

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho
Mención Derecho de Mercado

**“ANÁLISIS DE LA DECISIÓN 608 DE LA COMUNIDAD ANDINA SOBRE
PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA, Y PERSPECTIVAS
SOBRE SU APLICACIÓN EN EL ECUADOR”**

Pablo René Carrasco Torrontegui
2011

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la Universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la Universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la Universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Pablo Carrasco Torrontegui
20 de Febrero del 2011

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho
Programa de Maestría en Derecho

Mención Derecho de Mercado

**“ANÁLISIS DE LA DECISION 608 DE LA COMUNIDAD ANDINA SOBRE
PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA, Y PERSPECTIVAS
SOBRE SU APLICACIÓN EN EL ECUADOR”**

Pablo René Carrasco Torrontegui

Tutora:
María Elena Jara

Escrita en Quito, Ecuador.
2011

Dedicatoria:

Dedico a mis padres que me han apoyado en todo momento para poder ser el hombre y profesional que soy.

RESUMEN

Este estudio tiene como fin el analizar en profundidad la Decisión 608 de la Comunidad Andina desde un doble aspecto, la investigación se la realizará tanto desde una perspectiva comunitaria, es decir como norma de la Comunidad Andina; como desde la perspectiva de normativa interna en materia de derecho de la Competencia en el Ecuador, mediante la Decisión 616 y el Decreto Ejecutivo 1614.

Es así que, en el Primer Capítulo se analiza la Decisión 608 desde dos enfoques, el primero es desde el punto de vista estricto del derecho de la competencia. Al efecto, se revisan las diferentes prácticas restrictivas de la competencia que la Decisión contempla, se estudia el ámbito de aplicación de la Decisión y el proceso para conocimiento y sanción de las prácticas atentatorias de la competencia. Desde un segundo enfoque, se aborda el estudio de la Decisión 608 a la luz del derecho comunitario, en busca de determinar la naturaleza jurídica de esta normativa comunitaria.

El Segundo Capítulo se concentra en la Decisión 608 como norma de aplicación interna en el Ecuador. Se analiza en primer lugar si la Comunidad Andina tenía la competencia para expedir una norma de carácter interna para el Ecuador y Bolivia, mediante las disposiciones de las Decisiones 608 y 616. Posteriormente se analiza el Decreto Ejecutivo 1614 de 2009 y los pasos seguidos para la implementación de la Decisión 608 como norma de derecho interno en el Ecuador.

El Tercer y último Capítulo se estudia y busca evaluar cual ha sido el resultado y la experiencia de la aplicación de la Decisión 608 tanto a nivel comunitario como en el Ecuador. En razón de la poca o nula aplicación de la Decisión en la Comunidad Andina, se investigarán las posibles razones de esto.

INDICE

RESUMEN	5
INDICE	6
INTRODUCCION	8
Capítulo 1	
ANTECEDENTES Y ANÁLISIS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD ANDINA	10
1.1.1 Antecedentes del derecho de la competencia en la CAN, Decisión 45, Decisión 230 Decisión 285	10
1.2 Naturaleza y alcance de la Decisión 608	14
1.2.1 Aplicabilidad directa e inmediata	14
1.2.2 Decisión 608: ¿Norma de armonización o régimen común?	16
1.3 Análisis de la Decisión 608	20
1.3.1 Prácticas restrictivas	20
1.3.1.1 Análisis de la fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización	24
1.3.1.2 Fijación de otras condiciones de comercialización	27
1.3.1.3 Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios	28
1.3.1.4 Repartición de mercado en función territorial-geográfica	29
1.3.1.5 Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado	30
1.3.1.6 Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.	31
1.3.2 Abuso de posición dominante	32
1.3.2.1 La fijación de precios predatorios	35
1.3.2.2 La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios	37
1.3.2.3 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	38
1.3.2.4 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	40
1.3.2.5 La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios	42
1.3.2.6 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	43
1.4 Entidades de control, promoción y juzgamiento comunitario creados en la Decisión 608	44
1.4.1 Organismos a cargo de la aplicación de la Decisión 608	44
1.4.1.1 Secretaría General de la Comunidad Andina	44
1.4.1.2 Autoridades Nacionales	46
1.4.1.3 El Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia	47
Capítulo 2	

LA DECISIÓN 608 COMO NORMA DE COMPETENCIA INTERNA EN EL ECUADOR	50
2.1 Decisión 616. Debate sobre aplicación de la Decisión 608 en el Ecuador, posibilidad de la CAN de crear normas internas para sus Estados miembros.	50
2.2 Aplicación de la Decisión 608 mediante el Decreto Ejecutivo 1614 del 2009	65
2.2.1 Aspectos principales del Decreto 1614 del 2009	66
2.2.1.1 Designación de la autoridad de aplicación e investigación de actos anticompetitivos, así como sus facultades	68
2.2.1.2 Promoción y difusión de la libre competencia	
2.2.1.3 Procedimiento para el conocimiento e investigación de actos Anticompetitivos	69
2.2.1.4 De las medidas correctivas de la competencia y las sanciones aplicables	71
Capítulo 3	
EXPERIENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA DECISIÓN 608 CAN	76
3.1 Experiencias de la aplicación de la Decisión 608 en la Comunidad Andina	76
3.1.1 Causas y efectos de la poca aplicación de la Decisión 608 en la Comunidad Andina	77
3.1.1.1 Posibles causas de la falta de aplicación de la Decisión 608	78
3.1.1.2 Escasa Difusión de la Decisión 608 entre otros factores por falta de presupuesto	79
3.1.1.3 Falta de conexión con el sector privado	80
3.1.1.4 Falta de interés por parte de los gobiernos de los Países Miembros	81
3.2 Experiencia en la aplicación de la Decisión 608 a través del Decreto Ejecutivo 1614 del 2009	83
CONCLUSIONES	87
BIBLIOGRAFÍA	93

Introducción

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo principal el analizar la Decisión 608 de la CAN, este estudio tiene un doble aspecto, por un lado se abordará desde una perspectiva comunitaria, es decir como norma de la Comunidad Andina y por el otro desde un punto de vista de normativa interna en materia de derecho de la competencia en el Ecuador, mediante la Decisión 616.

Para analizar la Decisión 608 en todo su contexto, se utilizará una óptica interdisciplinaria.

En el Primer Capítulo se analiza la Decisión 608 desde dos perspectivas, la primera desde el punto de vista estricto del derecho de la competencia, se revisarán las disposiciones principales en cuanto a los abusos de posición de dominio, así como de las prácticas restrictivas de la competencia, por otra parte se estudiará el cuándo y el cómo la Secretaría General en su calidad de autoridad materia de competencia comunitaria podrá actuar. De la misma manera se analizará el procedimiento para conocer, investigar y sancionar a los agentes competidores que realicen prácticas anticompetitivas al margen de esta norma, así como el papel que juegan los organismos internos de los Estados miembros en materia de competencia en los trámites de investigación y sanción. Desde una segunda perspectiva, se estudia la Decisión 608 a la luz del derecho comunitario, en busca de determinar la naturaleza jurídica de esta normativa comunitaria.

El segundo capítulo se divide en dos partes de estudio, en la primera abordaremos el estudio de la Decisión 608 desde la perspectiva del derecho comunitario analizando las particularidades de la naturaleza jurídica de esta norma comunitaria. Realizaremos una reflexión sobre el tema de si la Comunidad Andina tenía la competencia para otorgar mediante la Decisión 616 la calidad de norma interna a la

Decisión 608 en el Ecuador, contraponiendo diferentes puntos de vista al respecto. En la segunda parte se estudia el Decreto Ejecutivo 1614 del 27 de marzo de 2009 donde se revisaran cuales son los pasos que ha tomado el Ecuador para la aplicación de la Decisión 608.

En el último capítulo de este trabajo se evalúan los resultados de la experiencia de la aplicación de la Decisión 608 tanto a nivel comunitario como a nivel nacional en el Ecuador. En vista de la poca o nula aplicación de la Decisión en la Comunidad Andina, se busca el porqué de esto. Y en cuanto al Ecuador, se revisa la aplicación de la Decisión en los dos últimos años y cuáles son los aciertos y aquellos aspectos que deben mejorarse.

Capítulo I

ANTECEDENTES Y ANÁLISIS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD ANDINA.

I.1. Antecedentes del derecho de la competencia en la CAN, Decisión 45, Decisión 230 Decisión 285.

Desde sus inicios, en 1969, la hoy denominada Comunidad Andina estableció la necesidad de establecer un marco regulatorio regional en cuanto al derecho de la competencia se refiere. Así lo señala el Artículo 75 del propio Acuerdo de Cartagena¹:

*“Antes del 31 de diciembre de 1971 la Comisión adoptará, a propuesta de la Junta, las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, tales como "dumping", manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente. En este orden de ideas, la Comisión contemplará los problemas que puedan derivarse de la aplicación de gravámenes y otras restricciones a las importaciones”.*²

Mediante la citada norma, se establece como política el regular y evitar prácticas restrictivas de la competencia como el dumping, manipulación de precios, entre otros.

Esta política desembocó en diferentes Decisiones hasta nuestros días:

¹ Hoy este artículo corresponde al Art 93 de la codificación de acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), codificación contenida en la Decisión 563 publicado en la Gaceta Oficial del 1 de Julio del 2003.

² ACUERDO de CARTAGENA (Pacto Andino) ACUERDO DE INTEGRACIÓN SUBREGIONAL Firmado en 1969 (actualmente modificado) Flint Blank, Pinkas. *Tratado de defensa de la libre competencia. Estudio exegético del D.L 701.*

Decisión 45

Con el fin de cumplir con lo establecido en el Artículo 75 del Acuerdo de Cartagena casi inmediatamente se expidió la primera Decisión comunitaria sobre competencia, la Decisión 45 “*Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión*”. Esta norma duró 16 años desde que entró en vigencia en 1971 hasta 1987. Esta Decisión regulaba tanto las prácticas restrictivas de la libre competencia, como el dumping y los subsidios estatales. La referida Decisión si bien fue el primer gran aporte en la regulación de la libre competencia, adolecía de algunas falencias, la primera es que la normativa era un tanto general y conceptual y no establecía de forma eficaz los procedimientos para su propia aplicación³. Su segunda falencia fue que si bien se determinó cuáles eran las prácticas que distorsionan a la competencia no se introdujo ningún tipo de sanción al competidor que realizaba estas prácticas, otorgando únicamente la posibilidad de que el país miembro ordene la suspensión de la misma.

Decisión 230

Por las razones anotadas y también por la necesidad de actualizar las normas relativas a libre competencia es que entró en vigencia la Decisión 230 “*Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión. Sustitución de la Decisión 45*” en Diciembre de 1987. Entre los principales puntos a destacar de esta Decisión encontramos que además de las definiciones de las prácticas anticompetitivas (incluyendo entre éstas al dumping), estableció además el requisito de que el país miembro debía demostrar que la práctica restrictiva de la competencia afectaba a su mercado y que existía un perjuicio grave o por lo menos la

³ Ver **DECISION 230**, entre cuyos considerandos se señala: “*Que de la experiencia acumulada en la aplicación de la Decisión 45, se desprende la conveniencia de perfeccionar los procedimientos de aplicación, con el objetivo de hacerlos más específicos y eficaces*”; Publicada en la Gaceta Oficial 26 de 18 de diciembre de 1987.

amenaza del mismo; por otra parte, se creó un procedimiento para la denuncia del país miembro y de la investigación.

La Decisión 230 a diferencia de la Decisión 45, estuvo muy poco tiempo en vigencia, menos de cuatro años, ya que fue reemplazada oficialmente por las Decisiones 283 y 285 sobre la prevención de las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping o subsidios, la primera, y distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia, la segunda.⁴

Decisión 285

En marzo de 1991, se promulgó la Decisión 285 de la CAN, la cual se caracterizó por ser una normativa específica en materia del derecho de la competencia. Se incorporaron en esta Decisión los elementos de la Decisión 230, como son la relación de causalidad entre las prácticas anticompetitivas y la afectación en él o los mercados comunitarios y se reguló, de forma muy completa, el procedimiento de investigación por parte de la Junta para determinar la existencia del acto o actos anticompetitivos. Adicionalmente se complementó definiendo claramente que se entendía por actuaciones paralelas o prácticas concertadas, y los casos de abusos de posición de dominio en el mercado.

La Decisión 285 fue muy criticada por varios especialistas y juristas, entre otras cosas por cuanto esta norma no tenía como objetivo garantizar las condiciones de competencia, por lo contrario, lo que trataba era de proteger la producción nacional.⁵ También se le criticó porque dicha Decisión carecía de herramientas jurídicas

⁴La prevención de las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping o subsidios se diferente, difiere de las regulaciones de derecho de la competencia vistas en esta investigación ya que no dependen directamente de los competidores sino de las políticas de comercio entre los países comunitarios, esto se lo puede apreciar al momento de estudiar los consideración de la Decisión 283 *“Que la normativa referida a subsidios contenida en la presente Decisión será de aplicación mientras se asuman compromisos de armonización de instrumentos de fomento del comercio exterior, o si los incentivos que quedarán amparados en el marco de la referida armonización, generaran, en determinados casos puntuales, distorsiones a la competencia.”*

suficientes para darle eficacia a las prohibiciones, es decir carecía de un mecanismo sancionador en el caso de que existiera una distorsión a la competencia.⁶

La Decisión 285 estuvo vigente durante catorce años, pero su aplicación práctica fue más bien escasa, por no decir nula, tanto es así que los propios Estados miembros de la Comunidad señalaron las limitaciones en la aplicación de la Decisión 285, en virtud de una ausencia de poder coercitivo para sancionar a las empresas infractoras de la normativa comunitaria.⁷

Decisión 608

La CAN, consciente de la necesidad de tener una normativa eficiente en cuanto a materia de competencia, expidió en el año 2005 la Decisión 608 que reemplaza a la Decisión 285 y se convierte en la normativa comunitaria de derecho de la competencia.

