

DEDICATORIA

*A mi familia por su apoyo incondicional, esfuerzo,
compresión y amor.*

UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

**TEMA: “ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL DERECHO DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA MODALIDAD DE ABUSO DE
PROCESOS LEGALES O ADMINISTRATIVOS”**

**Trabajo para la obtención del título de ABOGADO DE LOS
TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

Alumno: NICOLE SROLIS TORRES

Director: Dr. MARCELO MARÍN SEVILLA

QUITO, JULIO 2012

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DOCTRINA DEL DERECHO DE COMPETENCIA ECONÓMICA.....	6
1. ANTECEDENTES	6
1.1. REVOLUCIÓN FRANCESA	6
1.2. SHERMAN ACT	8
1.3. CLAYTON ACT.....	11
1.4. TRATADO DE ROMA DE 1957.....	14
1.5. COMUNIDAD ANDINA	15
1.6. LA DECISIÓN 608.....	20
1.7. LA DECISIÓN 616.....	26
2. DOCTRINA DEL DERECHO DE COMPETENCIA ECONÓMICA	26
2.1. DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA O ANTIMONOPOLIO	27
2.2. DERECHO SANCIONADOR DE LA COMPETENCIA DESLEAL	30
2.3. DERECHO DE DEFENSA AL CONSUMIDOR.....	33
CAPÍTULO II.- EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	36
1. LEGISLACIÓN COMPARADA Y LOS CASOS DE ABUSO.....	38
1.1. LA POSICIÓN DOMINANTE Y EL ABUSO	38
1.2. CIRCUNSTANCIAS O CRITERIOS PARA ESTABLECER LA POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO	48
1.3. LEGISLACIÓN COMPARADA.....	51
2. SUPUESTOS CONCRETOS DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO	61
3. CLAUSULA GENERAL PROHIBITIVA Y EL ABUSO DE PROCESOS LEGALES Y ADMINISTRATIVOS COMO MODALIDAD DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO.	76
3.1. CLAUSULA GENERAL PROHIBITIVA DENTRO DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE PODER DE MERCADO	87
4. CASOS RESUELTOS MEDIANTE LA DECISIÓN 608	88
CAPÍTULO III.- SITUACIÓN ACTUAL: LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO Y SU REGLAMENTO DE APLICACIÓN	92
1. BREVE ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO Y SU REGLAMENTO DE APLICACIÓN	92
1.1. LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO	92
1.2. REGLAMENTO A LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO	106
2. CONSIDERACIONES Y POSIBLES CONTRADICCIONES SOBRE LA MODALIDAD DE ABUSO DE PROCESOS LEGALES.	117
CAPÍTULO IV.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	122
1. CONCLUSIONES	122
2. RECOMENDACIONES.....	125
BIBLIOGRAFÍA PERTINENTE	126

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene el fin de abordar un tema nuevo en la legislación ecuatoriana, como es la legislación de defensa a la competencia, es necesario tomar en cuenta que si bien en el país es un tema relativamente nuevo (ya que su aplicación empezó desde 2009) a nivel mundial esta rama del derecho tiene un desarrollo importante y es un pilar fundamental en el ordenamiento jurídico de varias naciones.

Es oportuno mencionar que debe entenderse a la competencia como la disputa por la conquista del mercado, de tal modo que sea la eficiencia la que prevalezca. En consecuencia la competencia sería el medio para que los operadores dentro del área económica que se desenvuelvan utilicen de manera eficiente sus recursos productivos, reduciendo costes, promocionando nuevos productos para la captación de un mayor número de clientes, logrando así una mayor competitividad y consiguiendo de esta forma incremento en sus cuotas de mercado. Por lo tanto, la defensa de la competencia busca promover y lograr la eficiencia del sistema, consiguiendo que las empresas que se ajusten a éstos parámetros, sean las que permanezcan en el mercado, no obstante, esto se debe reflejar en un beneficio del consumidor puesto que como resultado del incremento de la eficiencia, dispondrían de más y mejores servicios y/o productos a un menor precio.

En el primer capítulo, se buscará estudiar los antecedentes del derecho de la competencia, tomando en cuenta sus inicios hasta la evolución que ha tenido en nuestra realidad. Igualmente se realizará un breve análisis de las ramas principales del derecho de la competencia como son: el derecho de defensa de la competencia, el derecho sancionador de la competencia desleal y el derecho de defensa del consumidor.

En el segundo capítulo se realizará un análisis fundamentado principalmente en legislación comparada de países que comparten una realidad similar a la ecuatoriana. Este análisis busca primordialmente comparar los supuestos de abuso de posición de dominio en las demás legislaciones, así como el concepto normativo y doctrinario de lo que se considera posición de dominio y abuso de la misma. Adicionalmente se tomará en cuenta el

concepto de clausula general prohibitiva, que constituye una característica de esta rama del derecho. Finalmente se tomará e analizará uno de los casos más representativos, resueltos por la actual autoridad de ecuatoriana de competencia.

Dentro del tercer capítulo se buscará analizar la situación actual de nuestro país con la aprobación de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento. Además se estudiarán las contradicciones en la ley respecto al abuso de procesos judiciales y administrativos con el fin de establecer claramente las contradicciones existentes dentro de la actual normativa.

Una vez finalizada la investigación se realizará una propuesta para subsanar las contradicciones existentes para contribuir a la seguridad jurídica de los operadores económicos que deberán desenvolverse en este nuevo marco jurídico dentro de la legislación ecuatoriana.

CAPÍTULO I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DOCTRINA DEL DERECHO DE COMPETENCIA ECONÓMICA

1. ANTECEDENTES

Para comprender el Derecho de Competencia Económica es necesario analizar sus orígenes, que se remontan a la época de la Revolución Francesa y posteriormente evolucionan para dar nacimiento al derecho Antitrust Norteamericano, que en la actualidad, junto al derecho europeo se han constituido en la base para la gran mayoría de legislaciones del Derecho de Competencia Económica.

1.1. REVOLUCIÓN FRANCESA

Antes de iniciar el proceso revolucionario, en Francia existía un modelo corporativista, fundamentado en el régimen feudal existente. Este modelo limitaba las actividades comerciales y económicas a individuos que pertenecieran a asociaciones o gremios.

La Ley Chapelier promulgada en 1791, buscaba eliminar todo tipo de asociaciones, corporaciones o gremios que pudieran limitar la actividad comercial y económica a los individuos que pertenecían a estos grupos. La importancia de la Ley Chapelier radica en que se fundamentó en el ser humano y la libertad de empresa, ya que busca igualar la capacidad de las personas para acceder a las distintas actividades comerciales y económicas, sin pertenecer a gremios.

Comercialmente hablando, gracias a la promulgación de esta Ley el antiguo régimen feudal quedó en el pasado, y dio paso al régimen de libre competencia, ya que se permitió a la gente llevar a cabo el negocio o ejercer la profesión, arte u oficio que mejor convenía. Además se estableció que, si bien se podían constituir corporaciones se prohibía a quienes las organicen establecer reglas de comportamiento que reflejen

sus pretendidos intereses comunes¹, es decir, fue la primera prohibición a las cartelizaciones.

Prácticamente la Ley Chapelier, prohibió toda actividad comercial que tenga el sentido de distorsionar el procesos de elección entre oferentes y demandantes, prohibiendo todo tipo de oligopolios. En resumen, lo que esta Ley buscaba era establecer un comercio entre los pueblos con el propósito de ir desarrollando un mejor proceso de competencia, donde existan mejores precios, de libre elección y de buena calidad

En este sentido Cabanellas agrega: *“En el que hemos denominado el tercer período de la historia del derecho mercantil se impone el principio de la libertad de iniciativa privada y de concurrencia en armonía con el tránsito del derecho mercantil a un sistema objetivo, esto es, a una disciplina cuyo criterio de aplicación no está constituido por las cualidades del sujeto, sino por las características de los actos que integran la relación jurídica reconduciéndose la misma cualificación del sujeto (en nuestro caso: la del comerciante) a la naturaleza de la actividad desarrollada. Este principio es precisamente la concurrencia de una nueva y general visión que considera a que los hombres como sujetos maduros y no como niños que deben guiarse desde arriba, confiada la historia y en su libre desarrollo, fundada sobre la premisa de la igualdad de los hombres y por ello, hostil a disciplinas diferenciadas según criterios subjetivos, dirigida a la tutela del progreso técnico y del consumidor, beneficiario de la disminución de costes y precios que encuentran su estímulo en la misma y libre concurrencia entre empresarios y de aquella mejora técnica para el que a su vez la concurrencia encuentra razón del impulso”.*²

¹ Cfr. DIEZ CANSECO Luis Función Regulatoria, Promoción de la Competencia y Legislación Antimonopólica. . Revista Themis No. 36. Pontificia Universidad Católica del Perú.

² CABANELLAS, Guillermo *Derecho Antimonopolio y de Defensa de la Competencia*. Buenos Aires: Ed. Heliasta S.R.L., 1983, p. 16.

Es así que en este ordenamiento vence el mejor participante y el que mejor presente sus productos y servicios, por lo que el consumidor será quien determine quién es el mejor participante dentro de un mercado.

1.2. SHERMAN ACT

La Sherman Act³ aprobada en 1890 es la legislación de competencia más antigua del mundo (como Cuerpo Legal) y su principal objetivo es limitar las prácticas de los monopolios y oligopolios. De acuerdo al autor Jorge Witker el objetivo principal de la Sherman Act fue: “(...) la protección de la libertad de empresa que se veía amenazada por el ejercicio de la propia libertad y por el poder económico que habían adquirido los conglomerados empresariales. (...)”⁴

Sin embargo, es necesario precisar dos temas importantes que venían suscitándose en Estados Unidos. En primer lugar en 1890, antes de la promulgación de la mencionada norma, veinte y tres Estados ya contaban, de alguna forma, con normativa que prohibiera los actos anticompetitivos; en segundo lugar el comportamiento de los operadores económicos dentro del mercado ya se encontraba regulado, de cierta manera, por el *common law* y la referida normativa estatal.

En este sentido, los estados que contaban con este tipo de norma empezaron a perseguir y sancionar las prácticas anticompetitivas a través de tipos penales y de esta manera surgió la necesidad de crear una ley federal.

Para la nación norteamericana, la emisión de la Sherman Act en 1890, fue concebida como una amplia carta de libertades económicas dirigidas a preservar el ejercicio de una competencia libre como norma de comercio. El fundamento de la ley fue que la libre interacción de las fuerzas competitivas generaría una mejor asignación de los recursos económicos, precios más bajos, mejor calidad y el máximo progreso material, al mismo

³ Debe su nombre al senador estadounidense John Sherman de Ohio quien fue el creador de este texto.

⁴ WITKER Jorge, Derecho de la Competencia en América, Fondo de Cultura Económica. P. 84

tiempo que produce un entorno que nos permita preservar nuestras instituciones políticas y sociales democráticas.⁵

Según lo expresa el autor Witker, para la nación norteamericana era el momento preciso para emitir una normativa de este carácter “(...) En aquellos momentos se pensaba que el sistema de libertad de comercio era la mejor solución tanto para la protección de las libertades individuales como para la consecución del interés público.”⁶

A pesar de que la Sherman Act buscó equilibrar el mercado precautelando el proceso competitivo, con el fin de beneficiar a los consumidores, contenía varios vacíos, uno de ellos, por ejemplo, no establecía una definición de lo que debía entenderse por “restricción de comercio” o “monopolio”. Estos vacíos derivaron en que los tribunales empezaron a interpretar la normativa, conforme el *common law*.

Los tribunales buscaron aplicar la Sherman Act, sin embargo hubo una contracción entre la normativa y el *common law*, ya que algunas conductas que de acuerdo a la Sherman Act eran ilegales, dentro del sistema del *common law* eran permitidas, por lo que los tribunales consideraban que si algún acto dentro de la Sherman Act era razonable sería válido.

En 1898 los tribunales empezaron a desarrollar un nuevo concepto al momento de aplicar la normativa *antitrust*, la “*rule of reason*” o regla de la razón, que consiste en analizar cada caso verificando la situación concreta frente al beneficio que podría obtenerse para la economía del país.

En 1911 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos modificó el objeto sobre el cual se aplicaría el juicio de razonabilidad. Las restricciones a la libertad del comercio dejaron de ser sancionadas para analizar las condiciones de competencia. Este cambio fue de gran

⁵ Cfr. Corte Suprema, Northern Pacific Co. vs United States, 356 U.S. 1,4 (1958)

⁶ *Ibidem*.

trascendencia en el derecho antitrust dado que ahora este derecho se referiría solo a las relaciones comerciales sino a los efectos que la práctica podría producir sobre la estructura del mercado.

Consecuentemente, es oportuno realizar una precisión frente a la diferenciación realizada por el Tribunal. Una restricción al comercio es un ataque a la libertad del comercio, por ejemplo una barrera de entrada, sin embargo, mientras se mantenga la competencia como objeto de protección (o al proceso competitivo) no siempre las restricciones de comercio serán consideradas como perjudiciales. Es por esto que el Tribunal Supremo ha tomado en cuenta a la eficiencia económica como factor fundamental al momento de analizar los supuestos dentro de la legislación antitrust.

Retomando el tema sobre la Sherman Act, la misma contiene dos disposiciones principales: a) disposición en la cual se declara ilegal toda contrato, combinación o forma de trust o conspiración restrictiva del tráfico del comercio entre estados o con países extranjeros, y; b) se puede aplicar como delito punible a toda persona que monopolice o trate de monopolizar, así como también a cualquier persona que se combine con otras personas para monopolizar el comercio entre los federados o con otros países.

La sección primera hace referencia a las acciones realizadas de manera colectiva por parte de los operadores económicos, de esta manera lo que se intentará probar dentro de esta sección es la existencia de acuerdo anticompetitivos que sean amenaza para la competencia.

La sección segunda tiene relación con la estructura del mercado y con los niveles de concentración del mismo. No se centra en el monopolio como tal, sino en la forma en que fue creado.

A pesar de la iniciativa de contar con una ley federal y de las fuertes sanciones que la misma contenía, la Sherman Act no tuvo el efecto que se pretendía, ya que dentro de los primeros trece años de vigencia de la norma únicamente se iniciaron once procesos con resultados poco alentadores. Dentro de estos resultados es posible nombrar el caso *American Sugar Refining Company*, en el cual el operador económico controlaba el 98% del mercado. El Tribunal Supremo consideró en su sentencia de 1895 que el comercio y las industrias son cosas diferentes y en consecuencia la producción no se encontraba bajo el imperio de la ley antimonopolio.⁷

De esta forma debido a las interpretaciones restrictivas que se dieron a los preceptos⁸ de la Sherman Act, como consecuencia de los vacíos que contenía, el legislador norteamericano, para complementar el contenido de esta primera norma, en 1914 aprobó la Clayton Act.

1.3. CLAYTON ACT

Considerando la ambigüedad de la Sherman Act y tomando en cuenta que no tuvo los efectos pensados y esperados, el 15 de octubre de 1914 fue aprobada la Clayton Act. Su propósito era evidente, complementar y permitir la aplicación de la Sherman Act. Este nuevo texto pretende frenar los monopolios que se estaban dando en determinadas industrias. Es por esto que la Clayton Act, es una norma menos general y tiene su fundamento en la casuística.

La principal mejora de este nuevo texto, fue que proporcionó mayor especificidad a los tipos de actividades que se prohibirían en los mercados que se rijan bajo las leyes *antitrust*. Es necesario aclarar que la Clayton Act no plantea situaciones nuevas o distintas

⁷Cfr. FLINT Pinkas Dr., Tratado de Defensa de la Libre Competencia, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Edición 2002, pág. 923.

⁸ Cfr. GALÁN CORONA Eduardo. Acuerdos Restrictivos de la Competencia. Ed. Montecorvo. Madrid. 1977.

con respecto a la Sherman Act, sino que amplía la sección 1 prohibiendo tipos determinados.

La Clayton Act hace hincapié en cuatro conductas anticompetitivas:

- A) La discriminación de precios, que se ve ejemplificada en la sección 13 literal a):

*“It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality”*⁹(El subrayado no pertenece al texto original).

- B) La adquisición de empresas competidoras, que consta en el primer inciso de la sección 18:

*“No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital (...)”*¹⁰ (El subrayado no pertenece al texto original).

- C) Las empresas vinculadas, de igual manera se ve ejemplificado en el segundo inciso de la sección 18:

“No person shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets

⁹ Section 13, literal a), CLAYTON Act.

¹⁰ Section 18 inciso primero, CLAYTON ACT.

of one or more persons engaged in commerce or in any activity affecting commerce.¹¹ (El subrayado no pertenece al texto original).

D) Contratos con cláusulas atadas, queda establecido a lo largo del acta, sin embargo a manera de ejemplo:

“It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to pay or grant, or to receive or accept, anything of value as a commission, brokerage, or other compensation, or any allowance or discount in lieu thereof, except for services rendered in connection with the sale or purchase of goods, wares, or merchandise, (...).”¹² (El subrayado no pertenece al texto original).

Al incluir la prohibición de fusiones anticompetitivas, las adquisiciones de capital que tengan efectos de reducir sustancialmente la competencia entre el operador económico adquirente y adquirido, la discriminación de precios y las relaciones de exclusividad, la Clayton Act estableció que era necesario un efecto anticompetitivo para que fueran ilegales.

La Clayton Act fue reformada en 1936 por la Robinson Patman Act, que incluyó la prohibición de discriminación de precios en ciertas circunstancias. La Robinson Patman Act actualmente está en proceso de derogación por parte del Congreso de Estados Unidos ya que mediante el análisis económico del Derecho se cuestiona fuertemente su eficiencia económica, además, nunca ha sido aplicada.

En 1960 sufrió una nueva modificación a través de la Celler Kefauver Act, que incluyó las adquisiciones de activos y las adquisiciones de empresas que no fueran competidoras

¹¹ Section 18 inciso segundo, CLAYTON ACT.

¹² Section 13 literal c), CLAYTON ACT.

directas, dentro de las fusiones. Esta inclusión es importante puesto que pueden existir adquisiciones de empresas que no sean competidoras directamente.

En conclusión la Clayton Act permitió aclarar las dudas y vacíos existentes que surgieron a partir de la promulgación y aplicación de la Sherman Act.

1.4. TRATADO DE ROMA DE 1957

El 25 de marzo de 1957, en la ciudad de Roma se firmaron dos tratados, que tuvieron como resultado la existencia de Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad de la Energía Atómica (EURATOM). Para los fines consiguientes únicamente será analizado el Tratado de la Comunidad Económica Europea.

El Tratado que creó la CEE, estableció en su preámbulo el objetivo político de los países europeos de generar una unión sin resquebrajamientos de los estados signatarios. Así quedaba claramente afirmado el objetivo político de integración entre los diversos países miembros.

Si bien el objetivo político quedó planteado, en la práctica, lo que el Tratado creó fue una unión aduanera. Es por ello que se la conocía popularmente como el "Mercado Común". Durante el proceso de integración fue acordado un proceso transitorio de 12 años para que los países miembros retiraran sus aranceles entre ellos.

Frente al éxito económico que derivó del mayor flujo de los intercambios comerciales, el plazo transitorio se acordó y el 1 de julio de 1968 se suprimieron todos los aranceles internos entre los estados comunitarios. Al mismo tiempo se adoptó un Arancel Aduanero Común para todos los productos procedentes de terceros países. Esta política arancelaria afectaba a la libre circulación de bienes.

El Tratado de Roma también estableció la prohibición de monopolios, algunas políticas comunes en transportes, y la concesión de algunos privilegios comerciales a los territorios coloniales de los estados miembros.

Dentro de la normativa europea se puede notar claramente una gran influencia del derecho norteamericano (Sherman Act y Clayton Act), ya que ambas legislaciones buscan mantener y promover la competencia en el mercado.

Como se mencionó anteriormente, el Tratado de Roma tomó en cuenta la prohibición de los monopolios. Sin embargo el Tratado menciona temas más específicos, por ejemplo estableció que las autoridades competentes de los estados miembros, que se hayan comprometido a colaborar para la investigación de supuestas prácticas anticompetitivas deberán brindar su asistencia para verificar o negar la supuesta infracción cometida.¹³

En conclusión, el Tratado de Roma representó un triunfo de la las tesis llamada "funcionalistas" representadas esencialmente por Jean Monnet. La teoría planteada reconoció la imposibilidad de generar una unión política (ante el fracaso de la Comunidad Europea de Defensa –CED-). En consecuencia fue generada una nueva estrategia que buscaba un proceso de integración que afecte poco a poco a diversos sectores económicos y que vaya creando instituciones supranacionales en las que los Estados fueran cediendo competencias económicas, administrativas y, en último caso, políticas.

En conclusión, se buscó iniciar un proceso en el que la integración económica fuera el camino al objetivo final de la unión política, unión que quedaba planteada como un objetivo a largo plazo.

1.5.COMUNIDAD ANDINA

Antes de la existencia de la Decisión 608 la Comunidad Andina se vio en la necesidad de crear normas para proteger la libre competencia y cumplir con los objetivos del proceso

¹³ CFR. Tratado de Roma de 1957, Art. 105.

de integración subregional, creando mecanismos que protejan el mercado y que permitan prevenir o corregir cualquier tipo de distorsión causada por los operadores económicos a la libre competencia.

Como resultado el 21 y 22 de marzo de 1991 se firma la Decisión 285. Sin embargo esta decisión no fue el primer intento para proteger la libre competencia ya que anteriormente existieron las decisiones 230, 258 y 281 que establecían las normas para prevenir o corregir las prácticas que distorsionen la competencia y los compromisos internos en la CAN para revisar y modificar la Decisión 230.

Es interesante considerar que uno de los principales objetivos de la Decisión 285 fue diferenciar el dumping de las prácticas contempladas en la Decisión y de los subsidios existentes a la época.

1.6. DECISIÓN 285¹⁴

La Decisión 285, en comparación con la actual Decisión 608, resulta incompleta y corta ya que contiene únicamente 18 artículos donde se intenta normar todos los posibles casos de abuso de posición de dominio, prácticas restrictivas de la libre competencia y normas procedimentales.

Se encuentra dividida en tres secciones principales: a) ámbito de aplicación; b) procedimiento; y, c) medidas correctiva.

ÁMBITO DE APLICACIÓN

El ámbito de aplicación contiene 5 artículos en los cuales se contemplan las definiciones, los posibles casos de abuso de posición de dominio, de acuerdos restrictivos, el objeto de la Decisión y la aplicación territorial de la misma.

¹⁴ Ver anexo No 1

El artículo uno establece que el objetivo de la decisión es prevenir o corregir las distorsiones existentes en la competencia que han sido resultado de prácticas restrictivas en contra de la misma. Si bien el objeto no está mal, es incompleto ya que no considera la promoción que debe realizarse a la libre competencia y no toma en cuenta la búsqueda de un mercado eficiente que derive en el bienestar de los consumidores.

Respecto a la circunscripción territorial se toma en cuenta tanto a los países miembros como a la subregión andina, e incluye que los casos que se den al interior de cada país miembro que no afecten a la subregión deberán ser sancionados según la legislación interna.

Actualmente, la circunscripción del territorio se realiza con fundamento en la Teoría de Efectos. Esta Teoría plantea que lo importante al momento de investigar y sancionar una práctica que restrinja la competencia, es tomar como referencia territorial el país donde la práctica contra la libre competencia haya tenido su efecto sin importar el país de origen. Tanto las decisiones 285 y 608 han circunscrito el territorio de esta forma.

Respecto a las definiciones de lo que se considera como acuerdos restrictivos, posición de dominio y abuso de la misma no existe mayor diferencia ya que los conceptos contemplan los mismos principios fundamentales, como por ejemplo actuar con independencia de los demás competidores.

Los supuestos bajo los cuales se configuran acuerdos restrictivos y abusos de posición de dominio no se encuentran bien estructurados ya que existen los mismos supuestos tanto en acuerdos restrictivos como en abuso de posición generando confusión entre los mismos. Igualmente existen supuestos de acuerdos restrictivos que no configuran un acuerdo propiamente sino un caso de abuso de posición de dominio. Sin embargo ambos

listados de supuestos contienen cláusulas generales prohibitivas lo que permite ampliar el espectro de posibilidades dentro del análisis.

PROCEDIMIENTO Y MEDIDAS CORRECTIVAS

El procedimiento que debe ser llevado a cabo para dar inicio a una investigación no se encuentra detallado a profundidad como en la Decisión 608. Tampoco contempla la opción de iniciar procesos de oficio ya que únicamente están facultados para presentar una solicitud los países miembros y las empresas o empresa que tengan interés legítimo descartando la opción de que las personas naturales puedan presentar solicitudes.

