

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Trabajo de fin de carrera titulado:

**“ABUSO DE PODER DE MERCADO: ANÁLISIS DE LA FACILIDAD
ESENCIAL FRENTE A OTRAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS DE LA
LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE
MERCADO”**

Realizado por:

MANUEL ANTONIO JIJÓN ARIAS

Directora del Proyecto:

DRA. PATRICIA ALVEAR P.

Como requisito para la obtención del Título de:

ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Quito, 08 de octubre de 2014

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, MANUEL ANTONIO JIJÓN ARIAS, con cédula de identidad # 171362033-2, declaro bajo juramento que el trabajo aquí desarrollado es de mi autoría, que no ha sido previamente presentado para ningún grado o calificación profesional; y, que ha consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración, cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

MANUEL ANTONIO JIJÓN ARIAS

C.C.: 171362033-2

DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación titulado:

**“ABUSO DE PODER DE MERCADO: ANÁLISIS DE LA FACILIDAD ESENCIAL FRENTE
A OTRAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS DE LA LEY ORGÁNICA DE
REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO”**

Realizado por:

MANUEL ANTONIO JIJÓN ARIAS

como Requisito para la Obtención del Título de:

ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPUBLICA DEL
ECUADOR

ha sido dirigido por la profesora:

DRA. PATRICIA ALVEAR P.

quien considera que constituye un trabajo original de su autor

DRA. PATRICIA ALVEAR P.

DIRECTORA

LOS PROFESORES INFORMANTES

Los Profesores Informantes:

DR. MARCELO VARGAS

DRA. LORENA BERMUDEZ

**Después de revisar el trabajo presentado,
lo han calificado como apto para su defensa oral ante
el tribunal examinador**

DR. MARCELO VARGAS

DRA. LORENA BERMUDEZ

Quito, 08 de Octubre del 2014

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo de investigación a mis padres por ser el pilar fundamental en mi vida, a ellos debo mis logros personales y profesionales.

A mis hermanos por ser apoyo incondicional, siendo mis cómplices en este reto de mi vida.

A mi novia, por su entrega, apoyo y amor que ha generado un soporte absoluto dentro de este proceso.

A mis tíos por la confianza depositada en mí para cumplir esta meta esencial.

A un gran amigo y colega, por sus consejos y conocimientos sembrados en mí, que me han permitido culminar con éxito esta etapa.

AGRADECIMIENTO

Antes de iniciar la lectura de este trabajo, quiero extender mis sentimientos de gratitud a la Universidad Internacional SEK, específicamente, a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por darme la oportunidad de adquirir tan valiosos principios y conocimientos como profesional.

Agradezco la dedicación y paciencia de todos y cada uno de mis profesores durante este proceso de aprendizaje.

Un especial agradecimiento a la Doctora Patricia Alvear, Directora, profesora y guía del presente trabajo, por la dedicación y ayuda prestadas, que sin egoísmos dirigió cada paso de este proyecto.

A los profesores lectores: Doctora Lorena Bermúdez y Doctor Marcelo Vargas por la paciencia que tuvieron al leer cada una de las páginas, apoyándome en el tema propuesto de investigación.

A la Economista Victoria Corral, por su gran apoyo y aporte de sus conocimientos para la elaboración de esta investigación

ÍNDICE

ABUSO DE PODER DE MERCADO: ANÁLISIS DE LA FACILIDAD ESENCIAL FRENTE A OTRAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO	1
Resumen.....	1
ABUSE OF MARKET POWER: ANALYSIS OF ESSENTIAL FACILITY FROM OTHER ANTI-COMPETITIVE BEHAVIOR OF ORGANIC LAW OF REGULATION AND CONTROL OF MARKET POWER	2
Abstract	2
1. CAPÍTULO I: Antecedentes históricos.....	3
1.1. Prácticas que atentan contra la libre competencia	14
1.2. Origen de la Doctrina de las Facilidades Esenciales: Estados Unidos y Europa.....	30
1.2.1. La Doctrina de las Facilidades Esenciales en Estados Unidos.....	30
1.2.2. La Doctrina de las Facilidades Esenciales en Europa	32
2. CAPÍTULO II: Las infraestructuras como posibles Facilidades Esenciales en la Constitución Política del Ecuador y en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.....	34
La Constitución Económica y el Derecho de la Competencia.....	34
2.1. Análisis de las Facilidades Esenciales en la Constitución Política del Ecuador.....	42
2.1.1. Derecho a la libertad de contratación	42
2.1.2. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.....	43
2.1.3. El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación,	

intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos	46
2.1.4. El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.....	47
2.1.5. El Estado promoverá el desarrollo de infraestructura para el acopio, transformación, transporte y comercialización de productos para la satisfacción de las necesidades básicas internas, así como para asegurar la participación de la economía ecuatoriana en el contexto regional y mundial a partir de una inversión estratégica.....	48
2.2. Análisis de las Facilidades Esenciales en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado – LORCPM –.....	48
2.2.1. Fijación de precios predatorios o explotativos en el Abuso de Poder de Mercado.....	49
2.2.2. Negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios en el Abuso de Poder de Mercado.....	52
2.2.3. Subordinación de actos, acuerdos o contratos a la aceptación de obligaciones, prestaciones suplementarias o condicionadas que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de los mismos en el Abuso de Poder de Mercado	54
2.2.4. Negativa injustificada del acceso a otro operador económico a redes u otra infraestructura a cambio de una remuneración razonable; siempre y cuando dichas redes o infraestructuras constituyan una facilidad esencial en el Abuso de Poder de Mercado.....	55
2.2.5. Descuentos condicionados, tales como aquellos conferidos a través de la venta de tarjetas de afiliación, fidelización u otro tipo de condicionamientos, que impliquen cualquier pago para acceder a los mencionados descuentos en el Abuso de Poder de Mercado	57

2.2.6. Abuso de derecho de propiedad intelectual según las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales, convenios y tratados celebrados y ratificados por el Ecuador en la Ley que rige la materia	59
2.3. Análisis de las Facilidades Esenciales en el Reglamento para la Aplicación de la LORCPM.	61
2.3.1. Regulación del acceso, consistente en asegurar el acceso no discriminatorio a los insumos necesarios, en especial a infraestructuras que constituyan facilidad esencial	61
Instalaciones esenciales en el sector de telecomunicaciones en la Comunidad Andina de Naciones .	70
3. CAPÍTULO III: Elementos que debe tener una adecuada definición de la Facilidad Esencial.....	75
Criterios Delimitadores	75
3.1. La imposibilidad de duplicar el recurso	75
3.2. La imprescindibilidad del acceso al recurso	78
3.3. La inexistencia de justificación razonable	80
3.4. La posibilidad de proveer la Facilidad Esencial	82
3.5. El control de Facilidad Esencial por parte de una empresa que tenga poder de mercado	83
4. CAPÍTULO IV: Conclusiones y Recomendaciones	85
4.1. Conclusiones	85
4.2. Recomendaciones	89
BIBLIOGRAFÍA	91

ABUSO DE PODER DE MERCADO: ANÁLISIS DE LA FACILIDAD ESENCIAL FRENTE A OTRAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO

Manuel Antonio Jijón Arias

Estudiante egresado de la facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Internacional UISEK, Ecuador. Investigador del tema que plantea el presente trabajo.

Resumen

El tema propuesto de investigación implica un análisis integro debido a que la posesión, por parte de un determinado operador económico, de cierta infraestructura, que se pueda constituir como facilidad esencial, derivaría a ciertas prácticas contrarias a la libre competencia; sin embargo, pese a la tipificación de la conducta dentro de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta normativa no establece una definición de facilidad esencial; por lo cual, es preciso complementar la normativa vigente con los conceptos contemplados en la doctrina respecto al tema aquí presentado.

Las facilidades esenciales deben reunir ciertos requisitos establecidos en la doctrina y jurisprudencia para ser consideradas como tal. La comisión de la práctica inherente al abuso de poder de mercado es considerada por varias legislaciones, a nivel internacional, como una conducta contraria a la libre competencia, esto queda demostrado en cuanto un operador que tenga una significativa participación dentro del mercado y haga mal uso de esta posición, genere distorsiones en el mercado que derivarían en afectaciones reales o potenciales para los consumidores y/o para los competidores. Adicionalmente, el uso que se pueda hacer de la infraestructura dentro de un mercado determinado, puede ocasionar un potencial abuso de poder de mercado por parte del operador dueño de la misma.

ABUSE OF MARKET POWER: ANALYSIS OF ESSENTIAL FACILITY FROM OTHER ANTI-COMPETITIVE BEHAVIOR OF ORGANIC LAW OF REGULATION AND CONTROL OF MARKET POWER

Manuel Antonio Jijón Arias

Student from the Law Faculty of International University UISEK, Ecuador. Investigator of the subject raised in this paper.

Abstract

The research proposed involves a complete analysis due to the possession, by a particular economic operator, of a certain infrastructure, which may constitute an essential facility, would lead to certain anti-competitive practices; however, although the Organic Law of Regulation and Control of Market Power exemplifies the behavior, this legislation doesn't provide a definition of essential facilities; therefore, it is necessary to complement the current legislation with the concepts covered in the doctrine regarding the subject presented here.

Essential facilities must meet certain requirements established in the doctrine and jurisprudence to be considered as such. The commission of practice inherent in the abuse of market power is considered by several laws, internationally, as conduct that is contrary to free competition, this is demonstrated in terms of an operator who has a significant participation in the market and he misuses this position, create market distortions that would result in actual or potential affectations to consumers and / or competitors. Additionally, the use that may be made of the infrastructure within a given market, can cause a potential abuse of market power by the owner of it.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Para la presente investigación será prescindible tratar a breves rasgos el Análisis Económico del Derecho, el Derecho Económico y la Corrección Económica, mismos que servirán para entender la naturaleza y origen del Derecho de la Competencia.

El Análisis Económico del Derecho se concibe en los años 60 como un método de análisis que vincula la teoría económica con el derecho, cuyo objetivo es establecer los costos y los beneficios de determinadas conductas, estipuladas en distintos cuerpos normativos. El Análisis Económico del Derecho es de suma utilidad para determinar el impacto y eficacia de una ley, decisión judicial o contrato en una conducta futura, permitiendo al derecho situarse en la realidad.

Se caracteriza por utilizar herramientas básicas de microeconomía como por teoría del consumidor, racionalidad de individuos, teoría de la empresa, análisis de costo-beneficio, entre otras. El elemento principal es determinar la eficiencia a través del análisis costo-beneficio, identificando la razón del comportamiento de los individuos para así evaluar si las reglas legales alcanzarían o no la eficiencia.

Es decir, lo que busca el Análisis Económico del Derecho es que los sistemas jurídicos sean más eficientes, evitando los desperdicios creando incentivos de conductas adecuadas para lograr sus fines y objetivos.

Para entender la naturaleza del término **eficiencia** se utiliza la descripción de Pareto; así, se busca determinar que una situación es más eficiente que la anterior, mejorando el estado de un individuo sin

que se empeore el de otro. Al respecto, Bullard González en su libro Derecho y Economía “El análisis económico de las instituciones legales” (2006) cita las ideas de Wilfrido Pareto en el siguiente ejemplo:

[...] el sistema contractual es una forma de alcanzar la eficiencia porque, en un contrato, si las dos partes lo celebran es porque ambas están mejorando y ninguna está empeorando; el contrato nos ha conducido a una situación más eficiente que la anterior. Una situación será óptima, es decir inmejorable, cuando dados los recursos existentes no es posible que alguien mejore salvo que el otro empeore. A eso se le llama el Óptimo de Pareto [...]. (p. 43)

En otras palabras, el Óptimo de Pareto es una situación en la que la eficiencia se demuestra con la repartición de recursos de tal manera que no habría escenario mejor con otra forma de redistribución en la sociedad.

Bullard González Alfredo (2006) de igual forma ilustra el **análisis de costo-beneficio** de la siguiente manera:

[...] las normas legales pueden ser vistas como costos y la sanción de la norma como un precio; entonces, si decimos que pasarse la luz roja tiene una multa, tendremos que el precio de pasarla será el monto de la multa multiplicado por la probabilidad de que un policía esté en la esquina y detecte nuestra infracción. Si quisiéramos reducir los cruces de luz roja aumentaremos la multa (como ocurre en el mercado): a mayor precio, menor cantidad de demanda, bajará el cruce de luces rojas al subir la sanción de la norma [...]. (p. 45)

Así, se podría entender que lo que persigue el Análisis Económico del Derecho es generar una norma que pueda ser aplicable y funcional; puesto que al individuo que la infrinja le saldría más “caro” mantener esta posición que el cumplimiento de la ley.

El Análisis Económico del Derecho contempla también un estudio de las **externalidades**, entendiéndose que existen dos tipos de éstas: negativas y positivas; la primera se concibe como el costo que sufren aquellos que no lo generan; y, la segunda por el beneficio que obtiene un tercero no interviniente; por ejemplo, una industria que se sitúa cerca de una casa de campo, ambas a la orilla de un río: a) **externalidad negativa**: si contamina el río por su actividad económica genera una externalidad negativa para los habitantes de la casa de campo, ya que éstos utilizan el agua del río para sus actividades diarias; o, b) **externalidad positiva** como es una amplia industria que genera mejoras en su alrededor (vialidad, electricidad, entre otras), los habitantes de la casa de campo sin haber generado un pago reciben el beneficio de estas mejoras, siendo éste una externalidad positiva.

En resumen, el Análisis Económico del Derecho realiza un estudio a la norma no en el sentido abstracto sino en base a su consecuencia social.

La escuela de Análisis Económico del Derecho de Chicago es la principal heredera del legado de esta doctrina, partiendo de un supuesto básico: el sistema del derecho común se puede interpretar como un esfuerzo para promover la eficiencia económica. El argumento no es que toda decisión del derecho común sea eficiente, sino que “los grandes campos del derecho común de la propiedad, los daños, los delitos y los contratos, tienen el sello del razonamiento económico” (Posner-2000, p. 28)¹. Es decir, muchas doctrinas e instituciones del derecho común se entienden mejor como esfuerzos para promover la asignación eficiente de recursos.

En conclusión, el Análisis Económico del Derecho propone el uso de la economía como un instrumento de evaluación del derecho, y puede aplicarse a cualquier ámbito.

¹ Disponible en <http://relacionentrederechoyeconomia2008.blogspot.com/2008/04/la-escuela-del-analisis-econmico-del-html> - Visitada el 17 de junio de 2014

Por otra parte, el **Derecho Económico** surge en los años 1917-1920, cuando en Alemania se introdujo el uso del término **WIRTSCHAFTSRECHT**, que significa literalmente Derecho Económico o Derecho de la Economía², para hacer referencia al conjunto de normas que se adoptan en materia económica: control de precios, de tipo de cambio, de alquileres, de fijación de tipos de interés, de políticas crediticias, de políticas fiscales, entre otros; marcando así las características de los diferentes modelos económicos, sociales, culturales y normativos que se han dado en la humanidad; de esta manera se dio paso al Derecho de Intervención Estatal, como disciplina que evidencia la estrecha relación entre el derecho y la economía.

Como se indica, su principio se basa en la política y fundamento de que el Estado actúe como ente regulador en los mercados con el fin de volverlos más eficientes.

Siguiendo la misma línea de análisis, se puede observar que dentro del contexto del tráfico económico bajo parámetros legales, se ejecuta el **derecho a la libre competencia**, mismo que será tratado a mayor nivel de detalle en los acápites siguientes.

El derecho de competencia nace por la necesidad de regular los mercados, en los cuales debiera darse como óptima situación la competencia perfecta, situación en la cual exista un equilibrio que beneficie por igual tanto a agentes económicos como al sistema económico. Sin embargo, los mercados son dinámicos por lo cual la situación de competencia perfecta resulta casi imposible, por ello es necesario establecer normas de corrección económica como de competencia.

² Estudios de Derecho Económico – José Vicente Troya Jaramillo – Ed. 1998

Así, el derecho de competencia se origina en Estados Unidos en 1890 como cuerpo legal organizado, a través de la creación de la Sherman Act, cuando los operadores económicos más grandes tenían la necesidad de posicionarse económicamente dentro de un mercado determinado a través de la producción interna. Sin embargo, como evidencia la historia no se ha generado jamás situaciones de competencia perfecta, a pesar de la búsqueda de los países por una situación de mantenimiento del sistema económico de libre competencia.

La Sherman Act, contemplaba sanciones a los acuerdos restrictivos a la competencia en cualquier forma que se exterioricen así como los monopolios, sin importar si la conducta es cometida de manera individual o colectiva entre operadores económicos. Esta ley mostró una serie de inconsistencias que dio lugar a dos cuerpos legales: la Ley de la Comisión Federal de Comercio del 26 de septiembre de 1914; y, la Ley Clayton del 15 de octubre del mismo año.