La Decisión 608 de la CAN contiene varias reformas e innovaciones sobre la Decisión 285 las cuales fueron recogidas y elogiadas por varios juristas,⁸ y a las cuales se hará posterior referencia. Poco tiempo después de la promulgación de la Decisión 608 se expidió la Decisión 616, la cual tuvo por finalidad aplicar como normativa interna la Decisión 608 en los territorios de Ecuador y Bolivia, siendo que éstos eran los únicos países, hasta la fecha, sin normativa interna de competencia en la Comunidad Andina.

⁵ Gabriel Ibarra Pardo, Conferencia sobre “La Política de la competencia en la Comunidad Andina de Naciones” Santafé de Bogotá DC Colombia 1999, Pág. 6.

⁷ Uno de los fundamentos presentados por el gobierno de Venezuela dentro de los antecedentes de la resolución 254 Dictamen 26-99 <http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r254sg.htm>

⁸ Javier Cortázar comenta en su artículo Decisión 608 de la Comunidad Andina: “*Un paso adelante para sistema antimonopolios de la Región*”: entre otras más la gran ventaja que tiene la comunidad a través de la Decisión 608 es que por fin *tiene dientes* para sancionar aquellos infractores de la normativa andina, también ve como un avance la eliminación de requisitos absurdos como el de comprobar el daño causado o la amenaza de la afectación del mercado. http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_colecc/documents/4Decision.pdf

1.2 Naturaleza y alcance de la Decisión 608.

1.2.1 Aplicabilidad directa e inmediata

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina de Naciones se encuentra claramente determinado en el artículo primero del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, el cual se encuentra dividido de la siguiente manera:

- El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;
- El Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia y sus Protocolos Modificatorios;
- Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;
- Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y,
- Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

El derecho comunitario andino se encuentra dividido en tres niveles normativos, el primer nivel normativo se encuentra conformado por las normas primarias también conocidas como normas originarias y se caracterizan por estar en la cúspide de la pirámide normativa andina y han sido creadas mediante el cumplimiento de las formalidades que tiene cada uno de los Países Miembros para la aprobación y ratificación de los tratados internacionales, siendo éstas: El Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales; El Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia y sus protocolos modificatorios. Estas normas comunitarias son la base del funcionamiento y creación de la Comunidad Andina y todas las normas comunitarias de

rango inferior deben someterse a dichas normas primarias u originarias.⁹ Las normas secundarias o derivadas se encuentran en un segundo nivel normativo y entre éstas se encuentran las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina.¹⁰ Estas normas comunitarias nacen por el desarrollo de la actividad legislativa de la propia comunidad que fue otorgada por la cesión voluntaria de competencias por parte de los Países Miembros.¹¹ Por último encontramos las normas de tercer nivel normativo que vienen a ser las Resoluciones de la Secretaría General, las cuales reglamentan las Decisiones expedidas con el Consejo de Cancilleres o de la Comisión.¹²

Las Decisiones comunitarias andinas, entre ellas la Decisión 608, son normas derivadas, que tienen dos características esenciales efecto inmediato y aplicación directa:

Aplicación Inmediata: Esta característica establece que las Decisiones son vinculantes desde el momento de publicación para los estados miembros de la comunidad.¹³

Efecto Directo: Por el contrario esta característica determina que las Decisiones comunitarias deben ser aplicadas sin la necesidad de la expedición de normas de derecho interno de los Estados miembros.¹⁴

Al respecto el tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señala:

⁹ Marcel Tangarife Torres, *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*, Editorial Baker & McKenzie Medellín Colombia, 2005 Pág. 175

¹⁰(Marcel Tangarife Torres, *Derecho de la*, 180)

¹¹(Marcel Tangarife Torres, *Derecho de la*, 181)

¹² Por otra parte existen también resoluciones de la Secretaría General que determinan el incumplimiento de algún miembro de la comunidad frente alguna Decisión Comunitaria.

¹³ (Marcel Tangarife Torres, *Derecho de la.....*.209)

¹⁴ (Marcel Tangarife Torres, *Derecho de la.....*.206)

“Mientras que el principio de la aplicación directa se refiere a la norma como tal, el efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras que sus efectos generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales, permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales¹⁵”

La regla general establece que las Decisiones tienen aplicación directa y efecto inmediato salvo que la propia Decisión establezca plazos adicionales para su entrada en vigencia o determine la necesidad de creación de una norma interna de los Estados miembros. En lo que respecta a la Decisión 608 encontramos que su artículo 51 determina que la Decisión entrará en vigencia para Colombia, Perú Bolivia desde su publicación. Por el contrario para Ecuador se otorgó originalmente una prórroga de dos años, la cual fue derogada con la expedición de la Decisión 616, misma que dispuso que la Decisión 608 tendría efectos a partir del mes de agosto del 2005.¹⁶

De esta manera podemos concluir que la Decisión 608, es una Decisión de aplicación directa y de efecto inmediato.

1.2.2 Decisión 608: ¿Norma de armonización o régimen común?

Como primer acercamiento al tema encontramos que el Acuerdo de Cartagena permite la existencia de varios regímenes comunes en diferentes temas, como lo podemos apreciar en la redacción del artículo 55 que dispone: “La Comunidad Andina contará con un régimen común sobre tratamientos a los capitales extranjeros y entre

¹⁵ Testimonio Comunitario Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Artes Gráficas Quito Ecuador Proceso 2-N-86, publicado en la G.O.A.C No. 21 de 15 de julio de 1987-

¹⁶ Esto es a los pocos meses de la expedición de la Decisión 608 original.

otros, sobre marcas, patentes licencias y regalías.”¹⁷ La norma al utilizar la expresión “... entre otros...” permite deducir que otras normas puedan tener el carácter de regímenes comunes.

Para determinar la existencia de un régimen común en la CAN, debería ser el propio legislador comunitario quien establezca dicha condición en el título, considerandos o disposiciones de la misma norma. Desde un punto de vista más amplio, podría determinarse la calidad de régimen común cuando la norma comunitaria posea los elementos característicos de tales regímenes. Según Rodrigo Garrón, el régimen común es la etapa de mayor integración conocida hasta el momento y las Decisiones comunitarias andinas para ser consideradas como un régimen común deben tener ciertos elementos, los cuales son: de contenido rígido, obligatorio y de contenido imperativo, *self executing*.¹⁸

Para determinar si la Decisión 608 es una norma de régimen común o de armonización revisaremos cada uno de estos elementos y los contrastaremos con la norma comunitaria en cuestión.

Las normas de contenido rígido también conocidas como *hard law*, son aquellas normas que tienen un carácter vinculante, es decir, son de cumplimiento obligatorio, y por otra parte, responden a los esquemas tradicionales de creación y aplicación del Derecho.¹⁹ En relación al contenido imperativo se refiere a que las disposiciones de la

¹⁷ Actual Codificación de acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), codificación contenida en la Decisión 563.

¹⁸ Profesor de Derecho de Integración en la Universidad Privada Boliviana (Desde 2005); Profesor de Derecho Comunitario de la Universidad Andina Simón Bolívar en la Maestría de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional cede Bolivia (Desde 2004). El autor de esta tesis obtuvo la opinión de este autor mediante un cruce de correos electrónicos.

¹⁹ Rafael Escudero Alday, Una Aproximación al Concepto de *Soft Law* http://web.me.com/joseluisperez/jlpt/programa_files/Una%20aproximacio%CC%81n%20al%20concepto%20de%20soft%20law.pdf Fecha de última visita 10 de Febrero del 2011

norma ordenan el hacer o no hacer algo y no está condicionada a la voluntad de los sujetos.

En cuanto a la Decisión 608 encontramos que esta norma comunitaria nace a través de los procedimientos ordinarios de creación de normas comunitarias y los efectos de sus disposiciones son vinculantes desde la fecha de su publicación para todos los Estados miembros de la Comunidad.²⁰ Por otra parte la Decisión 608 rige en los casos que los que los actos anticompetitivos se produzcan o sus efectos alcancen un nivel comunitario. Si la Decisión comunitaria cumple con todos los elementos expuestos por Rodrigo Garrón, sería una norma de carácter completa. Por otra parte el *Self executing* es una característica de algunos tratados internacionales la cual se refiere a que las disposiciones del tratado aplican de forma directa para los Estados contratantes, es decir no requiere un proceso legislativo interno del Estado receptor de la norma.²¹ Hay que recordar que esta característica es principal en el derecho comunitario andino y se encuentra reforzada con el principio de que los Estados se encuentran comprometidos a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a las normas comunitarias o que de algún modo obstaculicen su aplicación.²²

Por otra parte las normas de armonización deben tener ciertas características. La primera es que como su nombre lo indica busca armonizar las legislaciones vigentes en los Estados comunitarios, con el fin de evitar que existan profundas diferencias entre sí,

²⁰ Las Decisiones comunitarias nacen del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, al respecto el Tribunal Andino de Justicia en la sentencia 1-AN-97 manifestó: “*Las Decisiones de la Comisión no crean en ningún momento una norma equivalente a las contempladas en el Acuerdo de Cartagena, sino que en virtud de sus facultades y competencias analizadas anteriormente desarrollan las normas primarias preestablecidas, este derecho creado tiene el carácter secundario o derivado del derecho constitucional contenido en el Acuerdo y en tal virtud la jerarquía jurídica de aquel es inferior.*”

²¹ <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/484/4.pdf> Última visita 10 de Febrero del 2011

²² Artículo 5, del Tratado constitutivo del Tribunal Andino de Justicia.

esto implica que los Países Miembros paulatinamente deberán ir acercando sus cuerpos normativos, hasta llegar a tener disposiciones homogéneas.

En el caso de la Decisión 608 Rodrigo Garrón, considera que basándose en el espíritu de la norma comunitaria, ésta debería ser considerada una norma de régimen común, ya que no da lugar a desarrollo normativo para los Estados miembros y el procedimiento in extenso se lo lleva adelante ante la Secretaría General, y a su vez los Estados están sometidos en su integridad a la norma común. Adicionalmente concluye que la Decisión 608 no puede ser una norma de armonización, primero porque para que exista una norma de armonización deben existir previamente normas internas en la materia de competencia y Ecuador y Bolivia, a la fecha de la expedición de la Decisión 608, carecían de ella; y segundo porque el carácter de la Decisión 608 no tiene alcance nacional sino que su ámbito de aplicación es únicamente comunitario.

En lo personal concuerdo con Rodrigo Garrón, una vez analizados los diferentes elementos que componen al régimen común y a las normas de armonización. En espíritu, la Decisión 608 vendría a ser justamente una norma de régimen común. Pero existen algunos puntos a tener en cuenta, primero si los procesos de elaboración de las normas son los que determinan sus elementos y regulaciones, en el mismo procedimiento de creación de la norma comunitaria se debería determinar el carácter de régimen común o norma de armonización. Por otra parte, si atendemos al espíritu del régimen común en las características expuestas encontramos que muchos de sus elementos son inherentes al derecho comunitario como es la aplicación directa e inmediata, permitiendo en consecuencia que puedan existir una multitud de regímenes comunes en la Comunidad Andina los cuales no han sido calificados como tales.

1.3. Análisis de la Decisión 608

Una vez revisada la evolución histórica de la normativa del derecho de la competencia a nivel comunitario, se analizarán los diferentes aspectos de la Decisión 608. A modo de introducción se debe tener en cuenta que desde el punto de vista del Derecho de la Competencia existen dos ejes importantes en la norma comunitaria, y son las conductas restrictivas de la libre competencia y del abuso de posición dominante en el mercado. No obstante la propia la Decisión 608 contiene regulaciones procedimentales para controlar y sancionar prácticas anticompetitivas, lo cual se abordará en la parte final de este capítulo.

1.3.1. De las conductas restrictivas de la libre competencia.

En su regulación de las conductas restrictivas a la libre competencia, la Decisión 608 recoge principios generales del derecho de la protección y promoción de la competencia, comprendiendo exactamente las mismas prácticas o por lo menos muy similares a las sancionadas por la Comunidad Europea.²³

En cuanto a las prácticas restrictivas, se necesita de la participación de dos o más competidores que acuerdan horizontalmente o fijan entre ellos alguna condición que va contra la libre competencia²⁴.

Las conductas que restringen la competencia pueden tener dos finalidades distintas, pero que de igual forma interfieren en el mercado:

El primer objetivo o finalidad posible es el de eliminar o por lo menos limitar la competencia entre los agentes oferentes de un mismo producto o servicio. El fin último es de obtener mayores beneficios, los que no serían posibles en un mercado de libre competencia.

²³ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea artículos desde 81 hasta el 85.

²⁴ (Flint Blank, Pinkas “Tratado de defensa 608).

El segundo objetivo o finalidad posible con este tipo de acuerdos es el de limitar el acceso a nuevos competidores en el mercado o por el contrario el de intentar excluir a competidores ya existentes, lo que puede ocurrir a través de prácticas tales como: La fijación de precios, reparticiones de mercado, fijación de las condiciones de comercialización.

Por último podemos aseverar que este tipo de conductas es sancionable porque pone en una posición a las empresas conspiradoras para hacer juntas lo que podría hacer un monopolio²⁵.

Como referencia histórica, en la derogada Decisión 285 encontrábamos una clasificación que vendrían a ser los acuerdos entre oferentes de productos y servicios de forma vertical y horizontal.²⁶ Los acuerdos horizontales son aquellos que adoptan dos empresas operando en mismo nivel de la cadena de mercado como son dos fabricantes o dos distribuidores mayoristas. Por otra parte los acuerdos verticales son aquellos que se adoptan entre empresas que operan en diferentes niveles de la cadena de valor comercial, como ejemplo encontramos los acuerdos que pueden tener un fabricante y un distribuidor.

El Artículo 7 de la Decisión 608 señala:

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

- 1.- Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;
- 2.- Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;
- 3.-Repartir el mercado de bienes o servicios;
- 4.-Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,

²⁵ (Pinkas Flint, Blank “Tratado de defensa 608).

²⁶ Decisión 285 de la CAN, Artículo tercero. Publicada en la Gaceta Oficial No. 80 de 1991.

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

Resulta interesante destacar que la lista de prácticas restrictivas de la libre competencia de la Decisión no tiene un carácter taxativo, por el contrario es de carácter inclusivo, es decir que, además de las prácticas determinadas en el artículo, pueden ser sancionables otras prácticas que no estén incluidas en el mismo. De esta forma la entidad comunitaria encargada de conocer y sancionar podrá determinar ya sea con base a su propio criterio o acogiendo la amplia doctrina, aquellas prácticas adicionales que pueden ser sancionadas, siempre que contengan los elementos principales de la definición de prácticas restrictivas de la libre competencia antes determinados en esta investigación.