Los requisitos que solicita la Decisión 285 resultan incompletos ya que en ninguno de ellos se exige la relación que existe entre los involucrados y la conducta realizada ni los datos de los involucrados. El resto de requisitos contemplados son correctos ya que se toma en cuenta la identificación de las partes, la afectación que ha tenido la conducta realizada y los elementos de prueba que puedan ser aportados.

En los términos existentes a lo largo del proceso existen variaciones. El tiempo para completar la denuncia en la Decisión 285 es más corto se otorga únicamente 10 días y en la Decisión 608 15 días. La Decisión 285 no entra en detalle sobre el contenido que debe tener la resolución de inicio ni del curso de investigación, así también deja de lado la elaboración de un plan de investigación y si bien toma en cuenta las facultades que tiene la Autoridad de competencia para obtener toda la información necesaria no contempla los distintos medios por los cuales puede obtener información ni las demás facultades que debería tener para desarrollar su labor investigativa.

Nuevamente los términos son más cortos ya que cuenta con 2 meses prorrogables a 2 meses más para completar la investigación, mientras que en la Decisión 608 contempla 90 días prorrogables a 45 días más para complementar la investigación.

La Decisión 285 toma en cuenta los temas de confidencialidad ya que la autoridad de competencia recaba información que se basa en datos sensibles de los agentes económicos sujetos a investigación.

Una grave omisión es que no se toma en cuenta lo que las partes procesales pueden realizar durante el término de la investigación, es decir presentar alegatos o pruebas, esta omisión atenta contra el derecho a la defensa de las partes.

Ambas decisiones contemplan la opción de realizar una Audiencia Pública en la cual ninguna de las partes se ve en la obligación de asistir sin embargo la decisión 285 no toma en cuenta que las partes podrán entregar alegatos por escrito luego de realizada la audiencia.

La Decisión 285 si bien menciona que las empresas pueden adquirir compromisos voluntarios con la agencia de competencia no toma en cuenta el seguimiento que debe realizarse a los compromisos y las consecuencias de no aceptarse el compromiso o de cambiar el mercado relevante del agente económico.

A pesar de las inconsistencias en la Decisión 265, existen puntos que esta decisión abarca y la Decisión 608 no lo hace. Por ejemplo, se contempla los aspectos que deben ser tomados para el pronunciamiento de la autoridad, lo que se debe considerar en las pruebas y los elementos en los cuales podría fundamentarse para realizar el estudio necesario.

Al enumerar este tipo de elementos se limita las posibilidades de la autoridad de competencia de considerar y evaluar lo que estime más importante, sin embargo es importante recalcar que el aspecto de la metodología no se encuentra tan restringido ya que se permiten otros aspectos de análisis.

Respecto a las medidas correctivas o sancionatorias establece únicamente una medida correctiva sin establecer cómo debe ejecutarse. Mientras que en la Decisión 608 se contempla una cláusula general que permite agregar más medidas e igualmente se menciona la forma de ejecución y graduación de la misma.

Con referencia a la Resolución, el término para pronunciarse es el mismo (diez días). Si bien existe similitud en el tiempo de resolución, hay una diferencia sustancial en la base para la motivación de la resolución. La Decisión 285 establece que la motivación para emitir la resolución, son las conclusiones propias del organismo y la información disponible, mientras que en la Decisión 608 se fundamenta en un Informe del cual la autoridad competente podrá discrepar o aceptar las conclusiones y recomendaciones.

Finalmente la Decisión 285 fue incompleta e imprecisa ya que abordó la mayoría de temas necesarios en una legislación de competencia pero de forma superficial y sin profundizar. Igualmente el proceso a realizarse resulta escueto y limitante para la autoridad de competencia. Por estos motivos esta decisión fue inaplicable y dio paso a la creación de una nueva Decisión que permita aplicar la legislación para defender la libre competencia.

1.6.LA DECISIÓN 608¹⁵

Luego de la imposibilidad de aplicar la Decisión 285 los países miembros de la CAN, tomando en cuenta el proceso de integración subregional y la nueva apertura a un mercado globalizado, notaron que era importante crear una normativa comunitaria que tuviera por objeto proteger a la libre competencia y también la promocionara.

Con este preámbulo nace la Decisión 608 que contiene en general los mismos principios pero aborda de una forma más completa todos los temas y genera mayor claridad y seguridad jurídica.

¹⁵ Ver Anexo No 2

La Decisión se encuentra dividida en seis capítulos: a) definiciones; b) objetivo y principios y ámbito de aplicación; c) conductas restrictivas de la libre competencia; d) Procedimiento e) promoción de la competencia, y; f) comité andino de defensa de la libre competencia.

El análisis de la Decisión 608 será en base de los 4 primeros capítulos que son los más relevantes para la presente investigación.

DEFINICIONES

El artículo 1 de la Decisión 608 contiene las definiciones con las nociones básicas sobre las personas que se encuentran bajo el régimen de la Decisión, lo que debe ser considerado como conducta, acto y acuerdo.

Lo importante de estas definiciones es que delimitan el campo de actuación de la Decisión 608 y dan la pauta a todas las personas naturales y jurídicas para comprender lo que se debe entender con la terminología usada en la decisión.

Es importante resaltar algunos puntos importantes que son precisados en este capítulo. En referencia a las personas que se encuentran contempladas en la ley, son tomadas en cuenta personas jurídicas y naturales, precisando que así pertenezcan al sector público, se encuentra bajo el imperio de la ley.

Es necesario precisar, que es deber del Estado vigilar y controlar a todas la personas jurídicas sean públicas o privadas, sin embargo en lo que respecta a las personas jurídicas de derecho público es necesario aclarar que por la importancia e interés que generan las empresas públicas la tutela que se ejerce sobre las mismas debe ser más intensa ya que existe mayor participación del estado en las mismas.

Lo anterior fundamentado en la injerencia positiva que tiene el estado en las personas jurídicas de derecho público ya que debe exigir el cumplimiento de los fines planteados y

tutelar al agente económico mientras que el rol del estado en las empresas privadas es negativo ya que únicamente debe controlar que se den actos que vayan contra el orden público o que sean ilegítimos.

También es preciso hace énfasis en que la Decisión 608 incluye a las instituciones sin fines de lucro y a los gremios o asociaciones que los agrupen, siempre y cuando oferten o demanden bienes o servicios dentro de un mercado relevante.

Esta inclusión es importante, ya que han existido casos a nivel internacional, donde las asociaciones o gremios han sido los gestores de acuerdos colusorios que han afectado a la competencia. Por ejemplo la Comisión Nacional de Competencia (CNC), Autoridad Española de Competencia, sancionó mediante resolución emitida el 7 de febrero de 2011 dentro del expediente S/0155/09. STANPA, a la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética (STANPA) por la existencia de conductas colusorias consistentes en un intercambio de información.¹⁶

En el caso expuesto, la CNC sancionó a la asociación STANPA ya que mediante varios correos electrónicos solicitaba a sus miembros (más del 90% del sector de la perfumería y cosmética en España), que remitan las tarifas de precios de ciertos productos con el fin de intercambiarlas con los demás operadores económicos miembros de la asociación.

Luego de la promulgación de la Ley de Defensa a la Competencia la asociación informo a sus miembros que, tras la promulgación de la Ley ya no se hablará de “Listado de Precios” sino de “catalogo” de productos para que no pueda ser cuestionado por la autoridad de competencia.

¹⁶ Cfr. Resolución del expediente S/0155/09. STANPA. Pág. 57.

Finalmente la Autoridad de Competencia, investigo el caso y llego a determinar la existencia de conductas colusorias y, como se menciona anteriormente, sanciono a la asociación por ser gestora de esta práctica.

Este ejemplo demuestra claramente que no únicamente los operadores económicos con fines de lucro pueden cometer acciones que atenten contra la competencia. Es por esto que la inclusión de operadores económicos sin fines de lucro es viable dentro de legislaciones que regulen la competencia.

OBJETIVO, PRINCIPIOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

El artículo dos plantea, contiene el objeto de la Decisión. Es necesario mencionar que por objeto de la Ley se debe entender la finalidad de la misma. En el Derecho de la Competencia ha existido una amplia discusión doctrinal sobre el objeto que persigue esta rama del derecho, las posiciones que se debaten son 2: a) el objeto de la protección a la competencia como institución básica y fundamental de la económica, y; b) el objeto de protección es el individuo y su libertad de actuación económica.¹⁷

El mismo autor considera que si se protege al individuo se podría generar la opción de una indemnización de daños y perjuicios y si se protege a la competencia se debe partir del presupuesto que la competencia es un elemento que se desarrolla en la vida real de la actividad económica¹⁸, es decir que la competencia es un hecho fáctico y por ende real.

En Perú el Decreto Legislativo 1034 de 2008 señala: “Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.- La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de

¹⁷ CFR. GALÁN CORONA Eduardo, Acuerdos Restrictivos de la Libre Competencia. Madrid, Editorial Montecorvo S.A., 1997 P. 31-32.

¹⁸ Ibídem p. 41

promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores”¹⁹

En base a esta definición de legislación comparada y lo que consta en la Decisión 608 se desprende que el objeto de la libre competencia y su principio rector es la protección de la competencia a través del mercado buscando siempre el bienestar de los consumidores.

El artículo 3 de la Decisión 608 plantea los principios generales bajo los cuales se debe regir la legislación de competencia y toma como pilares fundamentales: a) transparencia; b) no discriminación; y, c) debido proceso.

Estos tres principios generan seguridad jurídica y se encuentran contemplados en la mayoría de constituciones alrededor del mundo, lo cual demuestra que son principios universales que no tendrían mayor dificultad en ser adoptados por las legislaciones internas de los países miembros.

El artículo cuatro clarifica que la Decisión 608 únicamente prohíbe y sanciona las conductas de los artículos 7 y 8 es decir acuerdos restrictivos y abuso de posición dominante, estas dos conductas pueden ser entendidas como prácticas restrictivas de la competencia.

Es necesario mencionar que las prácticas que son consideradas como restrictivas a la competencia pueden variar dependiendo de la legislación en cada país y de los casos en que se susciten. En algunas circunstancias se analizarán los casos y las prácticas bajo la Regla de la Razón o bajo la Regla Per Se, sin embargo sea cual fuere la óptica por la cual se analice la conducta, cualquier práctica que restrinja la libre competencia debe ser considerada como violación a la ley y debe ser sancionada por eso.

¹⁹ Art. 1 Decreto Legislativo 1034 de 2008.

El artículo 5 es sumamente importante ya que estipula los parámetros de la circunscripción territorial bajo la cual se estudiarán y sancionarán las posibles prácticas restrictivas de la competencia. Esta circunscripción incluye a toda la subregión, los países miembros e inclusive los países no miembros, en base a la Teoría de los Efectos mediante la cual se toma en cuenta el lugar en el que la práctica tiene su efecto.

Es importante señalar que la aplicación de la Decisión 608 se encuentra vinculada a los efectos que las conductas tengan en los distintos países, sean o no miembros y se encuentren en la subregión, ya que la tendencia mundial busca generar consensos en la aplicación tanto administrativa como judicial del Derecho de la Competencia Económica.²⁰

El artículo seis establece los supuestos bajo los cuales una práctica restrictiva de la competencia puede ser excluida del ámbito de aplicación de la Decisión 608, enumera cuatro casos específicos: a) cuando la conducta tenga como consecuencias beneficios que fueren significativos al desarrollo de la producción, fomenten el desarrollo tecnológico o económico; b) cuando existan condiciones preferenciales en áreas sensibles económicamente o exista una emergencia; c) cuando no exista riesgo de que los agentes económicos puedan eliminar la competencia en el mercado; y, d) cuando se trata de actividades concordantes con el sistema andino.

Todos estos supuestos deben ser justificados ante el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia que se encargará de revisar periódicamente que se cumplan las condiciones necesarias.

El análisis de los supuestos concretos de las conductas restrictivas de la libre competencia será realizado posteriormente.

²⁰ CFR. CASTRILLÓN-GARCÍA OTERO, Carmen. "El alcance extraterritorial del Derecho de la Competencia y su utilización como medida comercial". Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, num. 212, marzo/abril 2011, p. 39.

1.7.LA DECISIÓN 616

El 15 de julio de 2005 la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones firmó la Decisión 616 por la cual entró en vigencia la Decisión 608 internamente para el mercado ecuatoriano, tras la publicación de la mencionada Decisión el 25 de julio de 2005 en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 1221.

Fundamentalmente en esta Decisión se ordena al Ecuador designar una Autoridad Nacional de Competencia para la ejecución de la Decisión 608 y se permite la entrada en vigencia de la Decisión 608 en la nación.

Con esta Decisión fue posible, aunque tardíamente, la redacción del Decreto Ejecutivo 1614-2009, que a pesar de ser una copia del proceso planteado en la Decisión 608 contiene una serie de errores que han dificultado su aplicación.

Igualmente en base a esta Decisión fue posible la redacción de la nueva Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del mercado, con el fin de cumplir con las disposiciones de crear una ley que norme el tema de competencia en el Ecuador.

2. DOCTRINA DEL DERECHO DE COMPETENCIA ECONÓMICA

El derecho de competencia económica se divide en tres amplias ramas que buscan normar la mayoría de casos en los cuales podría violentarse la libertad de competencia. Es por esto que estas ramas son complementarias entre ellas.

A lo largo de esta sección se explicará brevemente en qué consisten cada una de ellas en base a su desarrollo en el Derecho de Competencia Económica.

2.1. Derecho de Defensa de la Competencia o Antimonopolio

El derecho antimonopolio surge como una necesidad en una creciente sociedad industrializada. Como se mencionó anteriormente en el punto de los antecedentes. La legislación norteamericana fue la primera normativa antimonopolio. En lo principal, La legislación norteamericana se encuentra fundamentada en una serie de principios consagrados en la constitución americana, uno de los principios fundamentales es el siguiente: conservar la competencia como el medio de organizar la vida económica.²¹(El subrayado no pertenece al texto original).

Una vida económica organizada por la competencia permite en la mayoría de los casos generar precios más bajos, mejores productos y mayor bienestar para el consumidor. Para lograr esto es necesario asegurar y generar grupos de competidores que operen de forma independiente en el mercado y crear una la legislación antimonopolio que resguarde el proceso competitivo.

Como se menciona anteriormente, la Sherman Act fue creada para evitar todo tipo de conductas que fueran contra la competencia. Como se mencionó anteriormente la Sherman Act estuvo sujeta a varias interpretaciones jurisprudenciales, que dieron origen a la *Regla Per Se* y posteriormente a la Regla de la Razón.

La Regla de la Razón permitía a los jueces analizar cada caso y descubrir si alguno de ellos causaba algún daño o beneficio para la economía del país; mientras que la *Regla Per Se* sancionaba por el sólo hecho que se haya llevado a cabo la conducta, sin realizar ningún análisis previo. Estas dos reglas fueron y han sido fundamentales para el desarrollo del Derecho de Competencia Económico y el análisis de los casos existentes.

²¹ CFR. FLINT Pinkas Dr., Tratado de Defensa de la Libre Competencia, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Edición 2002, pág. 916.

La Sherman Act en resumen busca: “asegurar la eficiencia del sistema productivo, incentivar la producción y que la riqueza se distribuya homogéneamente. Todo ello atrae consigo beneficios que para la doctrina dominante, constituyen el bienestar de los consumidores, lo que a su vez implica libre disponibilidad de posibilidades, mejor elección, mayor eficacia en el mercado cerrando nuevamente el círculo consiguiendo incrementar el beneficio del consumidor. Toda concentración o monopolización se considera contraria a la finalidad de la norma.”²²

Si bien la Clayton Act fue analizada anteriormente, es oportuno retomarla en este punto. La Clayton Act surgió también con el fin de llenar los vacíos que surgieron de la Sherman Act, aunque no genera ninguna conducta nueva, sin embargo se centra en conductas específicas que según Hermenegildo Baylos son: a) la fijación de precios discriminatorios; b) la contratación de cláusulas “tying”; c) la actuación de sociedad holding; y, d) la intervención de otras sociedades mediante gestores comunes.²³

A pesar de la aceptación mundial que tiene el derecho antimonopolio existen marcadas diferencias entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de Norteamérica para la aplicación de este derecho.

Para el autor, Fernando Díez Estrella, de la Universidad de Nebrija existen cinco diferencias fundamentales:

- 1) Uno de los objetivos fundamentales del derecho comunitario es eliminar las prácticas que interfieran con el fin de la integración de los mercados, ya que a partir del Tratado de Roma se busca fomentar la integración del mercado comunitario. Sin embargo una cláusula de este tipo no existe en el derecho antimonopolio norteamericano.

²² FLINT Pinkas Dr., Tratado de Defensa de la Libre Competencia, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Edición 2002, pág. 919.

²³ CFR. FLINT Pinkas Dr., Tratado de Defensa de la Libre Competencia, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Edición 2002, pág. 921.

- 2) Mientras que desde 1970 en Estados Unidos el principio rector de la mayoría de las decisiones políticas, legislativas y judiciales fue la eficiencia de los beneficios que puedan darse del reparto económico del mercado, en la Comunidad Europea, para estos procesos se dio una mayor importancia a consideraciones de carácter social y político.
- 3) Mientras que en Estados Unidos existe un sistema de aplicación del derecho antimonopolio descentralizado; la Comunidad Europea se maneja con un sistema centralizado, ya que se atribuye a las autoridades a nivel nacional o comunitario las potestades más importantes relativas al tema.
- 4) Para el sistema estadounidense, el tamaño de un agente económico no era un objetivo a conseguir. En la Comunidad Europea se pretendía generar situaciones para poder competir eficientemente con las grandes corporaciones mundiales por lo que, el poder de mercado que se derivaría de tales situaciones sería inevitable y no se prohibirían las situaciones de dominio, sino sólo el abuso de las mismas.
- 5) En la Comunidad Europea existe mayor confianza en la intervención de los gobiernos, ya que consideran que son capaces de solucionar los problemas del mercado. De igual manera existía la creencia generalizada de que un monopolio, una vez creado, duraría por siempre. Por el contrario, el sistema estadounidense no otorga a los jueces capacidad para evaluar la eficiencia, ya que considera que existen fuerzas en el mercado que terminarán por destruir los monopolios (excepto cuando la situación de monopolio se debe a una mayor eficiencia).²⁴

En conclusión, tanto el derecho antimonopolio comunitario como el estadounidense buscan el mismo fin: proteger el mercado y al consumidor. Sin embargo debido a las

²⁴ CFR. DÍEZ ESTRELLA Fernando, LOS OBJETIVOS DEL DERECHO ANTITRUST, publicado en Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia, nº 224, xMarzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.
<http://www.nebrija.com/fundacioniconebrija/documentos/LosobjetivosdelIDAntitrust2003.pdf>. A 5 de abril de 2011, 20h27.

diferencias existentes, no solo en el ámbito cultural sino socioeconómico, cada sistema, para llegar al fin buscado, utiliza distintos medios. La Comunidad Europea pretende llegar a manejar un mercado comunitario donde existan empresas grandes que tengan posición de dominio pero no abusen de la misma, mientras que Estados Unidos, no busca tener grandes empresas sino regular cualquier posible daño o distorsión que pueda darse en el mercado.

El Derecho de Defensa de la Competencia investiga en todas sus modalidades, los acuerdos restrictivos de la competencia, los abusos de posición de dominio y controla las concentraciones económicas anticompetitivas.

2.2. Derecho sancionador de la Competencia Desleal

Este derecho nace en la época del liberalismo económico del siglo XIX, ya que en este momento histórico nace la libertad de industria, de comercio y como resultado la libertad de competencia.²⁵

A manera de análisis cronológico del desarrollo del derecho de competencia desleal, se pueden establecer tres modelos claros que fueron excepcionalmente distintos entre ellos:

- A) Modelo paleoliberal²⁶
- B) Modelo Profesional
- C) Modelo Social

Modelo Paleoliberal: Durante este modelo la competencia desleal se caracterizó por su naturaleza penal y fragmentaria, ya que no existía una legislación de carácter general que

²⁵ CFR. DARNACULLETA I GARDELLA M. Mercé, La Competencia Desleal, Editorial IUSTEL, primera edición 2007, pág. 23

²⁶ Postura adoptada por el autor DARNACULLETA I GARDELLA M. Mercé, La Competencia Desleal, Editorial IUSTEL, primera edición.

contuviera las conductas desleales. Su naturaleza era penal ya que existían varias sanciones para quienes incurrieran en este tipo de conductas.

Es importante mencionar que durante la época histórica de este período se comprendía a la libertad de competencia como el resultado de la libertad de comercio y la no intervención del estado en estos ámbitos.²⁷ (El subrayado no pertenece al texto original).

Modelo Profesional: este modelo permitió dar gran importancia a un sector de la economía, como son los empresarios y tomar en cuenta la posición que los mismos tuvieron para visualizar que conductas positivas o negativas ocurren dentro del mercado.

Los empresarios, en base a lo expuesto, empezaron a solicitar protección frente a las actividades que fueran consideradas como perjudiciales para su mercado alcanzado legítimamente.

Durante este modelo la competencia desleal se caracterizó por: a) la cláusula general de prohibición de las conductas que incurriesen en competencia desleal hacía remisión al mismo comportamiento de la sociedad empresarial, usando términos como “buenas costumbres” o “usos honestos en materia industrial y comercial”; b) se tutelaban los intereses propios de los empresarios, es decir se fundamentaba en intereses privados; c) los actos que afectaban a las empresas podían causar daño a su esfera interna o externa. Existían actos que provenían de la misma sociedad de empresarios, como por ejemplo la violación de los secretos empresariales. Por otro lado se dieron actos que afectaron a la esfera externa y que consistieron, por ejemplo, en publicidad engañosa; d) se perdió el carácter penal, característica propia del modelo paleoliberal. En este modelo las sanciones se ajustaron al plano civil; e) la normativa existente sobre competencia desleal no se interpretaba como una intervención estatal, sino como un derecho de conflictos.

²⁷ CFR. DARNACULLETA I GARDELLA M. Mercé, La Competencia Desleal, Editorial IUSTEL, primera edición 2007, pág. 24

Este modelo entra en vigencia en España con la firma del Convenio de París en 1970 sin embargo internamente tomó más tiempo, hasta la Ley 61/1964 que determinaba:

“Se considera desleal la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes y servicios, la que tienda a producir descrédito de los competidores o de los productos de los mismo y, genéricamente, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”

Sin embargo esta disposición únicamente tomo en cuenta el ámbito de la publicidad omitiendo los demás actos que podrían incurrir en competencia desleal. A pesar de las omisiones existentes, es importante recalcar que este ya fue un primer intento en la legislación española y tuvo un impacto tan fuerte que incluso fue creado el Jurado Central de Publicidad, que se encargaba de realizar el control sobre este tema.

Finalmente por medio de la Ley 32/1998 la legislación española dio nacimiento a una cláusula general lo suficientemente amplia para abarcar todos los posibles actos, ya que consideraba que todos los actos que fueren contrarios a las normas de corrección y buenos usos mercantiles, eran actos de competencia desleal.

Modelo social: en este modelo el derecho de competencia desleal deja de velar únicamente por los intereses de los empresarios y busca proteger a los consumidores. Es por esto que competir dentro del mercado se vuelve una obligación para los empresarios. Esto se vio claramente estipulado en el artículo 38 de la constitución española vigente, que establecía:

“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación” (El subrayado no pertenece al texto original).

De igual manera, para cumplir con la disposición constitucional el Estado español creó una legislación que le permitiera reprimir las conductas que pudieran causar algún tipo de alteración en el mercado (derecho de defensa a la competencia) y también las conductas que afectaran a las exigencias del orden del mercado. Inclusive se contempló en la legislación comunitaria esta doble protección.

Es necesario mencionar que ambas legislaciones, a pesar de ser independientes se complementan, ya que la legislación de defensa a la competencia tiene como fin la protección al mercado y a los consumidores y la legislación de competencia desleal protege a quienes participan dentro del mercado.

Lo novedoso dentro de este modelo es que toma en cuenta varios intereses: a) interés privado de los competidores; b) interés colectivo de los consumidores, e; c) interés público del Estado.

De esta manera se toma en cuenta a todos los posibles participantes dentro del mercado, velando por todos sus intereses y sobre todo precautelando al consumidor.

En conclusión el derecho sancionador de la Competencia Desleal se encarga de investigar conductas desleales tanto publicitarias como no publicitarias.

2.3. Derecho de Defensa al Consumidor

El consumo ha estado presente en la historia de los seres humanos desde sus inicios, ya que siempre se ha visto en el papel de satisfacer sus necesidades. Desde la Revolución Industrial y con el nacimiento de las empresas la relación necesidad- consumo fue incrementando hasta tomar una gran fuerza en nuestros días. Es por esto que los legisladores y los estados se vieron en la necesidad de proteger a la parte más débil de la relación necesidad-consumo: *el consumidor*.

