el CECOM podrá adoptar las siguientes medidas y/o sanciones:

1. Ordenar el cese de las prácticas anticompetitivas y la eliminación o reparación de sus efectos, según fuere el caso;
2. Imponer al agente económico condiciones u obligaciones específicas, orientadas a garantizar la competencia, como requisito para que pueda continuar sus actividades
3. Aplicar las multas que correspondieren;
4. Divulgar la correspondiente resolución en firme o la presentación de excusas del agente económico o agentes económicos respectivos a la comunidad; y,
5. Aplicar las medidas previstas en esta Ley, en caso de reincidencia de un agente económico en actuaciones o prácticas contrarias a la competencia.

Art. 50.- Criterios para la aplicación de sanciones.- El CECOM deberá considerar, para la imposición de sanciones: la gravedad de la infracción; el daño causado a la comunidad o a los consumidores o usuarios del bien o servicio la cuota de participación del presunto infractor en el respectivo mercado relevante; la magnitud del mercado afectado; la duración o frecuencia de la práctica contraria a la competencia o de la concentración económica; y, la reincidencia o los antecedentes del o los infractores.

La imposición de multas por infracciones a esta Ley no releva de las responsabilidades por daños y perjuicios, y de las sanciones penales a que hubiere lugar. Ellas serán aplicadas sin perjuicio de las condiciones u obligaciones que, para restablecer la competencia, impusiere el órgano competente al agente económico.

Art. 51.- Casos de reincidencia.- En caso de reincidencia de un agente económico en actuaciones o prácticas declaradas contrarias a la competencia, se duplicará la multa que inicialmente hubiere sido impuesta.

Si hubiere una nueva reincidencia, tal multa volverá a duplicarse.

Art. 52.- Multas por infracciones a la presente Ley.- El o cada uno de los agentes económicos que incurrieren en prácticas anticompetitivas, abuso de

posición de dominio, operaciones de concentración restrictivas a la competencia, y, lo establecido en los numerales 2 y 3 del artículo 32, serán sancionados con una multa fijada por el órgano competente, en función de los criterios enunciados en el artículo anterior y dentro de los límites que se determinan a continuación:

Atendiendo a la gravedad de la infracción, el CECOM podrá imponer una multa hasta por el diez por ciento (10%) de los ingresos anuales declarados por el infractor ante la autoridad tributaria o hasta el diez por ciento (10%) del valor de los activos del infractor; cualquiera que resultare más alta.

La multa prevista en los incisos anteriores no podrán ser inferior a la ventaja obtenida cuando ésta sea cuantificable.

Los directivos de agentes económicos que hubieren ordenado o autorizado actos que constituyeran infracciones a la presente Ley, serán objeto de una multa personal de hasta cincuenta mil dólares. No tendrán esa responsabilidad quienes se hubieren opuesto a la adopción de las antedichas infracciones o no hubieren participado en su adopción.

Art. 53.- Multas por incumplimiento de deberes que impone la Ley.-

1. El incumplimiento de las medidas correctivas dispuestas mediante resolución del órgano competente será sancionado con una multa de cien a cinco mil dólares por cada día de retardo; tal multa no podrá exceder del veinte por ciento de los activos del agente respectivo;

2. El incumplimiento de notificar las operaciones de concentración económica conforme lo establece el artículo 9 de esta Ley, sin perjuicio de las demás sanciones que pudieren corresponder; será sancionado con una multa de hasta cincuenta mil dólares;

3. En caso de incumplimiento de la entrega de información o de documentos requeridos dentro de los términos determinados por el órgano competente, se impondrá al renuente una multa de hasta quinientos dólares por cada día hábil de retardo;

4. Si el retardo superare los quince días hábiles, se considerará que él constituye una obstrucción de procedimiento, y el responsable de aquél será sancionado según lo previsto en esta Ley; y,

5. El CECOM, mediante resolución motivada, en Reglamento Especial, podrá establecer otras multas que no excedan de un mil dólares por incumplimiento de otros deberes formales no previstos expresamente en esta Ley.