Por otra parte, dentro de la redacción de este artículo se puede generar la duda sobre el tema de la *presunción*, como lo señala María Clara Lozano, quien dice “¿se trata de una *presunción de hecho que admite prueba en contrario*, o de una *presunción de derecho en cuyo caso no se admitirá prueba alguna en contra del hecho presumido?*.”²⁷”

Adelantando un poco el tema se puede ver que no existe norma alguna en la Decisión que nos ayude a esclarecer esta pregunta y en mi criterio será la autoridad comunitaria la que deberá reglamentar este punto de acuerdo a la aplicación *per se* o de la razón²⁸

En legislación comunitaria europea encontramos en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Comunidad Europea las conductas restrictivas de la competencia, pero lo que resulta realmente interesante es el tercer inciso del mismo

²⁷ María Clara Lozano, “La Decisión 608 de la CAN y sus Implicaciones en Bolivia” Boletín Latinoamericano de Competencia. No. 21, febrero 2006. Pág. 29.

²⁸/ Pinkas Flint, Blank “Tratado de defensa 615)

artículo en el cual se exime los convenios entre participantes del mercado siempre y cuando se cumplan con cuatro condiciones:

- 1) Contribuyan a mejorar la producción o distribución de bienes o promover el progreso técnico o económico;
- 2) Permitan gozar a los consumidores de una participación justa en los beneficios resultantes;
- 3) No impongan restricciones que no sean imprescindibles para el logro de las dos condiciones anteriores;
- 4) No den a las empresas participantes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de la producción afectada.

Como se puede observar, para poder sancionar acuerdos o convenios entre competidores no se podría utilizar las reglas *per sé* ya que debe verificarse previamente si se incumplen con las condiciones de ser eximidos

Justamente en la jurisprudencia europea encontramos que los casos que se han conocido y sancionados fueron a través del análisis previo del incumplimiento de las condiciones de eximición de los acuerdos y una vez determinado que no cumplían con estas reglas se procedió a su sanción. Es decir no se sancionó por las reglas *per sé* sino se utilizaron las reglas de la *razón*. Algunos casos referentes son: Comisión Europea contra Boheringer Mannheim y otros de 1970, el cual sanciona un cartel conformado por varias empresas de Francia, Holanda y Alemania sobre un producto químico llamado Quinina donde se sancionó con fuertes multas los acuerdos explícitos entre las empresas miembros del cartel, o más recientemente en el caso de la Comisión Europea

contra Hoffman-La Roche y otros del 2001 donde se sancionó un cartel de vitaminas y derivados.²⁹

A continuación, con el solo ánimo de brindar una visión panorámica del contenido de la Decisión 608, se revisan brevemente las prácticas que la Decisión 608 presume que son atentatorias contra la libre competencia:

1.3.1.1 Análisis de la fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización.

En esta disposición encontramos dos puntos:

La prohibición de fijar precios y la prohibición de fijar otras condiciones de comercialización.

Fijación de precios como conducta restrictiva de la competencia.-

La fijación de precios es uno de los acuerdos típicos sancionados en el derecho de la competencia, y es uno de los temas más analizados por diversos especialistas en el derecho de la competencia dada la frecuencia con la que se produce.

Algunos conceptos de precio son:

Se puede definir al precio como el monto neto realmente pagado o entregado por los bienes.³⁰

Desde un punto de vista meramente económico se puede decir que el precio es igual a costos más utilidad menos descuento³¹

Teniendo claro algunos conceptos de precio es importante regresar al estudio de la norma comunitaria que nos atañe.

²⁹ Germán Coloma, “Defensa de la Competencia” editorial Ciudad Argentina”, Buenos Aires 2003, Pág. 63.

³⁰ Von Kalinoswkiy Sullivan, (2000). Op.cit. Citado por Pinkas Flint, “Tratado de defensa de la Libre Competencia, Perú , Pontificia Universidad del Perú 2002, Pág. 642.

³¹ Mauricio Velandia Castro, “Catálogo de acuerdos restrictivos de la competencia”. Colecciones de Derecho Económico, Universidad Externado de Colombia 2001 Pág.225.

La preocupación por la fijación de precios es uno de los fundamentos del derecho de la competencia y por lo tanto, de las distintas normas internacionales de la libre competencia que buscan o que tienen por finalidad un correcto sistema de fijación precios.³²

En lo que respecta a la norma y siguiendo a la doctrina comentaremos que existe tanto fijación directa como fijación indirecta de precios³³.

Fijación directa de precios.- Es el resultado de un acuerdo entre competidores que afecta el monto del precio en el producto o servicio que diferiría si estuviera en un escenario de libre competencia.

El precio acordado puede ser mayor al obtenido en el libre mercado con el fin de obtener mayores beneficios o por el contrario puede ser menor, lo que por lo general tiene por fin eliminar un agente oferente del mercado.

El hecho que dos oferentes del mercado tengan los mismos precios no significa que directamente existe una fijación de precios, ya que éste puede ser un escenario de verdadera competencia en donde los oferentes ofrecen sus productos al máximo de su eficiencia³⁴.

Únicamente se configura la fijación de precios cuando éstos son el resultado de acuerdos y decisiones tomadas por varios agentes oferentes de productos y servicios.

Fijación indirecta de precios.- Este tipo de fijación de precios se la realiza fijando no el precio en sí, sino fijando una de las variables o ciertos parámetros del mismo.

³²(Pinkas Blank Flint “Tratado de defensa Pág 607)

³³ Agustín Grijalva y José Vicente Troya “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”, en revista FORO, Número 1, Pág. 26

³⁴ Mauricio Velandia Castro, “Catálogo de acuerdosPág.225)

Lo que se trata de identificar con la prohibición de esta conducta es cómo cada una de las empresas o competidores determinó el precio final del bien o servicio.³⁵

Algunos ejemplos de la fijación de precios son la fijación de techos o pisos de precios, es decir fijar montos máximos y mínimos de precios para que cada competidor se mueva dentro de este rango. Otro tipo de fijación de precios indirectos es el acuerdo conjunto de los costos, de esta manera las empresas que acuerdan, saben exactamente cuanto es el costo del producto para todos los competidores y de esta forma se fijan precios similares.

A falta de la existencia de alguna jurisprudencia comunitaria que lo confirme o de otra forma manifieste lo contrario, entendemos que tanto la fijación directa como la indirecta de precios, está prohibida y sancionada por la normativa comunitaria.

Esta aseveración se podría reafirmar cuando revisamos el marco del derecho comunitario europeo, expresamente en el artículo 101 del Tratado de Lisboa señala, a diferencia de la normativa de la CAN, que se encuentran prohibidas las conductas restrictivas de la competencia “*que fijen directa o indirectamente los precios de compra o venta.*” Para ejemplificar este punto podemos revisar el caso de Comisión Europea vs Ici y otros de 1972 donde se sancionó a varias empresas europeas que habían realizado algunas conductas paralelas que daban indicios sobre acuerdos e intercambio de información. En el caso concreto se determinó que las empresas sancionadas habían incrementado sus precios, los cuales eran idénticos, de forma simultánea, por período de cuatro años. La sanción fue impuesta en virtud del intercambio de información que “*sustituía los riesgos de la competencia por la coordinación entre competidores*”³⁶.

³⁵(Mauricio Velandia Castro, “Catálogo de acuerdos Pág.226)

³⁶(Germán Coloma, “DefensaPág 106)

Como se mencionó anteriormente la Comunidad Europea utiliza en los casos de prácticas restrictivas de la competencia las reglas de la *Razón*. Es así que no solo se debe verificar previo a la sanción que el acuerdo no incurra en las condiciones de eximición del numeral tercero del Art. 81 de Tratado de la Comunidad Europea, sino que además el acuerdo o práctica realmente exista. Así lo determina la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso de la Comisión Europea c/ Ahlstrom y otros de 1993, en el cual concluyó que las conductas paralelas no infieren por si mismas en la existencia de un acuerdo, sino que estas pueden responder a las particularidades propias del mercado.

1.3.1.2 Fijación de otras condiciones de comercialización;

La fijación de precios no es el único punto sancionado por la Decisión, también se prohíben los acuerdos que tienen como finalidad la fijación de aquellas condiciones que perjudican en la competencia.

Este tipo de acuerdos podrían ser muy variados, mencionamos algunos de ellos solo a modo de ejemplo, pero dejando en claro que no por ello agotamos todas las posibilidades..

-Acuerdos restrictivos de condiciones de ventas que coloquen a competidores en situación de desventaja frente a otros.³⁷

-Acuerdos restrictivos sobre la calidad del producto.³⁸

-Acuerdos restrictivos sobre ventas atadas o subordinadas.³⁹

Debemos dejar en claro que no todo acuerdo entre competidores es perjudicial al mercado, puede darse el caso que existan acuerdos que tengan como fin mejorar la competencia, el producto o servicio o las condiciones para los consumidores, sin que por ello se trate de perjudicar a otro agente económico. Esta práctica aunque no muy

³⁷ (Pinkas Flint Blank, “Tratado de defensa Pág. 685)

³⁸ (Pinkas Flint Blank, “Tratado de defensa Págs. 655, 676,668)

³⁹ (Pinkas Flint Blank, “Tratado de defensa..... Pág. 677)

común se aplica en el mercado y un ejemplo de ello puede ser mejorar las condiciones de calidad al suscribirse voluntariamente a un sello de control de calidad como las ISO.

Siguiendo la tendencia europea en cuanto a las reglas de la Razón si un acuerdo no restringe la competencia, no debería ser sancionado.

1.3.1.3 Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios.

El segundo numeral del Artículo Siete apunta a dos prácticas distintas, la de reducir o restringir la oferta y por otro lado la de restringir la demanda.

Restricción o reducción de la oferta.-

Como principio general de mercado podemos decir que en la medida en que los competidores de un mercado restrinjan la oferta de un producto o servicio, subirá el precio del mismo si no ha variado la demanda.

De forma similar lo comenta Mauricio Velandia Castro:

“Como se observa, estos comportamientos restrictivos están ligados a precios, pues la cantidad de bienes que se encuentran en oferta es una de las determinantes para que el precio de los productos suba o baje, puesto que si en el mercado existe una gran cantidad de bienes, en un número mayor que la demanda, el precio baja y, por el contrario, en mercados donde existe una demanda superior a la oferta inevitablemente sube⁴⁰”.

De acuerdo con este último autor existen dos variables de esta conducta:

- 1.- Salir de un mercado absteniéndose de producir un bien o servicio.
- 2.- Afectar sus niveles de producción.

Abstenerse de producir un bien o servicio.- Esta práctica restrictiva se produce cuando los participantes del mercado en conjunto se abstienen en la

⁴⁰(Mauricio Velandia Castro, “Catálogo de acuerdos restrictivos.....Pág. 244.)

producción de un bien, ya sea con ánimo de conseguir una elevación de precios de los bienes ya producidos o por el contrario elevar los precios de aquellos productos que lo puedan reemplazar en el mercado.

Afectar sus niveles de producción.- En mi criterio esta conducta es muy similar a la primera, pero se diferencian en que en esta práctica no existe una abstención de la producción, sino que simplemente se limita la cantidad de la misma para subir el valor de los bienes en el mercado. En última instancia para Pinkas Flint ambas prácticas restrictivas tienen como objetivo principal “...elevar los precios que es la respuesta que esperan las firmas coludidas ante una demanda insatisfecha provocada por la limitación de productos⁴¹”.

1.3.1.4 Repartición de mercado en función territorial-geográfica.-

Este tipo de repartición se da en los casos en que dos o más competidores acuerdan adjudicarse zonas geográficas diferentes con el fin de ofertar sus productos y acordando que ninguno de los dos ofertará sus productos en una zona distinta.

Repartición de mercado en función de clientes.-

Es cuando los oferentes del mercado acuerdan una división de la clientela, ofertando únicamente a cierto tipo de clientes y limitándose con la restricción de ofertar sus productos a clientes asignados a un competidor distinto.

Repartición del mercado en función de productos.-

Es el caso en que cada oferente decida producir un producto distinto y la competencia haga lo mismo. La limitación está en la no intervención del mercado del otro competidor.

En cuanto respecta a la Decisión 608, en su texto dice claramente, que se presume que constituye conductas restrictivas el repartir el mercado de bienes o servicios.

⁴¹ (Pinkas Flint Blank, “Tratado de defensa...Pág. 694)

Aunque este artículo establezca únicamente la repartición de mercado de bienes y servicios, se entiende que se puede dar los tres tipos de divisiones o reparticiones de mercado revisadas anteriormente.

Esto se debe en el momento que se habla de repartición de mercado se entiende como mercado de un bien o servicio y estos a su vez se dividen en territorio (mercado geográfico relevante) y clientes (estructura del mercado).

1.3.1.5 Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado.

En este tipo de prácticas restrictivas de la competencia encontramos la Negativa Concertada a tratar o negociar y la Denegación Colectiva de admisión en una asociación.

Negativa Concertada a tratar o negociar.-

Este tipo de práctica se configura cuando varios competidores acuerdan el no negociar (comprar-vender) con una o varias empresas en condición que las mismas no provean o adquieran a competidores fuera del acuerdo.