El primer foco de interés para el derecho del consumidor fueron los alimentos. Desde el inicio de las civilizaciones egipcias, romanas y griegas estas ya ejercían un control en la carne y las bebidas. Una vez llegada la Edad Media se empezaron a formar los primeros gremios y con ellos los primeros inspectores de alimentos y los primeros indicios de protección al consumidor. A manera de ejemplo se puede citar la denominada “Assize of Bread” dictada por el Rey Juan de Inglaterra en 1202, debido a los constantes abusos y engaños del gremio de los panaderos:

“Si cualquier falta es encontrada en el pan de cualquier panadero de esta ciudad, la primera vez permítanle que sea arrastrado desde el Hall gremial hasta su casa y la falsa tajada cuelgue de su cuello; si, una segunda vez, él es encontrado cometiendo la misma ofensa, él deberá ser puesto en un cepo y permanecer ahí por lo menos una hora”²⁸.

A partir de la Revolución Industrial la manera de consumir cambió, de una forma rudimentaria a una era tecnificada, ya que el fenómeno del maquinismo permitió generar más producción, lo que a su vez generaba mayor consumo, apoyado por un gran bombardeo de publicidad a los consumidores.

Es necesario mencionar que con el inicio de esta nueva era, el consumo incrementó pero las condiciones en las que se realizaban varios productos no mejoraron. Existieron muchos casos de intoxicaciones y muertes por insalubridad en la producción de alimentos de consumo humano, sin dejar de lado varios casos de deformaciones y cegueras causadas por el uso de maquillajes con altos contenidos químicos.

Es por esto que en 1960 el presidente John F. Kennedy dio inicio al *movimiento consumerista*, mediante una fuerte campaña de publicidad en Nueva York el 15 de marzo de 1962. El movimiento tuvo un fuerte impulso mediante el mensaje del Presidente

²⁸ DURAND CARRIÓN Julio Baltazar, Tratado de Derecho del Consumidor en el Perú, primera edición 2007, pág. 38.

Kennedy al Congreso, en el cual promulgó la *Tabla de Derechos del Consumidor*, que ha servido de base para desarrollar las nuevas legislaciones de defensa al consumidor.

En la actualidad la defensa al consumidor no se enfoca solo al individuo sino a todo el grupo humano considerado como consumidor. Se han dado grandes discusiones respecto si debe entenderse como un derecho enraizado en la constitución o como un derecho personal inherente al ser humano.

El tratadista Julio Baltazar Durand Carrión considera que “(...) *la condición de consumidor es intrínseca a la condición misma de persona humana en toda su esencia y sin condición alguna, porque el hombre ontológicamente hablando es sujeto de necesidades desde su nacimiento (...). El interés protegido del consumidor es en esencia el de la persona humana en tanto sujeto de necesidades y fin supremo de la sociedad y el Estado, por ello la perspectiva de su protección debe proyectarse hacia la colectividad en general.*”²⁹

²⁹ *Ibíd.*

CAPÍTULO II.- EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El derecho de defensa de la competencia busca plantear normas a la estructura del mercado que resulten convenientes para la libre competencia y en caso de que alguna conducta distorsione la competencia deberá sancionar a aquellos agentes económicos que infrinjan esta normativa.

El derecho de defensa a la competencia trata situaciones y conductas concretas que se suscitaron en un lugar y momento específico. Por esto es necesario un elemento económico como método de análisis. En este mismo sentido el derecho de defensa de la competencia es complementario con los distintos métodos económicos que permitan el análisis de los acuerdos restrictivos, el abuso de la posición de dominio y el control de concentraciones. Así tenemos que:

A) Los acuerdos restrictivos restringen la competencia cuando su objetivo es sustituir la actuación independiente en el mercado para obtener eficiencias en base a la actuación concertada y de esta manera reducir los incentivos para competir. Por esta razón los ordenamientos jurídicos prohíben estos comportamientos para lograr preservar una situación de rivalidad entre agentes económicos en el mercado.

Este tipo de acuerdos tienen el carácter de secreto con el fin de evitar la existencia de pruebas incriminatorias. Frente a esto las autoridades de competencia a nivel mundial han sido más estrictas y han tomado en cuenta no sólo los acuerdos sino también las prácticas concertadas, las decisiones y las recomendaciones de asociaciones de empresas.

B) El control de las concentraciones económicas busca determinar la consecuencia de una operación mercantil que pueda modificar la estructura de control o parte de la misma de los agentes económicos y pueda derivar en algún tipo de obstáculo dentro de un mercado determinado.

No todas las operaciones mercantiles que tengan relación con la estructura del control de un agente económico deben ser analizadas por la autoridad de competencia. Únicamente son analizadas las concentraciones económicas, las mismas que tienen lugar cuando existe un cambio estable y duradero en la estructura del control de las empresas envueltas en el proceso de concentración.

En este sentido, no todas las concentraciones económicas deben ser sometidas al control de la autoridad de competencia, es por esto que existe el sistema de umbrales para la notificación. Dentro de este sistema se contemplan dos opciones para la notificación: a) Voluntaria: los agentes económicos pueden someter voluntariamente y de forma previa la realización de la concentración a la Autoridad de competencia; y, b) Obligatoria: bajo este sistema los agentes económicos deben someter al control de la Autoridad de competencia todas las concentraciones que se encuentren contempladas bajo los parámetros establecidos en la ley.

C) La posición de dominio consiste en aquella situación en la cual un agente económico tiene la facultada de obstaculizar la competencia efectiva en un mercado mediante la posibilidad de mantener un comportamiento independiente respecto de sus competidores, clientes y consumidores.

Dentro del concepto de posición de dominio, el elemento clave dentro del concepto es la actuación independiente ya que es la manera apreciable en la cual podrían verse afectados los competidores, clientes y proveedores.

Como se ha mencionado anteriormente, el ostentar una posición de dominio puede derivar de varios factores, sin embargo lo sancionado es únicamente abusar de la posición de dominio para tratar de conseguir un mercado monopólico.

1. LEGISLACIÓN COMPARADA Y LOS CASOS DE ABUSO

Es importante, para comprender y analizar de mejor manera el abuso de posición de dominio, tomar en cuenta la legislación existente a nivel internacional y nacional. Para obtener una perspectiva más amplia de los avances de la legislación ecuatoriana es necesario compararla con la legislación colombiana y peruana, ya que son las más cercanas a nuestro país, con la legislación española, para abarcar mayores posibilidades de análisis y con la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones.

1.1.LA POSICIÓN DOMINANTE Y EL ABUSO

Antes de comparar las legislaciones es necesario comprender qué se considera como posición de dominio. Para ello citaremos dos definiciones, tanto de la Comunidad Europea como de Estados Unidos.

La Comunidad Europea considera que la posición de dominio es:

“Una posición de fortaleza económica que disfruta un empresario, la cual lo habilita para evitar la competencia efectiva, hecho que lo mantiene en el mercado relevante proporcionándole, el poder para comportarse en un grado independiente de sus competidores, sus clientes y por último sus consumidores.”³⁰

La legislación norteamericana tiene una posición diferente respecto a esta definición. Las cortes norteamericanas no hablan de posición de dominio sino de poder monopólico y, lo

³⁰ FLINT Pinkas Dr., Tratado de Defensa de la Libre Competencia, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Edición 2002, págs. 470 y 471.

definen de la siguiente manera: “el poder para controlar los precios del mercado excluyendo a la competencia.”³¹

Una vez expuesto el concepto de posición de dominio ahora es necesario comprender lo que significa el abuso de la misma. El diccionario de la Real Academia de la Lengua, define a la palabra abuso de la siguiente manera:

“Abuso: Acción o efecto de abusar. Infidelidad que consiste en burlar o perjudicar uno a otro por inexperiencia, afecto, bondad excesiva o descuido, le ha dado crédito. Es una de las circunstancias que agravan la responsabilidad penal en la ejecución de ciertos delitos. Ejercicio de un derecho con el ánimo de hacer daño a otro. Circunstancia agravante de apreciación potestativa, determinada por aprovechar en la comisión del delito la notable desproporción de fuerza o número de delincuentes y víctimas.

Abusar: Usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o alguien. Hacer objeto de trato deshonesto a una persona de menor experiencia, fuerza o poder.”³²

Para obtener una definición más jurídica el INDECOPI³³ establece lo siguiente, con respecto al abuso de la posición de dominio:

“El INDECOPI considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado cuando una o más empresas que se encuentran en posición de dominio actúan de manera indebida con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio.”³⁴

³¹ Ibídem

³² Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

³³ Instituto de Defensa a la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual creado en noviembre de 1992, mediante el Decreto Ley N° 25868 en la República el Perú. Tiene como funciones la promoción del mercado y la protección de los derechos de los consumidores. Además, fomenta en la economía peruana una cultura de leal y honesta competencia, resguardando todas las formas de propiedad intelectual: desde los signos distintivos y los derechos de autor hasta las patentes y la biotecnología.

³⁴ FLINT Pinkas Dr., Tratado de Defensa de la Libre Competencia, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Edición 2002, pág. 519.

En conclusión, lo que busca el agente económico que abusó de su posición de dominio es obtener beneficios causando perjuicios a terceros operadores económicos y al consumidor.

Es por esto que cada legislación contempla posibles casos de abuso de posición de dominio, sin embargo no es una lista de casos taxativa, ya que el mercado es variable y se encuentra en constante evolución, por lo tanto se deja una puerta abierta a otros casos no contemplados en la Ley, mediante la cláusula general prohibitiva.

Debe entenderse que una empresa goza de posición dominante cuando puede actuar de manera independiente de sus competidores, compradores, clientes o proveedores debido a circunstancias como la participación significativa de los operadores económicos en el mercado, las características de la oferta y la demanda, el desarrollo tecnológico, al acceso de competidores a fuentes de financiamiento, suministros y redes de distribución.

Los operadores económicos pueden llegar a ostentar una posición dominante en el mercado gracias al concepto de libertad económica que fue el fundamento filosófico del liberalismo y su esencia es la libertad contractual.

La libertad económica permite a los operadores utilizar todos los avances tecnológicos a su alcance y estrategias con el fin de atraer el mayor número posible de clientes y sacar del mercado a aquellos competidores que no son tan solicitados.

Usualmente los agentes económicos que aplican tecnología de punta, ofrecen los mejores precios y pueden llegar a un mayor número de consumidores gracias a sus redes de distribución. Son aquellos operadores los que están en mayor posibilidad de ostentar posición dominante en el mercado, sin embargo es importante mencionar que la posición dominante no es sancionada, únicamente su abuso.

Para definir si una empresa cuenta o no con posición dominante es necesario estudiar el mercado relevante en sus tres dimensiones por producto, geográfico y temporal, en base a este análisis se busca demostrar si la empresa tiene o no el poder de elevar los precios y excluir a los demás competidores.

Para analizar el mercado relevante es necesario tomar en cuenta los siguientes factores: a) la capacidad de sustitución que tiene el bien o servicio y el tiempo en que demora ser sustituido; b) el costo de los insumos y de la distribución del bien o servicio y de sus sustitutos; c) los costos y la probabilidad que tienen los consumidores de acceder a otros mercados; y, d) las barreras de entrada.

Es importante recalcar que no es posible que las normas de defensa de la libre competencia abarquen todas las prácticas comerciales dañinas a la competencia ya que existen otras ramas del derecho que pueden solucionar controversias de carácter extracontractual. El derecho a la libre competencia únicamente sancionará legalmente cuando exista una probabilidad significativa de que la conducta genere un perjuicio al mercado y a los consumidores.

Una consecuencia de las conductas anticompetitivas son los monopolios. Por monopolio debe entenderse aquella situación donde únicamente existe un vendedor que se encuentra en capacidad de dominar ampliamente el precio que aplica ya que puede fijarlos a su antojo.³⁵ Para que un monopolio pueda subsistir es necesario que existan barreras de entrada que puedan perdurar como por ejemplo, restricciones reglamentarias o concesiones.

En este sentido, no todos los monopolios son perjudiciales. Existen monopolios naturales, que se forman gracias a las economías de escala, es decir el mercado funciona mejor con un solo agente económico debido a su eficiencia en la producción. Este tipo de monopolio

³⁵ CFR. KHEMANI. S y M.DUTZ. "The Instruments of Competition Policy and their relevance for Economic Development" En: Regulatory policies and Reform: A Comparative Perspective. Frichtak (editor), World Bank, Private Sector Development Department. 1995.

usualmente es manejado por el estado respecto a los precios, calidad y acceso a los bienes o servicios que se produzcan,³⁶ como por ejemplo el sistema de agua potable en Quito.

Los monopolios, que no se forman gracias a economías de escala, tienden a formarse en base a casos de abuso de posición de dominio o concentraciones de poder económico. Es en estos casos donde los agentes económicos deben ser sancionados. Sin embargo es importante recordar que ostentar posición dominante en un mercado no es ilegal porque el fin del Derecho de la Competencia no es sancionar a operadores económicos que han tenido éxito en el manejo de sus negocios.

Una vez analizado, de manera general, el concepto de posición de dominio es necesario analizar los elementos principales que lo componen y que pueden ser resumidos de la siguiente manera: a) actuación Independiente; b) desarrollo tecnológico de bienes y servicios; c) acceso de los competidores a fuentes de financiamiento; y, d) canales de distribución

Actuación Independiente: este comportamiento se refleja en la prescindencia de un agente económico del resto de los participantes del mercado relevante. La independencia es fundamentada en dos factores: a) tiempo; y, b) barreras de ingreso.

Respecto al tiempo, el agente económico podrá actuar con independencia hasta que los otros participantes del mercado puedan ofertar productos o servicios sustitutos. También es importante considerar que el precio al que oferta sus productos o servicios el agente económico dominante resulta atractivo para los demás competidores, por lo que si no existen barreras de entrada varios potenciales competidores podrán ingresar.

Igualmente para verificar la actuación independiente es necesario definir el mercado relevante en base a los aspectos mencionados anteriormente (producto, geográfico y temporal).

³⁶ Ibídem. P. 61-62

La delimitación por producto permite reconocer el conjunto de productos sustitutos evaluando los distintos usos de los productos analizados, esta evaluación puede desarrollarse mediante entrevistas, encuestas a los principales consumidores y pruebas en el mercado (como el SNIPP test o monopolista hipotético que permite ver la sustituibilidad del producto). Una vez analizadas las encuestas, entrevistas y pruebas se podría establecer que productos pueden ser sustitutos y pasarían a ser potenciales o reales consumidores.

La delimitación geográfica es realizada principalmente en base al criterio del costo de transporte, ya que puede darse el caso que un producto sea sustituto pero el costo de transporte de ciudad a ciudad sea muy elevado, por lo tanto ya no podría ser considerado como tal.

La delimitación temporal permite observar la relación que existe entre la fecha de contratación y la fecha de entrega del producto o servicio, normalmente existe una diferencia entre ambas fechas sin embargo no deben existir diferencias significativas entre el corto, mediano y largo plazo.

Una vez identificado el mercado relevante es necesario verificar si existe o no concentración en la industria. Para Khemani la concentración es definida como aquella situación en la cual un pequeño grupo de empresas representa una gran proporción de la actividad económica en lo referente a ventas, activos o empleo.³⁷

La función de los indicadores de concentración es generar alertas sobre los mercados altamente concentrados, ya que es en este escenario donde pueden darse el mayor número de conductas anticompetitivas.

³⁷ CFR. KHEMANI, S y M.DUTZ. "The Instruments of Competition Policy and their relevance for Economic Development" En: Regulatory policies and Reform: A Comparative Perspective. Frichtak (editor), World Bank, Private Sector Development Department. 1995. P. 26-27

El operador económico que ostente posición dominante tendrá la posibilidad de actuar de manera independiente respecto a sus competidores, compradores, clientes o proveedores, sin embargo esto será posible únicamente a corto plazo ya que el mercado tiende a corregir este tipo de distorsiones de manera natural.

Se considera que un operador económico que ostenta posición de dominio, para que actúe de manera independiente, deberá encontrarse dentro de un monopolio o monopsonio. Es necesario aclarar que no siempre la posición de dominio se ve reflejada por medio de un monopolio o monopsonio, todo dependerá de la situación y el poder que tenga un agente económico frente a sus competidores.

En una economía libre, que cuente con un mercado dinámico las empresas deberán estar en constante evolución ya que únicamente las empresas eficientes podrán mantenerse en el mercado y las empresas que no puedan desenvolverse correctamente desaparecerán paulatinamente.

Dentro del análisis de la actuación independiente, también es necesario tomar en cuenta la participación en el mercado que tienen los operadores económicos con capacidad de ostentar posición dominante. No siempre el operador más grande será el que tenga más posibilidades de dominar en el mercado, todo dependerá del tipo de mercado y si es no fraccionado.

Un ejemplo ilustrativo es el que usa el Doctor Pinkas Flint, planteando el caso de un agente económico que tiene el 40% de participación pero existen tres agentes más que tienen el 20% de participación cada uno, probablemente será complicado para el agente económico con el 40% ostentar posición dominante debido al tipo de mercado desconcentrado (fraccionado) en el que se encuentra. Es decir existe un tipo de equilibrio en el mercado. Por otra parte puede existir un agente económico con el 20% de participación pero el resto del mercado se encuentra dividido en 40 pequeños

competidores, es decir el mercado se encuentra concentrado en una sola empresa con participación mayoritaria.

En base a lo expuesto se deduce que la empresa que tiene el 40% de participación, no podría elevar los precios ya que depende del resto de sus competidores al encontrarse en un mercado equilibrado, sin embargo la empresa con el 20% de participación tiene más posibilidad de ostentar posición dominante al encontrarse concentrado el mercado en su participación, por lo tanto no siempre las empresas con el grado de participación más alto tendrán posición de dominio.

Finalmente, para comprobar la actuación independiente de los agentes económicos es necesario analizar el mercado en el cual se desenvuelven tomando en cuenta todos los factores fundamentales como la delimitación geográfica del mercado y la capacidad de los bienes de ser sustituidos, la concentración del mercado y la participación de los agentes económicos en el mismo.

Sin embargo es necesario hacer hincapié en que si bien los monopolios son indicadores de actuaciones independientes en el mercado, no siempre pueden ser considerados como ilegales o perjudiciales para el mercado debido a la existencia de economías de escala.

Desarrollo Tecnológico de los bienes y servicios: el poder y la concentración de mercado no son los únicos medios con los que cuentan los agentes económicos para ostentar posición dominante. También existe el factor del desarrollo tecnológico de las empresas que se manifiesta en el liderazgo y creación de bienes o servicios.

Gracias a los derechos de propiedad industrial (principalmente patentes), varios agentes económicos han podido innovar en tecnología y en desarrollo de bienes y servicios, generando monopolios ya que, debido a los prenombrados derechos los agentes económicos pueden realizar mejoras que les permiten acceder a reducciones significativas

en los costos de producción e igualmente les permite capturar un mayor número de preferencias de clientela.

El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros: cuando se realiza un análisis sobre posición dominante es necesario observarlos desde lo que se considera un *estudio contra-fáctico*. Este estudio consiste en analizar qué conducta se busca evitar, es decir si se viviera una competencia efectiva no podría darse.

En este sentido es importante analizar los efectos que las conductas anticompetitivas podrían tener en caso de ser llevadas a cabo. Uno de los efectos más notorios, y que fue mencionado en líneas anteriores son las barreras de entrada.

Las barreras de entrada están relacionadas directamente con el tiempo y el dinero que debe invertir un agente económico para entrar a determinado mercado, estos factores deben ser recuperables, ya que si los gastos son muy altos o no se pueden recuperar el la mayoría de agentes económicos optarán por no entrar a ese mercado por considerarlo de difícil acceso.

Canales de distribución:

Como se menciona anteriormente, imponer barreras de entrada en un mercado es una forma de hacerlo inaccesible, sin embargo no es la única forma de lograr ese fin. Una empresa con posición dominante además de imponer barreras de entrada se ve en la posibilidad de obstaculizar la competencia por medio de de las redes o canales de distribución.

Los canales de distribución son fundamentales para los agentes económicos, ya que no sirve de nada fabricar productos u ofrecer servicios si los consumidores no tienen acceso a ellos.

En este punto es importante la estrategia de marketing, es fundamental que los clientes reconozcan la marca de los fabricantes. La razón de este punto es que los consumidores son fieles a las marcas sin necesariamente conocer a los productores de lo que consumen.

Las marcas que fidelizan a sus consumidores, al lograr ostentar una posición dominante, se ven en capacidad de negociar con sus proveedores para que puedan vender sus productos sin necesidad de contar con distribuidores.

Finalmente, como se menciona en líneas anteriores, para determinar la existencia de posición dominante es necesario establecer cuál es el mercado relevante en el que compete el agente económico. Es necesario verificar si el mercado es amplio, específico o en un área determinada, es por esto que el primer paso para realizar cualquier tipo de análisis es determinar el espacio geográfico.

La importancia del espacio geográfico radica en la sustituibilidad ya que únicamente aquellos proveedores a los que se pueda acceder sin costo adicional y mediante una operación fácil deben ser considerados como sustitutos, debido al acceso sin trabas que tendrán los consumidores locales.

Es importante tomar en cuenta que no importa el tamaño de la empresa para tener posición dominio, lo que interesa es su posición y participación en el mercado, como quedo especificado en el ejemplo utilizado por el Dr. Pinkas Flint.

En consecuencia los agentes económicos (vendedores o compradores) que se encuentren en posición de dominio, no siempre intentarán abusar de la misma y en caso de hacerlo

buscaren imponer sus propias condiciones en el mercado, sin embargo es necesario recordar que además el agente económico en posición de dominio debe tener una cuota de mercado persistente, es decir que su actuación en el mercado no sea pasajera.

1.2. CIRCUNSTANCIAS O CRITERIOS PARA ESTABLECER LA POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO

Existen criterios utilizados a nivel mundial para determinar si un agente económico ostenta o no posición dominante. Tanto la jurisprudencia como la legislación europea y norteamericana han establecido ciertos criterios en base a los cuales se puede determinar la posición de dominio, que consisten en los siguientes: a) participación en el mercado: Las cortes europeas consideran que la participación de mercado es fundamental, sin embargo que una empresa ostente una baja participación de mercado no es eximente de un posible abuso de posición de dominio, ya que la misma empresa podría controlar el mercado de forma indirecta. En Norteamérica la postura es diferente su criterio plantea que un agente económico con el 80% o 90% ocupa posición dominante indudablemente. b) Dependencia: de acuerdo al criterio de la Comisión Europea una empresa puede mantener a los consumidores en una situación de dependencia en relación a sus productos o servicios; c) Factores estructurales: las cortes europeas consideran que el factor estructural es de gran importancia, entre estos factores se consideran: el acceso a tecnología, redes de distribución desarrolladas, suficientes recursos económicos entre otros; d) Desempeño de la empresa: la comunidad europea considera que el desempeño de la empresa puede demostrar ciertas tendencias, por ejemplo si los márgenes de pérdidas por un tiempo determinado son muy altos puede tratarse de una estrategia para preservar su posición dominante en el mercado y eliminar a posibles competidores.³⁸

La Autoridad Ecuatoriana de Competencia³⁹, en los casos que ha venido manejando en sus dos años de creación ha considerado oportunos los siguientes criterios: a) el grado en que el bien o servicio de que se trate es sustituible por otros, las condiciones de tal

³⁸ CFR. ALMONACID SIERRA, Juan José y GARCÍA LOZADA, Néstor Gerardo. Derecho de la Competencia, Colombia: Editorial Legis 1998.

³⁹ CFR. Resolución No MIPRO- 001 – 2011 Proceso de Investigación No. I-C-17885-2009-SCs.

sustitución y el tiempo requerido para la misma; b) el grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de competidores al mercado de que se trate o el acceso de los proveedores a clientes alternativos; el grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder.

Estos criterios han sido enfocados para determinar la existencia de dicha posición el literal a) hace referencia al grado de sustituibilidad del bien transado en el mercado en el que se origina la controversia (mercado relevante), el literal b) hace referencia a las barreras de entrada al mercado y, finalmente, el literal c) hace referencia a la competencia potencial que enfrenta la supuesta empresa dominante.

En la práctica, los criterios mencionados han sido utilizados por todas las agencias de agencias de competencia a nivel mundial, en la evaluación y resolución de casos por abuso de posición de dominio, respondiendo a la metodología comúnmente usada en esta rama del derecho.