Art. 54.- Multas por actuaciones que obstruyan el procedimiento.- Sin perjuicio de las sanciones de orden penal, el órgano competente impondrá las siguientes multas para las actuaciones que se enuncian en los numerales siguientes:

1. Cuando un agente económico suministrare cualquier información que resultare falsa o engañosa, o rindiere declaraciones que lo sean, se le impondrá la multa de hasta cincuenta mil dólares; y,

2. La destrucción de la información requerida será sancionada con una multa de hasta el diez por ciento (10%) de las ventas declaradas al SRI por el infractor en el ejercicio fiscal inmediato anterior; de no existir tal declaración, se impondrá una multa de hasta cincuenta mil dólares.

Art. 55.- Responsables solidarios por el pago de multas.- En el caso de que las multas previstas en este Capítulo se hubieren impuesto a compañías, sociedades, cooperativas u otras personas jurídicas, serán solidariamente responsables por su pago los ejecutivos, representantes legales o administradores de ellas que hubieren decidido o aplicado las prácticas o actuaciones prohibidas por esta Ley.

No tendrán esa responsabilidad quienes se hubieren opuesto a la adopción de las antedichas resoluciones o no hubieren participado en su adopción.

Art. 56.- Rebajas para el pago de multas en caso de colaboración con el CECOM.- La multa que se deba aplicar al agente económico que, siendo parte de un cartel infractor; denuncie las prácticas a las que se refieren las letras a, b, c, d, e del artículo 6, y luego de cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento de la presente Ley, será susceptible de una rebaja de hasta un cincuenta por ciento del valor respectivo.

Art. 57.- Recaudación y destino de las multas.- Las multas que se impusieren por las infracciones contempladas en esta Ley, serán recaudadas por la Superintendencia de Compañías y se destinarán exclusivamente para el funcionamiento del CECOM.

Art. 58.- Prescripción para la aplicación de sanciones.- Las obligaciones de pagar las multas o realizar los actos que hubiere determinado el órgano competente prescribirán en el plazo de cuatro años, contados a partir del día en que se expidió la resolución correspondiente.

El ejercicio de la acción por infracciones establecidas en esta Ley, prescribe en el plazo de cuatro años, contado a partir de la fecha de haberse producido el hecho.

Art. 59.- Jurisdicción Coactiva.- El Superintendente de Compañías ejercerá la jurisdicción coactiva para cobrar las multas, hacer efectivas las sanciones económicas previstas en esta Ley o cubrir cualquier obligación frente a la Superintendencia de Compañías relacionada con lo prescrito en ella.

CAPITULO VII

DE LOS RECURSOS RESPECTO A RESOLUCIONES

Art. 60.- Impugnación.- Las resoluciones expedidas por el CECOM pueden ser impugnadas ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo del domicilio del administrado, dentro de los quince días siguientes a la fecha de la notificación respectiva.

Art. 61.- Recurso de reposición.- No obstante el recurso previsto en el artículo anterior siempre procederá el recurso de reposición ante la misma autoridad, la cual deberá resolverlo en el plazo de diez días, a menos que se acompañen nuevos antecedentes, evento en el que el plazo será de treinta días.

Este recurso podrá ser interpuesto dentro de los quince días siguientes a la fecha de la notificación respectiva.

Art. 62. - Recurso de revisión.- El CECOM tiene la potestad facultativa extraordinaria de iniciar, de oficio o por pedido de cualquier persona debidamente fundamentado, un proceso de revisión de resoluciones ejecutoriadas por las siguientes causas:

1. Cuando hubieren sido expedidas con error de hecho o de derecho, verificados y justificados según informe jurídico previo;
 2. Cuando con posterioridad a la expedición de resolución correspondiente, aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al adoptársela;
 3. Cuando los documentos que sirvieron de base fundamental para dictar tales resoluciones fueren manifiestamente nulos, en los términos de los artículos 180 y 181 del Código de Procedimiento Civil, o hubieren sido declarados nulos por sentencia judicial ejecutoriada;
 4. Cuando en igual caso, los documentos -sean públicos o privados-, por contener error evidente o por cualquiera de los defectos señalados en artículo 169 del Código de Procedimiento Civil, o por pruebas posteriores, permitieren presumir, grave y concordantemente, su falsedad;
 5. Cuando al haberse expedido la resolución en virtud de prueba testimonial, los testigos hubieren sido condenados en sentencia judicial ejecutoriada, por falso testimonio por las declaraciones que sirvieron de fundamento a la resolución;
- o,