Como lo señalan Agustín Grijalva y José Vicente Troya, un ejemplo de este tipo de prácticas es el acuerdo de varios distribuidores que acuerden no negociar con un productor que esté proveyendo a la competencia. Y como bien lo señalan, las empresas dominantes utilizan su poder en el mercado para restringir o eliminar la competencia, ya sea posible competencia (futura) o competencia actual.⁴²

Denegación colectiva de admisión en una asociación.-

Se entiende por esta práctica a aquella exclusión discriminatoria contra ciertos competidores ya sea que tenga el carácter comercial o profesional. La práctica

⁴² (Agustín Grijalva y José Vicente Troya “*Elementos para un*”, Pág. 26)

restrictiva se configura cuando estas discriminaciones tienen como fin crear ciertas desventajas en la competencia.⁴³

Un ejemplo de este tipo de conductas sería que para poder ofertar sus productos o servicios se necesite obligatoriamente ser parte de la asociación de oferentes y ésta no le deje ingresar no por razones de calidad, razones profesionales o técnicas legítimas sino para evitar o restringir la competencia.⁴⁴

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

Este tipo de prácticas en cuanto a las licitaciones se refiere, es revisado por Agustín Grijalva y José Vicente Troya.⁴⁵ Y se refiere a aquellos acuerdos colusorios entre proveedores del Estado que intervienen en licitaciones públicas. Como sabemos la colusión tiene por significado pactar en daños contra terceros⁴⁶. Por lo tanto, podemos concluir que es el acuerdo entre dos agentes competidores que proveen al Estado y que acuerdan desfavorecer a un tercero en este caso el propio Estado. Algunos ejemplos de esta práctica pueden ser: Acuerdos para presentar propuestas u ofertas similares iguales, o también falsas. Los objetivos como señala Mauricio Velandia Castro pueden ser beneficiar a una tercera empresa en la licitación, impedir o limitar la libre entrada de otros participantes en condiciones que generen desigualdad (impedir la libre escogencia en el libre concurso o licitación o rotar entre los licitantes con la oferta más baja⁴⁷

Por otra parte estos acuerdos pueden ser tanto verticales como horizontales.

⁴³ (Agustín Grijalva y José Vicente Troya “Elementos 26)

⁴⁴ En el Ecuador actualmente esta prohibición al uso de esta práctica restrictiva se ve reforzada en parte a través de la Resolución del ex Tribunal Constitucional Resolución No. 0022-2008-TC la cual elimina el requisito de estar agremiado como requisito para prestar servicio o realizar la actividad comercial. *En todo caso en lo que refiere al caso planteado la Decisión comunitaria no surte efecto alguno que para que opere la Decisión la práctica restrictiva de la competencia debe operar o surtir efecto en dos países de la Comunidad Andina*⁴⁴.

⁴⁵ (Agustín Grijalva y José Vicente Troya “Elementos 24).

⁴⁶ Real Academia de la Lengua.

⁴⁷ Real Academia de la Lengua

Horizontales.- Como ya se dijo entre varios licitantes u oferentes iguales que acuerdan condiciones al presentarse a la licitación.

Verticales.- Se puede dar en el caso que varios fabricantes se ponen de acuerdo para presentarse a licitación pero no por si mismos, sino mediante sus propias distribuidoras (en este caso los precios son mayores ya que son precios de distribuidor y no de fabricante), por lo tanto existe un acuerdo horizontal de licitación colusoria (entre fabricantes) y además una restricción vertical con las concesionarias.⁴⁸

Cabe la posibilidad que el Estado sea el que llegue a un acuerdo con uno de los oferentes en la licitación y de esta forma se limite la competencia. En todo caso la Decisión regula (y sanciona) también este tipo de práctica restrictiva en el momento que se señala como agente económico competidor al Estado y por lo tanto sujeto sancionable por la Decisión 608.⁴⁹

1.3.2 Abuso de posición dominante en el Mercado.

La posición dominante es una figura que nace en el derecho europeo, específicamente su origen se encuentra en Artículo 19 de la Ley alemana de Defensa de la Competencia, que determina que la posición dominante se produce cuando un participante del mercado *“no tiene competidores o no está expuesto a competencia sustancial, o bien tiene una posición superior en el mercado en relación a sus competidores”*. En cuanto al derecho comunitario encontramos que el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea si bien no incluye una definición de posición dominante sí sanciona el abuso de la posición de dominio. No obstante, la definición de posición de dominio generalmente utilizada en materia comunitaria europea es la que se

⁴⁸ (Agustín Grijalva y José Vicente Troya *“Elementos Pág.24*).

⁴⁹ Decisión 608 Artículo primero cuarta definición: *“Agente Económico: toda persona natural o jurídica, de derecho público y 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 agrupan.”*

encuentra en la sentencia del Tribunal Superior de la Unión Europea⁵⁰ en el caso de Comisión Europea vs United Brands de 1976 que señala que posición de dominio es aquella que le permite a un participante del mercado “*comportarse de manera independiente respecto de sus compradores, clientes y en última instancia consumidores*”. A diferencia del derecho norteamericano donde se busca limitar la existencia de monopolios, el derecho comunitario europeo no sanciona per-se la posición de dominio, lo que sí prohíbe son los abusos que se pueden derivar de la posición dominante, es así que por el Artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Comunidad Europea prohíbe algunos actos de abuso de posición de dominio como son:⁵¹

- a. Que el agente de mercado pueda imponer directa o indirectamente precios de compra, o condiciones de transacción no equitativas;
- b. Que el agente económico limite la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c. Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d. Que el proveedor de bienes o servicios subordine la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

En el caso de Argentina encontramos en el Artículo 4 de la Ley 25.156 de 1999 de Defensa de la Competencia que señala textualmente “*goza de posición dominante*

⁵⁰ (Germán Coloma, “*Defensa de la Competencia*”..... Pág. 63)

⁵¹ Los actos de posición dominante prohibidos por el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Comunidad Europea no es de carácter limitativo.

cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante...o cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración horizontal o vertical está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado”

En cuanto al derecho comunitario andino, la Decisión 608 recoge lo avanzado del tratado europeo conservando su espíritu, así vemos que en el Artículo 9 define la posición de dominio en los siguientes términos:“*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”*.

Considero importante la inclusión del mercado relevante dentro de la definición de posición dominante en la Decisión 608 ya que es uno de los pasos previos para analizar la existencia de una posición de dominio y la posible existencia de un posterior abuso. Determinar el mercado relevante consiste en determinar cuál es el contexto o escenario competitivo del mercado. Para la doctrina existen dos elementos intrínsecamente relacionados: el producto y el área geográfica.⁵² Es así que el mercado relevante de producto “*comprende todos los productos o servicios que el consumidor considera como intercambiables o sustituibles”*. Para determinar el mercado relevante se necesita analizar el producto desde dos puntos de vista distintos, el primero en cuanto se refiere a las características físicas del producto, el precio y el uso; el segundo, desde el punto de vista de la oferta y la demanda. Por otra parte, el mercado geográfico

⁵² “Para determinar la existencia de una posición de dominio resulta necesario, en primer lugar, identificar el mercado relevante de producto y geográfico. El dominio solo puede ser evaluado con respecto a una categoría concreta de productos dentro de un área geográfica específica FAULL y NIKPAY (1999), The Ec Law Competition p. 125.

relevante se refiere a la zona donde se desarrolla la competencia entre empresas que operan en un mismo mercado. Por último otro criterio a ser tomado en cuenta es la temporalidad.⁵³

Otro elemento de la definición de la Decisión 608 es justamente la falta de una competencia real, ya que si bien pueden existir varios competidores sus intervenciones en el mercado no afectan al oferente con posición dominante. Al igual que el derecho comunitario europeo, en la Comunidad Andina no se sanciona a la posición dominante por su sola existencia, sino los abusos que puedan derivarse de la misma.

La Decisión 608 en su Artículo 8 nos indica cuáles son las posibles conductas de abuso de posición de dominio:

1.3.2.1 La fijación de precios predatorios.- Consiste en entregar bienes o servicios a precios inferiores al costo de producción del mismo. Si bien en un principio el consumidor se ve beneficiado, por adquirir bienes o servicios a muy bajo coste, en última instancia se ve perjudicado ya que el objetivo de acto de abuso de posición de dominio no es otro que el de excluir a los demás competidores y de esta forma imponer precios en el mercado superiores a los que existen en un sistema de competencia.

La fijación de precios predatorios ha sido objeto de varias críticas doctrinarias ya que en teoría nada impide que una vez que hayan salido del mercado los oferentes que no podían competir y el participante con posición de dominio implemente precios reales o mayores nuevamente ingresen al mercado competidores.⁵⁴ En mi criterio si bien esto puede suceder en los mercados donde el producto o servicio es relativamente sencillo de producir o reemplazar, por el contrario, en un algún tipo industria de gran

⁵³ Marco Antonio Rodríguez Proaño “*La Aplicación del Derecho de la Competencia al Sector Bancario Ecuatoriano*” Tesis de maestría Universidad Andina Simón Bolívar Facultad de Derecho, 2006, Pág. 39

⁵⁴ (Agustín Grijalva y José Vicente Troya “*Elementos para un derecho.....*” Pag. 37)

envergadura donde se necesite una alta inversión, es más difícil que aparezcan nuevos competidores por los altos costos en la introducción del mercado.

Por otra parte, la Decisión 608 no prohíbe directamente la imposición de precios abusivos, es decir, aquellos que son mayores a los que serían si existiera una competencia razonable en el mercado.⁵⁵ ¿Se entiende por lo tanto que la práctica de una imposición de precios abusivos (y que pueda ser demostrada) no es sancionable por nuestra legislación comunitaria? Aunque la redacción del Artículo 8 de la Decisión no parezca ser de carácter extensivo, deberíamos decir que igualmente sería sancionable si cualquier práctica comercial contraviene los objetivos últimos que se buscan proteger a través de la Decisión. Un antecedente indirecto lo encontramos en el derecho comunitario europeo y no directamente en el Tratado de Constitución de la Comunidad Europea, sino en sentencias del Tribunal de Justicia comunitario como en el caso de la Comisión Europea contra General Motors Continental de 1975 en el cual se sancionó a la empresa automotriz al considerarse un cobro excesivo en el servicio de inspección y aprobación de vehículos, el cual en algunos países europeos tal inspección y aprobación podría únicamente ser realizado por el fabricante para la circulación del vehículo en la calles y carreteras del país. Otro antecedente se lo puede hallar en el caso de Lucazeu contra SACEM en el cual un grupo de bares y discotecas denunció a la sociedad de autores y compositores de Francia por un cobro excesivo de los derechos de autor. El tribunal de justicia determinó que efectivamente los valores eran considerablemente más altos que los que se pagaban en otros Países Miembros de la comunidad y efectivamente tal diferencia fue considerada como abuso de posición dominante, por lo cual se

⁵⁵ Guillermo Cabanellas, *Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia*. Pág. 676. Citado por Agustín Grijalva y José Vicente Troya "Elementos para la defensa de la competencia en el Ecuador" En revista Foro Número 1, Pág.39

ordenó a la sociedad de autores y compositores francesa justificar objetivamente la diferencia de valores cobrados.⁵⁶

1.3.2.2 La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución

exclusiva de bienes o servicios.- La distribución exclusiva es un tipo de concentración vertical donde el fabricante o proveedor tiene un único distribuidor para la reventa de sus bienes o servicios en un área geográfica, evitando la existencia de otros competidores que distribuyan el mismo bien o servicio, una de las consecuencias es el debilitamiento de la competencia intra-marca y el compartimento del mercado.⁵⁷

Agustín Grijalva y José Vicente Troya explican que este tipo concentraciones verticales no generan niveles muy intensos de preocupación en comparación con las concentraciones horizontales, lo que permite un mayor grado de permisividad a nivel de legislaciones.⁵⁸ En el caso de la legislación chilena, donde si bien está sancionada la fijación injustificada de exclusividad, este abuso de posición de domino, ha sufrido algunos cambios al momento de sancionar dicha conducta, en un principio la política para prohibirla y sancionarla era estricta y es así que uno de los primeros dictámenes emitidos en este sentido fue el dictamen número 618 en 1987 de la Comisión Preventiva de la Competencia de Chile, pero con el paso del tiempo la política para sancionar esta conducta ha cambiado bastante y se puede apreciar como en el caso Nichimen – Daihatsu, donde se aprobó por parte de la Comisión Preventiva el contrato de distribución exclusiva de la marca de vehículos en el territorio chileno. Posteriormente

⁵⁶(Germán Coloma, “Defensa de la Competencia”....., Pág. 263.)

⁵⁷ Dra Teodora Zamudio “En el marco de un acuerdo de distribución exclusiva, el proveedor acepta no vender su producción más que a un único distribuidor para su reventa en un territorio determinado. Al mismo tiempo, el distribuidor ve a menudo limitadas sus ventas activas hacia otros territorios exclusivos. Desde el punto de vista de la competencia, este sistema corre el riesgo sobre todo de debilitar la competencia intra-marca y de compartimentar el mercado, de modo que de ello pudiera resultar una discriminación por los precios. Cuando la mayoría o la totalidad de los proveedores aplican la distribución exclusiva, eso puede facilitar la colusión, tanto a su nivel como al de los distribuidores”. <http://www.dpi.bioetica.org/gdpi/ue9b.htm> última visita 1 de Septiembre del 2010

⁵⁸ (Agustín Grijalva y José Vicente Troya “Elementos para..... 43)

para el año 1.999 se reconfirmó este criterio, y se lo aplicó en el Dictamen N° 1083, de 1999, en el contrato de distribución exclusiva de Esso Chile Petrolera Ltda⁵⁹.

1.3.2.3 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.-

El ejemplo clásico de esta figura es el caso de la venta atada. Guillermo Cabanellas nos indica que esta conducta consiste en que: “*empresas que utilizan su poder de mercado respecto de un artículo determinado, para obligar a los interesados en adquirirlo a comprar bienes de ellas*”⁶⁰. Unas de las características principales es que el comprador tiene interés en un solo producto, denominado por la doctrina como vinculante, pero se ve obligado adquirir otros productos, ya sean relacionados o no, por imposición del oferente. En la legislación norteamericana las ventas atadas o subordinadas deben cumplir con ciertos elementos esenciales para ser sancionados *per se*, los cuales son:⁶¹

- a) Los bienes que se venden de forma atada deben ser distintos y separables.
- b) La venta de un bien siempre debe estar sujeta a la condición de la venta del otro.
- c) El vendedor tiene suficiente poder en el mercado del bien vinculante para restringir el comercio en el mercado del bien atado.