Así, la Ley de la Comisión Federal de Comercio, se destaca por la creación de un órgano administrativo de carácter esencialmente informativo y preventivo; y, otorgar la facultad de impedir y restringir la competencia desleal mediante un proceso administrativo, misma ley que hace una aclaración de actos de competencia desleal e instrumenta la investigación de conductas anticompetitivas.

Por otra parte, La Ley Clayton se origina para complementar a la Sherman Act. Flint Pinkas en su libro Tratado de Defensa de la Libre Competencia (2002), cita a José Antonio Olanchea, quien señala que:

[...] esta ley tuvo dos innovaciones fundamentales: La primera está contenida en las secciones 7 y 8 que prohíben la adquisición de acciones o bienes de una empresa o los directorios entrelazados, cuando pueda resultar una disminución de la competencia y tienda a crear un monopolio. La segunda innovación está contenida en las secciones 2 y 3. Ésta tutelaba la

distribución y venta de mercaderías, prohibiendo las discriminaciones en los precios y condiciones entre compradores y vendedores de una mercadería del mismo grado y calidad. La diferencia fundamental entre esta norma y la Ley Sherman es que la ilegalidad puede ser declarada sobre una conducta que tenga el resultado probable de lesionar la competencia y ya no sobre un hecho consumado [...]. (p. 48)

En principio, la Ley Clayton se aplicaba únicamente a corporaciones que realizaban actividades económicas a nivel interestatal. Estos actos posteriormente fueron definidos por la Corte Suprema de EEUU como vinculados con la producción y distribución de bienes y servicios; por lo cual el Congreso reformó esta norma señalando que el *Clayton Act* sería aplicable para toda persona que efectúe cualquier actividad económica.

Debido a la generalidad en la redacción de la Sherman Act, la jurisprudencia americana influyó en la forma en la que los jueces formulaban los siguientes principios interpretativos: La Regla de la Razón y la Regla *per se*.

Posterior a la creación de las normas *antritrust* de EEUU, nacen la normas de la escuela europea; que si bien tienen un origen distinto, ambas buscan proteger la libre competencia. Sin embargo, el derecho de competencia europeo no es tan radical y sancionatorio como lo es el derecho de competencia norteamericano.

Así pues, en los años 30, concluida la segunda guerra mundial se propugna, dentro de la Escuela de Friburgo la protección a la competencia real rechazando la intervención Estatal, generando la necesidad de implementar un marco legal para la libre competencia. Entre los organismos de cooperación económica que se crearon a raíz de la segunda guerra mundial, se destaca el Tratado de París en 1951;

este Tratado estableció la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), mismo que estableció un mercado común supranacional para estos elementos; de la misma manera, el Tratado CECA fue aplicable a cualquier operador económico cuya actividad fuese la distribución mas no la venta directa a consumidores finales.

Para 1954, se crea el Tratado de Roma como el Primer Tratado de Integración de la Comunidad Económica Europea, considerando varias prácticas como abusivas y restrictivas a la libre competencia. Lo que regula este Tratado es el Abuso de la Posición Dominante mas no la posición dominante *per se*.

Tal como cita Flint Pinkas en su libro Tratado de Defensa de la Libre Competencia (2002) a Guillermo Cabanellas “ [...] los artículos 85 y 86 de dicho Tratado sentaron las bases para las regulaciones comunitarias relativas a la competencia, creando así en cada país miembro de la nombrada comunidad, una estructura mínima de concurrencia a los mercados [...]” (p. 52).

Alvear Patricia y Gómez de la Torre Blanca en su libro Derecho de corrección económica, defensa de la competencia y competencia desleal (2012), señalan la siguiente referencia cronológica en cuanto a las Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones –en adelante CAN– que tratan sobre correcciones económicas dentro de la Región Andina:

[...] Decisión 230, que contenía normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia;

Decisión 281, que estableció que a más tardar el 31 de marzo de 1991, se revisen las normas sobre competencia comercial establecidas en la Decisión 230;

Decisión 283, que trató sobre las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping o subsidios y que fue sustituida por las decisiones 456 y 457;

Decisión 284, que reguló las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por restricciones a las exportaciones;

Decisión 285, que reguló las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia;

Decisión 454, que dictó los lineamientos para la negociación multilateral sobre la agricultura en la Organización Mundial de Comercio, la armonización de derechos consolidados y contingentes arancelarios y la coordinación ante dicha organización en materia de productos agropecuarios entre los países miembros. Esta decisión contiene normas que pretenden regular algunas correcciones económicas del mercado en temas afines a la agricultura;

Decisión 456, que trata sobre las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping en importaciones de productos originarios de los países miembros de la Comunidad Andina. Se dictó sobre la base de la Decisión 283 y la propuesta 23 de la Secretaría General;

Decisión 457, que dictó normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de subvenciones de importaciones de productos originarios de países miembros de la Comunidad Andina.

Decisión 462, que dictó las normas que regulan el proceso de integración y liberación del comercio de servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina. En esta decisión, en el Capítulo VII trata sobre la protección de la libre competencia en la subregión, las medidas para garantizar la competencia, también enumera algunas prácticas anticompetitivas en este sector económico.

Decisión 512, que reguló las medidas para el Comercio de Productos de la Cadena de Oleaginosas, dentro de lo cual se dictaron algunas normas sobre las distorsiones del mercado con relación a las cadenas de oleaginosas.

Decisión 608, dictada el 29 de marzo de 2005, que contiene las normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, mediante la cual se han establecido normas comunitarias ad hoc sobre la defensa de competencia entendida como un mecanismo de corrección del tráfico económico. Es de lamentar, que en esta decisión el delegado ecuatoriano solicitó el plazo de dos años para su aplicación en Ecuador o cuando se dicte la norma interna correspondiente, con lo cual se postergó la obligación de armonizar la legislación en esta área.

Decisión 616 de 15 de julio del año 2005, se determinó y se dictó únicamente para la “Entrada en vigencia de la Decisión 608 para República del Ecuador [...]”. (p. 38)

A nivel andino, la evolución del derecho comunitario en cuanto al derecho de competencia ha pasado por una serie de Decisiones emitidas por la CAN, hasta la actualidad donde ya se cuenta con una ley propia de regulación y control del poder de mercado cuyo objeto³ es:

[...] evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible [...].

Dentro de la presente investigación resultaría transcendental realizar el análisis de lo que establece la Organización Mundial del Comercio (en adelante OMC), y la Comunidad Andina de Naciones (en adelante CAN), en relación a las infraestructuras o instalaciones esenciales; pues de este análisis se podrá

³ Artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, Suplemento del Registro Oficial 555 del 13 de octubre 2011

tomar el concepto de instalación esencial en el marco del sector de telecomunicaciones, como posible parámetro para definir la facilidad o infraestructura esencial en un marco general. Adicionalmente, por ser interesante la temática se referirá como un elemento de análisis comparativo del derecho lo que establece la Republica Dominicana al respecto, lo que se verá más adelante en el capítulo III.

Tal como se mencionó, en el Ecuador se publica la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado⁴, misma que se encuentra vigente, derogando o reformando otras normas internas, las que trataban temas de regulación al mercado en materia de derecho de la competencia, tales como:

- Ley de Compañías
- Ley Orgánica de Propiedad Intelectual
- Ley Especial de Telecomunicaciones
- Ley del Régimen del Sector Eléctrico
- Ley de Producción, Importación, Comercialización y Expendio de Medicamentos Genéricos de uso humano
- Ley Orgánica de defensa del consumidor
- Ley Orgánica de Empresas Públicas
- Ley General de Instituciones del Sistema Financiero
- Ley de Comercio Electrónico

Se debe considerar que dentro del derecho de competencia ecuatoriano, es necesario realizar un análisis de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –en adelante LORCPM– y su Reglamento, debido a que existen varios vacíos e inconsistencias.

⁴ Suplemento del Registro Oficial 555 del 13 de octubre 2011

En la LORCPM se trata, entre otros temas, lo que se conoce como Abuso de Posición de Dominio que se encuentra dentro de prácticas que atentan contra la libre competencia. Sin embargo, a efectos de esta investigación, sólo se abordará las Doctrinas de las Facilidades Esenciales dentro del contexto de Abuso de Posición de Dominio.

En este sentido, es importante analizar la Doctrina de las Facilidades Esenciales para establecer un concepto claro y fundado de lo que es una infraestructura considerada facilidad esencial o qué requisitos deben cumplir para ser consideradas como tal.

Uno de los problemas de discusión y debate que se plantea en el derecho de competencia a nivel mundial ha sido la Doctrina de las Facilidades Esenciales, que presenta dos posiciones: la americana y la europea, dos tendencias o puntos de vista respecto a la doctrina de facilidades esenciales.

En este sentido, lo que se pretende con la presente investigación es establecer la existencia de un vacío legal, ante el hecho de que en la LORCPM se encuentra prohibido el abuso del poder de mercado derivado de la negativa injustificada del acceso para otro operador económico a redes u otras infraestructuras a cambio de una remuneración razonable; siempre y cuando dichas redes o infraestructuras constituyan una facilidad esencial; bajo este contexto este operador sería sancionado.

Es decir, cuando exista un operador u operadores económicos que tengan la capacidad de influir significativamente en un mercado determinado y el mismo ostente la posición de dominio o poder de mercado, y se niegue injustificadamente a dar acceso a un operador económico a redes o infraestructuras que constituyan una facilidad esencial; de esta forma, se generaría un abuso del poder de mercado y será sancionado de conformidad a la LORCPM y su Reglamento –en adelante RLORCPM–.

Otro punto importante que se analizará en la presente investigación es que una vez constituido el abuso del poder de mercado por la negativa injustificada al acceso a redes o infraestructuras consideradas como facilidades esenciales, el operador económico que haya incurrido en esta conducta, también podría generar **al mismo tiempo** la comisión de otras conductas establecidas en la LORCPM, mismas que serán tratadas posteriormente en este estudio.

1.1. PRÁCTICAS QUE ATENTAN CONTRA LA LIBRE COMPETENCIA

De acuerdo al Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia (1995), las prácticas que atentan contra la libre competencia son aquellas que:

*[...] tienen por objetivo restringir la **competencia** [...] mantener o mejorar su posición relativa en el mercado y sus beneficios, sin que resulte necesariamente de ello una baja de los precios o una mejora de la calidad de los bienes y servicios proporcionados [...] Hay transgresión cuando la empresa o las empresas se las ingenian para restringir de manera artificial la competencia, no apoyándose en las ventajas de las que gozan sino explotando su posición en el mercado en detrimento de sus competidores, de sus clientes y de sus proveedores, de tal manera que pueda resultar de ello un alza de los precios, una disminución de la producción, una menor selección para los consumidores, una pérdida de eficiencia económica y una mala asignación de recursos (o una combinación de estos elementos) [...]. (p. 160)*

De esta forma, se entiende que son prácticas que atentan contra la libre competencia a todas aquellas conductas en que incurran ciertos operadores económicos, que tengan por objeto impedir, restringir, distorsionar, o falsear la libre competencia en un mercado determinado.

Así, dentro del derecho de competencia, existen cuatro tipos de conductas (Concentraciones, Abuso de Posición Dominante, Acuerdos o Prácticas Restrictivas; y, Ayudas Públicas), como se ha manifestado esta investigación se referirá únicamente al Abuso de Posición Dominante; esta conducta puede considerarse restrictiva a la competencia derivada de una posición de dominio de un operador económico que interviene en un mercado determinado.

Las conductas anticompetitivas de posición de dominio, según Bellamy Christopher y Child Graham en su libro Derecho de la Competencia en el Mercado Común (1992), son aquellas conductas:

[...] de una empresa en posición dominante que llega a influir la estructura del mercado cuando, como resultado de la propia presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia se debilita y que, recurriendo a métodos distintos de los que configuran la competencia normal en las transacciones comerciales de bienes o servicios, tienen el efecto de amenazar el mantenimiento del grado de competencia aún existente en el mercado o en el incremento de tal competencia [...]. (p. 532)

Por su parte, en el Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia (1995), se señala como abuso de situación dominante a:

*[...] Prácticas comerciales restrictivas de la competencia a las cuales puede dedicarse una **empresa dominante** para preservar o mejorar su situación en el mercado. Estas prácticas pueden considerarse, no sin controversia, como un aprovechamiento abusivo o anormal de una situación de control de monopolio de un mercado con objeto de restringir la competencia [...].”*
(p. 11)

En este sentido, se puede entender como abuso de posición de dominio, aquella situación en la cual un operador económico tiene la capacidad de influir significativamente en un mercado determinado,

sin prescindencia de sus competidores, para lo cual el operador económico considerado con posición dominante deberá tener una mayor participación dentro del mercado establecido.

De conformidad a lo establecido en el artículo 8 de la Decisión 608⁵:

Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:

- a) La fijación de precios predatorios;*
- b) La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios;*
- c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;*
- d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva;*
- e) La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;*
- f) La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros; y,*
- g) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.*

⁵ Normas para la Aplicación y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina de Naciones (Periodo de Sesiones Ordinarias de la Comisión Lima, 28 -III-2005) gaceta oficial N°1180 de la CAN

Adicionalmente, la Resolución Nro. 432⁶ y la Decisión 462⁷ de la CAN, para el sector de telecomunicaciones, señalan definiciones para las instalaciones esenciales.

La Decisión 462 en su artículo 2, define a instalaciones esenciales como:

[...] Toda instalación de una red o servicio público de transporte de telecomunicaciones que:

- a) Sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores; y*
- b) Cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico [...].*

Asimismo, define a Proveedor Importante como aquel que:

[...] tiene la capacidad de afectar de manera importante las condiciones de participación, desde un punto de vista de los precios y del suministro, en un mercado dado de Servicios Públicos de Transporte de Telecomunicaciones como resultado de:

- a) El control del acceso a las instalaciones esenciales; o*
- b) La utilización de su posición en el mercado [...].*

En el artículo 29, establece como una práctica anticompetitiva, entre otras, a “*[...] No poner oportunamente a disposición de los demás proveedores de servicios la información técnica sobre las instalaciones esenciales y la información comercial-mente pertinente que éstos necesiten para suministrar servicios [...]*”.

⁶ Resolución 432 de la Secretaría Andina, publicada mediante Registro Oficial No. 266, de fecha 14 de febrero de 2001

⁷ Decisión 462 de la Comunidad Andina de Naciones, publicada mediante Registro Oficial No. 268, de fecha 02 de septiembre de 1999

Por otra parte, la Resolución 432, al respecto de la doctrina de las facilidades esenciales, en el artículo 21 establece que:

[...] La interconexión se deberá desarrollar bajo el concepto de desagregación de componentes o instalaciones esenciales de la red y funciones. Se considerarán instalaciones esenciales a efectos de interconexión las siguientes:

- a) Origen y terminación de comunicaciones a nivel local.*
- b) Conmutación.*
- c) Señalización.*
- d) Transmisión entre Centrales.*
- e) Servicios de asistencia a los abonados, tales como: emergencia, información, directorio, operadora y servicios de red inteligente.*
- f) Acceso a elementos auxiliares y a elementos que sean usados por ambas partes al mismo tiempo, siempre y cuando sea factible y económicamente viable, tales como derechos de vía, ductos, postes, torres, energía e instalaciones físicas en general.*
- g) La facturación y recaudación, así como toda aquella información necesaria para poder facturar y cobrar a los usuarios.*

La Autoridad de Telecomunicaciones competente está facultada para establecer una lista mayor de instalaciones consideradas esenciales [...].