La legislación peruana establece como factores determinantes para analizar la posición dominante, los siguientes: a) Una participación significativa en el mercado relevante; b) las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; c) el desarrollo tecnológico o servicios involucrados; d) el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución; e) la existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica; y, f) la existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) en su informe sobre el Abuso de la Posición de Dominio, tras el noveno periodo de sesiones en 2008 establece que, la gran mayoría de autoridades de competencia a nivel mundial

utilizan herramientas similares para determinar la posición de dominio de los agentes económicos.

Los procedimientos habituales consisten en analizar, como punto de partida, la cuota de mercado, posteriormente se analiza si existen barreras de entrada, salida y expansión, y la posición frente a la que se encuentra con respecto a sus competidores dentro del mercado relevante.

De acuerdo al informe realizado por la UNCTAD el análisis para determinar la posición de dominio consta de tres partes fundamentales: a) delimitación del mercado pertinente; b) determinación de si la empresa domina el mercado; y, c) determinación de una conducta abusiva en el mercado.

Una vez delimitado el mercado y calculada la cuota de mercado, aparece la denominada “zona de exclusión” a la cual entrarán todos los agentes económicos con bajos niveles de cuota de mercado.

Finalmente para analizar a los agentes económicos fuera de la zona de exclusión se tomaran en cuenta factores como: barreras de entrada, salida y expansión, la posición respecto a otros competidores, el poder de la demanda y todo tipo de elementos que permitan verificar una posición dominante en el mercado.

La Red Internacional de Competencia⁴⁰ en base a su encuesta realizada en 2007 de manera casi general se aplicaban lo siguientes factores para establecer posición dominante: a) cuota de mercado de la empresa y sus competidores; b) posición en el mercado; c) comportamiento de los competidores; d) barreras de entrada y expansión; e)

⁴⁰ Red Internacional de Competencia: es una red informal de agencias de competencia que busca ofrecer un espacio especializado a las autoridades de competencia para el mantenimiento de contactos regulares y abordar problemas prácticos de la competencia, generando un diálogo dinámico que sirva para construir el consenso con el fin de construir principios de política de competencia en toda la comunidad mundial de defensa de la competencia.

economías de escala y alcance; f) efectos de la red; g) poder de la demanda; h) acceso a los mercados; i) durabilidad del poder de mercado; j) madurez del mercado; y, k) acceso a recurso los recursos esenciales.

En conclusión la mayoría de legislaciones, así como tendencias mundiales y organismos internacionales concuerdan que uno de los elementos principales para establecer la posición dominante es tomar en cuenta la cuota de mercado y las barreras de entrada hacia otros competidores.

En este punto es necesario recordar que el mercado no es estático y que no siempre la cuota de mercado será un indicador preciso para evaluar la posición dominante, ya que lo fundamental es que pueda existir el riesgo de daño en el mercado por la actuación de un agente económico que se encuentra en capacidad de restringir el mercado debido a varios factores, como por ejemplo su innovación tecnológica.

Como queda visto el abuso de la posición de dominio es una de las tres figuras jurídicas de las cuales se encarga de investigar el derecho de defensa de la competencia.

1.3.LEGISLACIÓN COMPARADA.

COLOMBIA

Mediante Decreto No 2153 de 30 de Diciembre de 1992, publicado en el Diario Oficial No. 40.704, del 31 del mismo año, se dicta la Ley por la cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y otras disposiciones. En esta Ley se encuentra definido lo que se entiende por posición de dominio y todos los actos que deben ser tipificados como abuso de la misma.

Dentro del artículo 45 se contemplan las definiciones que los legisladores colombianos, han considerado pertinentes para la defensa de la competencia. El numeral quinto establece lo siguiente:

“5. Posición Dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.”⁴¹

Si bien esta definición abarca, de manera muy concreta, lo que debe considerarse como posición dominante, considero que no toma en cuenta dos parámetros esenciales dentro de una definición necesaria en el mercado.

Primero es necesario especificar bajo qué parámetros se delimitará la posición de dominio, y es importante que se encuentren establecidos en la Ley, para no generar dudas o incertidumbre sobre los mismos.

En segundo lugar la doctrina ha establecido de manera reiterada que la posición de dominio *per se* no es contraria a Ley, ya que puede ser resultado de economías de escala o del esfuerzo del empresario que ha logrado llevar a su empresa a una posición de dominio, sin abusar de la misma.

A pesar de que este tema ha sido clarificado por la doctrina, sería conveniente incluirlo en la Ley para que no existan dudas ni confusiones respecto a la posición de dominio en el mercado, lo cual conllevaría a una mayor seguridad para los empresarios y demás agentes económicos.

En conclusión, la definición de los legisladores colombianos contempla los aspectos necesarios para comprender qué significa la posición de dominio. Sin embargo no sería perjudicial tomar en cuenta los elementos antes mencionados para clarificar la definición.

⁴¹ Art 5. Decreto No 2153 de 30 de diciembre de 1992, publicado en el Diario Oficial No. 40.704, del 31 del mismo año y mes.

La Legislación colombiana contempla los siguientes casos:

“ARTICULO 50. ABUSO DE POSICION DOMINANTE. Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente Decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

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

Dentro de la legislación colombiana, se puede apreciar que no existe una cláusula general prohibitiva, pues establece: *cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas*, sin aumentar la frase *entre otras* o *además* que dejan la puerta abierta a otras posibles situaciones de abuso que pueden irse generando con la evolución del mercado.

La legislación colombiana establece una enumeración de seis casos o circunstancias bajo las cuales podría darse un abuso y señala casos de conductas exclusorias y explotativas ya que contempla precios predatorios, barreras de entrada, subordinaciones y tratos discriminatorios tanto a los consumidores como a los demás potenciales competidores.

ESPAÑA:

La Ley 15/2007 de 3 de julio, continua con el objetivo de la ley anterior (16/1989) de dotar a los poderes públicos de instrumentos eficaces para lograr el fin de garantizar la existencia de competencia suficiente y encontrarse en la capacidad de protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, inspirándose y siguiendo las tendencias de las normas comunitarias de política de competencia.

La Ley española no da una definición clara de lo que debe entenderse como posición de dominio, pero establece dos conceptos generales de lo que debe ser considerado como explotación abusiva:

“1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.”

Sin perjuicio de la enumeración de posibles situaciones en las cuales se perfeccionarían los conceptos detallados a continuación:

“2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

- a. La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.
- b. La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.
- c. La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.
- d. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

3. La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal.”⁴²

⁴² Art. 2 Ley 15/2007

Las conductas explotativas, como su nombre lo indica, tienden a explotar el mercado tanto a los consumidores como a los otros agentes económicos que puedan representar competencia en el mercado. Las conductas exclusorias buscan prescindir de las empresas competidoras, imponiendo contratos de distribución exclusiva de un bien o un servicio, tomando en cuenta que estas conductas deberán mantenerse dentro del marco en el que la empresa tenga una posición dominante dentro del mercado relevante.

Sin embargo es importante recalcar que establece un parámetro territorial al tomar en cuenta *el mercado nacional*, lo cual aclara que la conducta puede ser llevada a cabo en una ciudad o puede ser de tal magnitud que afecte a todo el mercado nacional, siempre tomando en cuenta la Regla del Mínimo y la definición del mercado relevante.

No obstante, este artículo cae en los mismos errores de la Ley colombiana, ya que no fija los parámetros bajo los cuales se deberá establecer si existe o no posición de dominio y tampoco aclara que no es un delito ostentar una posición dominante.

La legislación española incluye la cláusula general prohibitiva, ya que al establecer la frase *en particular*, deja abierta la posibilidad a otros casos que no sean los particularmente enumerados.

Igualmente queda claro con el numeral tercero que la Legislación española es sumamente estricta respecto a los posibles casos de abuso de posición de dominio, ya que a pesar de que la posición de dominio provenga de una disposición legal, los agentes económicos que se encuentren sujetos a la misma se encontrarán bajo el mismo control que las demás empresas. Considero que esta disposición es beneficiosa en el mercado ya que al incluir las disposiciones legales que pueden generar una eventual desigualdad entre los competidores, genera equidad en el trato a las empresas dentro del mercado.

PERÚ

La República del Perú ha contado con normas de competencia desde hace varios años. Mediante Decreto Legislativo N° 701, se creó la Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia.

Sin embargo tras más de quince años de vigencia de la mencionada Ley, los legisladores peruanos cayeron en cuenta de la existencia de varios vacíos legales y deficiencias. Es por esto que el 24 de junio de 2008, mediante Decreto Legislativo N° 1034 se aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

El artículo siete del mencionado Decreto Legislativo, establece:

“Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado.-

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

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

7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita.”⁴³

La definición establecida en la Ley peruana contiene parámetros no contemplados en las otras legislaciones analizadas por lo tanto resulta más completa. Primero es importante mencionar que la Ley contiene un sujeto activo y otro pasivo; el sujeto activo son los agentes económicos y el sujeto pasivo los competidores, proveedores o clientes. En base a esto se puede concluir que la Ley establece una clara desigualdad en el mercado y señala la importancia de proteger al sujeto más débil, el sujeto pasivo.

⁴³ Art. 7. Decreto Legislativo 1034.

Genera una gama más amplia de posibilidades para afectar la competencia, ya que contempla las posibilidades de *restringir, afectar o distorsionar* la oferta y la demanda en el mercado. Al especificar en el mercado la oferta y la demanda, especifica claramente el objeto que sería afectado en caso de ostentar y abusar de una posición dominante en el mercado relevante.

Otro aspecto importante es que contempla la temporalidad en la cual un agente económico con posición dominante podría afectar al mercado, ya que al mencionar *en ese momento o en un futuro inmediato*, toma en cuenta la acción en el presente y sus posibles efectos en el futuro.

Es importante recalcar que de las legislaciones analizadas hasta el momento, la peruana es la única que contiene los parámetros o criterios bajo los cuales debe ser analizado un agente económico para concluir si ostenta o no posición de dominio. Estos parámetros facilitan el análisis legal y económico que debe realizar la Autoridad de competencia y brindan seguridad jurídica a los actores ya que establece claramente las directrices bajo las cuales serán analizados.

Dentro de los parámetros toma en cuenta el tamaño del mercado, que es un factor importante al momento de aplicar la Regla de Mínimis; las opciones de sustitución que tiene el bien o servicio en el mercado; la capacidad de implementar o desarrollar tecnología de los demás agentes económicos que sean competidores o potenciales competidores y la facilidad con la que pueden acceder a medios de producción y canales de distribución; la existencia de barreras en el mercado de cualquier ámbito, como por ejemplo el mercado de ciertos principios activos de medicamentos que se expenden bajo receta médica, lo cual se convierte en una barrera de tipo legal ya que limita el mercado a la prescripción médica; y finalmente las opciones que generen los posibles competidores.

La legislación peruana menciona los siguientes supuestos:

“Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

- a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
- b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;
- c) Subordinar 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;
- d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;
- e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;
- f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;
- g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,
- h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

10.3. La presente Ley se aplica inclusive cuando la posición de dominio deriva de una ley u ordenanza, o de un acto, contrato o reglamento administrativo.

10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.

10.5. No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.”⁴⁴

Igualmente la legislación peruana contempla situaciones similares a las analizadas, pero de forma más detallada y claramente redactadas. Incluye el abuso de procesos legales y administrativos e incitación a terceros a no proveer o aceptar bienes o servicios. Sin embargo dentro los supuestos de abuso de posición de dominio no se mencionan los precios predatorios.

⁴⁴ Art. 10 Decreto Legislativo 1034

Es importante tomar en cuenta que la legislación peruana, al igual que la española, contemplan los casos de abuso de posición dominio cuando la mencionada posición derive de una disposición legal e inclusive va más allá al contemplar ordenanzas, actos, contratos o reglamentos administrativos.

La novedad dentro de este artículo es la prohibición relativa de las conductas de abuso de posición de dominio. Frente a este inciso es necesario aclarar que no todas las conductas son relativas y por relativa debe entenderse aquella conducta que, si bien se configura, no produce ningún daño en el mercado o al consumidor.

Esta prohibición se fundamenta en la Regla de la Razón que según el Dr. Pinkas Flint “permite sopesar factores competitivos y determinar si la restricción es razonable o no y si existe interferencia significativa o impacto de importancia en la competencia. Bajo esta norma, solamente las restricciones no razonables son ilegales”⁴⁵

Por restricciones no razonables debe entenderse aquellas conductas que son inherentemente anticompetitivas, como por ejemplo el reparto de mercado. Sin embargo como no todas las conductas pueden ser catalogadas como no razonables deben ser evaluadas caso por caso tomando en cuenta las condiciones del mercado antes y después de las conductas restrictivas.⁴⁶

Finalmente incluye que la posición de dominio *per se* no es ilícita, únicamente su abuso. Esta aclaración igualmente brinda seguridad jurídica y reconoce que el esfuerzo honesto y de años de un agente económico o simplemente la naturaleza del mercado en el que se desarrolla no deben ser juzgados o malinterpretados.

⁴⁵ FLINT Pinkas Dr., Tratado de Defensa de la Libre Competencia, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Edición 2002, pág. 616.

⁴⁶ CFR.FLINT Pinkas Dr., Tratado de Defensa de la Libre Competencia, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Edición 2002, pág. 616.

LA DECISIÓN 608

La Decisión 608 define a la posición de domino como:

“Artículo 9.- Se entenderá que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad.”⁴⁷

Es evidente la gran similitud que existe entre la definición planteada en la Decisión 608 con la de la Legislación peruana. Sin embargo no incluye los criterios bajo los cuales se analizará la posición dominante en el mercado y tampoco señala que la posición de dominio no es ilícita.

La Legislación ecuatoriana en el Decreto Ejecutivo 1614-2009 únicamente establece las normas procedimentales y la competencia de la Autoridad Ecuatoriana, respecto a las circunstancias o casos bajo los cuales se configura un supuesto abuso de posición de dominio, se rige bajo la Decisión 608.

Es importante anotar que el Decreto Ejecutivo 1614-2009, dispone como Autoridad de Investigación a la Subsecretaria de Competencia y Defensa del Consumidor y como Autoridad Resolutoria al Ministro/a de Industrias y Productividad.

Los casos que contempla la Decisión 608 son los siguientes:

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

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

⁴⁷ Art. 9. Decisión 608 CAN.

- 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.

En general la Decisión 608 (adoptada como normativa interna tras la aprobación de la decisión 616 y vigente hasta 13 de octubre de 2011 tras la publicación de la LORCPM,) no plantea nuevas circunstancias que no se encuentren contempladas en las otras legislaciones analizadas.

De la misma manera, contiene una cláusula general prohibitiva, al mencionar *se presumen*, y configura la posibilidad de la existencia de nuevos casos que puedan ir surgiendo con la evolución del mercado.

De lo analizado se desprende que existe concordancia tanto en las definiciones de posición de dominio como en los supuestos de su abuso. Sin embargo existen legislaciones que definen de mejor manera lo que se considera como posición de dominio, bajo qué parámetros se analiza la supuesta posición y los casos en los cuales estarían incurriendo en un abuso.

2. SUPUESTOS CONCRETOS DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Una vez analizada lo que debe entenderse por posición de dominante y sus supuestos concretos de abuso, es necesario analizar de manera más detallada los supuestos, sin embargo al contener la actual legislación ecuatoriana una lista tan extensa de supuestos, de manera didáctica es posible analizar los supuestos que contiene la Decisión 608 y la mayoría de legislaciones analizadas anteriormente.

a) La fijación de precios predatorios

Esta conducta se entiende como aquellos precios que son fijados por una empresa a un nivel más bajo que el de sus costos con el fin de ocasionar pérdidas en sus competidores hasta eliminarlos del mercado, para luego elevar los precios hasta llegar a niveles monopolísticos.⁴⁸

Es necesario mencionar que una vez que la empresa decide reducir sus precios por un determinado periodo de tiempo deberá asumir costos altos ya que sufrirá pérdidas cuantiosas, que deberá recuperar a futuro, una vez que logre sacar del mercado a sus competidores.

La doctrina así como la jurisprudencia han reconocido a este tipo de conducta como abuso de posición dominante, sin embargo existe un límite delgado entre una conducta competitiva y una conducta predatoria quedando a decisión de la Autoridad de Competencia establecer la diferencia.

Una empresa puede conseguir reducir sus costos mediante la implementación de nuevas técnicas, mayor inversión en publicidad y mejor distribución del producto, lo que podría acarrear eventualmente si sus competidores no reaccionan, que los mismos acusen al agente económico de implementar precios predatorios en el mercado, cuando únicamente se encuentra implementando estrategias para crecer.

Es por esto que las legislaciones en defensa de la libre competencia se encuentran en un dilema y responsabilidad, ya que si bien deben proteger la libre competencia en el mercado, no deben desestimular la eficiencia en el mismo.

Uno de los efectos característicos de la interposición de precios predatorios es que a corto plazo resulta beneficioso para los consumidores, ya que existe una disminución de precios

⁴⁸ CFR. FLINT Pinkas Dr., Tratado de Defensa de la Libre Competencia, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Edición 2002, pág. 544.

en el mercado. Sin embargo a largo plazo es perjudicial debido al verdadero fin del agente económico, que busca eliminar a sus competidores para formar un monopolio.

De igual manera no es fácil para ninguna empresa mantener los precios por debajo de sus costos por mucho tiempo, por lo tanto uno de los parámetros para comprobar si una empresa se encuentra utilizando precios predatorios es la medición del periodo de tiempo durante el cual los precios son bajos.

Es importante considerar que la predación de precios, para ser significativa, debe ser realizada por agentes económicos que ostenten una posición dominante, sino será considerada como una conducta estratégica para competir dentro del mercado vía precios, con el fin de ganar mayor posición dentro del mismo.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia demuestran que los casos de abuso por fijación de precios predatorios, inclusive antes de ser ilegales, no son muy usuales, ya que esta práctica es sumamente costosa para el agente económico que decidió incurrir en ella debido a que las ganancias, además de ser diferidas probablemente serán temporales. A esto hay que añadir que una vez expulsados los antiguos competidores existirán nuevos competidores que se verán atraídos al mercado por la rentabilidad que ha obtenido el agente económico debido a su monopolio.

Uno de los ejemplos que demuestran la dificultad para la Autoridad de competencia para determinar este tipo de acciones es el caso de la empresa japonesa Matsushita, que fue acusada por las empresas americanas fabricantes de televisores de mantener precios predatorios durante veinte años para sacar a sus competidores de mercado. Las cortes americanas se manifestaron argumentado que la acusación carecía de lógica.

La clave para la argumentación de las cortes americanas fue el periodo de tiempo, ya que ninguna empresa podría aguantar pérdidas durante 20 años sin recuperar nada de lo invertido.

Este caso evidencia que las empresas pueden tener prácticas competitivas fuertes pero eso no las convierte en prácticas anticompetitivas en la modalidad de fijación de precios predatorios, únicamente son empresas eficaces.

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

Para comprender este tipo de conducta es necesario explicar el significado de la palabra *exclusivo*. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define exclusivo como:

“**exclusivo, va.**

1. adj. Que excluye o tiene fuerza y virtud para excluir.

2. adj. Único, solo, excluyendo a cualquier otro.

3. f. Privilegio o derecho en virtud del cual una persona o corporación puede hacer algo prohibido a las demás.

4. f. Noticia conseguida y publicada por un solo medio informativo, que se reserva los derechos de su difusión.

5. f. desus. Repulsa para no admitir a alguien en un empleo, comunidad, cargo, etc.”⁴⁹(El subrayado no pertenece al texto original)

Jurídicamente, Cabanellas define a una cláusula de exclusividad como “en el comercio, la que exige al comprador que solamente pueda revender en determinada zona o valiéndose de intermediarios concretamente designados. Desde el punto de vista del vendedor, aquella que restringe la venta de sus productos a favor tan solo del comprador

⁴⁹ <http://buscon.rae.es/drael/>

concesionario absorbente, que se reserva la enajenación por sí o la distribución que juzgue mejor”⁵⁰

Los pactos de exclusividad pueden ser realizados a favor del suministrante o del suministrado, en este sentido Arias Schreiber considera:

“Pactos de Exclusividad a favor del suministrante: Si en el contrato se ha pactado la cláusula de exclusividad en beneficio del suministrante, esto es, del productor de bienes (materias primas etc.) la contraparte, a quien el Código denomina el beneficiario del suministro o sea el suministrado, está sujeto a un deber de abstención, que inclusive se extiende a no satisfacer sus necesidades de abastecimiento con medios o recursos propios.

El precepto ha sido concebido en defensa de los intereses del suministrante, quien por la cláusula de exclusividad ha adquirido el derecho de ser el único en abastecer al suministrado y obviamente planifica su política de producción y colocación de la misma a mérito de tal exclusividad. Sería insólito, por decir lo menos, que en estas circunstancias el suministrado pudiese recibir las prestaciones de terceros o abastecerse a sí mismo, pues con ello se desnaturalizaría el pacto

Pacto de exclusividad a favor del suministrado: cuando la cláusula de exclusividad ha sido establecida a favor del suministrado, el suministrante no puede proporcionar a terceros prestaciones similares a las que constituyen el objeto del contrato, en ningún otro lugar. Esta exclusividad consiste, por lo tanto, en otro deber de abstención, esta vez asumido por el suministrante y que le asegura al suministrado la materia prima u otros bienes que requiere para su procesamiento o actividad, al tiempo que hace uso de dicha exclusividad dentro del complejo juego de competencia. ”⁵¹

⁵⁰ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. P 164.

⁵¹ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo II, 1987, p. 182 y 183

Es necesario aclarar que se habla de convenios de exclusividad únicamente cuando son realizados por proveedores con posición de dominio con el fin de que los distribuidores de sus productos no puedan vender ningún producto de otro competidor o viceversa.

Al igual que en los precios predatorios, si es que el acto es realizado por un agente económico que no ostenta una posición de dominio simplemente será tomado con una estrategia agresiva para aumentar su competitividad.

En este mismo sentido Abanto Vásquez considera que:

“A primera vista los acuerdos de exclusividad, es decir, aquellas vinculaciones para restringir a una parte contractual en sus posibilidades de adquirir (o vender) productos o servicios de otros productores o distribuidores, **no parecen ser muy graves. Pero estas prácticas en manos de un monopolio o de un grupo de empresas con poder de mercado** o cuando se realizan con medios reprochables (amenazas, presión económica), **desarrollan una peligrosidad evidente contra la competencia.**”⁵² (Negrilla no pertenece al texto original)

Para abundar en el tema el tratadista Pinkas Flint establece que:

“Según algunos tratadistas, estos deben ser declarados ilegales en aquellos casos en que exista una posición de dominio en el mercado, pues la empresa monopolística podrá a través del acaparamiento de distribuidores crear una barrera temporal (hasta que se desarrollen nuevos canales de distribución) para la entrada de competidores en el mercado. Los convenios de exclusividad dificultan la entrada de competidores en el

⁵² ABANTO VÁSQUEZ Manuel. El Derecho de la Libre Competencia. Lima: Editorial San Marcos, 1997. P. 175

mercado porque precisamente obligan a esos a desarrollar sus propias cadenas de distribución, con los costos consiguientes”⁵³

Una vez confirmado por la doctrina la necesidad de que este tipo de conducta sea llevada a cabo por agentes económicos con posición de dominio, la jurisprudencia igualmente lo confirma, respecto al tema el INDECOPI mediante Resolución No. 018-94-INDECOPI/ CLC señaló:

El 21 de enero del año 1994, la empresa Distribuidora Cervecera del Santa S.A., denunció ante la secretaría técnica de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia, al Alcalde del Consejo Distrital de San Antonio, Sr. Donald Jaime Aguilar Sánchez y al Señor Juan A. Chumpitaz, por haber concertado condiciones de comercialización de cervezas y gaseosas en el balneario de León Dormido, impidiendo que se pueda comercializar productos diferentes a la cerveza Cristal y la gaseosa Inca Kola.

Se logro demostrar que el Alcalde y el Regidor de Balnearios de la Municipalidad de San Antonio- Cañete, suscribieron un convenio con el Sr. Juan Chumpitaz, distribuidor de cerveza Cristal en la zona de Mala, mediante el cual este último se comprometió a ejecutar obras y prestar servicios favorables para el distrito y, a cambio, el Municipio se comprometió a dar la exclusividad de venta de cerveza en la playa de León Dormido.

Dentro de la resolución fue aclarado que el hecho de que beneficiario de la exclusividad haya realizado obras en beneficio del distrito no configura una causal eximente de responsabilidad, no es una justificación de la conducta observada, ya que ningún municipio está facultado, legalmente, a otorgar exclusividades de ningún tipo.

Para el INDECOPI quedo ampliamente demostrado que el Municipio Distrital de San Antonio a través de su alcalde y regidor Aguilar han obligado a las personas que desearan

⁵³ FLINT Pinkas Dr., Tratado de Defensa de la Libre Competencia, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Edición 2002, pág. 558.

contratar para el verano de 1994 la concesión de uno de los módulos del Balneario de León Dormido, a expender en forma exclusiva los productos gaseosa Inca Kola y cerveza Cristal.