Estos elementos también son recogidos por otras legislaciones y utilizamos como ejemplo la jurisprudencia chilena en el Dictamen No.1285 del 2004. En este caso, se realiza una consulta de Hiroshi Yamada Nissan presidente de Nissan Marubendi Cia

⁵⁹ Salamanca Muralla, “*Restricciones verticales y abuso de Posición Dominante: Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolio*” Departamento de Estudios y Relaciones Internacionales Fiscalía Nacional Económica, Chile <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/gvaJuly/docs/es3.pdf> ultima visita Nov. 2010

⁶⁰ (Guillermo Cabanellas, *Derecho Antimonopólico* Pág. 686)

⁶¹ (Germán Coloma, “*Defensa de la Competencia*” Pág. 285)

Ltda. sobre la validez del contrato de consignación y distribución de vehículos nuevos de marca Nissan en el mercado chileno, en el cual se hizo una modificación al contrato principal donde se ataba el contrato de distribución y venta de vehículo nuevos a la adquisición de un número determinado de repuestos originales de la propia casa comercial en Japón, adicionalmente imponía la adquisición de una única marca de lubricantes para el recambio de los vehículos vendidos por el distribuidor. Para la Comisión de Derecho de la Competencia, haciendo un análisis de varios elementos en el mercado como son: la cantidad de vendedores distribuidores de automóviles tanto marca Nissan como otros tipos de marcas y el acceso a los repuestos de dichos vehículos en el mercado, la obligatoriedad de adquirir los repuestos es decir la venta atada, no infringía la normativa vigente en materia de competencia por la relación directa que tiene el bien vinculante con los bienes vinculados, además la venta de repuestos originales resaltan la marca y aseguran la calidad general del repuesto como el correcto funcionamiento del vehículo. En cuanto se refiere a la adquisición de una sola marca de lubricantes ordenó la supresión de dicha cláusula ya que la misma, para la Comisión, no guardaba relación directa con los vehículos vendidos por la distribuidora, ni tampoco resaltaban la marca ni permitían un mejor funcionamiento en los vehículos que otros lubricantes en el mercado⁶².

En cuanto se refiere a la legislación comunitaria europea, si bien resulta algo escasa, podemos citar como ejemplo referente el caso de Comisión europea vs Hilti, en cual La comisión sancionó a Hilti la cuál es una empresa que tenía la propiedad intelectual de un sistema de abrochadora el cual licenciaba su uso con la venta de un tipo específico de broches, los cuales no estaban protegidos por la normativa de propiedad intelectual y los

⁶²<http://mailweb.fne.gob.cl/db/jurispru.nsf/916bbd53604121878425733e005e4291/52AF50C95B47D871842573EE00684DC1?OpenDocument> Última visita 1 de Noviembre del 2010

mismos podían ser reemplazados por cualquier otro broche de la competencia sin afectar la operación de sistema de la abrochadora⁶³.

1.3.2.4 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.-

Ésta es un tipo de conducta discriminatoria y se produce cuando a diferentes compradores de diferentes segmentos del mercado se le imponen precios distintos por los mismos bienes o servicios por razones que no están relacionados con los costos.⁶⁴ Como se expresa en la Decisión no solo se busca proteger la desigualdad en los precios, sino también otras condiciones como son el tipo o tiempo de crédito, cantidades de compras mínimas o incluso la existencia de condiciones como descuentos por fidelidad. Estas diferencias en precios, o condiciones en la contratación colocan o pueden colocar en clara ventaja a unos competidores sobre otros. Para Germán Coloma, estas prácticas pueden generar dos tipos de daños distintos.⁶⁵ El primero se da cuando el objetivo de la discriminación de precios es el excluir o desplazar algunos competidores del mercado y es conocido como “*daño primario*”. El objetivo último sería excluir a los competidores de aquellos distribuidores que adquieren los productos o servicios a precios inferiores. El segundo se da cuando el comprador paga precios más altos y no justificados por el oferente, este tipo de daño se conoce como “*daño secundario.*” Este abuso de posición

⁶³ (Germán Coloma, *Defensa de la Competencia* Pág. 266).

⁶⁴ OEDC, Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Lawp. 67 citado por Agustín Grijalva y José Vicente Troya “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”, en revista FORO, Número 1, Pág. 37

⁶⁵ (Germán Coloma, *Defensa de la Competencia*..... Pág. 250)

dominante se produce cuando el oferente obtiene mediante la segmentación del mercado beneficios adicionales que no serían posibles en situaciones de competencia.⁶⁶

Esta conducta abusiva está claramente prohibida por la normativa colombiana, como establece el Artículo 50 del Decreto 2153/92 que se asemeja mucho en su redacción a lo establecido por la Decisión 608. En esta norma se considera práctica de abuso de posición de dominio “*La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación de desventaja frente a otro consumidor o proveedor en condiciones análogas.*” Como diferencia apreciable encontramos que de acuerdo a la redacción de esta práctica abusiva se sanciona no solo cuando se discrimina a un proveedor sobre otro, sino incluso a un consumidor.⁶⁷

En Argentina incluso puede darse el caso de la aplicación de la prohibición de la discriminación de precios en dos mercados a priori distintos, como es el caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia CNDC vs YPF, en el cual se demandaba a la empresa YPF por vender a un precio sustancialmente superior el gas licuado en el mercado argentino en comparación con la venta del mismo producto en mercados internacionales (Chile y Brasil) sin una justificación razonable en la diferencia del precio. Mediante sentencia de la Corte Suprema se determinó que la diferencia de precio se daba porque dentro del mercado argentino la Empresa YPF gozaba de una posición de dominio donde podía fijar precios mayores que en el mercado internacional donde existía una

⁶⁶ (Guillermo Cabanellas, *Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia*, Pág. 533, citado por Agustín Grijalva y José Vicente Troya “Elementos” Pág. 37.

⁶⁷ Entiéndase como consumidor o usuario final del bien o servicio.

situación real de competencia, como sanción se impuso la multa más alta hasta la fecha en la historia antitrust argentino.⁶⁸

1.3.2.5 La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios.-

Como primera acepción diremos que esta práctica consiste en negarse a suministrar un producto o servicio a un comprador. Si bien elegir a quien vender y a quien no hacerlo en un principio se puede respaldar por la libertad de empresa y la libertad de contratación, esta negativa puede ser sancionada desde el punto de vista de la protección de la competencia al no ser justificada o ser ilegal.⁶⁹ Podríamos determinar que si del análisis de la conducta se determina que tiene como *objeto o efecto el evitar que otros agentes económicos puedan competir o la negativa a vender coloca en desventaja competitiva al oferente comprador, esa conducta puede constituirse en un abuso de la posición de dominio.*⁷⁰ La negativa de venta para que sea sancionada debe ser producto de la posición de dominio del oferente, ya que de lo contrario, el comprador podría adquirir dichos bienes o servicios en otro proveedor. Este punto es justamente analizado en la Resolución no 0117-1997/TDC-Indecopi de Perú, en el cual se denunciaba la negativa de venta de concentrado de estaño de un proveedor de esta materia prima a una fábrica peruana, dicha resolución no sanciona la negativa de venta por que en el mercado tanto nacional como internacional existen otros proveedores de

⁶⁸ (Germán Coloma, *Defensa*282)

⁶⁹ (Guillermo Cabanellas, *Derecho Antimonopólico* citado por Agustín Grijalva y José Vicente Troya “Elementos 37)

⁷⁰ Marco Antonio Rodríguez Proaño “*La Aplicación del Derecho de la Competencia al Sector Bancario Ecuatoriano*” Tesis de maestría Universidad Andina Simón Bolívar Facultad de Derecho, 2006, Pág. 46

esta materia prima y no se probó que el hecho de importar o adquirir a otro proveedor constituya costos adicionales al comprador.⁷¹

1.3.2.6 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.-

Este abuso de posición dominante es muy parecido a los anteriores en sus efectos, es decir excluir a un competidor del mercado, pero la diferencia principal radica en que el oferente incita a que sus compradores no adquieran el producto de la competencia. También puede ser al caso contrario donde el comprador utiliza su posición de dominio para obligar a los vendedores a no proveer de sus productos a competidores directos del comprador. La incitación generalmente puede ser la amenaza de la negativa de compra o venta de los bienes o servicios. Este literal se relaciona con la normativa colombiana que se encuentra a partir de la Ley 590 que adicionó el Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 que dice: “Obstruir o impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización”. Un ejemplo a nivel interno ecuatoriano lo podemos ver en el caso conocido como la guerra de los supermercados de Supermaxi y Santa Isabel, donde la cadena chilena manifestó que los supermercados nacionales habían amenazado con no adquirir productos de aquellos proveedores que vendían a la cadena de supermercados extranjera⁷². De esta forma se consiguió limitar la entrada de este competidor en el mercado ecuatoriano⁷³.

⁷¹ (Flint Blank Pinkas. *Tratado de defensa*956).

⁷² Sanchez Riofrío Angélica María, *Reacción de competidores ante nuevos rivales* Universidad Espíritu Santo UESS <http://www.guerrasynavas.com/pdf/AL-05.02-EC%20Reaccion%20competidores%20ante%20nuevos%20rivales.pdf> última visita 02/09/10.

⁷³ Supermaxí alegó que el fracaso de la cadena Santa Isabel (que para entonces tenía mas de 200 locales en América Latina) falló por imponer sistemas de ventas y exposición de productos abusivos con los clientes y que lo que hicieron fue amenazar a los proveedores “solo” con usar los mismos sistemas de ventas que la cadena competidora.

1.4. Entidades de control, promoción y juzgamiento comunitario creados en la Decisión 608

Se dijo anteriormente que la Decisión 608 incorpora varios adelantos frente a las decisiones anteriores en materia de competencia. Para alcanzar estos avances la Decisión crea un sistema centralizado de administración y aplicación de las reglas para la libre competencia en la Comunidad Andina y nombra a la Secretaría General de la Comunidad como ente rector en competencia y es la entidad administrativa comunitaria que deberá conocer los casos pertinentes de violación a la libre competencia entre los competidores de los Países Miembros, a su vez la Secretaría General cuenta con el apoyo permanente de las Autoridades Nacionales de competencia y por último crea al Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia como entidad técnica en materia de competencia comunitaria.

Una vez establecido el marco general revisaremos las principales funciones de cada Organismo otorgadas por la Decisión.

1.4.1 Organismos a cargo de la aplicación de la Decisión 608.

1.4.1.1 Secretaría General de la Comunidad Andina.- La Decisión 608 en su Artículo décimo otorga a la Secretaría General la facultad de conocer e iniciar, tanto de oficio como mediante denuncia, las investigaciones pertinentes de los indicios de conductas que pudieran afectar la competencia en el mercado interno de la Comunidad. Es importante resaltar que la aplicación de la Decisión 608 se da únicamente en principio cuando se constituye en los ámbitos determinados en el artículo quinto de la Decisión, es decir cuando la conducta se origine en el territorio de uno o más Países Miembros y su efecto se produzca en otro u otros Países Miembros de la Comunidad. De la misma forma se aplica la Decisión 608 cuando la conducta anticompetitiva se

origine en el territorio de un país no miembro de la Comunidad y los efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros. La Decisión no puede operar cuando los efectos de de la conducta anticompetitiva se origine y se manifieste o produzca en el territorio de un solo país miembro, donde se deberá aplicar las leyes internas de competencia del país. Como excepción encontramos los casos que se originen y se manifiesten únicamente en el territorio ecuatoriano donde se debe aplicar la Decisión 608 como norma interna de competencia y con la reglamentación del Decreto ejecutivo 1614.⁷⁴

En cuanto se refiere a la investigación de la conducta anticompetitiva dentro de la Comunidad Andina, éste se inicia con la resolución de apertura de la investigación por parte de la Secretaría General, la cual contará con la asistencia de las autoridades nacionales en materia competencia, pero cuando lo creyese conveniente podrá realizar una investigación independiente de la realizada por el órgano nacional de competencia. Cabe resaltar la importancia de esta facultad en virtud de que se busca garantizar un transparencia en el desarrollo de la investigación y de esta manera evitar influencias como pueden ser políticas o económicas.

Adicionalmente la Secretaría General en el proceso de investigación podrá ordenar ciertas medidas cautelares con fin de detener la posible afectación a la libre competencia, hasta que se emita la resolución definitiva.⁷⁵

Por último, es la propia Secretaría General la que en última instancia y luego de la investigación sanciona la conducta anticompetitiva. La sanción que imponga la Secretaría General conllevará la aplicación de ciertas medidas correctivas como pueden

⁷⁴ El Decreto Ejecutivo 1614 otorga las competencias inherentes de la Secretaria General al Ministerio de Industria y Productividad del Ecuador para conocimiento de casos en materia de competencia, como se verá posteriormente

⁷⁵ Las medidas cautelares podrán ser: la suspensión provisional de la conducta y a consideración de la Secretaria General la presentación de una caución o garantía económica Art. 32 de la Decisión 608

ser desde el cese definitivo de la conducta anticompetitiva, pasando por la aplicación de condiciones, e incluso el establecimiento de una multa, la cual podrá ser de hasta el diez por ciento del valor de los ingresos totales brutos del infractor.⁷⁶

1.4.1.2. Autoridades Nacionales.- La Decisión 608 otorga dos tipos de funciones principales a las autoridades nacionales: primero, en consciencia de las limitaciones logísticas y geográficas de la Secretaría General, se le otorga a las autoridades nacionales la facultad de participar como autoridades cooperantes con el fin de sustanciar las investigaciones que ordenare la Secretaría. Segundo, se les da a las autoridades nacionalidades la titularidad de un derecho de acción.⁷⁷

La autoridad nacional como autoridad cooperante.- En esta facultad la autoridad nacional deberá facilitar y cooperar en la sustanciación de los procesos seguidos por la Secretaría Nacional, incluyendo el período probatorio de la investigación como son la recopilación de documentos, información, interrogaciones, solicitar la exhibición de documentos entre otras actividades determinadas y ordenadas previamente por la Secretaría General. No podrá realizar actividades relacionadas con la investigación que no hayan sido expresamente atribuidas por la Secretaría General.

La autoridad nacional como titular de un derecho de acción.- Mediante la atribución de esta facultad la autoridad nacional podrá: Primero, solicitar la apertura o inicio de un procedimiento de investigación por contravenir la Decisión, y segundo, solicitar la terminación de la investigación cuando la denuncia o solicitud haya sido retirada por el tercero que originalmente la solicitó; y tercero aplicar aquellas medidas cautelares ordenadas por la Secretaria General.