Por su parte, la LORCPM⁸, en su artículo 9 establece que:

Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan,

⁸ Suplemento del Registro Oficial 555 del 13 de octubre, 2011

falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son:

- 1.- Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia.*
- 2.- Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, que les permitan aumentar sus márgenes de ganancia mediante la extracción injustificada del excedente del consumidor.*
- 3.- Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, en condiciones en que debido a la concentración de los medios de producción o comercialización, dichas conductas afecten o puedan afectar, limitar o impedir la participación de sus competidores o perjudicar a los productores directos, los consumidores y/o usuarios.*
- 4.- La fijación de precios predatorios o explotativos.*
- 5.- La alteración injustificada de los niveles de producción, del mercado o del desarrollo técnico o tecnológico que afecten negativamente a los operadores económicos o a los consumidores.*
- 6.- La discriminación injustificada de precios, condiciones o modalidades de fijación de precios.*
- 7.- La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación de desventaja frente a otros.*
- 8.- La venta condicionada y la venta atada, injustificadas.*
- 9.- La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios.*

- 10.- *La incitación, persuasión o coacción a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra, venta, movilización o entrega de bienes o la prestación de servicios a otros.*
- 11.- *La fijación, imposición, limitación o establecimiento injustificado de condiciones para la compra, venta y distribución exclusiva de bienes o servicios.*
- 12.- *El establecimiento de subsidios cruzados, injustificados, particularmente agravado cuando estos subsidios sean de carácter regresivo.*
- 13.- *La subordinación de actos, acuerdos o contratos a la aceptación de obligaciones, prestaciones suplementarias o condicionadas que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de los mismos.*
- 14.- *La negativa injustificada del acceso para otro operador económico a redes u otra infraestructura a cambio de una remuneración razonable; siempre y cuando dichas redes o infraestructura constituyan una facilidad esencial.*
- 15.- *La implementación de prácticas exclusorias o prácticas explotativas.*
- 16.- *Los descuentos condicionados, tales como aquellos conferidos a través de la venta de tarjeta de afiliación, fidelización u otro tipo de condicionamientos, que impliquen cualquier pago para acceder a los mencionados descuentos.*
- 17.- *El abuso de un derecho de propiedad intelectual, según las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales, convenios y tratados celebrados y ratificados por el Ecuador y en la ley que rige la materia.*
- 18.- *La implementación injustificada de acciones legales que tenga por resultado la restricción del acceso o de la permanencia en el mercado de competidores actuales o potenciales.*
- 19.- *Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.*
- 20.- *La fijación injustificada de precios de reventa.*

- 21.- *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;*
- 22.- *Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.*
- 23.- *La imposición de condiciones injustificadas a proveedores o compradores, como el establecimiento de plazos excesivos e injustificados de pago, devolución de productos, especialmente cuando fueren perecibles, o la exigencia de contribuciones o prestaciones suplementarias de cualquier tipo que no estén relacionados con la prestación principal o relacionadas con la efectiva prestación de un servicio al proveedor [...].*

Si bien la LORCPM fue elaborada en base a los mismos parámetros generales de la Decisión 608, y al contrastar las conductas establecidas en los artículos citados *supra*, se puede observar que en ambas normativas existe un despliegue similar de posibles conductas de abuso de poder de mercado, mismas que no son taxativas ya que son de carácter ejemplificativo, por cuanto un operador económico podría cometer otro tipo de conductas (no establecidas en las normativas mencionadas) pero ser sancionado de acuerdo a la cláusula general prohibitiva establecida en el literal g) del artículo 8 de la Decisión 608; y, en el numeral 1 del artículo 9 de la LORCPM, debido a que la sanción recae sobre el efecto de la conducta mas no sobre la forma de la misma.

Las prácticas restrictivas, por su parte, se pueden entender como acuerdos prohibidos horizontales y/o verticales, que tal como lo señalan Patricia Alvear y Blanca Gómez de la Torre en su libro Derecho de corrección económica, defensa de la competencia y competencia desleal (2012):

*[...] corresponde a cualquiera de aquellas prácticas acordadas expresa o tácitamente (verbales o escritas) entre dos o más empresas que siendo **independientes** una de otra en la vinculación, en la propiedad o la administración, actúan de manera tal que impidan, restrinjan*

o falseen la competencia, en todo el mercado nacional o en parte de él [...] también conocidos como carteles [...]. (p. 68) (Lo resaltado me pertenece)

Según el Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia (1995), los acuerdos expresos o tácitos se caracterizan:

*[...] en su mutuo interés por dos empresas normalmente competidoras. Los acuerdos con objeto de restringir la competencia pueden referirse a los precios, la producción, los mercados y clientela. Se asimilan a menudo a «**ententes**» (cárteles) o actos de **colusión** y constituyen, en la mayoría de los países una infracción del derecho de la competencia, puesto que tienen como efecto aumentar los precios, limitar la producción y van acompañados de otras consecuencias perjudiciales desde un punto de vista económico [...] un acuerdo expreso no es necesariamente «declarado», es decir sujeto a observación pública por parte de terceros. Al contrario, la mayor parte de los acuerdos que incluyen **prácticas restrictivas de la competencia** son en general ocultos y su existencia no se puede descubrir fácilmente por parte de autoridades de la competencia [...]. (p. 11)*

Los acuerdos o prácticas restrictivas se entienden por aquellas conductas o actos generados por los operadores económicos participantes dentro del mismo mercado (sean o no competidores), éstos generalmente se dan de forma verbal, generando una dificultad para que las Autoridades de Competencia puedan probarlos.

La Doctrina del Derecho de Competencia hace mención a dos divisiones de los acuerdos o prácticas restrictivas: **horizontales y verticales**. La doctrina ecuatoriana (2012)⁹ señala que los acuerdos

⁹ Alvear Patricia y Gómez de la Torre Blanca (2012) - Derecho de corrección económica, defensa de la competencia y competencia desleal

horizontales son aquellos “[...] celebrados entre dos o más empresas u operadores económicos que se encuentran en la misma sección de mercado, o escalón del proceso productivo o comercial [...]” (p. 68); y, definen a los acuerdos verticales como aquellos que “[...]consisten en el acuerdo o los acuerdos entre dos o más empresas u operadores económicos, situados en diferentes secciones de mercado, procesos de producción o de comercialización que tengan por fin impedir, falsear o restringir la competencia [...]”. (p. 68)

Asimismo, Flint Pinkas en su libro Tratado de Defensa de la Libre Competencia (2002) menciona que:

[...] los acuerdos horizontales son acuerdos entre competidores que no perjudican la competencia más aún muchos de ellos pueden resultar benéficos. Estos acuerdos por lo general son necesarios desde un punto de vista económico y no conllevan a una significativa restricción a la competencia. Solamente pueden o son prohibidas si restringen la competencia [...]. (p. 229)

Por otra parte en el mencionado libro, Flint señala que se genera un acuerdo vertical cuando:

[...] el convenio se celebra entre dos firmas que se encuentran en niveles diferentes de producción o distribución. Por ejemplo, entre un fabricante y el proveedor de una de sus materias primas. La mayoría de los acuerdos verticales no son perjudiciales para la competencia. Son una forma usual y normal de hacer negocios. Son parte del proceso competitivo de una amplia variedad de tipo de acuerdos verticales. Las firmas relacionadas verticalmente prosperan con la eficiencia recíproca el uno del otro. Cada una de las partes que intervienen en la cadena de producción espera que la parte que le antecede o le sigue produzca lo mejor y al menor costo para que el bien llegue al consumidor a precios competitivos; así como con una alta calidad [...]. (p. 240)

Witker Jorge en su libro Derecho de la competencia en América (2000) establece en cuanto a los acuerdos horizontales que:

*[...] Mediante este tipo de acuerdos se monopolizan las cadenas productivas completas, evitando cualquier tipo de competencia. Por esta razón suelen denominarse también **prácticas absolutas**. Los acuerdos horizontales, acuerdos entre competidores reales o potenciales, pueden reducir, eliminar o incrementar la competencia. Se distinguen en dos grandes categorías. La primera es la de “los cárteles en sentido estricto” o “las restricciones flagrantes” como la fijación de precios, las limitaciones de la producción, la división de los mercados, el reparto de clientes; y la segunda es la manipulación de las licitaciones que normalmente reducen o eliminan la competencia sin que tengan efectos compensatorios en la eficiencia económica [...] (p. 60)*

En cuanto a acuerdos verticales, este autor señala que:

*[...] los acuerdos verticales o relativos son aquellos que se pueden presentar entre etapas contiguas de un proceso productivo y acompañados de alguna actividad auxiliar del proceso. Este tipo de prácticas puede tener efectos anticompetitivos o procompetitivos, razón por la cual se han fijado varios criterios para la evaluación de las mismas. Las relaciones verticales van desde las transacciones efectuadas entre empresas **totalmente independientes** hasta la **integración de dos o más niveles dentro de una sola empresa [...]**”. (p. 60) (Lo resaltado me pertenece)*

Como se evidencia en la Doctrina, la mayoría de autores coinciden en la definición de acuerdos o prácticas restrictivas tanto horizontales o verticales, entendiéndose como práctica horizontal a todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas u operadores económicos que sean competidores entre sí, es decir, que pertenezcan al mismo eslabón de una cadena productiva, cuyo efecto sea restringir o distorsionar la competencia.

Asimismo, se define como práctica vertical a todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas u operadores económicos que pertenezcan a distintos eslabones de la cadena de producción o a procesos auxiliares¹⁰, cuyo efecto sea restringir o distorsionar la competencia.

La Decisión 608 en el artículo 7 establece que:

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

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

La LORCPM en su artículo 11 establece que:

Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de

¹⁰ Se entiende por proceso auxiliar a aquellas actividades que sin pertenecer a la misma cadena de producción de un determinado bien o servicio, la complementa. Ejemplo: Vehículos y Aseguradoras

bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.

En particular, las siguientes conductas, constituyen acuerdos y prácticas prohibidas:

- 1. Fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.*
- 2. Repartir, restringir, limitar, paralizar, establecer obligaciones o controlar concertadamente la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios.*
- 3. El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas.*
- 4. Repartir o restringir las fuentes de abastecimiento.*
- 5. Restringir el desarrollo tecnológico o las inversiones.*
- 6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.*
- 7. Discriminar injustificadamente precios, condiciones o modalidades de negociación de bienes o servicios.*
- 8. La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

9. *Concertar con el propósito de disuadir a un operador económico de una determinada conducta, aplicarle represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado.*
10. *La concertación de la calidad de los productos cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales.*
11. *Concertar la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos.*
12. *La venta condicionada y la venta atada, injustificadas.*
13. *Denegarse de modo concertado e injustificado a satisfacer las demandas de compra o adquisición o las ofertas de venta y prestación de productos o servicios, o a negociar con actuales o potenciales proveedores, distribuidores, intermediarios, adquirentes o usuarios.*
14. *Denegar de modo injustificado la admisión de operadores económicos a una asociación, gremio o ente similar.*
15. *El boicot dirigido a limitar el acceso al mercado o el ejercicio de la competencia por otras empresas.*
16. *Suspender concertadamente y de manera vertical la provisión de un servicio monopolístico en el mercado a un proveedor de bienes o servicios público o privado.*
17. *La fijación concertada e injustificada de precios de reventa.*
18. *Levantar barreras de entrada y/o salida en un mercado relevante.*
19. *Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.*
20. *Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.*

21. Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se puedan dar en las compras públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos [...].

Como se puede observar, en los artículos citados *supra* se ha considerado una lista de exteriorizaciones en las que pueden incurrir los operadores económicos sean estos competidores o no; sin embargo, como se mencionó anteriormente, se podría derivar un sinnúmero de conductas que no se encuentran ejemplificadas en estos artículos, debido al dinamismo de los mercados.

Para el respectivo análisis de las conductas detalladas *supra* es necesario aclarar dos conceptos importantes: el primero la **regla per se**, que como su nombre lo indica no requiere de prueba alguna y se sanciona por el simple hecho de la comisión de la conducta, esta regla con frecuencia se aplica para probar la existencia de acuerdos horizontales; el segundo hace mención a la **regla de la razón**, misma que implica demostrar una posible afectación al mercado por la comisión de la conducta, esta regla se aplica con frecuencia para probar la existencia de acuerdos o prácticas verticales.

Al respecto, Flint Pinkas en su libro Tratado de Defensa de la Libre Competencia (2002) manifiesta lo siguiente:

[...] la regla per se es el ahorro que ella implica en los costos administrativos y legales que demanda la investigación de la empresa y verificación de la conducta de la empresa y de la industria en general [...] Los economistas modernos discrepan con la aplicación de la regla per se por cuanto sostienen que no deben condenarse los acuerdos de competidores que no tienen un real poder de mercado o que no dañan el sistema del mercado [...]. (p. 617)

En cuanto a la regla de la razón, este autor señala que: “[...] *permite sopesar factores competitivos y determinar si la restricción es razonable o no y si existe una interferencia significativa o impacto de importancia en la competencia. Bajo esta norma, solo las restricciones no razonables son ilegales [...]*”. (p. 617)

Al respecto, se concluye que Abuso de Poder de Mercado es aquella conducta en la que incurre un operador económico que se encuentra en posición de dominio derivada de la mayor participación que tenga en un mercado determinado; es decir, que actúa dentro de este mercado sin prescindencia de sus competidores; falseando, distorsionando y restringiendo la libre competencia.

Se entiende por Acuerdos o Prácticas Restrictivas a aquellas conductas en las que incurren dos o más operadores económicos sean competidores o no dentro de un mercado específico, en las que se presenten acuerdos, decisiones colectivas o practicas concertadas con el objetivo de falsear, distorsionar y restringir la libre competencia.

Cabe aclarar que las exteriorizaciones establecidas en la LORCPM, tanto para Abuso de Poder de Mercado como para Acuerdos y Prácticas Restrictivas, pueden ser similares pero la diferencia radica en la ilicitud y los presupuestos procesales para que se configuren las conductas como tales y así diferenciarlas entre sí.

1.2. ORIGEN DE LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES: ESTADOS UNIDOS Y EUROPA

En este contexto se analizará la Doctrina de las Facilidades Esenciales. Ésta se origina en Estados Unidos, y posteriormente en Europa que ha reconocido expresamente su existencia. En el presente subapartado se describirá de forma breve estas dos tendencias.

Se partirá de la hipótesis de que la Facilidad Esencial es aquella infraestructura (tangible o intangible) elemental para la provisión de un bien o servicio determinado, misma que debe ser manejada o controlada por un sólo operador económico, esta infraestructura debe tener características únicas para el uso que se emplea y no podrá ser duplicable.

1.2.1. LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES EN ESTADOS UNIDOS

Conforme manifiesta Rencoret Gutiérrez Pedro Ignacio (2010)¹¹, la legislación antimonopolios de Estados Unidos ha establecido el concepto de Facilidades esenciales a partir de la interpretación y aplicación que los tribunales de Estados Unidos han dado a las normas contenidas en las secciones 1 y 2 de la Sherman Antitrust Act.

De la memoria de grado citada *supra*, la Doctrina de la Facilidades Esenciales parte del caso "United States v/s Terminal Railroad Association of St. Louis". Misma demanda, que se da en el mercado del transporte ferroviario que cruzaba el río Mississippi, se trata por primera vez un caso de efectos

¹¹Memoria de grado titulada "La Doctrina de las Facilidades Esenciales ante El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia" (Santiago, Chile 2010) disponible en http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/12/Tesis_1.pdf

anticompetitivos que generaba el control monopolista ejercido por un operador económico la que era controladora de una determinada infraestructura o facilidad, esencialmente necesaria para participar eficientemente en un mercado determinado.

La resolución en este caso consistió en obligar a la empresa controladora de la facilidad (líneas ferroviarias, puentes, puestos de control de entrada y salida de St. Louis, en el estado de Missouri.) a compartir sus estructuras esenciales con los demás competidores, previo pago de una tarifa ajustada al uso ordinario de dichas estructuras esenciales y que no desincentivara, en razón de su cuantía precisamente, la posibilidad real de acceder a ellas y de competir con la empresa controladora en un plano de igualdad.

Bullard González Alfredo en su libro Derecho y Economía (2006) señala que:

[...] Bajo la legislación de los Estados Unidos, se requiere de tres condiciones para que se establezca la obligación de acceso a una facilidad esencial: i) Control de la facilidad esencial por un monopolista; ii) Incapacidad de un competidor que necesita de la facilidad, de duplicar dicha facilidad esencial; iii) La negativa de uso de la facilidad a un competidor [...]. (p.1081)

Considerando estos tres requisitos implementados por la Ley Antitrust de los Estados Unidos se puede establecer que los parámetros para establecer o considerar la existencia de una facilidad esencial son claros en cuanto a que debe existir un operador económico dueño o que controle la facilidad esencial y este a su vez debe ser el único, también nos establece que el competir es dueño o controlador de la facilidad esencial, se vea en la imposibilidad de duplicar esa facilidad esencial y como último parámetro o requisito que establece esta ley Antitrust debe existir una negativa por parte del dueño u operador económico que controla dicha facilidad al uso de la misma a su competidor.

1.2.2. LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES EN EUROPA

La doctrina de las facilidades esenciales también se aplica y se encuentra descrita en la jurisprudencia de la Comunidad Europea¹², cuyo progreso ha ido a la par con el desarrollo de la economía comunitaria. Misma que no ha sido reconocida explícitamente por el máximo tribunal, pero sí por la Comisión Europea de Competencia y los tribunales inferiores.

El primer caso que constituye un precedente, donde se aplica la Doctrina de Facilidades Esenciales en Europa, se dio en el año 1974 “Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corporation contra Comisión de la Comunidad Europea”, donde Commercial Solvents era el productor de aminobutanol, este insumo era un elemento básico para la producción de medicamentos para el tratamiento de la tuberculosis en Europa.

Este elemento era vendido por el Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. a la farmacéutica italiana Laboratorio Chimico farmacéutico Giogio Zoja, misma que dejó de comprar las órdenes de aminobutanol. A los pocos meses Zoja decidió volver a comprar a su anterior proveedor; Commercial Solvents decidió integrarse verticalmente con su relacionada Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A., de esta manera manejaba toda la cadena productiva (producción y comercialización) de ethambunol, así su participación en este mercado aumentó generando una posición dominante.