6. Cuando por sentencia judicial ejecutoriada, se estableciere que, para dictar la resolución materia de la revisión, ha mediado delito cometido por funcionarios o empleados públicos que intervinieron en tal resolución.

Art. 63.- Tramitación del recurso de revisión.- Cuando el CECOM conociere, por cualquier medio, que en la expedición de una resolución se hubiere incurrido en alguna de las causales del artículo anterior; dispondrá, previo el respectivo informe jurídico, la instauración de un expediente sumario con notificación a los interesados, siempre y cuando se tratare de cuestiones que requieran de la presentación o actuación de pruebas.

El sumario concluirá dentro del término fijado por el CECOM, según fuere el caso; término que no será menor a cinco días ni mayor a treinta, dentro de los cuales se actuarán todas las pruebas que dispusiere el Consejo o las que presentaren o solicitaren los interesados.

Art. 64.- Improcedencia del recurso de revisión.- No procede el recurso de revisión cuando desde la fecha en que se dictó la resolución hubieren transcurrido tres años.

Los recursos se resolverán dentro del término máximo de sesenta días.

CAPITULO VIII

DEFINICIONES

Art. 65.- Definiciones.- En la aplicación de los preceptos de esta Ley se asumirán las siguientes definiciones:

ACUERDO: Arreglo expreso o tácito, formal o informal, escrito, verbal o de cualquier modo expresado, entre agentes económicos, tendiente a obtener beneficios mutuos, recíprocos o de cualquier forma entre ellos convenidos.

AGENTE ECONOMICO: Toda persona natural o cualquier organización, agrupación, asociación de derecho o de hecho, nacional o extranjera, dotada o no de personería jurídica, inclusive el patrimonio autónomo, sea del sector público o privado, tenga o no finalidad de lucro, que actúe habitualmente en la producción, el suministro, la provisión o comercialización de bienes y servicios en el mercado nacional.

DECISIONES COLECTIVAS O RESOLUCIONES: Medidas o recomendaciones adoptadas por asociaciones de productores, proveedores, cámaras de la producción, colegios profesionales o cualquier órgano colegiado.

DENEGACION DE ADMISION A UNA ASOCIACION: Oposición a la admisión, o exclusión, injustificada y discriminatoria, contra ciertos agentes

económicos por parte de una asociación profesional o comercial, o cualquier otro órgano colegiado, cuando estos sean indispensables para el ejercicio de tal actividad.

DISCRIMINACION DE PRECIOS, CONDICIONES O MODALIDADES: La aplicación de precios, condiciones o modalidades desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a uno o varios agentes económicos en situación de desventaja competitiva frente a otros, en las transacciones de bienes o servicios.

DOLAR O DOLARES: Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD \$).

LEYES SECTORIALES: Aquéllas que regulan actividades específicas, tales como las comprendidas en los sectores energético, eléctrico, de agua potable, alcantarillado, recolección de desechos sólidos, telecomunicaciones, higiene, salud, educación, seguridad y otros servicios básicos de ese tipo.

MERCADO: Ambito en el cual compradores o adquirentes y vendedores, proveedores o suministradores realizan transacciones comerciales para el intercambio de bienes y servicios, y donde los precios de estos bienes y servicios fueren el resultado del ejercicio de la competencia. Los mercados pueden ser locales, regionales, nacionales o internacionales, según su ámbito, y no requieren necesariamente que los compradores y proveedores se encuentren o se comuniquen directamente el uno con el otro.

MERCADO RELEVANTE: Mercado específico, sea en términos de productos o servicios, o bien de área geográfica, o períodos determinados.