⁷⁶ Artículo 34. Decisión 608

⁷⁷ Guía Práctica para la aplicación de la Decisión 608 “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina” SG/dt 396 23 de octubre de 2007 Pág. 17 y 18

1.4.1.3 El Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia.- Es un órgano técnico permanente, conformado por representantes de cada una de los organismos de defensa de la competencia de los Países Miembros, que tiene como fin el de promover y proteger la competencia en la Comunidad Andina, sus funciones están determinadas en la Decisión así como en el reglamento interno del comité.⁷⁸ Entre las relevantes encontramos:

- 1.- Apoyar a la Comisión y a la Secretaría General en el diseño de los lineamientos básicos para la elaboración y el desarrollo de un plan de acción en materia de competencia;
- 2.- Formular recomendación cuando los Países Miembros sometan a consideración de la Comisión, el establecimiento de exclusiones o excepciones de ciertos actos que pueden distorsionar la competencia de acuerdo a las condiciones contempladas en Decisión 608 en su Artículo sexto.
- 3.- Emitir las recomendaciones pertinentes a la Secretaría General en el marco del Artículo 27 de la Decisión 608;
- 4.- Elevar recomendaciones tendientes a eliminar, cuando corresponda, los trámites o requisitos que impidan, entorpezcan o distorsionen la competencia en el mercado subregional, en la adopción y aplicación de las políticas y medidas regulatorias de mercado⁷⁹

Revisados los diferentes sujetos de control, creo que es necesario explicar brevemente el trámite que debe seguirse.

⁷⁸ Artículo 39 de la Decisión 608

⁷⁹ Acta de la Primera reunión de Ordinaria del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia.- Lima Perú el 13 de septiembre de 2005

Una vez conocida la conducta restrictiva de la competencia por parte de la Secretaría General de la Comunidad Andina, ésta iniciará una investigación que puede ser tanto de oficio como a solicitud de parte, considerándose al efecto parte cualquiera de los sujetos establecidos en el artículo 10 de la Decisión 608.⁸⁰ Emitida la resolución de apertura de la investigación, se dará paso a la misma donde se contará con la asistencia en todo lo que necesite la Secretaría General por parte de las autoridades internas de competencia en los respectivos Países Miembros, sobre todo en lo que corresponda a la evacuación de pruebas como son realizar audiencias, interrogatorio, solicitar documentos probatorios, etc. Cuando la investigación llegó a término, la Secretaría General debe realizar un informe, el cual es puesto en consideración de las partes y adicionalmente del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia para que éste último realice todas las recomendaciones que podrán ser tomadas en cuenta por la Secretaría General en su resolución definitiva.⁸¹

En concordancia del ordenamiento jurídico comunitario la resolución definitiva (así como las demás), de la Secretaría General de la Comunidad Andina puede ser sujeta a dos tipos de recurso: recurso de reconsideración y el recurso de nulidad.

El recurso de reconsideración se encuentra reglamentado en el Artículo 37 de la Decisión 425 de la CAN: “los interesados podrán solicitar a la Secretaría General la reconsideración de cualquier resolución de ésta, así como de cualquier acto que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o prejuzgue sobre el fondo del asunto debatido. Igualmente podrán solicitar la reconsideración de los actos de la Secretaría General que impongan medidas cautelares mientras tales medidas

⁸⁰ “..... 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”

⁸¹ La resolución podrá ser sancionatoria y se incurrían las medidas correctivas o las multas económicas que la Secretaría General considerare pertinentes. Artículo 34 de la decisión 608

estén vigentes”. De esta forma observamos que la reconsideración es efectuada por la misma Secretaría General y de acuerdo la propia Decisión 425 el tiempo máximo para solicitar la reconsideración que tiene el interesado es de 45 días, de la misma la Secretaría General tiene un tiempo no mayor de 30 días para contestar, siendo que puede pedir una prórroga por una sola vez de 15 días adicionales⁸².

El recurso de nulidad está establecido en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia y puede ser solicitado por el interesado cuando considere que la resolución de la Secretaría General infrinja alguna norma comunitaria o principio del derecho comunitario andino, esa consideración deberá ser debidamente fundamentada.⁸³ Podrá ser por vicios en el fondo (en cuanto a la violación de normas comunitarias como tal) o por vicios de forma cuando existen inobservancia en el procedimiento⁸⁴. El recurso de nulidad busca el declarar la nulidad de la resolución de la Secretaría General y de esta forma dejar sin efecto tanto lo decidido por el órgano administrativo, así como aquellas medidas cautelares o sancionatorias ordenadas.

La revisión efectuada a la Decisión 608, nos permite comprender como se encuentra regulado el derecho del a competencia en la Comunidad Andina, tanto a nivel de procedimiento como a nivel estricto del derecho de la competencia. El siguiente capítulo analiza la Decisión 616 y como se ha otorgado una norma de competencia al Ecuador desde un órgano comunitario y su aplicación mediante el Decreto Ejecutivo 1614 del 2009.

⁸² Art. 44 de la Decisión 425

⁸³ Garrón Bozo Rodrigo Javier, *Sistema Jurisdiccional Andino y Europeo*, Pág. 13, <http://www.juridicas.unam.mx> última visita 3/09/10

⁸⁴ *Ibíd.* Pág. 14.

Capítulo II

LA DECISIÓN 608 COMO NORMA DE COMPETENCIA INTERNA EN EL ECUADOR

2.1 Decisión 616. Debate sobre aplicación de la Decisión 608 en el Ecuador, posibilidad de la CAN de crear normas internas para sus Estados miembros.

En el Artículo 49 de la Decisión 608 se dispone textualmente que *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, y se ordena que en un tiempo no mayor de tres meses desde la entrada en vigencia de la Decisión 608 Bolivia nombre a su autoridad interna de competencia. De acuerdo al Artículo 50, Bolivia debía designar interinamente a la autoridad nacional que estará encargada de la ejecución de la presente Decisión.* Para Ecuador, la Comunidad Andina otorgó un plazo de dos años como tiempo máximo para que la Decisión 608 entre en vigencia en el país o antes si el Ecuador contaba con una norma interna que regule al derecho de la competencia.

Aproximadamente cuatro meses después de haberse expedido la Decisión 616, en la cual se derogó el “tiempo de gracia” conferido al Ecuador para expedir su norma interna de competencia y se dispone que a partir del 1 de Agosto del 2005 el 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.*⁸⁵ De esta forma se equiparó la situación del Ecuador a la de Bolivia, constituyéndose a las normas expedidas por un órgano comunitario en normas internas de los Estados miembros.

Resulta loable la intención de ayudar a los países más pequeños de la comunidad en la creación de una norma propia, y aún más teniendo en cuenta que el Ecuador fue

⁸⁵ Art. 1 Decisión 616 de la CAN publicada en la Gaceta Oficial 1180 de 4 de abril de 2005

incapaz de promulgar una ley de promoción y protección de la competencia por su propia cuenta, aún cuando se buscó expedir la misma en diferentes circunstancias, como fueron los proyectos de ley de 1998 y el de 2002⁸⁶. De estos proyectos, como es de conocimiento general, ninguno llegó a ser aprobado por circunstancias políticas o económicas. Y a pesar de eso, no fueron pocas las voces que reclamaron la creación de una ley que regulara aquellas prácticas que distorsionen la competencia.⁸⁷ Como quiera que fuere, ya sea por injerencia de grupos económicos en el sistema político nacional, o por falta de voluntad política o por la simple desidia o desconocimiento de la población frente al tema, el Ecuador no tuvo sino hasta Agosto del 2005 una normativa sobre competencia que podía ser aplicable y exigible por los competidores. Este justamente es un caso en el cual el Estado miembro comunitario utiliza la estructura comunitaria, para a través de ella sortear aquellos conflictos internos o permitir la vigencia de normas que por sí solo no pudo expedir, ya sea por poderes políticos opuestos o directamente impopulares. Para Francisco Rubio Llorente, algunos ejemplos de este tipo consisten en expedir normas de disciplina presupuestaria o para que un país libere ciertos sectores protegidos objetos del interés de fuertes grupos nacionales.⁸⁸

En el derecho comunitario europeo es evidente la tendencia de la expansión del ámbito de actuación de la comunidad, donde la Comunidad se arroga algunas funciones que no le fueron expresamente otorgadas, en pos de conseguir un determinado objetivo⁸⁹. Esta tendencia, para Francisco Rubio Llorente podría constituir incluso una

⁸⁶ Sol María Yépez: Artículo “La “competencia” dejó sin ley al país”, publicado en la Revista Gestión, Diciembre del 2002, No. 102.

⁸⁷ Ver, Andrade Ubidia, Santiago: “Hace falta una ley que promueva y proteja la competencia económica”, en Revista Iuris Dictio, Universidad San Francisco de Quito, Agosto 2001, Año II No. 4

⁸⁸ Francisco Rubio Llorente, “*El Derecho Público de Finales de Siglo*” Ponencia “La Integración Supranacional” 1997, Madrid, España. Pág. 724-

⁸⁹ Esto se observa en sentencias del tribunal de Justicia Europeo como es el caso de Costa-Enel del 15 Julio de 1964. Esta sentencia reconoce el principio de efecto directo de las normas comunitarias europeas las cuales no estaban en los tratados constitutivos pero fue reafirmado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia, expandiendo justamente las facultades de la Comunidad, como órgano superior

virtud del sistema comunitario: “*El déficit democrático de la Comunidad, lejos de ser un defecto a corregir, es el rasgo más positivo de su estructura*”.⁹⁰ Siguiendo esta línea podemos ver como el Ecuador implementó normativa sobre competencia, lo que de otra manera le era muy difícil de lograr, debido a la expansión del ámbito de actuación de la Comunidad Andina.

Por otra parte, una de las grandes diferencias entre el derecho internacional y el derecho comunitario, es que se advierte que las normas contenidas en los tratados internacionales para que tengan vigencia entre particulares deben necesariamente incluirse en normas internas de los Estados firmantes, mientras que en el caso de las normas comunitarias su eficacia es directa e inmediata⁹¹. Esta característica se produce justamente por la transferencia voluntaria de los Estados miembros de una parte de su soberanía acompañada con la delegación de ciertas competencias limitadas.⁹²

Teniendo en claro la diferencia de normas comunitarias originarias y derivadas,⁹³ es importante aclarar que no toda norma comunitaria derivada goza de aplicación directa, sino únicamente aquellas a las que el propio ordenamiento jurídico comunitario otorgue dicha característica.⁹⁴ En la Comunidad Europea encontramos tres

⁹⁰ Francisco Rubio Llorente, “El Derecho Público de Finales de Siglo” Ponencia “La Integración Supranacional” 1997, Madrid, España. Pág. 724-

⁹¹ Sentencia de 5..2.1963, Van Gend en Loos, 26/62, p.25. citada por Araceli Mangas Martín y Diego J. Liñan Noguerras, “Instituciones y Derecho de la Unión Europea” Editorial Tecnos, Madrid España, Pág. 340.

⁹² Para Marcel Tangarife la característica de la supranacionalidad del ordenamiento jurídico andino comporta los siguientes elementos: (...) f) *Las competencias limitadas y otorgadas expresamente a los órganos e instituciones del organismo internacional que encarna los propósitos e instrumentos del proceso de integración.* Marcel Tangarife Torres, “Derecho del Integración en la Comunidad Andina” Bogotá, Colombia 2002 Pág.200

⁹³ Para Araceli Mangas Martín y Diego J. Liñan Noguerras “*La norma originaria se identifica sustancialmente con los Tratados constitutivos y las normas convencionales que lo han modificado a lo largo del tiempo. (...)*” por el contrario las normas derivadas son “*(...un conjunto de modos de instrumentación jurídica con fundamento en la norma constitutiva.*” , “Instituciones y Derechos de la Unión Europea” Editorial Tecnos, Madrid España, Pág. 330.

⁹⁴ Araceli Mangas Martín y Diego J. Liñan Noguerras, “Instituciones y Derechos de la Unión Europea” Editorial Tecnos, Madrid España, Págs., 359. Citado por Ximena Bautista Uribe “Competencias Implícitas de la Comisión Andina. Estudio de un caso concreto: Decisiones 608 y 616 del 2005 Régimen de Libre Competencia Andino” trabajo de investigación dirigido por el Dr.César Montaña. UASB.

tipos de normas comunitarias, las cuales son: el Reglamento, la Directiva y la Decisión. Siendo la primera de éstas, aquella que de acuerdo al Artículo 249 del Tratado de la Comunidad Europea tendrá: *“un alcance general, será obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado Miembro”*. Como lo desglosan Araceli Mangas Martín y Diego J. Liñan Nogueras, el Reglamento tiene alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y es directamente aplicable en todos los estados comunitarios.

De entre las diferentes normas comunitarias encontramos que son las Decisiones Andinas las que tienen un similar nivel jerárquico a los Reglamentos Europeos ya que de acuerdo a los Artículos segundo y tercero del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia las Decisiones Andinas son aquéllas que obligan a los Países Miembros desde la fecha de publicación de la norma y además tiene una aplicación directa es decir, no necesita de una norma interna por parte de los Países Miembros para la aplicación de la norma comunitaria.⁹⁵ En esta línea, en cuanto a la naturaleza de la Decisión 608, puede concluirse que corresponde a la de un reglamento, con las características que este tipo de normas presentan en la Unión Europea.⁹⁶

Por otra parte, desde el punto de vista del Artículo 249 del Tratado de la Comunidad Europea y recogido por Araceli Mangas Martín y Diego J. Liñan Nogueras, vemos que no se cumpliría el elemento final que debe tener la norma comunitaria, cual es: *“debe ser directamente aplicable en todos los estados comunitarios”*. Así vemos que la Decisión 616 es una norma comunitaria que debe ser aplicada por el Ecuador y además tiene como efecto la aplicación de la Decisión 608 como norma interna únicamente en los territorios de Ecuador y Bolivia por el artículo 49 de la Decisión 608.

⁹⁵ Salvo que la propia norma comunitaria determine la necesidad de la creación de la norma de derecho interno en el país miembro.

⁹⁶ Ximena Bautista Uribe “Competencias Implícitas de la Comisión Andina. Estudio de un caso concreto: Decisiones 608 y 616 del 2005 Régimen de Libre Competencia Andino” Inédito.