Commercial Solvents se negaba a distribuir el principio activo, aminobutanol, a Zoja, misma que no pudo obtener nuevos suministros de aminobutanol en el mercado, así denunció la conducta ante la Comisión Europea.

¹² “La Doctrina de las Facilidades Esenciales ante El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”- Pedro Ignacio Reconret Gutiérrez (Santiago, Chile 2010) disponible en http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/12/Tesis_1.pdf

La Comisión Europea resolvió que existía un abuso de poder de mercado por parte de Commercial Solvents, en el mercado relevante de aminobutanol. Finalmente, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea confirmó la decisión de la Comisión, ya que por su posición dominante en el mercado “aguas arriba”, eliminó a un potencial competidor en el mercado “aguas abajo”

En el libro Derecho y Economía (2006), Bullard González Alfredo señala que “[...] *La Comunidad Europea ha definido una facilidad esencial como «una facilidad o infraestructura sin acceso al cual los competidores no puedan ofrecer servicios a sus clientes y la cual no puede ser replicada por ningún medio razonable» [...]»*. (p.1081)

De lo expuesto, se puede concluir que la posición de Estados Unidos frente a la Doctrina de las Facilidades Esenciales es clara la establecer que debe existir un único operador económico dueño o que controle la facilidad esencial, sin que éste pueda duplicar esta infraestructura. En cuanto a la posición europea se rescata la definición de facilidad esencial como aquella infraestructura sin acceso para otros competidores y que la misma no puede ser replicada.

Para efectos del presente estudio, al tener la normativa vigente ecuatoriana en materia de competencia influencia legislativa europea, se consideraría más amigable la definición establecida por la Comisión Europea.

2.LAS INFRAESTRUCTURAS COMO POSIBLES FACILIDADES ESENCIALES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR Y EN LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO

Tal como se planteó en el capítulo anterior, la presente investigación analizará la doctrina de las facilidades esenciales, buscando recabar basta información que pueda permitir el entendimiento conceptual de “facilidades esenciales”, así como los requisitos mínimos que deban cumplir las infraestructuras para ser consideradas esenciales. De igual forma, se propondrán las conductas que pueden o podrían cometerse como consecuencia de la posesión de una infraestructura esencial, delimitando la investigación en el abuso de posición dominante.

Bajo este lineamiento en el presente capítulo se analizará lo que prevé la Constitución Política de la República del Ecuador; así como, la normativa vigente en materia de competencia –LORCPM y RLORCPM-, las Decisiones Comunitarias 608 y 462 y la Resolución 432; que como norma supranacional tienen eficacia y aplicación directa en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Se referirá las normas de la OMC sobre facilidades esenciales en el sector de telecomunicaciones; y, la normativa dominicana, como elementos de análisis de derecho comparado.

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

En el presente apartado se analizará un aspecto relevante denominado Constitución Económica y la importancia que ésta tiene dentro del Derecho de la Competencia.

Es preciso indicar que el concepto de Constitución Económica, que se originó en el siglo XVIII, ha sufrido varios cambios incluidos en el derecho de corrección económica. Sin embargo, la doctrina señala que en Europa, principalmente en Alemania y España, se desarrolla este tema, con la Constitución de Weimer (Alemania), la de Querato (México) y la Constitución española de 1931¹³.

El término “Constitución Económica” lo define Beckeranth (1932)¹⁴ como “[...] *la manera de ordenar el fenómeno económico en cuanto se expresa en los elementos de propiedad, contrato y trabajo, así como en la intervención del Estado en la economía y en la regulación de lo que hace a la organización y a la técnica de la producción y de la distribución [...]*”. También resalta que éste fue uno de los primeros y empíricos intentos por definir a la Constitución Económica.

Viciano Javier (1995)¹⁵ citando Duque define a la Constitución Económica como:

[...] el conjunto de normas que, con rango constitucional, establecen la legitimación para ejercer la actividad económica, el contenido de las libertades y de los poderes que se derivan de esta legitimación, las limitaciones que afectan a los mismos y a la responsabilidad que grava su ejercicio, así como los instrumentos y medidas con los cuales el Estado puede actuar o intervenir en el proceso económico [...]. (p. 106)

De igual forma, Bercovitz Alberto (2011)¹⁶ establece que “[...] *Una parte fundamental de la Constitución está integrada por lo que suele denominarse como «constitución económica», esto es, el*

¹³ Alvear Patricia y Gómez de la Torre Blanca - Derecho de corrección económica, defensa de la competencia y competencia desleal (2012, p. 29)

¹⁴ Marín Sevilla Marcelo - Régimen de la Competencia digesto ecuatoriano (2012, p.25)

¹⁵ Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía (1995, p. 106)

¹⁶ Bercovitz Alberto - Apuntes de Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial 12º edición (2011, p. 102)

conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica [...]”. (p. 102)

Por otra parte el constitucionalista Blume Fortine Ernesto, clarifica el concepto de Constitución Económica (1997)¹⁷ y señala que:

[...] el sistema económico consagrado en la Constitución de un determinado Estado, que comprende la regulación de la propiedad, de la economía pública y privada, de la actuación de los agentes económicos, de las reglas del mercado, de la empresa, y en general, del fenómeno económico, cuya incorporación en la normativa constitucional, sumada a la parte dogmática y a la parte orgánica, conforma las tres partes fundamentales de una Constitución moderna [...].

Asimismo, Font Galán Ignacio (1987)¹⁸ señala que:

[...] La Constitución Económica se está convirtiendo en la condición esencial de la operatividad y eficiencia de la Constitución en sí. Dentro de este marco, el Derecho de Competencia se yergue como el núcleo del sistema económico constitucionalizado, al punto que la institucionalización de la competencia económica configura la estructura de organización y ordenación del sistema económico [...].

En base a lo descrito por la doctrina en cuanto al concepto de Constitución Económica, se puede concluir que se entiende a este término como todo el conjunto de principios básicos de carácter económico que han de ser consagrados por la Constitución de un Estado, que entre otros aspectos regularán la conservación y mantenimiento del sistema económico, la economía popular y solidaria / pública o privada, así como la actuación de los operadores que intervienen en el sistema económico.

¹⁷ Blume Fortini Ernesto. La Constitución Económica Peruana y el Derecho de la Competencia Revista Themis No. 36. 1997. Pontificia Universidad del Perú.

¹⁸ Font Galán Ignacio. Constitución Económica y Derecho de la Competencia. Editorial Tecnos S.A. Madrid 1987

Una vez explicado el concepto de **Constitución Económica**, dentro del cual se puede situar el concepto de corrección económica, se verá que la Constitución de la República del Ecuador del 2008¹⁹ trata los aspectos más relevantes, sobre temas económicos constitucionales relevantes y novedosos que tienen relación con el modelo económico de un Estado, en los siguientes artículos: i) artículos 283 al 312 del capítulo IV “Soberanía Económica”; ii) artículos 319 al 339 del capítulo VI “Trabajo y Producción del título VI “Régimen del Desarrollo”; y, iii) artículos 362 al 364 del capítulo I “Inclusión y Equidad” del Título VII “Régimen del Buen Vivir”.

Manteniendo la línea de la investigación y una vez aclarado el concepto de Constitución Económica (2000)²⁰, cabe equiparar el contenido de los artículos mencionados anteriormente con lo que respecta al Derecho de la Competencia; para esto, la doctrina ecuatoriana (2012)²¹, indica que entre los derechos constitucionales relacionados con el derecho de la competencia; los más importantes se encuentran:

- Derecho de la propiedad;
- Derecho a la libre empresa;
- Derecho del consumidor; y
- Derecho a la libre competencia.

Por su importancia, se transcribirá los artículos de la Constitución (2008)²² que mayor importancia tienen para el Derecho de la Competencia:

¹⁹ Constitución de la República del Ecuador de 2008, disponible en www.asambleaconstituyente.gov.ec

²⁰ Morales Alzate John Jairo. Manual de derecho económico constitucional. Tercera Edición, 2000

²¹ Derecho de corrección económica, defensa de la competencia y competencia desleal (2012, p.29)

²² Constitución de la República del Ecuador de 2008, disponible en www.asambleaconstituyente.gov.ec

1. *“Art. 283.- El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir [...]”.*

2. *“Art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos:*

[...]

2. Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémica, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional.

[...]

8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes. [...]”.

3. *“Art. 285.- La política fiscal tendrá como objetivos específicos:*

[...]

3. La generación de incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía y para la producción de bienes y servicios, socialmente deseables y ambientalmente aceptables [...]”.

4. *“Art. 304.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos:*

1. Desarrollar, fortalecer y dinamizar los mercados internos a partir del objetivo estratégico establecido en el Plan Nacional de Desarrollo.

[...]

5. Impulsar el desarrollo de las economías de escala y del comercio justo.

6. *Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados”.*
5. Segundo inciso del artículo 319 que señala que *“El Estado promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivará aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza; alentará la producción que satisfaga la demanda interna y garantice una activa participación del Ecuador en el contexto internacional.”*
6. *“Art. 321.- El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental.”*
7. *“Art. 322.- Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad.”*
8. *“Art. 334.- El Estado promoverá el acceso equitativo a los factores de producción, para lo cual le corresponderá:*
- 1. Evitar la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, promover su redistribución y eliminar privilegios o desigualdades en el acceso a ellos. [...]”.*
9. *“Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación,*

intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.

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

10. *“Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.*

El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.”

El Derecho de Competencia (Font Galán, 1987) es el núcleo de la Constitución Económica, cabe señalar en este punto los conceptos del Derecho de Competencia Económica dentro de los grupos normativos detallados anteriormente.

Flint Pinkas en su libro Tratado de Defensa de la Libre Competencia (2002) explica el Derecho de la Competencia como:

[...] Este derecho asume que la competencia debe ser defendida y que como bien jurídico no puede dejarse al libre albedrío de los agentes económicos. Igualmente que el mercado carece de los mecanismos de autorregulación que impidan distorsiones por conductas anticompetitivas y que en estos casos el Estado debe intervenir como árbitro con reglas claras y transparentes

*[...] El término **competencia o libre competencia** es utilizado tanto por el Derecho como por la Economía, partiendo ambas ciencias de supuestos diferentes, siendo sus consecuencias también distintas. No por ello podemos dejar de señalar la estrecha vinculación entre ambas disciplinas,*

toda vez que el derecho, es una ciencia social, regula conductas que tienen su sustrato en un modelo económico [...]. (p. 23)

En este sentido, Flint Pinkas en su libro Tratado de Defensa de la Libre Competencia (2002) cita a José Antonio Olaechea, señalando que:

[...] el Derecho de la Libre Competencia se encuentra inmerso en el nuevo derecho del tráfico económico que incluye tres disciplinas, a saber:

- *Las normas sobre **Competencia Desleal** que tratan acerca de las pautas que deben seguir los competidores entre sí.*
- *Las normas de **Defensa del Consumidor** que protegen los intereses de los consumidores, en oposición a aquellas que regulan a productores y comerciantes.*
- *El derecho de **Libre Competencia** que vela por el sistema de libre mercado en su conjunto [...]*”
(p. 23) (Lo resaltado me pertenece).

Esta posición la refuerza Bercovitz Alberto (2011) en su libro “Apuntes de Derecho Mercantil, Derecho de Competencia y Propiedad Intelectual”, al manifestar que el Derecho de Competencia tiene normativa para: a) sistema social de mercado (Defensa de la competencia); b) parámetros que deben tener los competidores (Competencia Desleal); y, c) protección al consumidor (Defensa del consumidor).

En el Ecuador, se ha manifestado también la necesidad de diferenciar claramente entre competencia desleal y libre competencia; por tanto, en base a las posiciones expuestas anteriormente, se podría concluir que el Derecho de la Competencia en el Ecuador, a través de la LORCPM, abarca mecanismos de regulación que evitan distorsiones por conductas anticompetitivas e incluye fundamentalmente cinco ámbitos: a) concentraciones económicas; b) prácticas desleales; c) abuso de posición dominante; d) acuerdos restrictivos; y, e) ayudas públicas.

2.1. ANÁLISIS DE LAS FACILIDADES ESENCIALES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR

Ubicado el tema general, en el presente subapartado se realizará un breve análisis respecto a lo que la Constitución de la República del Ecuador establece en lo pertinente a las Infraestructuras mismas que se podrían identificar con el carácter de Facilidades Esenciales.

2.1.1. DERECHO A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

Se entiende por libertad de contratación al derecho que tienen las personas para decidir mantener contratos y con quién hacerlo, así como para establecer el contenido de los mismos. Por consiguiente, las personas son **libres** para negociar sus contratos y las condiciones, limitaciones, modalidades, plazos, y demás particularidades que rijan la relación jurídica creada por el contrato; pero siempre sujetos en límites y sus funciones legales.

Asimismo, la libertad del consumidor se la puede entender desde el enfoque de optar por un bien u otro (libertad de opción); el acceso a la debida información; y desde el enfoque de acceder efectivamente a adquirir, mediante celebraciones jurídicas, ese bien, considerando la fragilidad en la relación frente al proveedor. La libertad de opción abarca aspectos económicos y de derecho; económicos en el sentido de la escasez que podría darse ante las opciones, limitando las preferencias del consumidor; y, de derecho por la naturaleza de exclusividad de un competidor como una **práctica abusiva de la competencia**.

La negativa injustificada a contratar, en principio, es una decisión legítima de cualquier operador económico, siendo parte esencial de su autonomía de la voluntad, la libertad de contratar. Sin embargo, cuando la empresa tiene posición dominante queda obligada a no negarse a contratar, sin justificación, a un proveedor o cliente.

Para el caso del Ecuador, el artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) establece que: “[...] *Se reconoce y garantizará a las personas: [...] El derecho a la libertad de contratación [...]*”.

En este sentido, las personas que ejerzan cualquier actividad económica (operadores económicos) se encuentran en la libertad de contratar con cualquier otro operador, siempre y cuando este derecho no limite la competencia. Así pues, una empresa con poder de mercado en una determinada actividad económica y que sea propietario de una infraestructura considerada esencial, a pesar de que tiene libertad de contratación, no puede negarse injustificadamente a contratar.

2.1.2. EVITAR LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS Y OLIGOPÓLICAS, PARTICULARMENTE EN EL SECTOR PRIVADO Y OTRAS QUE AFECTEN EL FUNCIONAMIENTO DE LOS MERCADOS

De conformidad a lo establecido en el Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia (1995), se define a monopolio como la:

[...] situación de mercado en el que sólo hay un único vendedor. En el análisis económico tradicional, el concepto de monopolio se opone al de competencia perfecta [...] Por consiguiente,

el monopolizador domina muy ampliamente el precio que aplica, es decir que no considera los precios como dados sino que puede fijarlos a su antojo [...]. (p. 61-62)

Así, se entiende por monopolio a aquella falla de mercado en la que opera un único oferente y varios demandantes, existiendo de esta forma una situación en la que el monopolista está en la capacidad de manipular los precios, imponiendo a los consumidores condiciones de precio-aceptantes; dándose en la práctica una violación a sus derechos.

Como se establece en el Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia (1995), se entiende al monopolio natural cuando:

[...] las condiciones existentes en un mercado son tales que una sola empresa puede explotar mejor este mercado de lo cual habrían dos o más empresas. El monopolio natural se debe a las características de la tecnología de producción, a las que se añaden a menudo las de la demanda, y no a la acción de los poderes públicos o de las empresas competidoras [...] Se considera que hay monopolio natural en ciertos segmentos de sectores tales como electricidad, las redes ferroviarias, el gas natural y las telecomunicaciones. Al exigir la eficiencia de la producción la presencia de una sola empresa, el monopolio natural es regulado a menudo por los poderes públicos, en particular en lo referente a los precios, calidad y/o el acceso al mercado [...]. (p. 63)

Se entiende de esta forma al monopolio natural como aquel operador económico (usualmente empresa estatal) que regula y controla los servicios básicos tales como: agua potable, luz eléctrica, telecomunicaciones, entre otras; y, también establece lo referente a precios y calidad del bien o servicio provisionado.

El Diccionario de Derecho de la Competencia (2006), define al oligopolio como: “[...] *determinada situación estructural de los mercados, caracterizada por la existencia de un elevado grado de concentración en el lado de la oferta, es decir, el reparto de la producción en un reducido número de personas [...]*”. (p. 508)

En concordancia a lo citado *supra*, se puede entender por oligopolio a aquella falla de mercado en la que existe una concentración por el lado de la oferta, es decir, muy pocos oferentes que tendrían la capacidad de manipular precios, cantidad (en función del precio) y calidad del bien o servicio ofertado.