NEGATIVA A TRATAR O NEGOCIAR: Conducta de un agente económico en aplicación de la cual se niega, injustificadamente, a comprar, vender o, en general, de cualquier forma a negociar con otro, con la finalidad de distorsionar la competencia.

ORGANOS SECTORIALES DE CONTROL: Autoridades u organismos a los que las leyes referentes específicamente a determinada actividad económica, hubieren conferido competencia administrativa o atribuciones para regular las actividades del sector, para conocer y reprimir las infracciones a dichas leyes o ejercer; conjunta o separadamente, tales actividades.

POSICION DOMINANTE: Situación en la que un agente económico o es el único oferente o demandante de determinado producto o servicio, o aún sin ser el único, no está sujeto a una competencia efectiva.

PRACTICAS CONCERTADAS: Aquellas actuaciones que, aun cuando no constaren o se derivaren de un acuerdo formal o expreso, impliquen un paralelismo de conducta consciente entre agentes económicos, normalmente

competidores, y que supusieren cualquier tipo de cooperación y coordinación entre ellos, con el fin de impedir, afectar o restringir la competencia.

PRACTICA O ACTUACION COLUSORIA: Entendimiento fraudulento entre proveedores o entre estos y funcionarios, que participan en licitaciones, ofertas públicas, subastas de bienes o servicios, encaminado a alcanzar una contratación o asignación, con el propósito de engañar o perjudicar a un tercero.

PRECIOS PREDATORIOS: Estrategia o conducta en aplicación de la cual un agente económico, generalmente dominante en el mercado, disminuye transitoriamente sus precios por debajo del nivel de sus costos marginales de producción, como medio para expulsar a sus competidores del mercado, desalentarlos, o impedir su ingreso a él.

REPARTO DE MERCADOS: Es el resultado de la acción de los agentes económicos que, hallándose en posición de competir, en lugar de hacerlo, se dividieren el mercado, por territorios, por volúmenes de compra o de venta, por el tipo de bienes o servicios vendidos, por clientes o proveedores, o cualquier otro mecanismo que tenga alcances o consecuencias similares.

VENTAS CONDICIONADAS O VINCULADAS: Consisten en subordinar la celebración de transacciones a la aceptación, por las partes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación con el objeto de dichas transacciones.

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 66.- Reformas.-

- Refórmase el artículo 155 de la Ley de Propiedad Intelectual. Elimínese la frase "y previa sentencia judicial". Sustitúyase, en el mismo artículo, la palabra "judicialmente" por la frase: "mediante resolución en firme del órgano de promoción y defensa de la competencia".

- En el inciso segundo del artículo 439 de la Ley de Compañías Codificada, a continuación de la palabra: "financiero", agréguese: "Las decisiones del Consejo Ecuatoriano de Competencia, CECOM".

- Al final del artículo 440 de la Ley de Compañías Codificada, luego de la palabra: "competencia" agréguese: "Esta limitación no se aplicará a las labores que deba cumplir el Superintendente y el personal a su cargo, en cumplimiento de la presente Ley".

Art. 67.- Prevalencia de normas de esta Ley.- Sus disposiciones prevalecerán sobre las normas legales, reglamentarias o administrativas que se le opongan.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA: Cumplido el tercer año de funcionamiento del CECOM, dos de sus miembros con excepción del Superintendente de Compañías que se determinarán por sorteo, cesarán en sus funciones, los cuales serán reemplazados, con sujeción a la ley.

SEGUNDA: A fin de optimizar los recursos del Estado y no incrementar el gasto público, las unidades que actúen en materia de competencia económica conformarán sus equipos técnicos y administrativos con el personal especializado en la materia que actualmente labora en la Superintendencia de Compañías, o bien en las diferentes dependencias del Ejecutivo, o en otras entidades del Estado, que podrá ser trasladado a la indicada Superintendencia.

DISPOSICION FINAL

Artículo final.- Esta Ley entrará en vigencia desde la fecha de su publicación en el Registro Oficial.