Una vez que la Autoridad confrontó los hecho comisión multisectorial declaró fundada la denuncia, y señaló que ninguna autoridad puede subordinar el otorgamiento de una concesión a la suscripción de un contrato que tenga una cláusula de obligatoriedad de venta exclusiva de productos de una determinada marca.⁵⁴

Sin embargo, para abundar en el tema, la legislación peruana dispone:

“Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;”⁵⁵

De esta manera tanto la doctrina, como la jurisprudencia y la legislación comparada evidencia y ratifican que para poder establecer un acuerdo de fijación vertical es necesario ostentar una posición dominante.

La resolución expuesta, contiene dos puntos interesantes que vale la pena recalcar. El primer punto es que la legislación de competencia no otorga concesiones a los gobiernos autónomos descentralizados, por el hecho de ser autoridad. Es decir, la ley toma en cuenta tanto al sector público como al sector privado.

⁵⁴ CFR. MORALES ACOSTA, Alonso, “Caso: Abuso de Posición de Domino Exclusividad de Cerveza Cristal e Inca Kola”

⁵⁵ Art. 10. Decreto Legislativo 1034.

El segundo punto importante es que la resolución establece que la competencia dentro del mercado no es un tema susceptible de trueque, ya que a pesar de las acciones que el distribuidor había hecho a favor de la comunidad, esto no lo facultaba para reclamar la exclusividad en el territorio.

En resumen para configurar un acuerdo restrictivo, de acuerdo con lo que señala la jurisprudencia internacional, doctrina y la legislación deberán estar involucradas 2 o más partes que puedan afectar a terceros y esta afectación debe ser perjudicial para el mercado y para el consumidor.

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

Se entiende que existe subordinación cuando un producto no puede adquirirse por separado de otros productos, es decir el consumidor para adquirir el producto que desea, se ve obligado a comprar algo que no necesita.

Esta conducta debe ser analizada por las Autoridades de Competencia con mucha atención ya que debe diferenciarse si la venta debe ser entendida como dos productos diferenciados o como la venta de un solo producto compuesto. En los casos donde sea visto como un producto único no existe la conducta.

El criterio establecido en el párrafo anterior supone que para analizar este tipo de conductas debería analizarse si el producto es o no separable físicamente. Sin embargo este criterio no es adecuado ya que terminara extendiendo el análisis de esta conducta a la mayoría de productos ofrecidos en el mercado.

Es importante tomar en cuenta que los productos sujetos a la subordinación no deben ser análogos es decir un vendedor de autos no podría subordinar al consumidor a comprar accesorios para celulares, debe existir una conexión aunque sea mínima entre el producto suplementario y principal.

Para iniciar el análisis es necesario comprender por qué en un principio se prohíbe este tipo de conductas. Existen ventas conjuntas que son realizadas por eficiencia económica, en estos casos no existe ninguna infracción ya que no es un fin del Derecho de Competencia sancionar la eficiencia en las empresas.

Es necesario recordar que lo que busca es impedir prácticas que puedan afectar al mercado y a los consumidores, por lo tanto realizar un análisis únicamente guiado por la separación de los bienes sería incorrecto, ya que la conducta es prohibida por el potencial daño que pueda causar a la competencia y al mercado.

Una vez que se ha especificado por qué la conducta es prohibida es momento de establecer cómo se pueden reconocer los casos en que se den este tipo de abusos. Es necesario manejar parámetros que permitan afirmar con certeza que existe la conducta. Un parámetro utilizado es la diferenciación entre mercados.

Se considera que dos productos son diversos cuando existe un mercado para cada uno de ellos. Este criterio permite aclarar los casos en que la ley exige que no exista conexión entre las prestaciones suplementarias.

Es decir, si hay diversos mercados pero los productos están subordinados estos se encuentran bajo el supuesto de ventas atadas. Sin embargo existen excepciones como por ejemplo la comercialización de dos bienes cuya separación es imposible o ventas conjuntas en ciertas industrias que son tan habituales, que si bien en principio podrían ser diferenciados, los consumidores los solicitan como un solo producto.

Cuando se ha determinado la existencia de dos productos diferenciados es necesario establecer si se configura o no este tipo de conducta, para lograr esto se debe tomar en cuenta como elemento definitorio la unión forzada impuesta a los bienes.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia estadounidense se han inclinado por tomar en cuenta una situación anímica del comprador y relacionarla con el poder de mercado, esto quiere decir que una empresa con poder de mercado al ser grande y poderosa se ve en la capacidad de coaccionar las compras del consumidor, logrando que adquiera productos que no necesita para adquirir el necesario.

Esta tendencia tomó fuerza en la década de los 70 ya que la conducta estaba sujeta a la regla *per se* lo cual motivó a que se busquen sistemas que permitan equilibrar las tendencias y eludir el rigor de la ley. Sin embargo el elemento coercitivo no es importante para determinar si existe la conducta, pero ayuda a demostrar el daño causado.

Para enfocar correctamente el análisis, es necesario comprobar si el vendedor actuó de manera determinada (es decir si buscaba subordinar las ventas) todo depende de la iniciativa que tenga el vendedor. Es decir una empresa se encontraría realizando una práctica de vinculación en el caso de no dar más opciones a los consumidores para la adquisición del producto principal.

Existen varios tipos de vinculación, entre ellos los siguientes:

1.- Vinculación Explícita: se da cuando existen cláusulas contractuales expresas donde se impone la obligación al comprador de adquirir el producto vinculado como requisito para obtener el producto principal. Para comprobar la conducta es necesario examinar los hechos y circunstancias bajo las cuales se celebró el contrato.

2.- Vinculación implícita: la Autoridad de competencia ha sido tan severa con las regulaciones a los contratos con estas cláusulas, que los empresarios han encontrado nuevas formas implícitas para realizar este tipo de acciones.

Dentro de este tipo de vinculación existen dos grupos: a) políticas con el mismo efecto práctico que la vinculación; y, b) vinculación física o tecnológica.

Dentro de las políticas que tendrían el mismo efecto se contempla lo siguiente:

- a) Vinculación por coerción: consiste en la vinculación realizada por medio de la persuasión. La empresa persiste con tal intensidad que la única alternativa del comprador es adquirir el producto de forma condicionada ya que de lo contrario la empresa se negará a vender el producto principal.

Una forma sutil de las empresas para realizar este tipo acciones es otorgando “opciones” a los compradores pero estas deberán ser aprobadas por la empresa.

- b) Vinculación por inducción: se configura cuando las empresas brindan ciertos incentivos económicos. Un caso importante de este tipo de vinculación fue el Federal Trade Commission vs. Sinclair Refining Co. Oil, en el cual las refinerías de petróleos se encargaban de ofrecer a las surtidoras gasolina gratis a cambio de que se comprometieran a usar únicamente esa marca de gasolina.⁵⁶

La vinculación física o tecnológica consiste en aquellos casos en los cuales el vendedor estructura la combinación de los productos para volverlos inseparables. Un ejemplo de esta conducta es el caso IBM estudiado por la Comisión Europea que consideró que IBM abusaba de su posición de dominio ya que se negó a suministrar, con la antelación

⁵⁶ SUÁREZ HERRERO Carmen, Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la Competencia. Román y Cajal Servicio de Estudios. P. 242

suficiente, a sus demás productores la información técnica necesaria para que pudieran utilizar un determinado sistema.⁵⁷

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

El fondo de esta conducta es el mismo contemplado en el literal b) del art. 7 de la Decisión 608. Sin embargo existe una gran diferencia respecto a los agentes económicos. Para que se configure la conducta bajo el supuesto de abuso de posición de dominio es necesario que el acto sea realizado por una sola empresa con posición dominante o 2 empresas del mismo grupo económico que se dediquen a la misma actividad.

Como se menciono anteriormente, es imposible negar dos aspectos importantes: a) en la actualidad la participación de los clientes es fundamental para la producción de las empresas; y, b) existe una cadena de valor en la cual los proveedores son parte fundamental del proceso. Si estos deciden dejan de responder a la oferta y demanda el mercado podría ser gravemente distorsionado.

Es necesario mencionar que las empresas tienen libertad de aceptar o no una demanda de compra o de adquisición, siempre y cuando las razones sean justificadas. Sin embargo la ley no permitirá negativas cuando estas sean dirigidas a otros competidores o cuando sus orígenes no sean económicos.

Esta conducta debe ser analizada bajo la regla de la razón tomando en cuenta los siguientes elementos: a) denuncia presentada por la parte que se sienta perjudicada; b) concierto de voluntades entre varias firmas, ya sean estas compradoras o vendedoras; c)

⁵⁷ SUÁREZ HERRERO Carmen, Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la Competencia. Román y Cajal Servicio de Estudios. P. 248

haya sido verificada la negativa a satisfacer la demanda de oferta o satisfacer las ventas o prestaciones de servicio; y, d) las razones por las cuales no se compra o se vende sean injustificadas, lo cual debe ser probado por la denunciante.⁵⁸

Cuando un grupo de agentes económicos en forma concertada declara que no tratarán con determinado agente económico o que si lo hace será bajo las condiciones impuestas por ellos, este comportamiento es conocido como boicot grupal.

Un claro ejemplo de boicot grupal en la jurisprudencia americana es el caso Fashion Originators Guild VS FTC, en el cual la asociación de diseñadores de textiles realizó una declaración pública en la cual estableció que no venderían sus productos a tiendas de descuento o realización. Si bien ninguna de las empresas fijó precios de venta mínimos, realizaron un esfuerzo focalizado en evitar que los precios de sus productos bajen y así lograron denegar el acceso a ciertos consumidores.

Una pregunta usual en la doctrina es si los boicots grupales son *per se* ilegales y si estos son frecuentes, la respuesta es que los boicots se presentan todo el tiempo y en todo ámbito, sin embargo deben ser juzgados bajo la regla de la razón, ya que en determinados casos los agente económicos pueden negarse a tratar con otros agentes económicos por no cumplir con ciertas normas de seguridad. Por lo tanto para medir esta conducta debe comprobarse el impacto negativo que tenga en la competencia.

Como se mencionó en líneas anteriores, el análisis debe ser enfocado bajo tres puntos clave: a) la existencia de un grupo significativo de empresas; b) si la conducta afecta a una parte significativa del mercado; y, c) si las empresas envueltas tienen poder de mercado.

Igualmente hay que tomar en cuenta si el agente económico se negó a contratar por su situación de poder monopólico o si el origen de su negativa es el hecho de mantener el

⁵⁸ CFR. FLINT Pinkas Dr., Tratado de Defensa de la Libre Competencia, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Edición 2002, pág. 681

nivel de competencia. En la práctica es difícil hallar empresas que se nieguen a satisfacer pedidos cuando se encuentran en situación de dominio, ya que las empresas no rechazan clientes si no existen motivos económicos.

Este tipo de conductas se manifiestan, generalmente, por acuerdos entre las empresas, tal y como se menciona en líneas anteriores, sin embargo es importante enumerar dos tipos de acuerdos: a) acuerdos de distribución excluyentes: esta restricción generalmente es juzgada bajo la regla de la razón, ya que se considera que puede tener efectos pro-competitivos, sobre todo en el mercado intra- marca ya que permite al fabricante promocionar sus productos adecuadamente pero cumpliendo su responsabilidad en lo referente a seguridad y garantía; b) acuerdos de compras excluyentes: en este caso el vendedor impone restricciones a sus clientes, este tipo de acción es evaluada más severamente porque bloquean el mercado pues obligan a los clientes a privilegiar a un fabricante sobre otros competidores.

En el ámbito probatorio, no es necesario demostrar la intención de la conducta ya que se trata de supuestos objetivos, lo único que debe ser probado es: a) la situación de dominio; y, b) la conducta objetiva de la negación.

Para considerar que una empresa ha incurrido en una conducta abusiva es necesario probar que no existe otra alternativa para el consumidor, es decir que el agente económico es monopolista.

Existen conductas que no son claras pero sus efectos son similares a los de la negativa a contratar por ejemplo: el exceso de demora en la satisfacción de un pedido, la solicitud de datos e información excesiva o el retraso injustificado en señalar precios. Todas estas prácticas son consideradas como negativa injustificada a contratar.

Usualmente este tipo de prácticas buscan tener como efecto: obligar a un minorista a respetar precios exigidos, impedir que venda con descuentos o apoyar un acuerdo de distribución exclusivo con otros revendedores.

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.

Este literal hace referencia a la cláusula general prohibitiva con la cual el derecho de la competencia rompe el principio de la tipicidad debido a la naturaleza cambiante de la economía, sin embargo este tema será abordado con mayor profundidad más adelante.

3. CLAUSULA GENERAL PROHIBITIVA Y EL ABUSO DE PROCESOS LEGALES Y ADMINISTRATIVOS COMO MODALIDAD DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO.

Como se mencionó anteriormente la posición de dominio tiene su origen cuando los agentes económicos pueden actuar de manera independiente en el mercado y, de manera *per se*, la posición dominante no es contraria a la libertad económica.

La libertad económica consiste en aquella facultad que tienen los agentes económicos para utilizar toda herramienta posible con el fin de llegar a un mayor número de consumidores. Es por esto que existe una delgada línea entre lo que debe ser sancionado y lo que debe ser permitido, ya que la idea de las legislaciones antimonopolio es precautelar el mercado sin afectar a la libertad de los agentes económicos.

Bajo este presupuesto la normativa de competencia contempla una cláusula general prohibitiva. El derecho de competencia, a diferencia de la demás ramas del derecho, no es posible tener un listado riguroso de posibles conductas que puedan ir contra la competencia en el mercado. Es por esto que la doctrina jurídica ha señalado en materia de libre competencia que, “La descripción rigurosa y perfecta de la infracción es, salvo

excepciones, prácticamente imposible. El detallismo tiene su límite. Las exigencias maximalistas solo conducen, por tanto, a la parálisis normativa, o a la nulidad de buena parte de las disposiciones sancionadoras existentes o por dictar.”⁵⁹

En este sentido el tratadista Guillermo Cabanellas de las Cuevas expresa que: “Las conductas con efectos restrictivos sobre la competencia pueden adoptar la (sic) más diversas variantes, y según las legislaciones antimonopólicas ha ido extendiendo y definiendo el marco de los actos típicamente contrarios a la libre competencia, las empresas han intentado evadir las consiguientes prohibiciones mediante la utilización de tipos de conductas no contempladas con anterioridad. Por este motivo, así como por la complejidad que presentan las actividades económicas, ha sido un rasgo uniforme de las principales legislaciones regulatorias de la competencia el no adoptar una enumeración excluyente de conductas prohibidas, sino emplear un figura amplia, y relativamente abstracta, capaz de incluir las diversas variantes de los actos contrarios a la libre competencia.”⁶⁰

Para el tratadista Pinkas Flint, la cláusula general prohibitiva permite que las legislaciones no se vuelvan obsoletas con el paso del tiempo, es por esto que menciona lo siguiente: “La lista de conductas anticompetitivas no es taxativa sino que pueden añadirse a ella aquellas conductas o actos que sean análogos o similares a los señalados como anticompetitivos; sin embargo, es usual que en este sistema de Defensa de la Competencia, mediante una ley, se incluya una Cláusula General Prohibitiva y a continuación una enumeración de supuestos concretos de comportamientos sancionables. Claramente podemos deducir que la ventaja inmediata de esta forma de legislar es la de evitar que con el tiempo las normas taxativas queden obsoletas, permitiendo mediante esta fórmula de Cláusula General el que se pueda tener en cuenta situaciones que al momento de legislar no se

⁵⁹ NIETO GARCÍA, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos, Madrid (2002) p. 293.

⁶⁰ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Derecho Antimonopólico y de defensa de la Competencia, Tomo 1, Editorial Heliasta, Argentina (2005) p. 733.

contemplan, o siendo las prácticas comerciales cambiantes, éstas originen conductas nuevas.⁶¹ (El subrayado no pertenece al texto original.)

Para evaluar una cláusula general prohibitiva es necesario tomar en cuenta que criterios han sido usados para determinar cuando un acto o conducta es desleal. Para Baldo Kresalja deben tomarse en cuenta los siguientes criterios: a) Buena fe comercial: consiste en un principio jurídico que hace referencia al comportamiento de los agentes económicos en la relaciones dentro del mercado; b) Desenvolvimiento normal de las actividades económicas: aquel mercado donde existe una disputa entre las prestaciones más eficientes del mismo y consecuentemente la expulsión es en base a la eficiencia y la competencia leal y correcta;⁶²c) Normas de corrección que deben regir a las actividades mencionadas anteriormente: buscan proteger la libertad de acceso y de permanencia en el mercado, tomando en cuenta diversos intereses como los competidores, los consumidores y el Estado, como el ente guardián del orden económico.

Es necesario mencionar que las leyes de defensa a la competencia buscan prohibir conductas que limiten, restrinjan, afecten o distorsionen la competencia. Tomando esta premisa como una prohibición general, cada país se ve en la obligación de establecer una lista de prohibiciones sobre conductas específicas.

El tratadista Guillermo Cabanellas señala que las legislaciones de competencia, para lograr cumplir con uno de sus principales objetivos (prohibir conductas que limiten, restrinjan, afecten o distorsionen la competencia) deben tomar, como elemento fundamental, que cuentan con un marco de comportamientos que no se encuentran totalmente definidos. En consecuencia para cumplir con el objetivo de prohibir aquellas conductas que limiten, restrinjan, afecten o distorsionen la competencia, es necesario contar con casos concretos para su aplicación

⁶¹ Referencia: Pinkas Flint. Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. 2002.

⁶² CFR. KRESALJA, Baldo. "Comentarios al Decreto Ley 26122 sobre represión del la competencia desleal". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, p. 13-86.

Como no es posible tener una lista taxativa de conductas que afecten a la competencia, ya que esta acción tiene un alto costo administrativo y judicial, las conductas que deben encontrarse de manera explícita en una ley son aquellas que no contribuyan en nada al funcionamiento del comercio y de la competencia.

Luego de los pocos años de experiencia de la Subsecretaría de Competencia y Defensa del Consumidor, en su calidad de Autoridad Nacional de Competencia, se han presentado denuncias por una conducta que, mientras la Decisión 608 estuvo vigente en el país, no se encontraba dentro de la tipificación y ahora en la nueva ley, si bien se ha completado este vacío se ha dejado la puerta abierta a posibles contradicciones en un tipo de conducta importante dentro de la reciente experiencia de la Autoridad de competencia Ecuatoriana.

La conducta se trata del abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de derecho. Esta conducta ha sido difundida y aceptada a nivel mundial. Los derechos de acción y petición de los agentes económicos necesitan tener límites. Cuando el ejercicio de los derechos mencionados anteriormente, carecen de fundamento legal o no resultan razonables y tiene el deliberado propósito de distorsionar la competencia, dicha conducta constituye una práctica predatoria, así lo señala la doctrina y jurisprudencia internacional.

En este sentido, Robert Bork señala: “La profusa creación moderna de tales autoridades gubernamentales ofrece alternativas casi ilimitadas para el abuso. Estas se rankean desde la corrupción de funcionarios hasta formas más sutiles de influencia impropia sobre dichos funcionarios. Sin embargo vamos a concentrarnos aquí primariamente en la oposición a la entrada al mercado por medio de instituciones administrativas y judiciales. Como una técnica de predación, el litigio ficticio es una de las más promisorias. Litigar, sea frente a una Agencia (de competencia) o a una Corte, puede ser diseñado de manera tal que los gastos para cada una de las partes sean más o menos los mismos. Sin embargo, si, como es usual, la parte buscando entrar en el mercado tiene la carga de avanzar con las

pruebas, los gastos de litigio podrían ser más altos para ella. (...) En consecuencia, la empresa resistiendo la entrada al mercado por medio del litigio ficticio puede imponer costos iguales o superiores sobre el entrante y, si éste tiene mayores o incluso las mismas reservas, puede tener la posibilidad de agotar al potencial rival.

El predador no necesariamente espera derrotar la entrada. Podría sólo desear retrasarla. El litigio falso se convierte entonces en una sutil táctica contra cualquier tamaño de empresa, sin perjuicio de sus reservas relativas, dado que puede valer el precio de litigar, convirtiéndose en la compra de un retraso de uno o varios años de la entrada de un rival en un mercado lucrativo. En tales casos, la predación exitosa no requiere que el predador esté en capacidad de imponer mayores costos en su víctima, que el predador tenga mayores reservas que la víctima o que el predador tenga un mayor acceso al capital que a la víctima. Ninguna otra técnica de predación es capaz de escapar a todos estos requerimientos y los hechos indican tanto el peligro como la probabilidad de predación mediante el mal uso de procedimientos gubernamentales.”⁶³ (el subrayado no pertenece al texto original)

Del mismo modo, Francisco Hernández Rodríguez señala sobre el abuso de derecho como conducta anticompetitiva: “En los Estados Unidos, donde la jurisprudencia relativa a estas prácticas es muy rica, el Tribunal Supremo llegó a establecer la inmunidad de este tipo de conductas en el Derecho Antitrust con excepción de aquellas que dirigidas de forma ostensible a influenciar la acción del gobierno, sean una mera apariencia para encubrir lo que no es mas que un intento de interferir las relaciones comerciales de un competidor” (el subrayado no pertenece al texto original).⁶⁴

Esta conducta no pretende anular el derecho de los ciudadanos de formular peticiones a las autoridades gubernamentales con el objeto de obtener o alcanzar algún beneficio con

⁶³ BORK. H Robert, The Antitrust Paradox: a policy at war with itself, 1993, Editorial: Free Press , 1993, p. 347-348.

⁶⁴ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco. Precios Predatorios y Derecho Antitrust. Editorial Marcial Pons, Madrid 1997. p.60

la regulación que ellos aprueben, lo que busca es que estas acciones, que tienen los ciudadanos o agentes económicos, no sean mal utilizadas con el fin de perjudicar a su competencia. Claramente ello constituiría un abuso del derecho constitucional de petición, tal como señala Vega– Penichet López:

“Si el ejercicio de una acción judicial sin ‘iusta causa litigantis’ puede constituir, en general, un abuso contrario a derecho, es lógico pensar que cuando tal acción se realice por una empresa con posición de dominio y produzca efectos anticompetitivos en el mercado español, tal actuación podrá constituir un abuso de posición dominante (...)”⁶⁵ (el subrayado no pertenece al texto original).

Sería posible pensar que incluir este tipo de conductas en la legislación de cualquier país, atendería contra el derecho de petición de los agentes económicos, sin embargo en este sentido Álvarez Carreño señala que sancionar a los agentes económicos que comenten este tipo de acciones no representa ninguna vulneración contra el derecho de petición: “(...) en el caso que el ejercicio del derecho de petición no represente un genuino ejercicio de derechos para la participación política de los ciudadanos en el sentido de no aspirar a conseguir de los poderes públicos la reparación de un agravio del peticionario, sino que, por el contrario, el ejercicio del derecho constitucional supone una mera excusa para infringir daños a un competidor en el mercado, en ese caso, entrará en juego la excepción por fraude. En definitiva, no estaríamos en presencia del ejercicio de ningún derecho constitucional sino en presencia de una actividad contraria al principio de libre competencia sancionado por la legislación antitrust.”⁶⁶ (el subrayado no pertenece al texto original)

Es fundamental no confundir el ejercicio del derecho de petición con el abuso de tal derecho como conducta anticompetitiva. El mismo autor establece la siguiente diferencia:

⁶⁵ VEGA-PENICHET LOPEZ, Luis. “Ejercicio abusivo de acciones judiciales. Un posible abuso de posición dominante”. En Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia.p.29

⁶⁶ ALCAREZ CARREÑO, Santiago M. El Derecho de Petición. Estudio de los sistemas español, italiano, alemán, comunitario y estadounidense. Granada, 1999.p.358-359

“La frontera entre la litigación protegida y la que no lo está se cruza, en definitiva, cuando la finalidad del particular no es ganar un juicio favorable frente a un competidor sino dañarle e impedir a otros, con la propia utilización de procedimientos judiciales o administrativos, con independencia del resultado de los mismos, la posibilidad de utilizarlos”⁶⁷. (el subrayado no pertenece al texto original)

En este sentido, el usar procesos judiciales o gubernamentales con fines anticompetitivos, no se encuentra protegido con la inmunidad que nace el ejercicio de acciones constitucionales y de petición. Al contrario este tipo de actos desnaturalizan las acciones constitucionales y de petición, por lo que protegerlas con inmunidad representaría incentivar este tipo de actos que pueden tener consecuencias nefastas en el mercado.