Una vez detalladas las definiciones referentes a este subapartado, es pertinente señalar lo que la Constitución de la República del Ecuador (2008) establece; así, el artículo 304 en el numeral 6 indica: “[...] *La política comercial tendrá los siguientes objetivos: [...] 6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados*”.

Bajo este contexto, se entendería que el/los operadores económicos que concentren un bien o servicio, estarían en la capacidad de imponer la calidad, cantidad (en función del precio) y manipular los precios en términos abusivos, afectando directa o indirectamente a los operadores económicos y que es de orden público.

2.1.3. EL ESTADO REGULARÁ, CONTROLARÁ E INTERVENDRÁ, CUANDO SEA NECESARIO, EN LOS INTERCAMBIOS Y TRANSACCIONES ECONÓMICAS; Y SANCIONARÁ LA EXPLOTACIÓN, USURA, ACAPARAMIENTO, SIMULACIÓN, INTERMEDIACIÓN ESPECULATIVA DE LOS BIENES Y SERVICIOS, ASÍ COMO TODA FORMA DE PERJUICIO A LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y A LOS BIENES PÚBLICOS Y COLECTIVOS

La Constitución Política de la República del Ecuador (2008) en el artículo 335 establece que:

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

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

En tal sentido, se entiende que el/los operador/es económico/s propietario/s de una infraestructura no podrían acaparar o explotar dicho bien perjudicando los derechos económicos de terceros y restringiendo así la libre competencia. Es decir, que si dichas infraestructuras son consideradas esenciales, únicas y no sea posible duplicarlas, se podría decir que existe un monopolio u oligopolio (dependiendo el número de propietarios de ese bien), que de cometer las conductas prohibidas en el artículo citado anteriormente se someterán al juzgamiento y sanción previstos en la LORCPM.

2.1.4. EL ESTADO IMPULSARÁ Y VELARÁ POR EL COMERCIO JUSTO COMO MEDIO DE ACCESO A BIENES Y SERVICIOS DE CALIDAD, QUE MINIMICE LAS DISTORSIONES DE LA INTERMEDIACIÓN Y PROMUEVA LA SUSTENTABILIDAD

De conformidad a lo estipulado en el artículo 336 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), el Estado:

[...] impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.

El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.

Bajo este contexto de corrección económica, se podría entender a la competencia en igualdad de condiciones como aquella situación en la que **todos** los operadores económicos participantes de un mercado determinado tengan las mismas oportunidades sin que se generen restricciones injustificadas.

Así por ejemplo, de generarse una negativa injustificada al acceso a redes u otras infraestructuras esenciales dentro de un mercado específico, existiría una situación de desigualdad de condiciones para poder participar en dicho mercado por parte de potenciales competidores, poniendo al/los operador/es económico/s propietario/s en una situación de ventaja al ser el/los único/s dueño/s de esa infraestructura **necesaria** para la actividad económica de ese mercado. Ante esta situación el Estado deberá sancionar de conformidad con lo establecido en la LORCPM.

2.1.5. EL ESTADO PROMOVERÁ EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA PARA EL ACOPIO, TRANSFORMACIÓN, TRANSPORTE Y COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS PARA LA SATISFACCIÓN DE LAS NECESIDADES BÁSICAS INTERNAS, ASÍ COMO PARA ASEGURAR LA PARTICIPACIÓN DE LA ECONOMÍA ECUATORIANA EN EL CONTEXTO REGIONAL Y MUNDIAL A PARTIR DE UNA INVERSIÓN ESTRATÉGICA

La Constitución de la República del Ecuador (2008), en el artículo 337, establece que:

El Estado promoverá el desarrollo de infraestructura para el acopio, transformación, transporte y comercialización de productos para la satisfacción de las necesidades básicas internas, así como para asegurar la participación de la economía ecuatoriana en el contexto regional y mundial a partir de una visión estratégica.

En el contexto del artículo citado *supra*, y bajo el supuesto de que se trate de infraestructuras consideradas facilidades esenciales para determinada actividad económica será el Estado el que garantice el acceso a dichas infraestructuras, promoviendo la participación de **todos** los operadores económicos dentro de ese mercado, velando por la libre competencia.

2.2. ANÁLISIS DE LAS FACILIDADES ESENCIALES EN LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO – LORCPM –

Como se dijo en el capítulo I, facilidad esencial es aquella infraestructura (tangibles o intangibles) elemental para la provisión de un bien o servicio determinado, misma que debe ser manejada o controlada por un sólo operador económico, esta infraestructura debe tener características únicas para el uso que se

emplea y no podrá ser duplicable. La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado – LORCPM– establece en lo pertinente a las infraestructuras que se podrían identificar con el carácter de Facilidades Esenciales, lo siguiente:

2.2.1. FIJACIÓN DE PRECIOS PREDATORIOS O EXPLOTATIVOS EN EL ABUSO DE PODER DE MERCADO

Según el Diccionario de Derecho de la Competencia (2006) se entiende como **precios predatorios** a:

*[...] aquellos precios bajos (incluso inferiores al coste) del producto o del servicio que fija una empresa en posición de dominio con la finalidad de eliminar o disciplinar a un competidor o grupo de competidores en el mercado. La adjetivación «predatoria» denota un comportamiento de eliminación o excluyente de otros operadores, actuales o potenciales, en el mercado, de manera que después de haberlo conseguido la empresa **depredadora** podrá aumentar sus precios y realizar beneficios más importantes*

[...]

*En esta diferente línea de aproximación, y hablando en términos amplios, puede señalarse que hay (i) una clase de precios que son **inferiores a la media de los costes variables** (que varían en función de las cantidades producidas) y a través de los cuales la empresa que los practica pretende eliminar a un competidor, y (ii) otra clase de precios que son **inferiores sólo a la media de los costes totales** (suma de costes fijos y variables), pero **superiores a la media de los costes variables***

[...]

*Y así, mientras los primeros [sub (i)] son considerados abusivos al considerarse que una empresa dominante no tendría ningún interés en aplicar esos precios salvo para eliminar a sus competidores y luego **obtener rentas monopolísticas**, los segundos [sub (ii)] serían abusivos sólo cuando se integren en un plan que tenga por objeto eliminar a un competidor del mercado [...]*” (p. 560) (Lo resaltado me pertenece).

De esta forma, se entiende por precios predatorios aquellos precios que se fijan por debajo de los costos (medios o totales) que lo que pretenden a largo plazo es eliminar la competencia monopolizando el mercado, y una vez sin competidores en el mercado, lo que hace el operador económico es incrementar los precios para recuperar los costos perdidos. Por el contrario, los costos explotativos son aquellos precios que se fijan con el fin de estrangular al consumidor ya que son determinados al alza.

Una vez establecido un concepto sobre precios predatorios y explotativos, a continuación se analizará lo que la LORCPM (2011) establece en el artículo 9 numeral 4, en cuanto a esta conducta:

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

En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son:

[...]

4.- La fijación de precios predatorios o explotativos [...].

En este sentido la LORCPM establece como una conducta de Abuso de Poder de Mercado, la fijación de precios explotativos (precios a la alza) o exclusorios/predatorios (precios a la baja). Los precios explotativos principalmente afectan a los consumidores, mientras que los precios exclusorios/predatorios afectan a los competidores directamente.

En el caso de que un operador u operadores económicos sean quienes tengan bajo el dominio una estructura considerada como esencial para un mercado determinado, éstos tendrían a su vez posición dominante en dicho mercado y estarían en la capacidad de actuar libremente sin la prescindencia de competidores (potenciales); de esta manera, estarían en la posibilidad de fijar precios sean estos al alza (explotativos) o a la baja (predatorios/exclusorios), teniendo incentivo por manipular el precio al alza para incrementar los beneficios; por ejemplo, si un operador económico es el único (monopolio) que tiene una gabarra (infraestructura considerada esencial **no duplicable**) que permite el paso de un lado del río al otro, las personas que deseen cruzar para realizar actividades económicas diarias deberán pagar un determinado valor por el uso de esta infraestructura. Al ser propiedad de un monopolista, es decir, quien no tiene competencia porque ningún otro operador económico podría tener esta gabarra o un bien sustituto, este operador económico abusaría de su **posición de dominio** manipulando los precios del transporte, creando especulación en los precios, cobrando tarifas extremadamente altas con el fin de incrementar sus beneficios.

Frente a esta situación el Estado deberá intervenir y sancionar por la conducta considerada como anticompetitiva a través del órgano regulador; que para el caso ecuatoriano es la Superintendencia de Control del Poder del Mercado.

2.2.2. NEGATIVA INJUSTIFICADA A SATISFACER LAS DEMANDAS DE COMPRA O ADQUISICIÓN, O A ACEPTAR OFERTAS DE VENTA O PRESTACIÓN DE BIENES O SERVICIOS EN EL ABUSO DE PODER DE MERCADO

La negativa injustificada según Bullard (2006) es otra práctica que tendría relevancia. Es una práctica en la que concurre la decisión legítima de cualquier operador económico para contratar libremente; ésta a su vez está estrechamente vinculada a la autonomía de la voluntad, derecho garantizado por la Constitución a través del principio de libre contratación.

La negativa injustificada a contratar, entendiéndose desde el punto de vista de la demanda como la negativa injustificada a aceptar ofertas de venta o prestación de servicios y desde el punto de vista de la oferta como la negativa injustificada a satisfacer demandas de compra o adquisición, es una práctica que puede ser ilegal en forma *per se*. Así, si un operador económico se pone de acuerdo con otros para no contratar con una empresa o un competidor, esto será considerado como una práctica de por sí ilegal. Pero lo que no es *per se* ilegal es la negativa unilateral; es decir, aquella llevada a cabo por un operador económico por su propia decisión.

Bork señala al respecto que la ley deja libertad a las empresas individuales a negarse a contratar con otras, salvo que la negativa tenga por objeto generar una restricción a la competencia considerada ilegal.

La LORCPM (2011) en el artículo 9 numeral 9 establece que:

[...] Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan,

restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son:

[...]

9.- La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios [...]”.

En este contexto, lo que se debe comprender es que esta negativa sería justificable y no tendría efecto alguno cuando existan alternativas suficientes para el proveedor de vender sus productos o para el cliente de comprarlos.

Así, una empresa con poder de mercado en una determinada actividad económica y que sea propietaria de una infraestructura considerada esencial, a pesar de que tiene libertad de contratación, no puede negarse injustificadamente a prestar el servicio para que se haga uso de esa infraestructura; tomando el ejemplo dado anteriormente, el dueño de la gabarra no podría sin justificación alguna negarse a prestar el servicio a otros operadores económicos para el paso de un lado al otro del río (negativa injustificada a satisfacer la demanda); ni tampoco podría, al ser el único que tiene este bien, negarse injustificadamente a adquirir mano de obra para el correcto funcionamiento del bien (negativa injustificada a aceptar prestación de bienes o servicios).

2.2.3. SUBORDINACIÓN DE ACTOS, ACUERDOS O CONTRATOS A LA ACEPTACIÓN DE OBLIGACIONES, PRESTACIONES SUPLEMENTARIAS O CONDICIONADAS QUE, POR SU NATURALEZA O ARREGLO AL USO COMERCIAL, NO GUARDEN RELACIÓN CON EL OBJETO DE LOS MISMOS EN EL ABUSO DE PODER DE MERCADO

En tal efecto, Bullard (2006) establece como ilegal “[...] *la subordinación de 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 [...]*”; esta conducta se podría entender como una forma de venta atada, misma que se podría definir como una práctica comercial mediante la cual un vendedor multi-productos obliga indirectamente a los clientes a comprar un determinado producto en el cual el operador económico tiene posición dominante siempre y cuando compre otro producto en el cual este operador no se goza de la misma posición, empaquetando la venta de estos productos.

La LORCPM (2011) en el artículo 9 numeral 13 establece que:

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

En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son:

[...]

13. La subordinación de actos, acuerdos o contratos a la aceptación de obligaciones, prestaciones suplementarias o condicionadas que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de los mismos [...].

En este sentido, si un operador económico con posición dominante que posea una infraestructura determinada como esencial para una actividad económica específica, no podría atar los servicios que presta con el fin de incrementar sus beneficios y fortalecer su poder de mercado; tomando el ejemplo antes mencionado, el dueño de la gabarra con el fin de vender el servicio de transporte, en el cual tiene posición de dominio, tendría incentivos para atar este servicio con el servicio de bodegaje de mercadería, servicio en el cual no tiene esta posición favorable, con el objetivo de que en ambos servicios el operador económico ostente posición dominante.

2.2.4. NEGATIVA INJUSTIFICADA DEL ACCESO A OTRO OPERADOR ECONÓMICO A REDES U OTRA INFRAESTRUCTURA A CAMBIO DE UNA REMUNERACIÓN RAZONABLE; SIEMPRE Y CUANDO DICHAS REDES O INFRAESTRUCTURAS CONSTITUYAN UNA FACILIDAD ESENCIAL EN EL ABUSO DE PODER DE MERCADO

Esta conducta se podría entender como una variante a la conducta que establece la negativa injustificada a contratar; sin embargo, es prescindible realizar un breve análisis de la Doctrina de Facilidades Esenciales.

Como se mencionó en el capítulo I de este trabajo de investigación, se partirá de la hipótesis de que la Facilidad Esencial es aquella infraestructura (tangible o intangible) elemental para la provisión de

un bien o servicio determinado, misma que debe ser manejada o controlada por un sólo operador económico, esta infraestructura debe tener características únicas para el uso que se emplea y no podrá ser duplicable.

Velasco San Pedro Luis Antonio (2006)²³ manifiesta al respecto que esta Doctrina se origina con el fin de hacer frente a las negativas de contratar de una empresa que tiene el control de un recurso esencial para que otras empresas puedan ejercer su actividad, por ejemplo: puentes ferroviarios, redes de telecomunicaciones, redes eléctricas, entre otras. Sin embargo esta Doctrina establece requisitos que debe cumplir una infraestructura para ser considerada esenciales: i) deberá estar controlada por un sólo operador económico; ii) el acceso a esta infraestructura es elemental para poder competir con el operador económico que la controla; iii) debe constar una negativa al uso de la infraestructura o se permite el uso en condiciones contrarias a la competencia; iv) podrá ser usada por más de un operador económico; y, v) no deberá existir justificación desde el punto de vista del negocio para que el acceso sea negado.

Existen dos posiciones interpretativas frente a la definición de facilidad esencial: la norteamericana y la europea; la posición de Estados Unidos frente a la Doctrina de las Facilidades Esenciales señala que para este caso debe existir un único operador económico dueño o que controle la facilidad esencial, sin que éste pueda duplicar esta infraestructura. En cuanto a la posición europea se rescata la definición de facilidad esencial como aquella infraestructura sin acceso para otros competidores y que la misma no puede ser replicada.

Al respecto, la LORCPM (2011) en el artículo 9 numeral 14 establece que:

²³ Diccionario de Derecho de la Competencia (2006)

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

En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son:

[...]

14. La negativa injustificada del acceso para otro operador económico a redes u otra infraestructura a cambio de una remuneración razonable; siempre y cuando dichas redes o infraestructura constituya una facilidad esencial [...].

Siguiendo la línea de este análisis, la LORCPM sanciona al/los operador/es económico/s que siendo propietarios de una infraestructura considerada facilidad esencial, se nieguen injustificadamente al acceso de otros operadores económicos a cambio de una remuneración razonable, con el fin de fortalecer e incrementar su posición dominante.

2.2.5. DESCUENTOS CONDICIONADOS, TALES COMO AQUELLOS CONFERIDOS A TRAVÉS DE LA VENTA DE TARJETAS DE AFILIACIÓN, FIDELIZACIÓN U OTRO TIPO DE CONDICIONAMIENTOS, QUE IMPLIQUEN CUALQUIER PAGO PARA ACCEDER A LOS MENCIONADOS DESCUENTOS EN EL ABUSO DE PODER DE MERCADO

Al respecto la LORCPM (2011) en el artículo 9 numeral 16 establece que:

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

En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son:

[...]

16. Los descuentos condicionados tales como aquellos conferidos a través de la venta de tarjetas de afiliación, fidelización u otro tipo de condicionamientos, que impliquen cualquier pago para acceder a los mecanismos de descuento [...].

En este sentido, la doctrina ecuatoriana (2012)²⁴ manifiesta que para constituirse este ilícito se debe verificar tres importantes elementos:

[...] (i) Si existe daño al consumidor cuando el monto pagado por la tarjeta de descuento es superior a los descuentos obtenidos en las compras durante la vigencia de la tarjeta de descuento. (ii) Si existe daño al consumidor cuando el precio de los productos o servicios obtenidos con la tarjeta de descuento, es igual o superior a los precios de exactamente los mismos productos o servicios obtenidos en los locales de otros operadores económicos que los ofrecen sin solicitar la presentación de la tarjeta de descuento. (iii) Si existe daño al mercado cuando por efecto directo y exclusivo del uso de las tarjetas de descuento por parte de un operador dominante, a otros operadores económicos competidores directos horizontales han sido excluidos del mercado [...].