Con base en lo expuesto anteriormente se genera la pregunta ¿la norma comunitaria andina es válida si ha sido expedida para que regule únicamente a un Estado y no a todos los Estados comunitarios?

En el desarrollo del derecho comunitario tanto europeo como andino podemos ver que existen varios casos que contradicen el principio de que la norma comunitaria debe ser aplicada por todos los Estados miembros por ejemplo tenemos el Reglamento (CE) N° 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. En lo que respecta a la aplicación de este reglamento Europeo, encontramos que se aplica en toda la comunidad europea con excepción de Dinamarca⁹⁷. Otro ejemplo de un caso Andino, encontramos en la Decisión 725, Autorización comunitaria para la explotación y comercialización del Recurso Órbita Espectro de los Países Miembros en la posición 67° Oeste. En esta Decisión Andina se toma una consideración especial con Bolivia y no se aplicarán los efectos jurídicos de la normativa en su territorio⁹⁸.

Tanto el Reglamento europeo No 1348/2000, como las Decisión Andina 725, no son aplicadas a todos los Estados miembros, sino que prevén excepciones para su aplicación en ciertos países. Analizando la Decisión 608 encontramos que al momento de su expedición era aplicable como norma comunitaria a Colombia, Perú, Venezuela y Bolivia, adicionalmente para este último país esta Decisión Comunitaria se constituía como norma interna en materia de derecho de la competencia en lo que fuere aplicable,

⁹⁷ El Reglamento se aplica entre los Estados miembros de la Unión Europea con la excepción de Dinamarca. Entre Dinamarca y el resto de Estados miembros rige el Convenio relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial de 15 de noviembre de 1965.

⁹⁸ De conformidad con el tercer párrafo del artículo 5 de la Decisión 654, agregado mediante la Decisión 724, el contrato que se suscribirá a nombre de la Comisión, con excepción de Bolivia no generará obligación alguna para el Estado Plurinacional de Bolivia. La empresa autorizada no tendrá derecho a invocar el mecanismo de solución de controversias que se prevea en el contrato contra el Estado Plurinacional de Bolivia.

mientras que para Ecuador no sería aplicable la Decisión sino hasta dos años posteriores de su expedición.

Aunque en principio pueda parecer contradictoria la práctica del desarrollo del derecho comunitario a la tesis desarrollada por Araceli Mangas Martín y Diego J. Liñan Nogueras frente a la obligatoriedad de sus efectos jurídicos para todos Estados miembros, debemos interpretar el principio, más bien en cuanto a la importancia de la aplicación directa de la norma comunitaria, la cual debe ser de forma homogénea, es decir que la aplicación de la norma comunitaria deberá ser igual y en todos los Estados miembros de la Comunidad para los que resulte aplicable. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en caso Simmenthal del 9 de Marzo del 1978 señala textualmente: *“Considerando que la aplicabilidad directa, considerada en esta perspectiva significa que las reglas del Derecho Comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos, de manera uniformen todos los Estados Miembros a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez;”* a continuación dice *“que, de esta manera, estas disposiciones son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estado miembros, o de particulares que son parte en relaciones jurídicas que entran en el ámbito del derecho comunitario.”*⁹⁹ Como se lee en la sentencia, las disposiciones de la norma comunitaria son obligatorias de manera inmediata para aquéllos a quienes “afecta”. Si bien la norma comunitaria en principio debe ser aplicada por todos los Estados miembros, por disposiciones de la propia normativa, se pueden excluir algunos Estados en su aplicación, de la misma forma se puede expedir normas comunitarias como Reglamentos en materia europea o Decisiones en el caso Andino, en las cuales su

⁹⁹ Para Araceli Mangas Martín y Diego J. Liñan Nogueras , *“Instituciones.....”* Pág. 359.

“La norma originaria se identifica sustancialmente con los Tratados constitutivos y las normas convencionales que lo han modificado a lo largo del tiempo Editorial Tecnos, Madrid España, Pág. 358.

ámbito de aplicación será solo una parte del espacio geográfico comunitario.¹⁰⁰ Este sería el caso de Ecuador en cuanto a la Decisión 616.

Teniendo claro que la Comunidad puede expedir normas en las cuales se excluya de su aplicación algún Estado miembro, a la vez la Comunidad tiene la competencia para expedir normas que regulen a unos pocos Estados Comunitarios. Se nos plantea una segunda interrogante en cuanto a su competencia, y es que si bien hasta el momento está claro que la Comunidad tiene la competencia para expedir normas comunitarias de cumplimiento general (por todos los Países Miembros), pero ¿es posible que la Comunidad Andina se haya excedido las competencias otorgadas por los Estados miembros al crear una norma con aplicación interna en el Ecuador y Bolivia? O ¿Realmente la Comunidad Andina tenía la competencia para expedir normas de derecho interno en Ecuador?

Como primer acercamiento al tema, es importante señalar que una comunidad Supranacional, entendida como objeto del Derecho de Integración alcanza la vida jurídica mediante la suscripción de un tratado fundacional en el cual los países suscriptores a través de su respectiva soberanía otorgan ciertas competencias al órgano comunitario.¹⁰¹ Estas competencias específicas o explícitas son aquellas que están claramente determinadas en el articulado de los tratados constitutivos del órgano comunitario¹⁰².

Es así que las competencias otorgadas por los Estados comunitarios tienen el carácter de exclusivas es decir en principio el órgano comunitario no podrá excederse de aquellas competencias que han sido otorgadas por los propios Países Miembros. Así lo

¹⁰⁰ (Araceli Mangas Martín y Diego J. Liñan Noguera "La norma originaria.....", 243.)

¹⁰¹ "Así pues, más que una cesión de la soberanía o una «fusión de soberanías» el fenómeno comunitario debe describirse esencialmente como un «ejercicio en común de soberanías» Jacques Santer El Derecho Comunitario, Instrumento de la Integración Europea Universidad de Alicante, 1995

¹⁰² En el caso de la Comunidad Andina dichas competencias las encontramos principalmente en la Decisión 405, Recodificación del tratado constitutivo del organismo Subregional Andino del Acuerdo de Cartagena.

establecen Araceli Mangas y Diego Liñan cuando dicen: “*Una Institución (o un órgano auxiliar) no puede ejercer competencias que no le hayan sido atribuidas por los Estados en los Tratados Constitutivos, es decir, competencias de las que los Estados no se hayan desprendido a favor de las instituciones.*”¹⁰³

Como se puede observar a través del análisis del Tratado Constitutivo de la Comunidad Andina no encontramos una competencia directa del órgano comunitario para la creación de normas de derecho interno en los Estados miembros, entre ellos el Ecuador.¹⁰⁴

Por otra parte en el desarrollo del derecho comunitario mediante sentencias del Tribunal Europeo de Justicia y tratados posteriores se desarrolló el sistema de competencias implícitas. Estas competencias no parten del hecho de estar determinadas en los Tratados Constitutivos, por el contrario su fundamento nace de los objetivos que se intentan conseguir con la creación del órgano comunitario. Es decir que aquellos objetivos que los Países Miembros tratan de alcanzar mediante el tratado fundacional del órgano comunitario deben poder conseguirse, a pesar incluso de que no se hayan creado paralelamente competencias directas para su obtención. De esta forma la propia comunidad es capaz de extender sus competencias, de manera implícita, en mira de cumplir con los objetivos establecidos por los Estados comunitarios. Así lo dice Samuel Fernández “*Los Poderes Implícitos, entonces, se definen como aquellos en virtud de los cuales una organización internacional dispone de las competencias que le resultan necesarias para el ejercicio de sus funciones y la obtención de sus objetivos; toda vez que estas funciones y objetivos encuentran su fundamento en un precepto del Tratado Constitutivo del que se desprenden implícitamente.*”¹⁰⁵ Es decir que las competencias

¹⁰³ Araceli Mangas Martín y Diego J. Liñan Noguerras, *Instituciones*Pág. 340)

¹⁰⁴ Revisar aplicación directa e inmediata de las normas comunitarias capítulo 1.

¹⁰⁵ Samuel Fernández Illanes *El Proceso de Integración en la Unión Europea: Concordancias y divergencias con los de América Latina.* Universidad de la Rioja.

implícitas provienen o nacen de las competencias explícitas.¹⁰⁶ Y en última instancia se crean a base de la finalidad misma de la creación de la entidad comunitaria, ya que de lo contrario al no contar con dichas competencias, los objetivos que se buscan alcanzar con los tratados creacionales serían inútiles.¹⁰⁷

En la Comunidad Andina no existe mayor desarrollo en la jurisprudencia comunitaria con respecto a las competencias implícitas, por lo que al estudiar el tema se debe utilizar la doctrina y la jurisprudencia europeas. De esta forma recogiendo los principios desarrollados por el Tribunal Europeo de Justicia para que el Órgano Comunitario pueda desarrollar sus competencias implícitas debe recurrir a dos principios básicos los cuales son la necesidad y la razonabilidad de la actuación del Órgano Comunitario.¹⁰⁸

El fundamento que tuvo la Comunidad Andina para expedir las Decisiones 608 y 616, en cuanto a la aplicación de la Decisión comunitaria como norma del derecho interno de Ecuador y Bolivia, fue primero la ausencia de una norma propia en ambos países, y segundo que el Artículo 93 del Acuerdo de Cartagena establece que la Comunidad Andina mediante su órgano competente dispondrá “*las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la*

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/busquedadoc?db=1&t=EL+PROCESO+DE+INTEGRACI%C3%93N+E N+LA+UNI%C3%93N+EUROPEA%3A+Concordancias+y+divergencias+con+los+de+Am%C3%A9rica+Latina&td=todo> Última visita 12/11/10

¹⁰⁶ Glosario de la Comunidad Europea Competencias implícitas: “*Según la teoría de las competencias implícitas, la competencia externa se deriva de la existencia de una competencia explícita a nivel interno. Por tanto, habida cuenta de que los Tratados otorgan a la Comunidad competencias explícitas en un ámbito concreto (por ejemplo, transporte), ésta última debe tener competencias análogas para celebrar en ese mismo ámbito acuerdos con terceros países (principio del paralelismo entre las competencias internas y externas)*”. http://europa.eu/scadplus/glossary/subsidiary_powers_es.htm Última 13/11/10

¹⁰⁷ “Tribunal de Justicia ha afirmado sistemáticamente la existencia de competencias derivadas, razonablemente necesarias para el ejercicio de las competencias, y sin las cuales éstas perderían su sentido de aplicación, revelándose como inútiles”. Samuel Fernández Illanes El Proceso de Integración en la Unión Europea: Concordancias y divergencias con los de América Latina. Universidad de la Rioja. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/busquedadoc?db=1&t=EL+PROCESO+DE+INTEGRACI%C3%93N+E N+LA+UNI%C3%93N+EUROPEA%3A+Concordancias+y+divergencias+con+los+de+Am%C3%A9rica+Latina&td=todo> Última visita 12/11/10

¹⁰⁸ Ximena Bautista Uribe “*Competencias Implícitas de la Comisión Andina. Estudio de un caso concreto: Decisiones 608 y 616 del 2005 Régimen de Libre Competencia Andino*” Inédito.

competencia dentro de la Subregión, tales como “dumping”, manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente”. La Comisión en vista de la necesidad de una norma interna de competencia para Ecuador y Bolivia, y aplicando la competencia otorgada por los Estados miembros en cuanto a la creación de normas comunitarias para la regulación del derecho de la competencia subregional, utiliza la competencia explícita del Artículo 93 para crear una competencia implícita y de tal manera ordenar la aplicación de lo dispuesto en las Decisiones 608 y 616 en cuanto sea posible como normas internas para los ya mencionados países andinos.

En cuanto al objetivo del desarrollo de la competencia implícita considero que es lamentable que la Comisión no aprovechara la oportunidad y reflexionara más sobre la fundamentación para desarrollar las competencias implícitas que tiene la CAN en cuanto a lo mencionado en las Decisiones 608 y 616 y su aplicación por parte de Bolivia y Ecuador. Pero esta falta de fundamento en el análisis podría haber sido aclarado mediante una sentencia del Tribunal Andino de Justicia, en el cual se podrían esclarecer y fijar los objetivos, importancia y motivaciones finales de Comunidad Andina en cuanto a la Decisión 608.

Entre los puntos principales considero que en relación con el Considerando Sexto del Acuerdo de Cartagena que dice: *“DECIDIDOS a alcanzar tales fines mediante la conformación de un sistema de integración y cooperación que propenda al desarrollo económico, equilibrado, armónico y compartido de sus países;”* y en concordancia con el objetivo establecido en el artículo segundo del mismo tratado: *“El desarrollo equilibrado y armónico debe conducir a una distribución equitativa de los beneficios derivados de la integración entre los Países Miembros de modo de reducir las diferencias existentes entre ellos”*, se puede argumentar que es muy difícil alcanzar

un equilibrio económico con una distribución equitativa a nivel subregional cuando las normas que regulan los mercados internos de los Países Miembros son tan dispares, como ejemplo en el campo del Derecho de la Competencia, norma de gran importancia para las economías internas y subregionales.¹⁰⁹ Hay países comunitarios donde simplemente no existen, y es así que como dicha inexistencia de la norma interna en un país miembro, por lo menos y en el mejor de los casos, dificulta la aplicación de las normas comunitarias a nivel subregional en la materia y de esta forma se dificulta alcanzar el objetivo establecido del Artículo Segundo del Acuerdo de Cartagena. ¿O por el contrario este objetivo es un objetivo inútil?¹¹⁰

Si bien en principio se interpreta que la Decisión 608 debe ser aplicada en el sentido del Artículo 5 que claramente excluye las conductas anticompetitivas cuyo “origen y efecto se produzca en un único país.”¹¹¹ Es decir, que se encuentran excluidas aquellas cuyo

¹⁰⁹ Son varios los autores, periodistas, investigadores que señalan la importancia del derecho de la competencia en el mercado, entre otros encontramos que Santiago Andrade Ubidia en su publicación “Hace falta de una Ley que promueva y proteja la competencia económica” señala que es la empresa quien desarrolla un papel protagónico de la Economía y que para asegurarse que funcione deben existir ciertos elementos básicos: El reconocimiento de la propiedad privada, la libertad de intervenir como agente económico y poder competir en el mercado y la protección al consumidor Revista Iuris Dictio, Universidad San Francisco de Quito, Agosto del 200, año II No. 4. por otra parte Angel Zaid Palomino Sempregui Artículo Derecho de la Competencia periódico el Comercio de Perú dice: “*veo la gran importancia del Derecho de la Competencia como una necesidad de política de Estado*”, <http://elcomercio.pe/brunosempregui/permalink/39530748> última visita 12/11/2010

¹¹⁰ En relación a lo establecido por el Tribunal de Justicia Europeo que “*ha afirmado sistemáticamente la existencia de competencias derivadas, razonablemente necesarias para el ejercicio de las competencias, y sin las cuales éstas perderían su sentido de aplicación, revelándose como inútiles*”. Samuel Fernández Illanes El Proceso de Integración en la Unión Europea: Concordancias y divergencias con los de América Latina. Universidad de la Rioja.