Es necesario tomar en cuenta que los agentes económicos que busquen restringir la competencia mediante este tipo de acciones, pueden actuar por sí mismos o usando terceros. En el segundo caso el acto anticompetitivo será más grave ya que el agente económico está haciendo uso del derecho de petición de terceros para ejecutar sus fines.

El uso de terceros, debe considerarse como agravante ya que demuestra claramente las características ilícitas del agente económico, debido a que si la conducta fuera lícita, el agente económico no se encontraría en la disyuntiva de actuar por sí mismo o interponiendo terceros. Al usar terceros demuestra que la empresa está consciente de la ilegitimidad de sus actos y por eso los realiza a escondidas rompiendo la barrera entre un interés legítimo e ilegítimo.

Para terminar el análisis doctrinal, en el mismo sentido mencionado, esta conducta busca precautelar a los agentes económicos para que sus competidores reales o potenciales no logren sacarlos del mercado, de manera injusta y sin fundamento, y sancionar a aquellos

⁶⁷ Ibidem, .p.362.

agentes económicos que utilizando este tipo de conducta logren su objetivo de incrementar su posición de dominio mediante conductas ilícitas.

Para complementar la idea, el autor Álvarez Carreño señala: “En este sentido, cuando los particulares se hayan implicado en actividades notoriamente corruptas, tales como sobornos o falsedades, o cuando hayan utilizado los procedimientos legales con el objeto de dañar a sus víctimas, sus competidores económicos, y no para conseguir la reparación o resolución que el procedimiento invocado podría ofrecerles, se verán desprovistos de la protección que el ejercicio del derecho de petición ofrece (“sham exception”)⁶⁸ (el subrayado no pertenece al texto original).

Igualmente, es necesario recordar que con este tipo de conducta inclusive las condiciones de litigio no son justas, mientras un agente económico busca competir el otro agente busca mantener su monopolio. Consecuentemente el monopolista está dispuesto a invertir más recursos en las acciones interpuestas ya que su recompensa será mayor al del otro agente económico. Lo que los agentes económicos estén dispuestos a invertir en el negocio se relaciona con los flujos futuros del negocio en el cual invierte.

El agente económico monopolista tendrá flujos derivados del margen monopólico mientras que el agente económico que busca entrar al mercado tendrá flujos derivados de un margen competitivo, por lo que pueden ser menores a los del agente monopólico. De la misma manera el agente económico monopólico cuenta con una red de conexiones más grande que podrán facilitarle llevar a cabo las acciones necesarias para competir menos.

Iniciando con el análisis jurisprudencial, a nivel internacional este tipo de conductas ya han sido sancionadas. La Corte Suprema Norteamericana ha establecido un precedente importante en la utilización de la denominada “sham exception” en el caso Noerr,

⁶⁸ Ibidem p. 346.

aclarando que el uso abusivo o fraudulento de procesos legales debe ser tipificado como y sancionado como una conducta predatoria⁶⁹.

En este sentido, la corte señaló: “Pueden presentarse situaciones en las que una campaña publicitaria orientada a influir en la acción pública, sea solamente un fraude para encubrir lo que en realidad es un intento de interrumpir directamente en las relaciones comerciales de un competidor y, en ese caso, la aplicación de la Sherman Act resultaría justificada”.⁷⁰ (el subrayado no pertenece al texto original)

Otro caso de la doctrina estadounidense que se encuentra en la misma tendencia es el de California Motor Transport CO. V. Trucking Unlimited⁷¹. En este fallo la corte dictaminó “(...) las conductas inmorales en el proceso tienen como resultado frecuente la imposición de sanciones. El falso testimonio de testimonios. El uso de una patente obtenida mediante fraude para excluir a un competidor del mercado puede implicar una violación de las leyes de competencia. (...)Existen otras formas de prácticas ilegales y reprimibles que pueden

⁶⁹ En este caso un grupo de transportistas denunció a un grupo de empresarios ferroviarios por haber transgredido las normas de libre competencia. Dicha transgresión se habría producido como consecuencia de una campaña publicitaria desarrollada por las empresas ferroviarias cuyo objetivo era el que los transportistas pagasen mayores impuestos y que el Gobierno adopte ciertas modificaciones respecto de la regulación de transporte, como por ejemplo respecto del peso de carga permitido. Los denunciantes señalaron que la actuación de los empresarios ferroviarios tenía como verdadero objetivo el monopolizar el transporte de carga de larga distancia. La Corte Suprema Norteamericana resolvió que no se había producido ninguna violación del Sherman Act. Sin embargo estableció claramente que derechos de acción y petición no siempre servirán como una protección a la aplicación de la Sherman Act, pudiendo sancionarse aquellos supuestos en los cuales el ejercicio de tales derechos sea “solamente un fraude para encubrir lo que en realidad es un intento de interrumpir directamente en las relaciones comerciales de un competidor”.

⁷⁰ Resolución 365 U.S. 127 (1961)

⁷¹ 404 U.S. 508 (1972) Citado por ALVAREZ CARREÑO, op cit.p.359,343. “En el presente caso, catorce empresas de transportes por automóvil (motor Carriers) demandaron a otras diecinueve porque estas habían conspirado para monopolizar el negocio en el transporte de mercancías mediante la iniciación de procedimientos administrativos y judiciales, ante instancias tanto estatales como federales, con el fin de oponerse a las solicitudes de los demandantes para obtener la concesión de derechos de transporte en el estado de California. El Tribunal Supremo, rechazando los argumentos según los cuales la doctrina establecida en Noerr sólo protege el ejercicio del derecho de petición ante el Legislativo o el Ejecutivo pero no ante los tribunales ni ante órganos administrativos decisorios (adjudicative bodies), estableció claramente, que “...mantener que grupos con intereses comunes no podrían, sin violar las leyes antitrust, utilizar los canales y procedimientos de las agencias estatales y federales para defender sus asuntos y puntos de vista en relación a la resolución de sus intereses con respecto a sus competidores destruirá los derechos de asociación y de petición”

corromper los procedimientos administrativos o los procesos judiciales y que pueden resultar en violaciones a las normas de competencia”. (...) ⁷²

La jurisprudencia europea también se ha pronunciado en el mismo marco, en la Sentencia del Tribunal de primera instancia (sala cuarta ampliada) de 17 de julio de 1998. ITT Promedia NV contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto T-111/96, mediante la cual estableció circunstancias bajo las cuales una acción judicial realizada por una empresa con posición dominante podría entenderse como abuso de posición de dominio:

“(...) el hecho de ejercitar una acción judicial, expresión del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, no puede calificarse de abuso, a menos que la empresa en posición dominante ejercite acciones judiciales: (i) de las que no pueda considerarse razonablemente que tenga por objeto hacer valer sus derechos y que, por tanto, solo puedan servir para hostigar a la parte contraria, y (ii) que estén concebidas en le marco de un plan cuyo fin sea suprimir la competencia.” ⁷³

La jurisprudencia canadiense, también ha realizado importantes aportes dentro del campo de la posible multa y sanción de este tipo de conductas, es por esto que el caso Director of Investigación and Research v. Laidlaw Waste System Ltda., resolvió lo siguiente:

“Nadie puede apreciar la evidencia existente respecto del uso del litigio y su amenaza sin tener una sensación de indignación. El demandante usó su mayor tamaño y sus recursos económicos junto con la amenaza del litigio para prevenir el cambio de sus clientes hacia sus competidores. Inició litigios fraudulentos y efectuó amenazas de litigio contra sus competidores a fin de eliminarlos o intentar eliminarlos del mercado mediante el incremento de sus costos de negocio (...). Sería deseable que cuando una corte tome conocimiento de este tipo de utilización opresiva del sistema legal ella debería, cuando

⁷² California Motor Transport Co. et. Al. V. Trucking Unlimited et al. 404 U.S. 508

⁷³ Decisión no publicada en el DOGE, relativa a la denuncia IV735.268 presenta el 20 de Octubre de 1994 por ITT Promedia NV, comunicada a la demandante mediante carta de 21 de Mayo de 1996.

menos, estar preparada para otorgar al defendido la completa indemnización de sus gastos.”⁷⁴

Mediante esta sentencia de la jurisprudencia canadiense, es posible que las agencias de competencia en desarrollo (como el caso ecuatoriano) tengan posibles indicios de cómo sancionar a empresas que incurran en este tipo de acciones que limitan la competencia en el mercado.

También es necesario tomar en cuenta jurisprudencia de países más cercanos y con realidad similares, como es el caso de Perú. En este sentido el INDECOPI en su resolución 057-96-INDECOPI/ CLC del ocho de abril resuelve la denuncia presentada por Lebar S.A., contra Asesoría Comercial S.A., y La Asociación de Grifos y Estaciones de Servicios del Perú⁷⁵.

En esta resolución el INDECOPI, a través de la Comisión de la Libre Competencia, definió el abuso de procedimientos gubernamentales de la siguiente manera:

“La utilización deliberada de dichos procedimientos con el único propósito de impedir o retrasar el acceso al mercado de otros competidores”

Respecto a lo que debe entenderse como procedimiento gubernamental, en la misma resolución el INDECOPI señaló, que comprende todo proceso judicial como administrativo. En consecuencia, si bien los procedimientos judiciales son usados con más frecuencia no excluyen a los procedimientos administrativos.

⁷⁴ CT-91/2 The Director of Investigation and Research v. Laidlaq Waste Systems Ltd. (20/01/2002).

⁷⁵ En este caso Lebar suscribió un contrato de concesión con la Municipalidad de Lima, con el fin de construir y explotar un terreno para el proyecto denominado “La Alameda de Javier Prado” que incluía entre otros ítems la construcción de una estación de servicios para la venta de combustibles. Bajo estas circunstancias, la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio del Perú, presentó una serie de recursos a las Municipalidades de Lima y La Victoria, así como también a la Dirección General de Hidrocarburos con el fin de evitar que la empresa Lebar logre construir.

Es importante señalar que, de acuerdo a los pronunciamientos del INDECOPI, el solo acto de ejercer presión es un elemento lo suficientemente para fuerte suponer la existencia de una práctica restrictiva de la competencia. Es por esto que las grandes empresas que busquen ejercer su derecho de acción o petición deben ser cautelosas ya que al ostentar una posición dominante su responsabilidad dentro del mercado es mayor.

Finalmente, es posible afirmar que el abuso de derecho no contempla únicamente la posibilidad de interponer medidas cautelares a competidores para que no entren al mercado o para complicar su permanencia en el mismo, sino que incluye una gama más amplia de acciones judiciales y administrativas.

3.1. CLAUSULA GENERAL PROHIBITIVA DENTRO DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE PODER DE MERCADO

El artículo 9 de LORCPM contiene los supuestos de abuso de posición de posición de dominio que podrá ser investigados por la autoridad de competencia y contempla las siguientes cláusulas generales prohibitivas:

- 1) La primera se encuentra en el primer inciso del artículo que dispone: “(...) 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 bienestar general (...)”
- 2) La segunda se encuentra en el segundo inciso que establece: “**En particular,** las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son: (...)”
- 3) La tercera se encuentra dentro del primer numeral del artículo que dispone: “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 mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia (...)"

- 4) Finalmente la última clausula se encuentra en el numeral 22 del art. 9 y establece lo siguiente: "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"

La importancia de contar con una clausula general prohibitiva dentro de las legislaciones de competencia, la normativa ecuatoriana ha abundado en el tema. Si bien la inclusión de más de una clausula general prohibitiva no afecta en ningún sentido, hubiese sido conveniente poner únicamente una clausula general prohibitiva ya sea como numeral de las supuestas conductas o como encabezado del artículo.

4. CASOS RESUELTOS MEDIANTE LA DECISIÓN 608

La mayoría de países que integran la Comunidad Andina de Naciones tienen vigente una Ley de Competencia. En el Ecuador recientemente ha sido aprobada la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, sin embargo aún no se han resultado casos con la nueva Ley. Por lo tanto, los casos que han sido resueltos han sido en aplicación a la Decisión 608 y al derogado Decreto Ejecutivo No. 1614-2009. En base a lo expuesto, el único país que tiene casos resueltos y sancionados utilizando directamente la Decisión 608 es el Ecuador.

De los casos que han sido resueltos por el Ministerio de Industrias y Productividad, únicamente uno ha llegado a sancionarse por prácticas anticompetitivas, específicamente por abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales, ya que la empresa Pfizer Cía. Ltda., usaba como práctica usual interponer procesos de medidas cautelares contra sus posibles competidores

El agente económico Pfizer Cía. Ltda., y todas sus empresas relacionadas⁷⁶ fueron denunciadas por el siguiente grupo de farmacéuticas: Biodental Cía. Ltda., Gisenberg Ecuado S.A., Helsinoharm Cía. Ltda., Representaciones WhiteHouse S.A., Sionpharm Cía. Ltda., Swiss & North Group S.A y Vartrax Health S.A., que nombraron como procurador común al Dr. Marco Serrano Mejía.

El día 4 de agosto de 2009 este grupo de empresas presentaron una denuncia contra Pfizer Cía. Ltda., y sus empresas relacionadas por interponer medidas cautelares contra empresas que produjeran, importaran, comercializaran o vendieran medicamentos con el principio activo Sildenafil, elemento fundamental para la fabricación del medicamento “Viagra”.

El 24 de febrero de 2010 la empresa Western Pharmaceuticals S.A., presenta una denuncia nuevamente contra Pfizer Cía. Ltda., y sus empresas relacionadas por la misma causal del grupo de denunciantes.

Por la similitud de las denuncias, ya que existía identidad sustancial en varios aspectos de ambos casos como: identidad de hechos, identidad de fundamentos de derecho, de objeto afectado y pretensiones, los autos de ambos procesos fueron acumulados.

En general ambas empresas denunciantes manifestaban que la pretensión de Pfizer Cía. Ltda., era excluir a todo agente económico la importación, distribución, comercialización y venta de los productos con este principio activo buscando impedir la comercialización del Sildenafil, que incluso había sido producido con otro tipo de procedimiento.

En su defensa la empresa Pfizer Cía. Ltda., manifestó que no tiene posición de dominio en el mercado del principio activo Sildenafil, que las normas del Decreto Ejecutivo No. 1614-

⁷⁶ Pfizer Ireland Pharmaceuticals, Pfizer Overseas Pharmaceuticals y Pfizer Research and Development N.V./S.A.

2009 son inaplicables por irretroactividad de la ley y que únicamente ejerció su derecho presentando medidas cautelares contra sus competidores.

Para proceder al análisis del caso es necesario definir el mercado relevante, que tiene dos elementos importantes: el mercado por producto y el mercado geográfico. El mercado por producto debe analizarse tomando en cuenta los productos sustitutos desde el punto de vista de la oferta y la demanda.

En este caso se definió el mercado relevante por producto al principio activo Sildenafil y no el de los medicamentos para la disfunción eréctil, debido a la existencia del artículo 174⁷⁷ de la Ley Orgánica de Salud que prohíbe el expendio o cambio del principio activo para aquellos medicamentos que necesiten receta médica, como por ejemplo el principio activo Sildenafil. Con esto quedó establecido que en el mercado no existen productos sustitutos de fácil acceso para el consumidor, ya que para obtener otro principio activo es necesario contar con prescripción médica.

El mercado geográfico fue circunscrito a todo el territorio nacional, ya que este tipo de medicamento se comercializa y distribuye en todo el país.

Unas de las constantes alegaciones por parte de la denunciada fue que la conducta no se encontraba tipificada en la Decisión 608, sin embargo con la existencia de la cláusula general prohibitiva (ampliamente analizada anteriormente) el abuso de procesos legales puede ser analizado e inclusive sancionado.

De esta manera queda establecido que dentro de la cláusula general prohibitiva encaja este tipo de conductas que requieren posición de dominio para ser consideradas ilegales. Finalmente, luego de analizar el caso tanto en el aspecto jurídico como económico, se

⁷⁷ Art. 174.- Se prohíbe a los expendedores de farmacias recomendar la utilización de medicamentos que requieran receta médica o cambiar la sustancia activa prescrita, sin la autorización escrita del prescriptor.

llego a la conclusión de que el mercado como el consumidor fueron afectados por la conducta anticompetitiva llevada a cabo por Pfizer y sus empresas relacionadas.

Respecto al daño al mercado y al consumidor se pudo constatar que en el periodo analizado (2000-2010) existía un total de 26 empresas que participaban en la oferta del medicamento con principio activo Sildenafil. Luego de la ejecución de las medidas cautelares solicitadas por Pfizer la permanencia del resto de empresas en el mercado se redujo significativamente. Desde el año 2002 hasta el año 2010 únicamente 13 empresas pudieron ofertar medicamentos con principio activo Sildenafil.

Mediante la ejecución de las medidas cautelares Pfizer logró excluir a varias empresas competidoras, lo cual generó que el precio promedio de medicamentos con el principio activo Sildenafil aumente y perjudique al consumidor, ya que debía pagar más por el mismo producto. De esta manera logró manipular el mercado hasta convertirlo en un monopolio.

Finalmente en base al informe realizado por la Subsecretaría de Competencia y Defensa del Consumidor y a las pruebas ejecutadas a lo largo de la investigación, la empresa Pfizer Cía. Ltda., y todas sus empresas relacionadas fueron multadas y sancionadas por incurrir en conductas anticompetitivas.

En estos casos es importante mencionar que desde que inicio la investigación de la Autoridad de competencia las medidas cautelares empezaron a disminuir, esto debe tomarse en cuenta como un efecto disuasivo positivo en el mercado ya que la Autoridad de competencia además de realizar de realizar controles ex post, tuvo un efecto determinante dentro del mercado al lograr que la empresa detenga las medidas cautelares inclusive antes de la sanción.

CAPÍTULO III.- SITUACIÓN ACTUAL: LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO Y SU REGLAMENTO DE APLICACIÓN

1. BREVE ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO Y SU REGLAMENTO DE APLICACIÓN

1.1.LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO

Durante la presente investigación se ha repetido constantemente que esta rama del derecho (derecho de competencia) es una materia nueva en el país, y por tanto se han realizado comparaciones con legislaciones de otros países, para demostrar que nuestra legislación contempla, en general, la mayoría de temas importantes dentro de este tipo de legislaciones.

En este sentido, si bien la comparación con otra legislación es útil para comprender el objeto y el tratamiento de al derecho de competencia, es necesario mencionar que existen organizaciones internacionales que dedican su labor a apoyar a las recientes autoridades de competencia a nivel mundial.

Este es el caso de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). La UNCTAD fue creada en 1964 con el fin de promover la integración de los países en vías de desarrollo dentro de la economía mundial en un marco favorable para su desarrollo.

La UNCTAD cumple con tres funciones principales: a) Es un foro de deliberaciones intergubernamentales, ya que recibe información y aportaciones de consultores expertos y promueve los intercambios de experiencia entre los países miembros para crear consensos; b) Realiza investigaciones y analiza políticas para deliberar con el grupo de expertos de la UNCTAD y los representantes de los gobiernos; y, c) Ofrece asistencia

técnica a los países que presentan necesidades o que se encuentran en economías de transición.⁷⁸

En base a su objetivo y en cumplimiento a sus tres funciones principales la UNCTAD constantemente se encuentra realizando investigaciones dentro del Derecho de Competencia, y una de ellas fue la Ley Tipo de Defensa de la Competencia como una de las publicaciones sobre temas relacionados con el derecho y la política de la competencia y que contiene los posibles elementos sustantivos de una ley de defensa de la competencia.

Lo primero que plantea el análisis de la UNCTAD es plantear el objetivo y fines de la Ley para que el contenido de la misma pueda interpretarse de tal manera que logre cumplir con el objetivo y fin planteado en la Ley.

La legislación ecuatoriana establece:

“Art 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley 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 de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”

La UNCTAD reconoce que lo principal de la legislación de competencia es fomentar y proteger la competencia en los mercados. Pero también considera necesario tomar en cuenta el bienestar de los consumidores y la eficiencia dentro del mercado.

⁷⁸ <http://archive.unctad.org/templates/Page.asp?intItemID=1530&lang=3>. 29 de mayo de 2012 a las 19: 42

Mediante estos dos elementos es posible afirmar que existirá un mercado más competitivo ya que los precios reducirán, será posible incrementar la producción, multiplicar las opciones para el consumidor y la calidad de los bienes y servicios e impulsar el desarrollo tecnológico y la innovación.

La normativa de competencia debe tener en cuenta siempre que la finalidad de la competencia es crear un entorno que actúe como incentivo para que los participantes en el mercado mejoren la eficiencia: por ejemplo, invirtiendo en el desarrollo tecnológico o reduciendo los costos de producción.

El objetivo planteado en nuestra legislación permite cumplir con lo recomendado por la UNCTAD, ya que plantea cuatro ejes fundamentales: a) *evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; b) la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; c) el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y, d) la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales.*

Igualmente toma en cuenta la eficiencia económica y el bienestar general de los consumidores. De esta manera el objetivo de la normativa ecuatoriana logra cumplir con el fin de la competencia al crear un entorno que incentiva a la participación de los operadores económicos al brindar seguridad jurídica dentro del mercado.

Sin embargo hay un tema que ha causado incertidumbre dentro de los operadores económicos y en varios sectores del país. La inclusión de la frase *“para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”*. El sistema social y solidario, es, a decir de la Constitución, el sistema económico actual del Ecuador, y su aplicación frente al Derecho de la Competencia tiene que ver en tanto en cuanto el mantenimiento del bienestar del consumidor es el fin tanto del sistema social y solidario como del Derecho de la Competencia.

Es necesario mencionar que la inclusión de la mencionada frase no es un aspecto negativo, ya que la UNCTAD prevé que dentro de las legislaciones de competencia los países pueden incluir objetivos de desarrollo nacional e inclusive regional.

La UNCTAD recomienda incluir un capítulo de definiciones dentro de la Ley, debido a que las definiciones permiten interpretar la ley con mayor facilidad y evitan las confusiones o la ambigüedad. Sin embargo ni la Ley ni el Reglamento cuenta con un capítulo que incluya definiciones específicas para mejorar la aplicación de esta nueva normativa.

Es necesario tomar en cuenta que cuando se redacta una ley sobre competencia, es favorable tanto para el órgano que aplica la ley como para los operadores económicos que deberán regirse bajo la misma, contar con la mayor cantidad de elementos posibles para aplicar la ley correctamente.

En este sentido, incluir un número excesivo de definiciones o definiciones demasiado estrictas pueden también limitar la flexibilidad de las autoridades y sus facultades para ampliar o limitar el alcance de la ley según lo requieran las circunstancias sociales o económicas prevaletientes.

Sin embargo este vacío en la Ley y el Reglamento puede ser subsanado fácilmente, mediante un instructivo o una resolución emitida por la autoridad competente, que contenga una listado de definiciones que brinde seguridad jurídica tanto a la Autoridad como a los operadores económicos.

Respecto al ámbito de aplicación de la Ley, la UNCTAD sugiere que la ley sea de aplicabilidad general, es decir, aplicable a todas las industrias, acuerdos y entidades dedicados al intercambio comercial de bienes y servicios.

Es necesario mencionar, que cuando se redacta una Ley de competencia por primera vez, es recomendable que el ámbito de aplicación sea amplio ya que conforme la ley se va aplicando es posible que el ámbito varíe.

De acuerdo a la recomendación brindada por la UNCTAD, el ámbito de aplicación debe contener ciertas dimensiones: a) dimensión Subjetiva, b) dimensión objetiva; c) dimensión territorial; y, d) dimensión temporal.

La dimensión subjetiva comprende la definición de los destinatarios de la ley, en este sentido es importante resaltar dos temas principales, el primero es que el ámbito subjetivo debe tomar en cuenta la realización de actividades económicas y la inclusión del sector público dentro de la normativa.

La dimensión objetiva busca proteger al mercado y a los consumidores de las prácticas comerciales que sean perjudiciales ya afecten a las actividades económicas independientes de un sector o industria. Es por esto que las leyes de competencia buscan prevenir los acuerdos anticompetitivos, las conductas abusivas y las fusiones anticompetitivas.

El ámbito territorial y el ámbito temporal, hacen referencia al lugar y al momento en el cual se llevo a cabo cualquiera de de las prácticas prohibidas por la ley, por su efecto nefasto en el mercado y contra los consumidores.

La legislación ecuatoriana respecto al ámbito de aplicación establece lo siguiente:

*“Art. 2.- **Ámbito.-** Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios*

que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.

Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.

La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos.”

La ley establece las cuatro dimensiones recomendables por la UNCTAD, tanto la dimensión subjetiva, objetiva y territorial son fácilmente identificables. Cabe resaltar que la dimensión temporal se encuentra incluida al mencionar la frase *actual o potencialmente*.

De esta manera la normativa ecuatoriana no presenta ninguna dificultad, de acuerdo a los lineamientos generales establecidos, para una legislación de competencia en el ámbito de aplicación. Sin embargo es necesario que la nueva Autoridad de Competencia aclare el tema de las definiciones para facilitar el su trabajo y la clara comprensión de la normativa por parte de la ciudadanía.