²⁴ Régimen de Competencia digesto ecuatoriano (2012)

Así, es indispensable para el análisis de esta conducta, establecer la posición dominante del operador económico al que se le imputa la misma, ya que ésta no es considerada anticompetitiva *per se* y se deberá comprobar los tres elementos indicados anteriormente.

Por otra parte, el uso de tarjetas de fidelización se podría considerar como un tipo de discriminación, misma que puede ser ventajosa en términos económicos tanto para el mercado como para el consumidor.

2.2.6. ABUSO DE DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL SEGÚN LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, CONVENIOS Y TRATADOS CELEBRADOS Y RATIFICADOS POR EL ECUADOR EN LA LEY QUE RIGE LA MATERIA

Cabanellas de las Cuevas define al abuso como un “[...] *exceso, mal uso o empleo arbitrario de un derecho o facultad* [...]”. Para que se configure el abuso del derecho, según la doctrina ecuatoriana, deben darse estas dos condiciones no simultáneas: i) que exceda los límites de la buena fe; y, ii) que exceda el fin para el cual ese derecho fue concebido.

La LORCPM (2011) en el artículo 9 numeral 17 establece que:

[...] Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan,

restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son:

[...]

17. El abuso de un derecho de propiedad intelectual, según las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales, convenios y tratados celebrados y ratificados por el Ecuador y en la ley que rige la materia [...].

Los entes reguladores de la competencia califican un bien determinado como facilidad esencial siempre que éste sea indispensable e insustituible para la actividad económica y deberá ser propiedad de uno de los operadores económicos que participa en ese mercado; posterior a esta evaluación la Autoridad podría tentativamente disponer que se comparta este bien considerado esencial. Así, la negativa de acceso a esa facilidad esencial se consideraría como una práctica anticompetitiva.

La protección de la propiedad intelectual supone un monopolio legal por un período de tiempo determinado por la ley que rige la materia. Si el bien tutelado es irreproducible sin la autorización del dueño de la patente y si éste es imprescindible para la actividad económica del mercado determinado, entonces el operador económico titular de la patente es el propietario de una facilidad esencial.

2.3. ANÁLISIS DE LAS FACILIDADES ESENCIALES EN EL REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA LORCPM

En el presente subapartado se realizará un breve análisis respecto a lo que el Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –RLORCPM–, establece en lo pertinente a las Infraestructuras mismas que se podrían identificar con el carácter de Facilidades Esenciales.

2.3.1. REGULACIÓN DEL ACCESO, CONSISTENTE EN ASEGURAR EL ACCESO NO DISCRIMINATORIO A LOS INSUMOS NECESARIOS, EN ESPECIAL A INFRAESTRUCTURAS QUE CONSTITUYAN FACILIDAD ESENCIAL

Como se mencionó en acápites superiores se entiende por Facilidad Esencial a aquella infraestructura (tangible o intangible) elemental para la provisión de un bien o servicio determinado, misma que debe ser manejada o controlada por un sólo operador económico, esta infraestructura debe tener características únicas para el uso que se emplea y no podrá ser duplicable.

Al respecto, el RLORCPM (2011) en el artículo 50 literal c) establece que:

[...] La regulación sectorial incluirá al menos los siguientes ámbitos:

[...]

c) Regulación del acceso, consistente en asegurar el acceso no discriminatorio a los insumos necesarios, en especial a infraestructuras que constituyan facilidades esenciales.

En la legislación ecuatoriana, que sigue la normativa europea; así como el monopolio no es sancionado *per se*, sino cuando existe abuso de posición de dominio; también la figura de la facilidad esencial *per se* no es sancionable, sino cuando el propietario de esta facilidad esencial abusa de su posición dominante y su situación de ventaja buscando restringir el acceso a un mercado determinado a otros posibles competidores, provocando una situación de abuso al no permitir que los competidores potenciales ingresen al mercado poniendo barreras a través de mecanismos de precios, negativas injustificadas de acceso, abuso de propiedad intelectual, ventas atadas, entre otras. Estos casos de ilicitud en el país se sancionarían conforme a la cláusula general prohibitiva²⁵.

2.4. ANÁLISIS DE LAS INSTALACIONES ESENCIALES EN ORGANISMOS INTERNACIONALES DENTRO DEL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el presente subapartado se realizará un breve análisis respecto a lo que organismos internacionales establecen en lo pertinente a las Infraestructuras o Instalaciones mismas que se podrían identificar con el carácter de Esenciales, dentro del sector de telecomunicaciones.

La OMC se puede entender como el espacio generado para que los gobiernos negocien acuerdos comerciales y resuelvan sus diferencias comerciales.

[...] El propósito primordial del sistema es contribuir a que el comercio fluya con la mayor libertad posible, sin que se produzcan efectos secundarios no deseables, porque eso es importante para el desarrollo económico y el bienestar. Esto conlleva en parte la eliminación de obstáculos. También requiere asegurarse de que los particulares, las empresas y los gobiernos

²⁵ Artículo 9 numeral 1 de la LORCPM, Registro Oficial Nro. 555 del 13 de octubre del 2011

conozcan cuáles son las normas que rigen el comercio en las distintas partes del mundo, de manera que puedan confiar en que las políticas no experimentarán cambios abruptos. En otras palabras, las normas tienen que ser “transparentes” y previsibles [...]”²⁶.

Este organismo delimita a los servicios de telecomunicaciones como un mercado mundial que genera ingresos por valores de más de 1,5 billones de dólares americanos. Los servicios de telefonía móvil representan aproximadamente el 40 por ciento, y los suscriptores de estos servicios en todo el mundo son en la actualidad más del doble de los usuarios de líneas de telefonía fija.

En este sentido, la Organización Mundial del Comercio ha definido a las instalaciones esenciales²⁷ dentro del sector de telecomunicaciones como:

[...] toda instalación de una red o servicio público de transporte de telecomunicaciones que:

- (a) sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores; y*
- (b) cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico.*

Un proveedor importante es un proveedor que tenga la capacidad de afectar de manera importante las condiciones de participación (desde el punto de vista de los precios y del suministro) en un mercado dado de servicios de telecomunicaciones básicas como resultado de:

- (a) el control de las instalaciones esenciales; o*

²⁶ Disponible en: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/who_we_are_s.htm, visitado el 09 de septiembre de 2014

²⁷ Disponible en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/telecom_s/tel23_s.htm, visitado el 11 de septiembre de 2014

(b) la utilización de su posición en el mercado [...].

Para efectos de la presente investigación, se ha considerado la doctrina de facilidades esenciales dentro del sector de telecomunicaciones a la República Dominicana; como país miembro de la OMC, mismo que ha tomado los planteamientos de este organismo y los ha aplicado en su normativa vigente para el sector mencionado.

La Ley No. 153/98 de la República Dominicana²⁸ (en adelante Ley General de Telecomunicaciones) en el artículo 1 define como Instalaciones Esenciales a: “[...] Toda instalación de una red o servicio público de transporte de telecomunicaciones que sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores, y cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico [...]”.

De igual forma, se define la Posición Dominante²⁹ como: “[...] Aquella condición en la que se encuentra una prestadora de servicios de telecomunicaciones que posee facilidades únicas o cuya duplicación sea antieconómica [...]”; mientras que el artículo 8.3 de la Ley General de Telecomunicaciones, acerca de Prácticas Restrictivas a la Competencia, considera como tal: “[...] el abuso de posiciones dominantes en el mercado, especialmente sobre instalaciones esenciales [...]”.

Por su parte, el artículo 1 del Reglamento General de Interconexión dictado por el Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (en adelante INDOTEL)³⁰, define como Facilidades Esenciales

²⁸ Disponible en [http://www.palermo.edu/cele/pdf/Regulaciones/RepublicaDominicanaLeyGenraldeTelecomunicaciones\(1998\).pdf](http://www.palermo.edu/cele/pdf/Regulaciones/RepublicaDominicanaLeyGenraldeTelecomunicaciones(1998).pdf), visitado el 11 de septiembre de 2014

²⁹ Disponible en [http://www.palermo.edu/cele/pdf/Regulaciones/RepublicaDominicanaLeyGenraldeTelecomunicaciones\(1998\).pdf](http://www.palermo.edu/cele/pdf/Regulaciones/RepublicaDominicanaLeyGenraldeTelecomunicaciones(1998).pdf), visitado el 11 de septiembre de 2014

³⁰ Reglamento aprobado mediante Resolución No. 042-02 del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones

a las: “[...] funciones o elementos de la red pública de telecomunicaciones que: a) son suministradas exclusivamente o de manera predominante por un solo prestador o por un número limitado de prestadores; b) cuya sustitución con miras a la prestación de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico [...]”.

Al exponer los principios rectores, el Reglamento de Interconexión en el literal h del artículo 5, incluye un Principio de Precios en Base a Costos. De acuerdo con este principio: “[...] La prestadora requirente tiene derecho a que los precios de Interconexión por las facilidades esenciales provistas, se definan en función del aumento de costos provocados por la Interconexión solicitada, correspondientes a las instalaciones utilizadas, los elementos de red y los servicios prestados, más una tasa de retorno razonable [...]”.

Por su parte, en el artículo 12 del Reglamento General de Interconexión se determinan las facilidades esenciales a las que se refiere el principio de Precios en Base a Costos. En la definición legislativa de instalaciones esenciales, antes citada, estas constituyen aún, un concepto jurídico indeterminado; en esa concepción legal, serían esenciales, todas las instalaciones que por su exclusividad o precariedad e imposible o antieconómica sustitución, sean necesarias para los prestadores que no la detentan.

El numeral 2 del artículo 12 del Reglamento de Interconexión, basado en la definición más precisa de facilidades esenciales que brinda el artículo 1 del mismo reglamento, detalla cuáles son las facilidades que califican como esenciales, siempre que se reúnan las condiciones descritas en el numeral 1 del artículo 12, que son las mismas previamente establecidas en la definición reglamentaria: i) Exclusividad o predominancia en manos de una prestadora o un número limitado de estas; y, ii) Una sustitución o duplicación con miras al suministro, antieconómica en lo técnico o lo operativo.

De acuerdo con el numeral 2 del artículo 12 del Reglamento General de Interconexión, dichas facilidades pueden ser, entonces:

*[...]a) **Acceso o terminación local:** Consistente en la conexión entre el punto terminal de la red ubicado en las instalaciones del cliente y la central de conmutación local, incluyendo las funciones de conmutación de la central.*

*b) **Facilidades de conmutación:** Consistentes en el establecimiento de una conexión individual entre una entrada y una salida deseada dentro de un conjunto de entradas y salidas durante el tiempo requerido.*

*c) **Facilidades de transmisión:** Consistentes en enlaces entre centrales de conmutación locales o entre una central local y una de larga distancia, o entre centrales de larga distancia. Las facilidades de transmisión podrán ser de transporte dedicado o de transporte conmutado.*

*d) **Coubicación:** De acuerdo a lo definido en el artículo 11 de este Reglamento.*

*e) **Función de señalización:** Consistente en el transporte e intercambio de la información necesaria para gestionar las comunicaciones.*

*f) **Facilidades de tasación, facturación y cobranza por cuenta y orden de terceros:** Consistente en tasar y/o facturar y/o percibir los pagos de los servicios de terceras Prestadoras a los que se acceda desde la red de la Prestadora requerida [...].*

Es importante destacar que tales facilidades, de acuerdo con lo establecido en el numeral 5 del artículo 12 favorece una presunción de esencialidad, a menos que la prestadora que las posee, pueda demostrar que no lo son. Adicionalmente, se establece que cualquier otra facilidad, función o elemento de red podrá ser declarada esencial por el INDOTEL, cuando la prestadora requirente demostrase que lo es.

Por su parte, en el artículo 19 del mencionado Reglamento, se establecen ciertas pautas económicas para el cálculo de los precios de las facilidades esenciales:

[...] Sin perjuicio de la aplicación de la metodología que establezca el Reglamento de Tarifas y Costos de Servicios cuando el mismo esté vigente, en caso de desacuerdo entre las partes, el INDOTEL fijará los precios de las facilidades esenciales de conformidad con las siguientes pautas generales:

- a) Se tomarán en cuenta únicamente los costos directos de las funciones, elementos, facilidades y activos estrictamente necesarios para la provisión de la Interconexión de las redes que se utilicen, incluyendo los costos de planificación, operación y mantenimiento de la infraestructura necesaria. El rendimiento sobre estos recursos y activos deberá estar basado en indicadores de mercado del costo de capital.*
- b) Para calcular el valor de los activos se tomará en cuenta su valor de reposición, salvo cuando ello no fuera posible, en cuyo caso se considerará el valor de las tecnologías de punta disponibles en el mercado y necesarias para proveer la funcionalidad de la red requerida.*
- c) Se deberá prever un mecanismo de recuperación de costos comunes a varios servicios.*
- d) Para determinar los factores de depreciación y los costos de reposición no se tomarán como parámetros los valores registrados en la contabilidad, sino los valores de mercado y estudios de depreciación independientes ordenados por el INDOTEL.*
- e) Para el cálculo de los costos no podrán utilizarse los costos históricos, salvo en el caso de que estos constituyan la única fuente de información disponible [...].*

Una conducta abusiva podría ser, no ofrecer oportunamente a disposición de las demás prestadoras la información técnica sobre facilidades esenciales³¹ o toda negativa a negociar o dilación injustificada sea para acceder o contratar los servicios que pueda prestar una instalación esencial, omitiendo los principios y normas de la interconexión establecidos en la Ley y su Reglamento, es decir, diferentes expresiones de conductas que afecten a la libre competencia dentro del sector de telecomunicaciones.

Por su parte, el Congreso Nacional, al dictar, tiempo después la Ley General de Defensa a la Competencia No. 42/08, en el año 2008, reitera la mencionada atribución al INDOTEL, para tales casos; y crea la Comisión Nacional de Defensa a la Competencia (en adelante Pro-Competencia). Así, Pro-Competencia no sustituye a INDOTEL en el examen y declaratoria de una facilidad de telecomunicaciones como esencial, pero posee potestad de opinión al respecto, en la eventualidad de un procedimiento administrativo seguido a tales fines.

Por otra parte, las condiciones para el análisis de la doctrina de facilidades esenciales, reconocido a nivel de cortes federales estadounidenses, van acorde a las disposiciones del Reglamento de Interconexión dominicano: i) las prestadoras, requirente y requerida, compiten en un mismo mercado; ii) el requirente no puede duplicar la facilidad, pues considera la regulación que eso resultaría técnica u operativamente antieconómico, a los fines de suministro; iii) el monopolista o proveedor dominante niega la facilidad; esto es, acude a una conducta abusiva, sea por negativa, dilación o falta de información relativa a la facilidad; y finalmente, iv) el monopolista o proveedor importante, ha podido, haber concedido el acceso; de acuerdo al Reglamento de Interconexión, se presume que puede hacerlo respecto

³¹ Artículo 29, numeral 2, literal i), cuyo texto emana del Documento de Referencia anexo vinculante del Cuarto Protocolo del Acuerdo General de Comercio de Servicio de la OMC, relativo a negociaciones sobre telecomunicaciones básicos, ratificado a través del Art. 118.3 de la Ley No. 153-98.

de las facilidades definidas en el numeral 2 del artículo 12, en las condiciones exigidas por el Principio de Precios en Base a Costos y las pautas del artículo 18 del Reglamento. En caso de que no lo sea, es necesario que dicho prestador dominante o monopolista de facilidades, demuestre a través de una acción afirmativa del INDOTEL, que la duplicación de esas facilidades no es antieconómica.

A los efectos de la normativa dominicana, un proveedor dominante ostenta el monopolio de uso y explotación de la facilidad esencial. Pero, sigue siendo un clásico monopolista respecto del dominio material de la facilidad. Se puede afirmar que el derecho dominicano de telecomunicaciones contiene una integral aplicación de la doctrina de facilidades esenciales norteamericana, con el objetivo de asegurar el acceso universal y la libre competencia.

El propietario de la facilidad esencial, tiene el deber constitucional de no impedir, que el ejercicio de sus derechos de disposición, uso y explotación, vulnere la libre y leal competencia de otros participantes. Así, el artículo 50 de la Constitución de la República Dominicana, consagra de manera conjunta los derechos fundamentales de libre empresa y competencia.

La doctrina de facilidades esenciales, expuesta en la Ley No. 153/98 y el Reglamento General de Interconexión de la República Dominicana, defiende que la regulación especializada y sectorial, es la más idónea para administrar justicia; por cuanto las instalaciones, infraestructuras o facilidades esenciales tienen especificidades técnicas propias para prestar un servicio determinado dentro de cada sector; sin embargo, es importante tener conceptos y requisitos claros de facilidades esenciales en el marco general del derecho de la competencia.

INSTALACIONES ESENCIALES EN EL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

Si bien en la Decisión 608 se establece el Abuso de Poder de Mercado, no se llega al detalle, por ello es menester referir lo que dice la Comunidad Andina de Naciones (en adelante CAN) en la Decisión 462.

Al ser el sector de telecomunicaciones, uno de los sectores con mayor relevancia para la economía global, la CAN aprobó lo siguiente:

*[...] En mayo de 1999, [...] aprobó la **Decisión 462** con miras a fomentar el proceso de liberalización progresiva del comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones, mediante la eliminación de restricciones y obstáculos a su libre comercio, la armonización de las normas para el mercado común, la adopción de definiciones comunes y estimular la inversión en los servicios de telecomunicaciones.*

Actualmente, el CAATEL viene desarrollando, con el apoyo de la Secretaría General de la CAN, una serie de acciones destinadas a promover la integración en telecomunicaciones, como la implementación del servicio de roaming en zonas fronterizas, la implementación de redes de telecomunicaciones para la prevención y atención de desastres naturales; el desarrollo de la banda ancha y la posibilidad de compartir datos de terminales móviles robados en la subregión [...]. (Lo resaltado me pertenece)

La Decisión 462³² fue creada con el objetivo de “[...] fomentar el proceso de liberalización progresiva del comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones a fin de alcanzar la creación de un Mercado Común Andino de servicios, contribuyendo así al proceso de integración de la Subregión Andina [...]”.

En el artículo 2, define a instalaciones esenciales como:

[...] Toda instalación de una red o servicio público de transporte de telecomunicaciones que:

- a) Sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores; y*
- b) Cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico [...].*

Asimismo, define a Proveedor Importante como aquel que:

[...] tiene la capacidad de afectar de manera importante las condiciones de participación, desde un punto de vista de los precios y del suministro, en un mercado dado de Servicios Públicos de Transporte de Telecomunicaciones como resultado de:

- a) El control del acceso a las instalaciones esenciales; o*
- b) La utilización de su posición en el mercado [...].*

En el artículo 29, establece como una práctica anticompetitiva, entre otras, a “[...] No poner oportunamente a disposición de los demás proveedores de servicios la información técnica sobre las

³² Decisión 462 de la Comunidad Andina de Naciones, publicada mediante Registro Oficial No. 268, de fecha 02 de septiembre de 1999

instalaciones esenciales y la información comercial-mente pertinente que éstos necesiten para suministrar servicios [...]”.

Adicionalmente, la doctrina de las facilidades esenciales en la Resolución 432 de la Comunidad Andina³³ en el artículo 21 establece:

[...] Se considerarán instalaciones esenciales a efectos de interconexión las siguientes:

- a) Origen y terminación de comunicaciones a nivel local.*
- b) Conmutación.*
- c) Señalización.*
- d) Transmisión entre Centrales.*
- e) Servicios de asistencia a los abonados, tales como: emergencia, información, directorio, operadora y servicios de red inteligente.*
- f) Acceso a elementos auxiliares y a elementos que sean usados por ambas partes al mismo tiempo, siempre y cuando sea factible y económicamente viable, tales como derechos de vía, ductos, postes, torres, energía e instalaciones físicas en general.*
- g) La facturación y recaudación, así como toda aquella información necesaria para poder facturar y cobrar a los usuarios.*

La Autoridad de Telecomunicaciones competente está facultada para establecer una lista mayor de instalaciones consideradas esenciales [...].

Tal como se ha podido observar, la normativa comunitaria, en materia de instalaciones esenciales en el sector de telecomunicaciones, se enmarca en los lineamientos generales determinados por la OMC, y se lo puede definir como: Toda instalación de una red o servicio público de transporte de

³³ Resolución 432 de la Secretaría Andina, publicada mediante Registro Oficial No. 266, de fecha 14 de febrero de 2001

telecomunicaciones que: a) sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores; y, b) cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico.

En el Ecuador, en el marco del sector de telecomunicaciones, se publicó el 14 de marzo de 2007, mediante Registro Oficial No. 41, el Reglamento de Interconexión, mismo que en su parte pertinente³⁴ establece la definición de Instalación Esencial, en los siguientes términos:

[...] Es toda parte de una red o servicio de telecomunicaciones que (i) sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores; y, (ii) cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico [...].

Por su parte, en el artículo 7 se establece que:

[...] La interconexión se deberá desarrollar bajo el concepto de desagregación de elementos o instalaciones esenciales. El costo de los componentes de dichos elementos para la determinación de los cargos de interconexión se establecerá de conformidad con el criterio de costos establecido en este reglamento. Se consideran instalaciones esenciales para la interconexión, entre otros, los siguientes:

- a) Puntos de origen y terminación de comunicaciones locales;*
- b) Conmutación;*
- c) Señalización;*
- d) Transmisión entre nodos de conmutación;*
- e) Los sistemas de apoyo operacional para facilitar, gestionar y mantener la interconexión;*

³⁴ Glosario de Términos del Reglamento de Interconexión.

f) Servicios de asistencia a los abonados, tales como: emergencia, información, directorio, operadora y servicios de red inteligente;

g) Acceso a elementos auxiliares y a elementos que sean usados por ambas partes al mismo tiempo, siempre y cuando sea técnicamente factible y económicamente viable, tales como derechos de vía, ductos, postes, torres, energía e instalaciones físicas en general;

[...]

i) Disponibilidad de espacio para la coubicación de equipos.

El CONATEL tiene la facultad para establecer una lista mayor de instalaciones consideradas esenciales [...].

Como se puede observar, la normativa ecuatoriana en materia del sector de telecomunicaciones, trata sobre instalaciones esenciales en este sector, siguiendo los lineamientos de la Comunidad Andina de Naciones y de la Organización Mundial de Comercio.

La doctrina de facilidades esenciales dentro del derecho de la competencia está descrita en un marco más general; y, tal como se ha observado en lo señalado en el presente capítulo, ni la Comunidad Andina ni la OMC ni ningún otro organismo internacional o regional ha establecido conceptos y requisitos que debe cumplir una infraestructura para ser considerada como esencial en otros sectores de mercado; sin embargo, permite acercarse al concepto y establecer una definición más amplia del mismo.

3. ELEMENTOS QUE DEBE TENER UNA ADECUADA DEFINICIÓN DE LA FACILIDAD ESENCIAL

Del análisis realizado; cabe señalar que debe entenderse a la Facilidad esencial como aquella infraestructura (tangible o intangible) elemental para la provisión de un bien o servicio determinado, manejada o controlada por un sólo operador económico, que tiene características únicas para el uso que se emplea y no podrá ser duplicable; en el presente capítulo se analizará cada uno de los requisitos establecidos, para que una infraestructura sea considerada con facilidad esencial. La presente investigación se afrontará considerando las dos visiones doctrinales que tratan el tema: i) la doctrina norteamericana; y, ii) la doctrina europea; recalcando que la legislación ecuatoriana sigue la línea europea.

CRITERIOS DELIMITADORES

3.1. LA IMPOSIBILIDAD DE DUPLICAR EL RECURSO

Uno de los requisitos que se contemplan dentro de la Doctrina para una adecuada definición de facilidad esencial es la imposibilidad de duplicar el recurso; es pertinente, en primer lugar, definir el término duplicar.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española³⁵, duplicar significa “*Repetir exactamente algo, hacer una copia de ello*”, en tal sentido se entenderá que duplicar el recurso

³⁵ Ver <http://lema.rae.es/drae/?val=duplicidad>, visitada el 23 de junio de 2014

es hacer otro exactamente igual. Para el caso de facilidades esenciales no representaría la duplicidad de un recurso ya que dejaría de ser esencial para este mercado. Se define el término esencial, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española³⁶ como: “*Sustancial, principal, notable*”.

La doctrina norteamericana (1993)³⁷ señala que si la facilidad puede ser duplicada, no será esencial para la supervivencia del demandante. Para poder definir la naturaleza **esencial** de una facilidad, normalmente, se señalan dos requisitos ligados: i) la facilidad es indispensable para que exista competencia; y, ii) la infraestructura o recurso esencial no puede ser duplicado o replicado. Se podría entender a ambos requisitos como uno solo ya que el recurso es indispensable para competir por lo que no puede ser duplicado, ya que perdería la naturaleza de esencial sin tener por resultado eliminar la competencia efectiva del mercado.

Bergman en su libro “The role of Essential Facilities Doctrine” (2001), enlista algunos supuestos a considerar para determinar a una facilidad esencial:

- i) la facilidad esencial es propiedad de un monopolista;
- ii) generalmente, la facilidad esencial es una infraestructura combinada con servicios, como lo establece Bergman, es poco probable que un bien duradero pueda ser considerado infraestructura esencial;
- iii) el/los operador/es económico/s propietarios de la facilidad esencial son competidores en el mismo eslabón de la cadena de producción con los operadores económicos potenciales que carecen del acceso a esta infraestructura;
- iv) los potenciales competidores **no tienen la capacidad de duplicar** la facilidad esencial;

³⁶ Ver <http://lema.rae.es/drae/?val=duplicidad>, visitada el 23 de junio de 2014.

³⁷ Ross, Principles of antitrust law, Primera Edición, 1993

- v) a los operadores económicos que son potenciales competidores se les niega el acceso a la facilidad esencial, o se les otorga con condiciones discriminatorias;
- vi) si es posible otorgar el acceso a la facilidad esencial;
- vii) el acceso a la facilidad esencial es indispensable para competir en el mercado;
- viii) el permiso de acceder a la facilidad esencial incrementa significativamente la competencia;
- y,
- ix) el acceso no debe ser permitido si esto reduce los incentivos a invertir o desarrollar otras actividades económicas.

Se concluye que en el análisis del abuso de poder de mercado por la posesión de una infraestructura considerada facilidad esencial; es indispensable demostrar, por parte de la Autoridad de Competencia, que el recurso no se pueda duplicar. Esto no implica imposibilidad absoluta de duplicidad, por cuanto la mayoría de las instalaciones en alguna medida pueden ser replicadas. Tal como se vio en el capítulo I, en el caso “United States vs. Terminal Railroad Association of St. Louis”, la Corte Suprema realizó un análisis a las limitaciones derivadas de la situación topográfica del Río Mississippi; por tanto, se dio una total imposibilidad a duplicar el recurso.

La doctrina europea³⁸ al respecto señala que la facilidad esencial debe ser única o, al menos, muy difícil de ser duplicada; deben presentarse, para que se duplique la facilidad esencial, obstáculos **insuperables** tanto en el aspecto técnico, económico como legal. Duplicar el recurso debería ser imposible cuando el costo o el tiempo requerido es exorbitante, cuando el mercado está totalmente indispuesto a aceptar usar una **nueva** facilidad.

³⁸ Ver Vassilis Hatzopoulos, The EU essential facilities doctrine, disponible en http://www.i.umich.edu/UMICH/ces/Home/Resources/Michigan%20Paper%20Series/Hatzopoulos_EU_Essential_Facilities.pdf, visitada el 26 de junio del 2014.

Sin embargo, la réplica de la facilidad en cuestión debe ser “no practicable” mas no “imposible”; lo cual implicaría un problema al definir cuándo es razonable duplicar la facilidad “esencial”. Es decir, que el problema está en determinar si existe algún impedimento técnico, económico o legal que permita a una empresa suponer la creación de un bien o servicio “sustituto” o alternativo al que está solicitando acceso.

3.2. LA IMPRESCINDIBILIDAD DEL ACCESO AL RECURSO

Tovar Mena Teresa (2006) en su libro “Derecho de la Competencia y Telecomunicaciones” citando a Robinson (doctrina norteamericana) señala que:

[...] las negativas injustificadas a contratar solo deben considerarse como una infracción a la libre competencia, por separado (no si son parte de una concertación, por ejemplo) cuando se trata de la negativa de acceso a instalaciones esenciales, definidas éstas de manera estrecha [...] la exigencia de determinar si la negativa es justificada deja un margen de interpretación muy amplio que, en la práctica, hace que la máxima de que las empresas no están obligadas a contratar con sus competidores, aun cuando tengan posición de dominio, se convierta en una regla en extremo vaga y con demasiadas excepciones.

Por ello propone que, “... la negativa [a contratar] por sí sola no constituiría una ofensa separada, excepto en el raro caso de que el monopolista controle una facilidad esencial”. Señala que la tesis no implica que las negativas a contratar no juegan rol alguno fuera del contexto de las facilidades esenciales, pues las negativas a contratar pueden sr una parte de una conducta que afecta la competencia. Pero, cuando se trata de negativas “puras”, deberá usarse la doctrina de las facilidades esenciales para determinar si existe la obligación de

contratar. Señala que usar esta doctrina dará mayor certeza que los variables y difusos criterios jurisprudenciales [...]. (p. 177-178)

La doctrina europea³⁹ señala que la manera en que el acceso es garantizado difiere, dependiendo de la naturaleza de la facilidad. Si la facilidad consta de una red, la interconexión física es el requisito mínimo, mientras que en las redes de valor añadido (VANs, por sus siglas en inglés) el acceso a algunos servicios básicos también puede ser requerido. Asimismo, cuando la facilidad se compone de una infraestructura física (puerto, aeropuerto, etc.) el acceso puede cubrir no sólo la propia infraestructura, sino también instalaciones "colaterales" o servicios, indispensables para el buen uso de la infraestructura básica. Cuando la instalación se compone de una serie de servicios (por ejemplo, una red de distribución), entonces el acceso a algunos "servicios básicos" debe ser requerido. (La traducción me pertenece)

Como se explicó en el capítulo II, los operadores económicos tienen el derecho de contratar libremente; siempre y cuando, éste no restrinja el derecho de terceros para competir en un mercado. Sin embargo, si el operador económico con posición dominante controla un recurso que ha de ser considerado indispensable para poder competir en un mercado determinado, éste no puede sin justificación alguna negar el acceso al recurso a los potenciales competidores.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁴⁰, se define al término imprescindible como "*Necesario u obligatorio*"; enmarcando este concepto con la doctrina de las Facilidades Esenciales, un requisito es que el acceso al recurso sea necesario y no reemplazable para

³⁹ Ver Vassilis Hatzopoulos, The EU essential facilities doctrine, disponible en http://www.i.umich.edu/UMICH/ces/Home/Resources/Michigan%20Paper%20Series/Hatzopoulos_EU_Essential_Facilities.pdf, visitada el 26 de junio del 2014. "[...] The way in which access is ensured differs, depending on the nature of the facility. If the facility consists of a network, physical interconnection is the minimum requirement, while in value added networks (VANs) access to some basic services may also be required. Similarly, where the facility consists of physical infrastructure (port, airport, etc) access may cover not only the infrastructure itself, but also 'collateral' facilities or services, indispensable for the proper use of the basic infrastructure. When the facility consists of an array of services (such as a distribution network), then access to some 'basic services' may be required [...]"

⁴⁰ Ver <http://lema.rae.es/drae/?val=duplicidad>, visitada el 23 de junio de 2014

realizar determinada actividad económica; por ejemplo, bajo el supuesto que en el Ecuador el aeropuerto de Quito sea manejado por un sólo operador económico (monopolio), mismo que ofrece también el servicio de transporte aéreo, las demás aerolíneas que prestan servicios de transporte de carga y de pasajeros requieren indispensablemente el acceso al aeropuerto (facilidad esencial); es decir, no existe otra forma de que estas aerolíneas ofrezcan sus servicios sin el acceso al aeropuerto.

Si bien el operador económico que controla el aeropuerto tiene la libertad de contratar con quien crea pertinente, éste no debe restringir el derecho de terceros. En el ejemplo antes expuesto, el aeropuerto puede ser utilizado para proveer el servicio de transporte aéreo por más de dos aerolíneas; es decir, el operador que controla esta facilidad esencial no puede negarse injustificadamente al acceso de los competidores potenciales, en este mercado.

3.3. LA INEXISTENCIA DE JUSTIFICACIÓN RAZONABLE

Como se mencionó anteriormente, la sola posesión de una facilidad esencial no es *per se* contraria a la competencia, al igual como el hecho de tener posición dominante no implica ilicitud anticompetitiva. Para que se pueda aplicar la doctrina de las Facilidades Esenciales es indispensable que exista abuso de quien controle la infraestructura esencial.

Tal como señala Rencoret⁴¹, citando a Hovenkamp (doctrina norteamericana)

⁴¹ “La Doctrina de las Facilidades Esenciales ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, Memoria para adquirir el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pedro Ignacio Rencoret Gutiérrez, Chile, 2010. Disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/12/Tesis_1.pdf, visitada el 20 de mayo del 2014.

[...] la doctrina de las facilidades esenciales es única en cuanto a que lo que determina la responsabilidad es el status de monopolista (como dueño de la facilidad y como competidor en el mercado en que recae la facilidad) más que una conducta positiva.