Respecto al tema de acuerdos restrictivos y control de concentraciones económicos, al no ser el tema de fondo de esta investigación, no serán analizados extensivamente. Sin embargo es importante mencionar que la UNCTAD recomienda tomar en cuenta ambas prácticas puesto que representan un riesgo dentro del mercado.

En referencia a los acuerdos restrictivos la Ley Modelo de la UNCTAD sugiere, direccionar la prohibición a todos los convenios o contratos que sean contrarios a la competencia. Un convenio puede adoptar distintas formas, puede ser escrito o verbal, expreso o tácito, oficial u oficioso. Sea cual fuere su forma es necesario recalcar que en materia de competencia un simple gesto de asentimiento puede ser suficiente para establecer un convenio.

En este sentido, es preferible que la normativa de competencia se encuentre redactada en términos amplios o generales, para que sea aplicable a todo tipo de convención y acuerdo. La legislación ecuatoriana establece en el artículo 11 de la Ley, veintiún supuestos bajos los cuales los operadores económicos se encontrarían incurriendo en esta conducta.

Sin embargo, a pesar de esta larga enumeración también establece una clausula general prohibitiva, en caso de existir conductas que no se encuentren previstas en este listado. El artículo 11 plantea lo siguiente:

“Art. 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- 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 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 monopólico 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.

Son nulos de pleno derecho los acuerdos, prácticas, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en este artículo, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.”

Como se mencionó en líneas anteriores, al incluir la frase *en particular*, la Ley prevé la existencia de la cláusula general prohibitiva. Es importante resaltar que nuestra normativa toma en cuenta no únicamente los convenios sino también *todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela*. De esta manera la gama de posibles conductas referentes a los acuerdos entre los operadores económicos es más amplia, lo cual permite a la Autoridad de Competencia investigar y sancionar de una forma más amplia puesto que cuenta con más supuestos y posibles acciones bajo las cuales realizar su análisis.

Respecto a las concentraciones económicas, es necesario establecer que las mismas son parte integral de la actividad económica, ya que su causa puede ser variada, va desde la expansión territorial hasta contar con una producción más eficiente.

La UNCTAD reconoce que no todas las concentraciones económicas son perjudiciales para la competencia, consecuentemente la Autoridad únicamente debe preocuparse por aquellos que potencialmente pueden causar daños al mercado y al consumidor.

Usualmente, el control de concentraciones es *ex ante*, esto quiere decir que los operadores económicos que decidan realizar este tipo de operaciones económicas deberán solicitar una autorización a la Autoridad de Competencia, la cual evaluará las posibles situaciones del mercado en caso de permitirse la concentración.

Es importante, de acuerdo a las consideraciones de la UNCTAD, que la terminología de la ley sea clara y general, de esta manera es posible abarcar la mayoría de transacciones que podrían alterar la estructura del mercado y posible en una afectación a la competencia.

La normativa ecuatoriana (Ley y Reglamento) han descendido minuciosamente en el tema de las concentraciones económicas estableciendo su definición, la forma de cálculo, los requisitos para presentar la solicitud e inclusive prevé una consulta previa a la Autoridad

de Competencia para comprobar si se está o no incurriendo en una concentración que pueda afectar al mercado.

En consideración a la posición de dominio, la UNCTAD menciona lo que ya hemos estudiado en capítulos anteriores respecto a que esa posición de dominio *per se* no representa ningún riesgo en el mercado, únicamente su abuso.

Reconoce y recomienda que las Autoridades de Competencia no deben tomar en cuenta la cuota de mercado como único indicador para estudiar los casos de agentes económicos con posiciones dominantes dentro de un mercado. Sugiere que deberían tomarse en cuenta indicadores como las barreras de entrada, la duración de la cuota de mercado, las economías de escala, el acceso de los competidores a insumos importantes para la elaboración de sus productos e inclusive los recursos financieros del operador económico dominante frente a sus competidores.

La UNCTAD plantea que debería tomarse en cuenta, como indicador, la competencia existente en las importaciones de un país. Es importante tomar en cuenta que, si existen varias importaciones dentro de un mercado, puede ser un reflejo de que las barreras de entrada en ese mercado son inexistentes.

Igualmente, la UNCTAD considera que la definición de mercado relevante debe ser lo más estrecha posible, puesto que de esta manera será mayor la posibilidad de que un operador determinado ejerza poder sobre el mercado.

Al igual que las legislaciones citadas y analizadas en los capítulos anteriores, la Ley Modelo, aconseja plantear una lista ejemplificativa de los supuestos de abuso de posición de dominio y una cláusula general prohibitiva que permita a la Autoridad incluir casos conforme el mercado y las prácticas de los operadores económicos van evolucionando.

Para analizar la Ley Ecuatoriana en primera instancia es necesario tomar en cuenta que la ley otorga al poder de mercado o posición de dominio. El artículo siete establece:

“Art. 7.- Poder de mercado.- Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado.

La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley.”

Esta definición contiene todos elementos principales que han sido analizados previamente. Incluye la obtención de posición de dominio de manera individual y colectiva, en este mismo sentido establece que la posición de dominio o poder de mercado no son ilegales *per se* haciendo la diferenciación de que únicamente será ilegal cuando afecte a los consumidores o al mercado.

También, es importante mencionar, que la Ley establece los criterios bajo los cuales la Autoridad de Competencia podrá determinar si un agente económico posee o no posición dominante en el mercado. Sin embargo estos criterios no son taxativos ya que la Autoridad los podrá tomar de manera referencial sin perjuicio de usar otros criterios.

En este sentido el artículo 8 plantea:

“Art. 8.- Determinación del Poder de Mercado.- Para determinar si un operador económico tiene poder de mercado en un mercado relevante, debe considerarse, entre otros, uno o varios de los siguientes criterios:

a. Su participación en ese mercado, de forma directa o a través de personas naturales o jurídicas vinculadas, y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder.

b. La existencia de barreras a la entrada y salida, de tipo legal, contractual, económico o estratégico; y, los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores.

c. La existencia de competidores, clientes o proveedores y su respectiva capacidad de ejercer poder de mercado.

d. Las posibilidades de acceso del operador económico y sus competidores a las fuentes de insumos, información, redes de distribución, crédito o tecnología.

e. Su comportamiento reciente.

f. La disputabilidad del mercado.

g. Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; y,

h. El grado en que el bien o el servicio de que se trate sea sustituible, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas y el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución.

En general, los elementos ejemplificativos que constan en la Ley para determinar la posición de dominio o poder de mercado de los operadores económicos dentro de un mercado relevantes, son correctos y toman en cuenta lo recomendado por la UNCTAD.

La Ley va más allá, ya que toma en cuenta más factores de análisis, como lo son los literales e), f), g) y h). El comportamiento reciente de los operadores económicos y la sustituibilidad de los bienes o servicios que sean ofertados, son factores importantes para conductas como la fijación de precios predatorios y pueden ser indicadores de la tendencia dominante de un operador dentro del mercado.

Las características de la oferta y la demanda y la disputabilidad del mercado, hacen referencia a imagen general del mercado y permiten tomar en cuenta a la Autoridad de Competencia, factores como las economías de escala.

Las conductas sancionadas por la Ley se encuentran contenidas en el artículo nueve, el mismo que será analizado posteriormente.

Existen otros elementos que constan en la Ley, respecto a competencia desleal, la organización de la Superintendencia de Control de Poder Mercado y las ayudas públicas. Estos capítulos en la Ley, si bien son importantes no serán analizados en este trabajo puesto que no son un eje fundamental del tema estudiado.

Sin embargo, es importante mencionar que no todos los cuerpos normativos de competencia contienen a la competencia desleal, por lo que es importante recalcar que en este sentido el Ecuador ha sido práctico ya que en una misma normativa contiene todos los casos que podrían afectar al mercado y al consumidor.

También es importante mencionar que la Ley únicamente realiza una enumeración de los posibles casos de competencia desleal, sin entrar en detalle del proceso que será llevado acabado. Este vacío legal ha sido subsanado mediante el Reglamento a la Ley como lo mencionaremos más adelante.

Las ayudas públicas también han sido incluidas en la Ley. Sin embargo no han sido propiamente definidas dentro de la Ley, igualmente este vacío ha sido subsanado a través del Reglamento. Es importante rescatar que las ayudas públicas son una forma de restringir la competencia ya que otorgan ventajas a los operadores económicos receptores de las mismas, que pueden afectar el desenvolvimiento normal del mercado. Es por esto que es necesario que estén bajo el control y regulación de la Autoridad de Competencia.

El funcionamiento de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, establece una Junta de Regulación que se encuentra mejor desarrollada en el Reglamento a la Ley. Igualmente, prevé la existencia de un organismo de investigación y otro de sustanciación. Esta diferenciación permite la existencia de un órgano que realizara todas las investigaciones pertinentes y un órgano que conocerá el caso tras la investigación realizada y sancionará en base a lo realizado en la etapa de investigación.

El tema de las sanciones contenidas en la Ley, es importante puesto que en esta rama del derecho las sanciones deben ser fuertes para causar el efecto deseado en el mercado y en los operadores económicos que pretendan realizar actividades ilícitas. Este efecto, en interponer una sanción significativa a un operador económico que haya incurrido en alguna práctica ilícita y de esta manera prevenir a los demás operadores económicos para que no cometan este tipo de actuaciones.

Es por esto que las multas se encuentran graduadas conforme su gravedad en leves, graves y muy graves. Sin embargo es importante recordar que las sanciones tienen un efecto disuasivo, no buscan la quiebra del operador económico. Sin embargo, también es cierto que, en razón de que llegan hasta el 12% del volumen total de negocios de un operador económico, una multa con ese monto con seguridad quebrará a cualquier empresa, por ello es importante ponderar y proporcionar la multa, en este sentido, “hasta el 12%”, implica que se puede aplicar el 1%, con lo cual la multa no quiebra a la empresa. Por definición, la salida de un operador económico del mercado, ya es anticompetitivo, por tanto, la Autoridad debe velar por mantener el proceso competitivo antes que en quebrar a las empresas.

Las sanciones pecuniarias no son el único medio con el que cuenta al Autoridad de Competencia para enfrentar a los operadores económicos que realizan actuaciones ilícitas. En este sentido la UNCTAD recomienda tomar en cuenta medidas de reparación,

estas hacen referencia a acciones con las que cuenta la Autoridad para restablecer el mercado a la normalidad.

Finalmente, la Ley ecuatoriana contiene todos los aspectos que la UNCTAD recomienda, lo cual es positivo puesto que demuestra que la normativa está tomando en cuenta las tendencias mundiales en esta rama del derecho.

1.2. REGLAMENTO A LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO

El 7 de mayo de 2012 fue publicado en el Registro Oficial No. 697 el Decreto Ejecutivo 1152, que contiene el Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. El Reglamento subsana varios vacíos que se encontraban en la Ley, sin embargo no toma en cuenta todos los vacíos dentro de la Ley.

Claramente el objetivo del Reglamento es permitir la correcta aplicación de la Ley mediante las disposiciones que existan en este cuerpo reglamentario. En las disposiciones generales, además de lo mencionado respecto al objetivo, contiene las disposiciones aplicables a la confidencialidad de la información, en este sentido especifica que es obligación de la Autoridad de Competencia guardar estricta confidencialidad de la información recibida en virtud de las investigaciones realizadas.

Respecto a las concentraciones económicas aclara el procedimiento para el control de las mismas, en este sentido establece que la Superintendencia tendrá un plazo de 8 días a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo para realizar el examen previo de las concentraciones económicas que deben ser notificadas.

El proceso para la autorización inicia mediante oficio a través del cual la Superintendencia informa al notificante que la notificación esta completa y que abre el expediente correspondiente. El plazo contemplado en el art. 21 de la Ley (60 días calendario) inicia una vez realizada la notificación por parte de la Superintendencia. El plazo podrá

prorrogarse en los siguientes casos: Cuando deba requerirse a cualquier interesado la aportación de documentos o elementos de juicio necesarios y cuando sean necesarios informes o actos de simple administración. El plazo de prórrogano puede ser mayor a 60 días.

Dentro del proceso establecido, la Superintendencia podrá imponer condiciones a los operadores para llevar a cabo la concentración. El Reglamento dicta que se abrirá un término de 90 días para adoptar las condiciones impuestas. En el caso de no ser cumplidas podrá abrirse un término adicional siempre que el operador demuestre que le fue imposible cumplir con las condiciones en el término establecido.

Es interesante mencionar que el Reglamento dispone un proceso de consulta previa a la autoridad mediante el cual los operadores podrán informarse si una concentración se encuentra prevista en el art. 14 de la Ley y si una concentración supera los umbrales mínimos. La consulta deberá dirigirse al Superintendente y deberá contener una descripción de la concentración, de las partes que intervienen, el volumen de negocios de las empresas participantes de acuerdo al último ejercicio contable y toda la información para determinar mercados relevantes y cuotas de las empresas que participan en ellos. Finalmente para este proceso esta previsto el pago de una tasa por el análisis y estudio de las concentraciones.

Como se mencionó en líneas anteriores no todas las concentraciones deben ser notificadas, en este sentido el Reglamento ha dispuesto que no se considerará una concentración económica lo siguiente: a) la tenencia temporal de acciones, participaciones o derechos; b) Cuando una persona adquiere en virtud de un mandato de autoridad pública el control del operado económico (casos de liquidación, quiebra etc.); y, c) cuando el control sea adquirido en procesos de incautación u otros de carácter administrativo.

En este mismo sentido, también estableció que no requerirán autorización aquellas concentraciones que no cumplan una de las condiciones del art. 16 de la Ley, esto se refiere al volumen de negocios que supere el número de RBU que establezca la Junta de Regulación y en casos donde las concentraciones sean de operadores que se dediquen a la misma actividad pero que no superen el 30% del mercado relevante por producto en el territorio nacional o en un mercado geográfico definido. Estos casos podrán ser informados a la Superintendencia voluntariamente, sin perjuicio de que la Superintendencia requiera información o solicite que se notifique para fines informativos en un término de 15 días prorrogables por 15 días más.

Frente a las prácticas de competencia desleal, el Reglamento prevé un proceso interesante en el cual existe una constante interacción entre la Autoridad de Competencia y el órgano rector de la propiedad intelectual. Se establecen dos procesos, dependiendo frente a qué órgano o autoridad el operador económico ha presentado su denuncia.

En caso de que la denuncia sea presentada ante la autoridad competente en propiedad intelectual está deberá consultar a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado si existen indicios de la práctica desleal y si puede afectar o no a los consumidores o usuarios. A su vez, correrá traslado por el término de 15 días al denunciante e informará a las partes la consulta realizada a la Superintendencia. Las explicaciones serán puestas en conocimiento de la Superintendencia.

Para resolver la consulta realizada, la Superintendencia podrá ejercer todas sus facultades de investigación y tendrá un término de 60 días para resolver. Si no existen indicios de una práctica desleal la Superintendencia comunicará este particular a la entidad competente y ordenará su archivo. Si solo existen cuestiones relativas a propiedad intelectual y no hay afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, la competencia radicara en la autoridad de propiedad intelectual. Si existen indicios de la

práctica y tiene afectación al interés general o al bienestar de los consumidores la Superintendencia avocará conocimiento e iniciará un proceso de investigación.

El siguiente supuesto planteado en el Reglamento, es que la denuncia sea presentada directamente a la Superintendencia, en este caso si no existe afectación al mercado, la Superintendencia deberá remitir a la autoridad de propiedad intelectual; si no existe indicio de la práctica archivará la causa; y, si existen indicios de la práctica y producen afectación iniciará la investigación.

Respecto a las ayudas públicas, cubre el vacío de la falta de definición de las mismas en la ley y establece el proceso. Igualmente establece que podrán existir regulaciones tanto sectoriales, como en compras públicas.

El Reglamento esclareció el proceso plantado en la Ley. Prevé el inicio del procedimiento de oficio, por denuncia, y por solicitud de otro órgano administrativo. Dentro del proceso de oficio y por solicitud de otro órgano administrativo el Reglamento contempla la existencia de una investigación preliminar que podrá ser abierta por un término de 180 días prorrogables por 180 días más.

La investigación preliminar deberá tener como resultado un informe, el cual será puesto en conocimiento a las partes para que en el término de 15 días, contados a partir de la notificación, remitan sus explicaciones a la Autoridad. Una vez cumplido este término la Autoridad contará con un término de 10 para resolver si inicia o no el proceso de investigación.

En el proceso contemplado para aquellos casos que inicien por denuncia, es necesario señalar que la misma puede ser presentada por el agraviado o por cualquier otra persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre *legítimo interés*. Una vez presentada, el órgano de investigación contará con el término de 10 días para analizar si cuenta con

los requisitos establecidos en el artículo 54 de la Ley. En caso de que la denuncia se encuentre incompleta, el denunciante tendrá un término de tres días para completarla, de no hacerlo la Superintendencia podrá continuar con las investigaciones.

En caso de cumplir con todos los requisitos el órgano de investigación abrirá un expediente y correrá traslado al denunciado con el fin de que presente sus explicaciones, por un término de 15 días. Vencido este término el órgano de investigación tendrá un término de 10 días para resolver si abre o no el caso de investigación. De hacerlo, el caso de abrirá por *plazo* de 180 días prorrogables por 180 días más.

Durante la etapa de investigación el órgano de investigación podrá solicitar información a cualquier operador económico, institución u órgano del sector público o privado. La información deberá ser proporcionada en el tiempo otorgado por la Superintendencia, caso contrario se aplicarán multas y sanciones de acuerdo a lo establecido en la Ley. Las partes podrán acceder al expediente y obtener copias de cualquier documento que lo integre siempre que no sea confidencial.

Una vez concluido el plazo de investigación, el órgano de investigación deberá emitir un informe sobre los resultados de la investigación realizada, el mismo que deberá ser notificado a las partes, para que en término de 15 días el denunciado conteste la denuncia y remita sus explicaciones.

Vencidos los 15 días mencionados, el órgano de investigación abrirá un término probatorio de 60 días prorrogable por 30 días más para que las partes puedan practicar sus pruebas.

Una vez concluido el mencionado término, el órgano de investigación contará con un término de 15 días para remitir el informe final que contendrá la valoración de las pruebas, las sanciones y medidas correctivas y de ser el caso la propuesta de exención o

de reducción del importe de la multa. En el mismo término el órgano de investigación deberá remitir al órgano de sustanciación el informe final.

El órgano de sustanciación correrá traslado por 10 días a las partes para que presenten sus alegatos y de creerlo conveniente podrá convocar a una audiencia pública. Una vez que se ha corrido traslado a las partes o se ha efectuado la audiencia pública el órgano de sustanciación contará con un plazo máximo de 90 días para emitir su resolución.

Es importante mencionar que dentro de cualquier etapa de la investigación el órgano de sustanciación podrá interponer medidas preventivas con el objeto de evitar una grave lesión, que afecte a la libre concurrencia de los operadores. Igualmente, al ser el órgano de sustanciación el que impone la sanción, dentro de la resolución que impondrá una posible sanción en los casos que amerite, también podrá resolver incluir medidas correctivas para restablecer el mercado.

El Reglamento establece cómo deberán tomarse los periodos de tiempo para el cálculo de las multas y sanciones. En este sentido, los periodos inferiores a un semestre se tomarán como medio año y los periodos mayores a 6 meses pero menos a un año se contarán como año completo.

Al igual que en la ley, se contemplan situaciones atenuantes y agravantes y toma en cuenta los porcentajes máximos hasta los cuales podrán ascender las sanciones en base al volumen total de negocios del último ejercicio: el 8% para las infracciones leves, 10% infracciones graves y 12% infracciones muy graves.

También prevé los casos en los cuales no sea posible calcular el volumen de negocios. Bajo este supuesto la Autoridad actuará de la siguiente manera: infracciones leves: entre 50 a 2.00 RBU, infracciones graves: entre 2.001 a 40.000 RBU e infracciones graves: más de 40.000 RBU.

Los operadores económicos podrán acceder a acuerdo de pago o a compromisos de cese. Los acuerdos de pago consisten en facilidades otorgadas por la Autoridad para realizar el pago de las multas impuestos. Para entrar a un acuerdo de pago el operador económico solicitante deberá remitir una propuesta de pago que contenga: a) Indicación clara y precisa de las multas respecto a las cuales solicita las facilidades de pago; b) Razones económicas por las cuales se encuentra impedido de pagar de contado; c) Una oferta de pago inmediato no menor de un 60% de la multa y la forma en que se pagará el saldo; y, d) Una indicación de la garantía por la diferencia del importe de la multa.

La Superintendencia deberá evaluar la propuesta de acuerdo tomando en consideración el cumplimiento de los requisitos mencionados. Aceptará o desestimaré la propuesta en el término de 15 días. En caso de ser aceptada la propuesta el operador económico contará con 8 días para pagar la cantidad ofrecida como pago inmediato y se concederá el plazo improrrogable de 3 meses para el pago de la diferencia.

Se entenderá concluido el acuerdo de pago cuando se haya cumplido todos los pagos parciales. Si el operador económico retrasa el pago durante el plazo de 8 días se tendrá por terminado el acuerdo e iniciará el proceso coactivo.

El compromiso de cese consiste en una propuesta de compromiso mediante la cual el operador económico se compromete a cesar la conducta objeto de la investigación y a subsanar, de ser el caso, los daños, perjuicios o efectos que hayan producido, que produzcan, o que puedan producir sus conductas en el mercado relevante y a los consumidores.

De acuerdo al Reglamento, el proceso para evaluar el compromiso de cese se llevará en un expediente a parte y para la evaluación del mismo la Superintendencia deberá tomar en cuenta:

a) que la totalidad o una parte de los operadores económicos investigados reconozca todos o algunos de los hechos de la denuncia y b) que los operadores económicos investigados ofrezcan medidas correctivas que garanticen que no serán reincidentes.

El órgano de investigación deberá realizar un informe sobre el compromiso de cese, pero previo a este informe el órgano de sustanciación deberá emitir una resolución, aceptando, modificando o desestimando la propuesta de compromiso en el término de 45 días desde la fecha de notificación. De aceptarse el compromiso se tendrá por terminada la investigación caso contrario la investigación continuara con su curso. Finalmente, en caso de incumplimiento del compromiso el órgano de sustanciación reiniciará proceso de ejecución y aplicación de las sanciones previstas.

El Reglamento establece procesos de medidas coercitivas para aquellos operadores que se encuentren bajo los siguientes supuestos: a) Exista resolución mediante la cual se impone sanciones; b) Se ha dejado de cumplir con los compromisos o condiciones establecidas en resolución de la Superintendencia; c) Se ha dejado de cumplir con lo ordenado en resoluciones, requerimiento o acuerdos de la Superintendencia; d) Se ha incumplido con la obligación de suministrar información así como de colaborar con la Superintendencia; y, e) Se ha dejado de cumplir lo dispuesto en resolución motivada con respecto a medidas preventivas y/o medidas correctivas .

Estas mediadas serán impuestas, una vez que ha transcurrido el plazo para el cumplimiento de las obligaciones y no hayan sido cumplidas, el órgano de sustanciación establecerá la multa coercitiva correspondiente, fijando su cuantía en función de los días de retraso. Transcurrido el nuevo plazo para el cumplimiento de las obligaciones impuestas y que no hayan sido cumplidas el órgano de sustanciación podrá imponer nuevas multas coercitivas.

Una vez analizados todos los aspectos reglamentarios relativos al nuevo procedimiento de la Ley y demás temas contenidos en una normativa de competencia, es imperativo centrar el análisis a los escasos artículos existentes en el Reglamento respecto a la posición dominante.

El reglamento contiene únicamente dos artículos que se refieren directamente al abuso de posición dominante:

***“Art. 6.- Abuso de poder de mercado.-** Las conductas de abuso de poder de mercado tipificadas en los artículos 9 y 10 de la Ley no serán susceptibles de exoneración alguna, la acción de Estado, de conformidad con el artículo 28 y siguientes de la Ley, se sustentará en el interés público y el buen vivir. Al abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica le son aplicables los literales b) o c) del artículo 79 de la Ley; o, si no es posible determinar el volumen de negocios, los numerales 2 y 3 del mismo artículo; en función de la gravedad de la conducta y lo previsto en este reglamento, lo que será determinado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado previo el respectivo procedimiento de investigación y sanción.*

***Art. 7.- Personas vinculadas.-** Para efectos de lo previsto en la Ley, y en particular en el literal a) del artículo 8, se estará a la definición y criterios de vinculación establecidos en la Ley de Mercado de Valores y la correspondiente normativa del Consejo Nacional de Valores.*

En lo atinente a la pertenencia a un grupo económico, se aplicará lo establecido en el artículo 11 de este reglamento.”