Si bien ilustra con astucia y claridad el hecho que la doctrina centra su aplicación sobre un elemento estructural, bajo ninguna circunstancia el solo elemento estructural puede determinar la imposición de responsabilidad. Para que ello ocurra, como se dijo, debe concurrir necesariamente la conducta culposa del demandado. En el caso de la doctrina de las facilidades esenciales, dicho elemento se manifiesta concretamente en la negativa injustificada o abusiva del titular de una facilidad considerada esencial a compartirla con sus rivales, con la consecuente eliminación de toda competencia efectiva en el mercado. Tal es, en definitiva, el tercer y último requisito necesario para que la doctrina de las facilidades esenciales reciba aplicación [...].

La doctrina europea⁴² al respecto señala que la negativa por parte del titular del recurso, para permitir el acceso de competidores, puede ser directa o absoluta. También se puede inferir a partir de la imposición de condiciones ilógicas, exorbitantes o de otra manera injustificada. Esas condiciones pueden ser de naturaleza económica, técnica o de otro tipo. La negativa al acceso a una instalación esencial es, en principio, prohibida, pero puede ser justificada. Las razones que pueden justificar tal negativa deben ser objetivas y no ser técnica y económicamente erróneas, discriminatorias o discrecionales. (La traducción me pertenece)

⁴² Ver Vassilis Hatzopoulos – The EU essential facilities doctrine, disponible en http://www.i1.umich.edu/UMICH/ces/Home/Resources/Michigan%20Paper%20Series/Hatzopoulos_EU_Essential_Facilities.pdf, visitada el 26 de junio del 2014. “[...] Refusal, by the holder of the facility, to allow competitors access may be direct or absolute. It may also be inferred by the imposition of illogical, exorbitant or otherwise unjustified conditions. Such conditions may be of an economic, technical or other nature. Refusal to grant access to an essential facility is in principle prohibited, but it may be justified. The reasons which may justify such a refusal must be objective and may not be technically and economically unsound, discriminatory or otherwise discretionary [...]”

Bajo este contexto, se puede concluir que el simple hecho de que un operador económico posea una facilidad que se considere dentro de un mercado como esencial, no significa que éste será sancionado, la conducta será sancionada siempre que derive en un abuso de la posesión de este tipo de infraestructuras. Este abuso se puede dar a través de una negativa injustificada a un potencial competidor que carezca de este recurso indispensable para competir en un mercado determinado.

3.4. LA POSIBILIDAD DE PROVEER LA FACILIDAD ESENCIAL

En cuanto al requisito de que la facilidad esencial tenga la posibilidad de ser proveída, la doctrina norteamericana⁴³ señala que: i) la doctrina de las facilidades esenciales es propiamente invocada para prevenir a un monopolista extender su poder de un mercado a otro mediante el impedir el acceso a un insumo que es necesario en un mercado secundario; y, ii) el compartir forzado debe ser el único vehículo para probar si un mercado realmente es de hecho un monopolio natural. En resumen, la necesidad de supervisión regulatoria es una preocupación común tanto del derecho de la libre competencia como de la regulación. En ambos casos los costos de tal supervisión pueden ser medidos contra cualquier beneficio que pueda haber del compartir forzado.

La doctrina europea⁴⁴ señala que se puede proveer acceso a la facilidad esencial a través de términos razonables, lo que constituye términos razonables se decide sobre una base caso por caso. La prueba aquí es simple de enunciar: los competidores deben tener acceso a las facilidades en las mismas

⁴³ Robinson, "On Refusing to Deal With Rivals", Ed. 2001, p. 33-36

⁴⁴ Ver Vassilis Hatzopoulos – The EU essential facilities doctrine, disponible en http://www.i.i.umich.edu/UMICH/ces/Home/Resources/Michigan%20Paper%20Series/Hatzopoulos_EU_Essential_Facilities.pdf, visitada el 26 de junio del 2014. "[...] What constitutes reasonable terms is decided on a case-by-case basis. The test here is simple to state: competitors should have access to the facility under the same terms as the holder himself. Applying the principle may prove delicate, especially in cases where the holder of the facility is strongly integrated, thus making it difficult to isolate the facility and to identify the conditions of its use. [...] however, [...] the owner should not obstruct, in any unjustified way, the access of the competitors to the facility. On the other hand, the competitor who is given access to the facility should also respect the obligation of reasonableness[...]"

condiciones que el propio titular. Aplicando este principio puede resultar delicado, especialmente en los casos en que el titular de la instalación está fuertemente integrado, por lo que es difícil aislar la facilidad e identificar las condiciones de su uso. Sin embargo, el propietario no debe obstaculizar, de manera injustificada, el acceso de los competidores a las facilidades. Por otro lado, el competidor que se le da el acceso a la facilidad también debe respetar la obligación de razonabilidad.. (La traducción me pertenece)

En este sentido, el operador económico con posición de dominio que controla el recurso esencial, al ser considerado como tal, todos los posibles competidores que deseen ingresar en ese mercado indispensablemente requieren el acceso a esta infraestructura (concebida como un recurso tangible o intangible) que no puede ser duplicable y por tanto es considerada única; así, el operador económico que lo controla no estaría en la posibilidad de negar su acceso, sino más bien de permitirlo, ya que de no hacerlo incurriría en la práctica derivada del abuso de posición dominante.

3.5. EL CONTROL DE FACILIDAD ESENCIAL POR PARTE DE UNA EMPRESA QUE TENGA PODER DE MERCADO

Otro requisito indispensable para la adecuada definición de facilidad esencial se enmarca en que ésta debe estar controlada por un operador económico con poder de mercado; para que esto se configure es importante recalcar dos aspectos importantes: i) la facilidad tiene que estar bajo el control de un operador económico; y, ii) este operador económico tiene que cumplir características de monopolio.

El primer aspecto se relaciona con la concepción de que si la facilidad, a pesar de seguir siendo considerada esencial para un mercado determinado, no se encuentra bajo el control o dominio de un operador económico, implica el libre acceso a todos los competidores que quieran participar en ese

mercado específico; de esta forma se estaría en una situación de libre competencia, sin configurarse ninguna conducta abusiva.

Por su parte, el segundo aspecto hace mención a las características que debe cumplir el operador económico propietario o que controle la facilidad esencial, éste debería tener una posición significativa en el mercado, puesto que si no la tuviera la negativa al acceso a la facilidad esencial no tuviera lugar ya que éste necesita de sus competidores para poder continuar operando en el mercado; de esta forma, no se derivaría en la comisión de un abuso de poder de mercado, porque nadie abusa de lo que no tiene.

En conclusión al presente capítulo se puede decir que la explicación de cada uno de estos es relevante para que se comprenda la definición adecuada de la facilidad esencial.

En resumen, la facilidad esencial es aquella infraestructura (tangible o intangible) que cumpla los siguientes requisitos: i) imposibilidad de que ésta sea duplicables; es decir, que sea única e irreemplazable; ii) que su acceso sea imprescindible; es decir, que el acceso a este recurso sea elemental y necesario para la provisión de un bien o servicio determinado; iii) que no exista una justificación razonable para negar el acceso a ésta por parte del operador que la controla; iv) que exista la posibilidad de proveer el acceso a esta facilidad esencial; es decir, el recurso cumpla condiciones que permitan el acceso compartido por varios operadores económicos sin restricciones abusivas, contrarias a la libre competencia; y, v) que esté manejada o controlada por un sólo operador económico.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. CONCLUSIONES

Ante los hechos expuestos en el presente trabajo de investigación se concluye que:

- En la LORCPM se encuentra prohibido el abuso del poder de mercado derivado de la negativa injustificada del acceso para otro operador económico a redes u otras infraestructuras a cambio de una remuneración razonable; siempre y cuando dichas redes o infraestructuras constituyan una facilidad esencial; sin embargo, en forma expresa no establece una definición ni requisitos claros que deban cumplir las infraestructuras para ser consideradas esenciales, no obstante esta prohibición se encuentra dentro de la cláusula general prohibitiva.
- La Doctrina de las Facilidades Esenciales surge de Estados Unidos y posteriormente de Europa, respecto a lo cual debe verificarse las características de cada una y la que mejor se aplique al sistema jurídico ecuatoriano.
- La posición de Estados Unidos frente a la Doctrina de las Facilidades Esenciales establece que debe existir un único operador económico dueño o que controle la facilidad esencial, sin que éste pueda duplicar esta infraestructura. En cuanto a la posición europea se rescata la definición de facilidad esencial como aquella infraestructura sin acceso para otros competidores y que la misma no puede ser replicada.

- La normativa vigente ecuatoriana en materia de competencia tiene influencia europea; por lo que, se considera más amigable la definición establecida por la Comisión Europea.
- El Derecho de la Competencia en el Ecuador, a través de la LORCPM, abarca mecanismos de regulación que evitan distorsiones por conductas anticompetitivas: a) concentraciones económicas; b) prácticas desleales; c) abuso de posición dominante; d) acuerdos restrictivos; y, e) ayudas públicas.
- Las personas que ejerzan cualquier actividad económica (operadores económicos) se encuentran en la libertad de contratar con cualquier otro operador, siempre y cuando este derecho no limite la competencia y/o pueda afectar los intereses jurídicos que se pretende proteger. Una empresa con poder de mercado en una determinada actividad económica y que sea propietario de una infraestructura considerada esencial, a pesar de que tiene libertad de contratación, no puede negarse injustificadamente a contratar.
- La facilidad esencial es aquella infraestructura (tangible o intangible) que cumpla los siguientes requisitos: i) imposibilidad de que ésta sea duplicable; es decir, que sea única e irreemplazable; ii) que su acceso sea imprescindible; es decir, que el acceso a este recurso sea elemental y necesario para la provisión de un bien o servicio determinado; iii) que no exista una justificación razonable para negar el acceso a ésta por parte del operador que la controla; iv) que exista la posibilidad de proveer el acceso a esta facilidad esencial; es decir, el recurso cumpla condiciones que permitan el acceso compartido por varios operadores económicos sin restricciones abusivas, contrarias a la libre competencia; y, v) que esté manejada o controlada por un sólo operador económico.

- Los operadores económicos que concentren un bien o servicio, estarían en la capacidad de imponer la calidad, cantidad (en función del precio) y manipular los precios en términos abusivos, afectando directa o indirectamente a los operadores económicos y que es de orden público.
- Los operadores económicos propietarios de una infraestructura no podrían acaparar o explotar dicho bien perjudicando los derechos de los operadores económicos y/o del sistema competitivo mismo, restringiendo así la libre competencia. Es decir, que si dichas infraestructuras son consideradas esenciales, únicas y no sea posible duplicarlas, se podría decir que existe un monopolio u oligopolio (dependiendo el número de propietarios de ese bien), que de cometer las conductas prohibidas se someterán al juzgamiento y sanción previstos en la LORCPM.
- El Estado debe garantizar el acceso a las infraestructuras consideradas esenciales, promoviendo la participación de todos los operadores económicos dentro de ese mercado, velando por la libre competencia.
- Ante una conducta considerada anticompetitiva, el Estado deberá intervenir y sancionar a través del órgano regulador; que para el caso ecuatoriano es la Superintendencia de Control del Poder del Mercado.
- La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios en el abuso de poder de mercado, sería justificable y no tendría efecto alguno cuando existan alternativas suficientes para el proveedor de vender sus productos o para el cliente de comprarlos.

- Un operador económico con posición dominante que posea una infraestructura determinada como esencial para una actividad económica específica, no puede atar los servicios que presta con el fin de incrementar sus beneficios y fortalecer su poder de mercado.
- La LORCPM sanciona a los operadores económicos que siendo propietarios de una infraestructura considerada facilidad esencial, se nieguen injustificadamente al acceso de otros operadores económicos a cambio de una remuneración razonable, con el fin de fortalecer e incrementar su posición dominante.
- Los entes reguladores de la competencia califican un bien determinado como facilidad esencial siempre que éste sea indispensable e insustituible para la actividad económica y deberá ser propiedad de uno de los operadores económicos que participa en ese mercado; posterior a esta evaluación la Autoridad podría disponer que se comparta este bien considerado esencial.
- La posición dominante no es sancionada *per se*, sino cuando existe abuso de posición de dominio; de la misma manera, la figura de la facilidad esencial *per se* no es sancionable, sino cuando el propietario de esta facilidad esencial abusa de su posición dominante y su situación de ventaja buscando restringir el acceso a un mercado determinado a otros posibles competidores.
- En el análisis del abuso de poder de mercado por la posesión de una infraestructura considerada facilidad esencial; es indispensable demostrar, por parte de la Autoridad de Competencia, que el recurso no se pueda duplicar. Esto no implica imposibilidad absoluta de duplicidad, por cuanto la mayoría de las instalaciones en alguna medida pueden ser replicadas.

- Si bien el operador económico que controla la facilidad esencial tiene la libertad de contratar con quien crea pertinente, éste no debe afectar, restringir, falsear o distorsionar el derecho de terceros.
- El operador económico con posición de dominio que controla el recurso esencial, al ser considerado como tal, todos los posibles competidores que deseen ingresar en ese mercado indispensablemente requieren el acceso a esta infraestructura.
- Ningún organismo internacional o regional ha establecido conceptos y requisitos que debe cumplir una infraestructura para ser considerada como esencial, como ha quedado descrito, la normativa comunitaria y otros organismos internacionales han definido instalación esencial en el marco sectorial.

4.2. RECOMENDACIONES

En base a las conclusiones expuestas, se recomienda:

- A través de la CAN, o cualquier otro organismo de integración regional, se debería crear una normativa comunitaria en materia de competencia, en un marco general, donde se establezca claramente los requisitos que deba cumplir cualquier infraestructura para ser considerada facilidad esencial, como norma de alcance supranacional, que tenga aplicabilidad inmediata para los países de la región; de esta manera se tendrían lineamientos adecuados de infraestructuras esenciales para todos los sectores de cada país.
- La SCPM, en el supuesto de tener un caso referente a facilidades esenciales, debido a que actualmente la LORCPM ni el RLORCPM establecen de forma expresa una definición ni requisitos

claros que deban cumplir las infraestructuras para ser consideradas esenciales, deberá sancionar conforme la cláusula general prohibitiva establecida en el numeral 1 del artículo 9 de la LORCPM.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y Publicaciones

- ALVEAR, Patricia, GÓMEZ DE LA TORRE Blanca, (2012), *Derecho de corrección económica, defensa de la competencia y competencia desleal*
- BELLAMY, Christopher, CHILD, Graham, (1992), *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*
- BERCOVITZ, Alberto, (2011), *Apuntes de Derecho Mercantil, Derecho de Competencia y Propiedad Intelectual*
- BERGMAN, (2001), *The role of Essential Facilities Doctrine*
- BLUME Fortini, Ernesto, (1997), *La Constitución Económica Peruana y el Derecho de la Competencia*
- BULLARD González, Alfredo, (2006), *Derecho y Economía “El análisis económico de las instituciones legales”*
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, (2005), *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*
- FLINT, Pinkas, (2002), *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*
- FONT Galán, Ignacio, (1987), *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*
- MARÍN Sevilla, Marcelo, (2012), *Régimen de la Competencia*
- MORALES Alzate, John Jairo, (2000), *Manual de derecho económico constitucional*
- ROSS, (1993), *Principles of antitrust law*
- TOVAR Mena, Teresa, (2006), *Derecho de la Competencia y Telecomunicaciones*
- TROYA Jaramillo, José Vicente, (1998), *Estudios de Derecho Económico*
- VELASCO San Pedro, Luis Antonio, (2006), *Diccionario de Derecho de la Competencia*
- WITKER, Jorge, (2000), *Derecho de la competencia en América*
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, (1995), *Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia*

Leyes

Constitución de la República del Ecuador

Decisión 462 de la Comunidad Andina

Decisión 608 - Normas para la Aplicación y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina

Ley Clayton

Ley de la Comisión Federal de Comercio

Ley General de Defensa a la Competencia No. 42/08 de la República Dominicana

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

Ley Sherman

Reglamento General de Interconexión dictado por el Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones

Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

Resolución 432 de la Secretaría Andina

Web

<http://relacionentrederechoeconomia2008.blogspot.com/2008/04/la-escuela-del-analisis-econmico-del-html>

http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/12/Tesis_1.pdf

http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/who_we_are_s.htm

[http://www.palermo.edu/cele/pdf/Regulaciones/RepublicaDominicanaLeyGenraldeTelecomunicaciones\(1998\).pdf](http://www.palermo.edu/cele/pdf/Regulaciones/RepublicaDominicanaLeyGenraldeTelecomunicaciones(1998).pdf)

<http://lema.rae.es/drae>

http://www.ii.umich.edu/UMICH/ces/Home/Resources/Michigan%20Paper%20Series/Hatzopoulos_E_U_Essential_Facilities.pdf