Lo interesante en este planteamiento, es que claramente al abuso de posición de dominio no le es aplicable la regla de la razón, ya que es claro que una empresa que abuse su posición dominante nunca va a contribuir al bien del mercado, es por esto que se menciona en el articulado que no será susceptible de exoneración. Sin embargo guarda la

salvedad para aquellos casos en los cuales, la Junta de Regulación mediante resolución motivada, establezca alguna exoneración.

Además, el Artículo 6 del Reglamento es ilegal ya que está contraviniendo al Artículo 9 de las Ley. Este último señala que:

“Art. 9.- Abuso de Poder de Mercado.- 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.**

Es decir, si no hay afectación a la competencia, a la eficiencia económica o al bienestar general, pues no debe entenderse como abuso de poder de mercado. Dicho de otro modo, este artículo está exonerando, en ciertos casos, por tanto, el Art. 6 del Reglamento puede ser impugnado.

Respecto al abuso de posición de dominio bajo dependencia económica, únicamente hace referencia a un tema sancionatorio, considerando que solamente se sancionara bajo el supuesto de infracciones graves y muy graves, dejando de lado las infracciones leves, dada la importancia de la conducta por su impacto en el mercado.

Cabe señalar en este punto, que las sanciones, según nuestra Constitución, tienen reserva de Ley, ello quiere decir que las sanciones únicamente pueden estar tipificadas en una Ley, y no en un Reglamento. Por tanto, este mandato del Reglamento, también puede ser impugnado.

En referencia a las personas vinculadas, es necesario mencionar que dentro del Derecho de Competencia tienen una gran relevancia. En este sentido hay que precisar que la

simple posesión del control de la empresa no da lugar a la integración o grupo de empresas, es necesaria la existencia de *una dirección unificada*. Es más, si existe una dirección unificada y se halla ausente el elemento control, igualmente estaremos ante una integración empresaria.

En este sentido la doctrina considera que:

“Un grupo de empresas controladas por una de ellas o por un solo inversor o un grupo de inversores. Las sociedades mercantiles que forman un grupo empresarial son jurídicamente independientes, pero ajustan sus actuaciones a las normas *emanadas de una dirección común*. La unidad de dirección es el rasgo definidor básico del grupo de sociedades”⁷⁹. El subrayado no pertenece al texto original.

Para reforzar este criterio el autor Quaglia señala:

“Grupo de sociedades: son aquellos *fundados en la dependencia*. Permite a la empresa expandirse multiplicándose, conduce a la concentración plena y proyecta el fenómeno concentracionista fuera de los cuadros jurídicos tradicionales. (...) En virtud de dichas cuestiones nos limitaremos a descartar sus tres elementos característicos: 1) la existencia de patrimonios jurídicamente distintos; los de cada una de las sociedades agrupadas; 2) *la dependencia jerarquizada de las sociedad agrupadas: dependencia jurídicamente realizada por las técnicas de control patrimonial*; y, 3) El carácter financiero del vínculo que une a las sociedad: *vínculos llamados participación*. Dentro de este grupo, donde predomina el elemento control, se distingue:

Grupo industrial es un "grupo de sociedades con actividades económicas idénticas, conexas o complementarias, sometidas a una dirección económica única por el control de su patrimonio por una de las sociedades, llamada 'sociedad madre', que ejerce su dominio

⁷⁹ Vid. PASCUAL Y VICENTE, Julio, Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa, Civitas, Madrid, Primera edición (2002) p. 228.

por el juego de participaciones financieras múltiples. (El subrayado no pertenece al texto original).⁸⁰

“Siguiendo ideas alemanas (posteriormente aceptadas por la doctrina española e italiana), podemos señalar que el grupo de empresas no es otra cosa que *una empresa policorporativa. Esto es, un conjunto de unidades económicas de producción o prestación de servicios para el mercado cuya titularidad corresponde a múltiples sujetos de derecho independientes entre sí desde la perspectiva jurídica, pero que actúan en el mercado siguiendo una dirección unitaria.* La dirección unitaria puede ejercerse como consecuencia de poder de hecho (único proveedor, etc.), que tiene un sujeto frente a otro, o como resultado del poder de derecho con que cuenta una empresa con relación a la otra (mayoría accionaria etc.). Además esta dirección unitaria puede ejercerse también como consecuencia del libre acuerdo de voluntades entre los titulares de las unidades económicas integradas al grupo.”⁸¹

Finalmente el Reglamento, subsanó varios vacíos que la Ley contenía, realizando énfasis en las cuestiones procesales que no se encontraban contemplados en la Ley. Sin embargo todavía existen ciertos elementos que no se han tomado en cuenta o que no se han analizado del todo, sin embargo a medida que la Superintendencia entre en proceso de desarrollo, emitirá resoluciones e instructivos que permitan aplicar de mejor manera lo estipulado en el Reglamento.

2. CONSIDERACIONES Y POSIBLES CONTRADICCIONES SOBRE LA MODALIDAD DE ABUSO DE PROCESOS LEGALES.

A partir de la aprobación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (Suplemento del R.O. 555 de 13 de octubre de 2011) el Ecuador cuenta con una ley que regule la competencia en el mercado.

⁸⁰ Vid. QUAGLIA, Marcelo Carlos, Grupos de Empresas. Defensa de la Competencia y Derechos del Consumidor, La Ley, Buenos Aires (2002) pp. 57 – 58.

⁸¹ Idem .

Las conductas contempladas en la ley son las siguientes:

“Art. 9.- Abuso de Poder de Mercado.- 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:

- 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 tarjetas 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.⁸²

La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará también en los casos en los que el poder de mercado de uno o varios operadores económicos haya sido establecido por disposición legal.

No será admitida como defensa o eximente de responsabilidad de conductas contrarias a esta Ley la valoración del acto jurídico que pueda contenerlas.” (El subrayado no pertenece al texto original).

Como vemos el abuso de acciones legales está tipificado como una modalidad de abuso de posición de dominio en la nueva Ley Orgánica de Control y Regulación de Poder de Mercado.

Una vez comprendido claramente el concepto de este tipo de conductas⁸³ se desprenden varios elementos importantes. El primero, es que el abuso de procesos legales tiene validez cuando el agente económico que lo realiza, ostenta una posición dominante en el mercado, de lo contrario no sería posible que llegue a afectarlo. El segundo es que la naturaleza de la conducta no contempla una violación de la normativa existente sino todo lo contrario, una excesiva utilización de procedimientos legales y administrativos con el fin de prevalecer dentro de un mercado.

Esta segunda consideración es muy importante, por lo siguiente, es necesario tomar en cuenta lo planteado en el numeral 9 del artículo 27 de la LORCP:

“Violación de normas.- Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del **abuso de procesos judiciales o administrativos** o del incumplimiento de una norma jurídica, como sería una infracción de

⁸² Art. 9 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado

⁸³ Ver página 73.

normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme la norma infringida.

La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes configura un práctica desleal cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa”⁸⁴

Como fue mencionado en líneas anteriores, la ley confunde la naturaleza del abuso de los procesos legales y administrativos. Esta conducta, tal y como lo establece la doctrina y la jurisprudencia no tipifica como una conducta desleal sino como una conducta de carácter abusivo que restringe la competencia ya que elimina o excluye a los demás competidores y no permite su ingreso. Igualmente es conducta exclusoria ya que elimina o restringe el acceso de sus competidores al mercado.

Para ratificar esta tendencia mundial de mantener al abuso de procesos legales como una conducta de abuso de posición de dominio y no como una conducta desleal, es importante tomar en cuenta el oficio SG-C/D.1.7/77-2011 emitido por Santiago Cembrano Cabrejas en su calidad de Secretario General de la Comunidad Andina de Naciones, mediante el cual establece que al abuso de procesos legales debe tomarse en cuenta como una conducta de abuso de posición de dominio:

“En la medida que las conductas de “abuso de derecho”, e l “Fraude a la ley” y/o la “utilización de medios judiciales” constituyan en una posibilidad de restringir, afectar o distorsionar las condiciones de la oferta o demanda en el mercado de bienes o servicios, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad estarán en el ámbito de acción de la Decisión 608.”⁸⁵

⁸⁴ Art. 27 numeral 9 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

⁸⁵ oficio SG-C/D.1.7/77-2011 emitido por el Secretario General de la Comunidad Andina de Naciones.

Como podemos ver en la Decisión 608 el Abuso de Procesos Legales se aplicó mediante la cláusula general prohibitiva, pero en la ley ecuatoriana ya existe la tipificación de esta conducta con el único requisito de que el operador económico tenga posición de dominio.

En este sentido es posible observar 2 contradicciones:

1.- La violación de normas no es abuso de posición de dominio, como lo señala el numeral 9 del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, es justamente lo contrario, el exceso de uso de proceso legales y administrativos.

2.- Según el numeral 18 del artículo 9 de la mencionada ley, el abuso de procesos legales por parte un agente económico debe tener como requisito previo que el agente económico tenga posición de dominio.

Tal y como se encuentra planteada esta conducta en nuestra legislación se desprende que un operador económico podría incurrir en este tipo de conducta sin tener posición de dominio, lo que demuestra la contradicción existente en la legislación ecuatoriana al confundir el abuso de procesos legales como una conducta de competencia desleal.

CAPÍTULO IV.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

1. CONCLUSIONES

- 1.1. El derecho de competencia contiene tres grupos de normativa fundamentales: la defensa de la competencia o antimonopolio, el derecho sancionador de la competencia desleal y el derecho del consumidor, todos ellos con un objetivo en común: precautelar el mercado y el bienestar de los consumidores.
- 1.2. Con la aplicación de la Decisión 608 y el Decreto Ejecutivo 1614-2009 en el Ecuador fue factible investigar y sancionar todos los supuestos referentes a la defensa de la competencia, esto quiere decir casos por acuerdos restrictivos o por abuso de posición de dominio.
- 1.3. La legislación comparada más acorde a nuestra realidad, demuestra que la mayoría de países contemplan los mismos casos de posible abuso de posición dominante y las mismas definiciones. Es importante recalcar que la posición de dominio no es sancionada únicamente su abuso es lo que puede llevar a intervenir a la Autoridad.
- 1.4. La Decisión 608, como la mayoría de legislaciones de competencia alrededor del mundo, contiene un listado ejemplificativo de posibles conductas anticompetitivas más una cláusula general prohibitiva que permite incluir más comportamientos de los previamente señalados.
- 1.5. Mediante la aplicación de la cláusula general contenida en el artículo 8 de la Decisión 608, la Autoridad Ecuatoriana de Competencia logró sancionar su primer caso fundamentada en el abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos de legales.

La empresa Pfizer Cía. Ltda., y sus empresas relacionadas fueron sancionada y multadas por interponer varias medidas cautelares desde el 2000 hasta el 2010 a la mayoría de competidores dentro del mercado del principio activo Sildenafil, con el fin de eliminar a sus competidores y neutralizar la entrada de posibles competidores en el mercado para preservar su posición de dominio.

- 1.6. Tras dos años de aplicación de las decisiones 608, 616 y del Decreto Ejecutivo 1614-2009 en octubre de 2011 entró en vigencia la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder Mercado. La aprobación de esta ley generó cierta polémica en el sector empresarial debido al desconocimiento de la ley y a la falta de cultura de competencia en nuestro país.
- 1.7. El fin de la Autoridad de competencia no es regular los precios dentro del mercado (eso lo hace la oferta y la demanda) sino proteger el bien de los consumidores a través de precautelar el proceso competitivo.
- 1.8. La posición de dominio de un agente económico puede derivar de varios factores como de la eficiencia en tecnología, las preferencias del consumidor, la naturaleza del mercado entre otros factores. Para definir si una empresa cuenta o no con posición dominante es necesario estudiar el mercado relevante en sus tres dimensiones: por producto, geográfico y temporal.
- 1.9. Para analizar el mercado relevante es necesario tomar en cuenta los siguientes factores:
 - A) La capacidad de sustitución que tiene el bien o servicio y el tiempo en que demora ser sustituido;
 - B) El costo de los insumos y de la distribución del bien o servicio y de sus sustitutos;

- C) Los costos y la probabilidad que tienen los consumidores de acceder a otros mercados y;
- D) Las restricciones en los otros mercados que pueden limitar su acceso.

1.10. Existen criterios usados por las autoridades de competencia a nivel mundial para analizar la existencia de una posición dominante. La Autoridad Ecuatoriana de Competencia, en los casos que ha venido manejando en sus dos años de creación ha considerado oportunos los siguientes criterios:

- A) El grado en que el bien o servicio de que se trate es sustituible por otros, las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma.
- B) El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de competidores al mercado de que se trate o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.
- C) El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder.

1.11. El numeral 18 del artículo 9 plantea el supuesto de abuso de posición en la modalidad de abuso de procesos legales, lo cual es correcto puesto que un agente económico bajo la excusa de ejecutar su derecho de acción y petición puede interponer una serie acciones tanto judiciales como administrativas para impedir la competencia en el mercado. Sin embargo, la ley comete un error al confundir esta figura dentro de los posibles casos de competencia desleal y la vuelve a tipificar como violación a la ley.

1.12. El abuso de procesos legales es una conducta con fines exclusorios y explotativos al mercado puesto que el fin de la misma es eliminar y bloquear el acceso de

competidores al mercado para generar un monopolio que le permita imponer los precios que quiera abusando de esta forma del consumidor.

2. RECOMENDACIONES

1. En base a lo expuesto es necesario recomendar que el legislador aclare este tema, eliminando de las conductas de competencia desleal al abuso de procesos legales y estableciéndola únicamente como una conducta de abuso de posición dominante.

BIBLIOGRAFÍA PERTINENTE

A) LIBROS Y ARTÍCULOS

1. DIEZ CANSECO Luis Función Regulatoria, Promoción de la Competencia y Legislación Antimonopólica. Revista Themis No. 36. Pontificia Universidad Católica del Perú.
2. WITKER Jorge, Derecho de la Competencia en América, Fondo de Cultura Económica.
3. GALÁN CORONA Eduardo. Acuerdos Restrictivos de la Competencia. Ed. Montecorvo. Madrid. 1977.
4. CASTRILLÓN-GARCÍA OTERO, Carmen. “El alcance extraterritorial del Derecho de la Competencia y su utilización como medida comercial”. Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, num. 212, marzo/abril 2011.
5. FLINT Pinkas, Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2002.
6. DÍEZ ESTRELLA Fernando, LOS OBJETIVOS DEL DERECHO ANTITRUST, publicado en Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia, nº 224,xMarzo/Abril 2003, págs. 32 a 52.<http://www.nebrija.com/fundacioniconebrija/documentos/LosobjetivosdelDAnitrust2003.pdf>. A 5 de abril de 2011, 20h27.
7. DARNACULLETA I GARDELLA M. Mercé, La Competencia Desleal, Editorial IUSTEL, primera edición 2007, pág. 23

8. DURAND CARRIÓN Julio Baltazar, Tratado de Derecho del Consumidor en el Perú, primera edición 2007, pág. 38.
9. Diccionario de la Real Academia de la Lengua.
10. KHEMANI. S y M.DUTZ. "The Instruments of Competition Policy and their relevance for Economic Development" En: Regulatory policies and Reform: A Comparative Perspective. Frichtak (editor), World Bank, Private Sector Development Department. 1995.
11. ALMONACID SIERRA, Juan José y GARCÍA LOZADA, Néstor Gerardo. Derecho de la Competencia, Colombia: Editorial Legis 1998.
12. CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Editorial: Heliasta.
13. ARIAS-SCHEREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo II, 1987.
14. ABANTO VÁSQUEZ Manuel. El Derecho de la Libre Competencia. Lima: Editorial San Marcos, 1997.
15. MORALES ACOSTA, Alonso, "Caso: Abuso de Posición de Dominio Exclusividad de Cerveza Cristal e Inca Kola"
16. SUÁREZ HERRERO Carmen, Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la Competencia. Román y Cajal Servicio de Estudios.
17. NIETO GARCÍA, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos, Madrid (2002).

18. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Derecho Antimonopólico y de defensa de la Competencia, Tomo 1, Editorial Heliasta, Argentina (2005).
19. KRESALJA, Baldo. “Comentarios al Decreto Ley 26122 sobre represión del la competencia desleal”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.
20. BORK. H Robert., The Antitrust Paradox: a policy at war with itself, 1993, Editorial: Free Press.
21. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco. Precios Predatorios y Derecho Antitrust. Editorial Marcial Pons, Madrid 1997.
22. VEGA-PENICHER LOPEZ, Luis. “Ejercicio abusivo de acciones judiciales. Un posible abuso de posición dominante”. En Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia.
23. ALCAREZ CARREÑO, Santiago M. El Derecho de Petición. Estudio de los sistemas español, italiano, alemán, comunitario y estadounidense. Granada, 1999.
24. BULLARD Alfredo, FALLA Alejandro “El Abogado del Diablo. El abuso de procesos legales o gubernamentales como práctica anticompetitiva”
25. PASCUAL Y VICENTE, Julio, Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa, Civitas, Madrid, Primera edición (2002).
26. QUAGLIA, Marcelo Carlos, Grupos de Empresas, Defensa de la Competencia y Derechos del Consumidor, La Ley, Buenos Aires (2002).

B) JURISPRUDENCIA

1. Resolución 365 U.S. 127 (1961).
2. Resolución 404 U.S. 508 (1972).
3. Decisión no publicada en el DOGE, relativa a la denuncia IV735.268 presenta el 20 de Octubre de 1994 por ITT Promedia NV, comunicada a la demandante mediante carta de 21 de Mayo de 1996.
4. CT-91/2 The Director of Investigation and Research v. Laidlaq Waste Systems Ltd. (20/01/2002).
5. Resolución No. MIPRO-001-2011. Proceso de investigación No. I-C-17885-2009-SCs que acumula el proceso de investigación No. SCC-DC-0012-2010.

C) LEYES Y NORMAS

1. Sherman Act.
2. Clayton Act.
3. Decisión 608 de la CAN “Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina”.
4. Decisión 616 de la Can “Entrada en Vigencias de la Decisión 608 para la República del Ecuador”.
5. Decreto Ejecutivo 1614.
6. Tratado de Roma de 1957.
7. Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.
8. Ley Orgánica de Salud.

9. Decreto No 2153 de 30 de diciembre de 1992, publicado en el Diario Oficial No. 40.704, del 31 del mismo año y mes. (COLOMBIA).
10. Ley 15/2007 de 3 de julio de 2007.
11. Decreto Legislativo 1034 Publicado en el diario oficial El Peruano el 25 de junio de 2008.
12. Oficio SG-C/D.1.7/77-2011 emitido por el Secretario General de la Comunidad Andina de Naciones.

ANEXO 1

Decisión 616

Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador

LA COMISION DE LA COMUNIDAD ANDINA,

VISTOS: Los Artículos 30, 93 y 94 del Acuerdo de Cartagena y la Decisión 608 de la Comisión;

CONSIDERANDO: Que con fecha 29 de marzo de 2005, la Comisión de la Comunidad Andina aprobó la Decisión 608 que contiene las normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina;

Que es importante para el Gobierno del Ecuador gozar de los beneficios y compartir las obligaciones que impone la Decisión 608; y,

Que la Secretaría General, luego de las consultas realizadas con los Países Miembros, ha presentado la Propuesta 156 sobre la Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador;

DECIDE:

Artículo 1.- Ecuador podrá aplicar lo dispuesto en la Decisión 608, en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el artículo 5 de la Decisión 608.

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

Artículo 3.- Derogar la siguiente frase del artículo 51 de la Decisión 608:

“...; y, para Ecuador, a los dos años calendarios siguientes o, si antes de este último período se aprobase la ley nacional de competencia de este país, en la fecha de la publicación de dicha norma nacional en el Registro Oficial de Ecuador.”.

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

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

ANEXO 2

Decisión 608

Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina

LA COMISION DE LA COMUNIDAD ANDINA,

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

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

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

DECIDE:

CAPITULO I DEFINICIONES

Artículo 1.- A los efectos de la presente Decisión, se entenderá por:

Conducta: todo acto o acuerdo;

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

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

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

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

determinar la composición o el resultado de las deliberaciones o las decisiones de los órganos del mismo o de sus actividades.

CAPITULO II

DEL OBJETIVO, PRINCIPIOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

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

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

- a) No discriminación, en el sentido de otorgar un trato igualitario a todas las personas naturales o jurídicas en la aplicación de las normas de libre competencia, sin distinción de ningún género;
- b) Transparencia, en el sentido de garantizar la publicidad, acceso y conocimiento de las leyes, normas y reglamentos, y de las políticas de los organismos encargados de vigilar su observancia, así como de las decisiones de los organismos o tribunales; y,
- c) Debido proceso, en el sentido de asegurar a toda persona natural o jurídica, un proceso justo que le permita plenamente ejercer su derecho de defensa respetando los derechos de las partes a presentar argumentos, alegatos y pruebas ante los organismos, entidades administrativas o tribunales competentes, en el marco de lo establecido en la presente Decisión, así como un pronunciamiento debidamente motivado.

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

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

- a) El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y,
- b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros.

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

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

- a) Que reporten beneficios significativos al desarrollo de la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes o servicios, o fomenten el progreso tecnológico o económico.
- b) Que signifiquen el otorgamiento de condiciones preferenciales a regiones deprimidas o actividades económicamente sensibles o, en cualquiera de los casos, en situación de emergencia;
- c) Que no conlleven a dichos agentes económicos, la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de la producción, comercialización o distribución de los bienes o servicios de que se trate; y,
- d) Que sean concordantes con el ordenamiento jurídico andino.

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

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

CAPÍTULO III

SOBRE LAS CONDUCTAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA

De las conductas restrictivas de la libre competencia

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

- a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;
- b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;
- c) Repartir el mercado de bienes o servicios;
- d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,

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

Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.

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

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

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

CAPITULO IV DEL PROCEDIMIENTO

De la apertura de la investigación

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

Artículo 11.- La solicitud deberá incluir la siguiente información:

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

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

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

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

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

Artículo 14.- La Resolución de apertura de la investigación deberá indicar:

- a) la conducta objeto de investigación, las características de los bienes o servicios que estarían siendo objeto de la conducta, los bienes o servicios similares presuntamente afectados, la duración de la conducta, la identificación de las partes, su relación económica existente con la conducta, la relación de los elementos de prueba presentados;
- b) el plazo para que las partes presenten información, alegatos y pruebas; y,
- c) la identificación de las autoridades nacionales competentes que cooperarán con la sustanciación de acuerdo a lo previsto en el artículo 15 de la presente Decisión.

Del curso de la investigación

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

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud a que hace referencia el párrafo anterior, la Secretaría General conjuntamente con las autoridades nacionales competentes a las que solicitara su cooperación, elaborarán el Plan de Investigación el cual indicará, entre otros, el tipo de acciones a ser tomadas, el cronograma sugerido, los agentes económicos a los cuales estarán dirigidas tales acciones, los elementos y características de la conducta, e información disponible de los bienes o servicios y área geográfica que pudieran estar afectados.

El Plan de Investigación será notificado a las partes interesadas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De la Información

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

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

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

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

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

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

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

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

De la audiencia pública

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

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

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

De los compromisos

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

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

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

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

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

Artículo 29.- De aceptarse un compromiso, la Secretaría General requerirá a las partes comprometidas que suministren trimestralmente información relativa al cumplimiento del mismo y que permita la verificación de los datos pertinentes.

En caso de incumplimiento en el suministro de información o en la ejecución de los compromisos, la Secretaría General, mediante Resolución motivada, reiniciará el proceso de investigación y aplicará medidas cautelares, sobre la base de la mejor información disponible.

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

De las medidas cautelares

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

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

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

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

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

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

De las medidas correctivas y/o sancionatorias

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

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

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

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

De la ejecución de las medidas

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

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

CAPÍTULO V PROMOCION DE LA COMPETENCIA

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

Artículo 37.- Los Países Miembros establecerán mecanismos para procurar el perfeccionamiento de los instrumentos comunes y el fortalecimiento de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia, mediante programas de intercambio de información y experiencias, de entrenamientos técnicos, y de recopilación

de jurisprudencia y doctrina administrativa, relacionados con la defensa de la libre competencia.

CAPÍTULO VI COMITÉ ANDINO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

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

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

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

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

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

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

DISPOSICIONES FINALES

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

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

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

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

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

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA

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

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

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

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

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

Artículo 51.- Para Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela, la presente Decisión entrará en vigencia a su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena; y, para Ecuador, a los dos años calendarios siguientes o, si antes de este último período se aprobase la ley nacional de competencia de este país, en la fecha de la publicación de dicha norma nacional en el Registro Oficial de Ecuador.

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