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/busquedadoc?db=1&t=EL+PROCESO+DE+INTEGRACION+C3%93N+EN+LA+UNION+C3%93N+EUROPEA%3A+Concordancias+y+divergencias+con+los+de+Am%C3%A9rica+Latina&td=todo> Última visita 12/11/10

¹¹¹ EL Tribunal Andino de Justicia en cuanto a los métodos de interpretación del derecho comunitario se ha pronunciado en el proceso 01-IP-87. Sentencia del 3 de Diciembre de 1987. Caso Marca Volvo. En G.O.A.C. No. 28 del 15 de Febrero de 1988 que “(…) *‘El empleo preferente de los métodos de interpretación llamados “funcionales”, como los métodos sistemáticos y de interpretación teológica, sin dejar de utilizar, si fuese el caso, los demás universalmente admitidos, con la advertencia de que el método teleológico, que adquiere connotación especial en el derecho comunitario como normativa de un proceso de realizaciones conjuntas para el logro de un objetivo común, es el que mejor se adapta a la naturaleza de la decisión prejudicial en cuanto tiene en cuenta el “objeto y fin”, o sea, en último término, el proceso de integración de la Subregión Andina que es el propósito que inspira la suscripción del Acuerdo de Cartagena*’

efecto no sea de ámbito comunitario, sino únicamente interno. Pero a su vez, siguiendo el método de interpretación teleológico, es la misma Decisión 608 que determina para Bolivia y para el Ecuador (mediante la Decisión 616), podrán 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.

En cuanto al procedimiento de aplicación de la Decisión 608. Como se mencionó en la parte final del capítulo primero, cada Estado miembro debía nombrar una autoridad nacional que tendría entre sus funciones la facultad de participar como autoridades cooperantes con el fin de sustanciar las investigaciones que ordenare la Secretaría General, es decir que la autoridad nacional debe cooperar en cuanto a la sustanciación de los procesos como son las actividades de recopilación de documentos, información, interrogaciones, solicitud de exhibición de documentos, entre otras. Por otra parte la Autoridad Nacional podrá ser titular de un derecho de acción, es decir podrá solicitar el inicio de un procedimiento de investigación por contravenir las estipulaciones de la Decisión 608. Ahora bien, el Ecuador y Bolivia al no contar con una ley propia, tampoco contaban con autoridades internas de competencia y en el supuesto de la eventual investigación ordenada por la Secretaría General en materia del derecho de la competencia, estos países tendrían una seria dificultad de carácter procedimental ¿a que órgano del Estado se ordenaba tal función?, ¿sobre cuáles funcionarios públicos recaería la obligación de investigar? y estos funcionarios públicos que se los debería apartar de sus funciones ordinarias, al momento de realizar las investigaciones sobre actos anticompetitivos ¿tendrían el conocimiento adecuado para llevar casos en materia de competencia?, teniendo en cuenta que hasta hace un año el derecho de la competencia y las prácticas anticompetitivas eran inexistente a nivel interno?

La lógica indica que cuando menos el no contar con un departamento de competencia permanente conlleva a dificultar la aplicación de la Decisión 608, por otra parte si se hubiese creado un departamento de competencia en el Ecuador para conocer únicamente las investigaciones ordenadas por la Secretaría General, hubiera resultado cuando menos incongruente mantener un departamento permanente de competencia en materia subregional cuando a nivel interno del Ecuador no existe un órgano paralelo en dicha materia. La autoridad a cargo de las investigaciones por infracciones regionales podría solicitar el inicio de investigaciones por la sospecha de la existencia de prácticas restrictivas de la competencia cuando dichas prácticas se generen en el territorio ecuatoriano, y afecte a otro Estado miembro de la comunidad, pero la misma práctica entre agente internos del Ecuador sería completamente válida y legal. Visto de esta manera se genera desequilibrio en cuanto a los derechos que tienen los competidores extranjeros en el mercado ecuatoriano frente a los competidores nacionales y de esta forma se contradice el objetivo que se busca alcanzar en el segundo artículo del Acuerdo de Cartagena.¹¹²

Por otra parte, desde un punto de vista más amplio en los elementos de necesidad y razonabilidad de la competencia implícita de la Comunidad Andina en cuanto a la gestación de una norma interna para estos Países Miembros encontramos que resultaba más que evidente que para muchos sectores de la economía y del derecho ecuatoriano existía la latente necesidad de contar con una norma interna de competencia.¹¹³ Sin embargo, como ya se dijo, el Ecuador fue incapaz de obtener una

¹¹² Art. 2 Acuerdo de Cartagena *“El desarrollo equilibrado y armónico debe conducir a una distribución equitativa de los beneficios derivados de la integración entre los Países Miembros de modo de reducir las diferencias existentes entre ellos”*

¹¹³ Santiago Andrade Ubidia, *“Hace falta una ley de que promocióne y proteja la competencia”* Revista Iuris Dictio, Universidad San Francisco de Quito, Agosto del 200, año II No. 4
Francisco Marcos *¿Una Política de Competencia para la República del Ecuador?* Boletín Latinoamericano de Competencia No. 20, junio de 2005. Pág. 30

ley de competencia propia, y aun cuando existieron varios intentos de promulgar una ley de competencia, dichos intentos fallaron repetidas veces ya sea por la reticencia del sector empresarial y por la desidia de los grupos políticos los cuales respondían (responden) a intereses de grupos económicos.¹¹⁴

Más allá de las justificaciones de las competencias implícitas, si no existió la voluntad política, ni el respaldo de los grupo económicos en el Ecuador y Bolivia, ¿la Comunidad Andina realmente podía expedir una norma de carácter interno en los países que no contaban con ella? Se puede argumentar que lo que debía hacer la Comunidad Andina era promover la discusión interna para que los diferentes grupos políticos y democráticos resolvieran de forma interna la creación de una ley de competencia¹¹⁵. Pero como se mencionó anteriormente a pesar de varios intentos para impulsar una norma de competencia interna producto de un debate democrático, dicha norma nunca llegó a buen puerto. Se puede pensar que el gobierno ecuatoriano en vista de las dificultades para implementar su normativa propia en materia del derecho de la competencia aprovechó a la Comunidad Andina como mecanismo para alcanzar una norma de derecho interno en competencia, que otra forma, posiblemente hubiera visto nuevamente la oposición de fuertes grupos de poder político y económico. En relación tema este punto podemos citar al jurista Rubio Llorente, quien manifiesta: *“La tendencia hacia la expansión del ámbito de actuación de la comunidad de sus competencias tiene muy distintas causas (...) y en parte por la posibilidad que la comunidad ofrece a los gobiernos nacionales para adoptar amparándose en ella,*

¹¹⁴ En 1998 Pedro Pinto en calidad de Presidente Encargado vetó en su totalidad el proyecto de ley de competencia expedido por el congreso nacional.

¹¹⁵ Ximena Bautista Uribe “Competencias Implícitas de la Comisión Andina. Estudio de un caso concreto: Decisiones 608 y 616 del 2005 Régimen de Libre Competencia Andino” Inédito.

decisiones para las cuales se sienten impotentes frente a su propia opinión pública o frente al respectivo parlamento.”¹¹⁶

Y en la práctica al parecer fue así, ya que existió una solicitud por parte del gobierno del Ecuador para permitir que el ámbito de aplicación de la Decisión 608 pueda ser interno para nuestro país y Bolivia lo secundó y se acogió a esta solicitud¹¹⁷.

En todo caso al fin de cuentas, es importante recalcar que tanto el Ecuador como Bolivia nunca se opusieron a la expedición de las Decisiones 608 y 616 como norma interna de los Estados e incluso el Estado Ecuatoriano en los considerandos del Decreto Ejecutivo 1614 del Reglamento para la aplicación de la Decisión 608 se fundamenta en lo ordenado por la referida Decisión y la 616,¹¹⁸ otorgando así un reconocimiento tácito de las competencias implícitas de la Comunidad Andina para expedir normas de derecho interno en el Ecuador.¹¹⁹

¹¹⁶ Francisco Rubio Llorente, “*El Derecho Público de Finales de Siglo*” Ponencia “La Integración Supranacional” 1997, Madrid, España. Pág. 724-

¹¹⁷ Para Fausto Alvarado resultó ser una sorpresa que en la redacción de la Decisión 608 no solo que no se permitió al Ecuador acoger la norma como parte del derecho interno sino que incluso se dio una prórroga para que Ecuador pueda aplicar esta norma a nivel comunitario. Cita ocurrida el martes 19 de Enero del 2010.

¹¹⁸ El Derecho Supranacional Andino tiene prelación por sobre la normativa interna en concordancia con el artículo 425 de la Constitución Política de la República del Ecuador, en el cual claramente determina que el orden jerárquico esta compuesto en primer lugar por la constitución de la república, en segundo lugar convenios y el Tratados Internacionales, tercero las leyes orgánicas y cuarto las leyes ordinarias, de igual manera lo manifiesta la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados publicada en el Registro Oficial No. 6 del 28-abr-2005, siendo las normas contenidas en la Decisión 608 y 616 de aplicación imperativa

¹¹⁹ “*Que, la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, mediante Decisión 608, considerando que uno de los objetivos de la normativa comunitaria es la protección de la libre competencia en la Comunidad Andina, así como su promoción a nivel de los agentes económicos que operan en la Subregión, para asegurar que no se menoscaben los beneficios logrados en el marco de este proceso de integración, expidió las normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, contenidas en esta Decisión.*

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

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

2.2 Aplicación de la Decisión 608 mediante el Decreto Ejecutivo 1614 del 2009

Más allá del análisis sobre la competencia de la CAN para dar efectos internos a las Decisiones 608 y 616, es un hecho que la Comunidad Andina de Naciones otorgó al Ecuador y Bolivia una normativa en materia de competencia mediante la preeminencia del derecho comunitario frente al derecho nacional.¹²⁰ De esta manera, la Decisión 608 debía entrar en vigencia a partir de Agosto de 2005, pero no lo consiguió sino hasta la creación de un reglamento que le permitiera su aplicación, el cual se expidió en el año 2009 en que el Presidente Rafael Correa mediante el Decreto Ejecutivo 1614 del 14 de Marzo del 2009 decretó las Normas para la Aplicación de la Decisión 608 en el Ecuador.

Esta preeminencia del derecho comunitario frente al derecho nacional fue reconocido en el considerando segundo el cual indica que “Que la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones es una norma de aplicación directa cuando se afecte el mercado ecuatoriano en concordancia con lo que dispone el artículo 1 de la Decisión 616”.¹²¹

casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el artículo 5 de la referida Decisión 608” Considerandos del Decreto Ejecutivo 1614.

¹²⁰ Esto se encuentra determinado en los artículos 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina “Art. 3.- *Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación, en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro. A Art. 4.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.*

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

¹²¹ La preeminencia del derecho comunitario en relación al derecho nacional se encuentra recogido en varias sentencias del Tribunal Andino de Justicia entre las cuales se destaca cuando textualmente señala “La Decisión 85, en consecuencia prevalece en principio sobre toda regulación nacional anterior o posterior a ella, en cuanto resulte incompatible con derecho interno. De no ser así resultaría imposible alcanzar el objetivo propio del derecho de integración, que es el de lograr un régimen uniforme para todos

No obstante es importante aclarar que el Decreto Ejecutivo 1614 no es una ley que regule el derecho de la competencia como tal, sino que es a través de la Decisión 616 donde se otorga al país una norma interna de competencia y el Estado ecuatoriano reconoce dicha norma con carácter de ley y procede a su reglamentación.

2.2.1 Aspectos principales del Decreto 1614 del 2009

El Decreto Ejecutivo 1614 publicado en el Registro Oficial número 558 del 27 de Marzo del 2009 intenta regular aquellos aspectos necesarios para la aplicación de la Decisión 608 como norma interna. Para conseguir este objetivo el Decreto 1614 está conformado por 19 artículos principales y 3 disposiciones transitorias, los mismos que tratan principalmente los siguientes asuntos:

- Designación de la autoridad de aplicación e investigación de actos anticompetitivos, así como sus facultades.
- Promoción y difusión a la libre competencia.
- Procedimiento para el conocimiento e investigación de actos anticompetitivos,
- Medidas correctivas de la competencia y las sanciones aplicables.

2.2.1.1 Designación de la autoridad de aplicación e investigación de actos anticompetitivos, así como sus facultades.-

El Decreto Ejecutivo 1614 designa como autoridad de aplicación al Ministro de Industrias y Productividad, y por otra parte como autoridad investigadora establece la creación de una Subsecretaría de Competencia. El Subsecretario de Competencia es

los países de la comunidad (sentencia dictada en el expediente No. 2-IP-88. Gaceta Oficial No. 33, del 26 de junio de 1988) Testimonio Comunitario Tribunal Andino de Justicia Quito 2004

quien, a partir de la entrada en vigencia del Decreto Ejecutivo es la autoridad que conformará el Comité Andino de la Libre Competencia.

El Subsecretario de Competencia en representación del Ministro de Industrias y Productividad en su calidad de autoridad en materia de derecho de la competencia en el Ecuador tiene facultades de promoción, difusión, investigación y sanción sobre libre competencia, las cuales son recogidas justamente de la propia Decisión 608.¹²²

El Decreto Ejecutivo 1614, otorga la competencia a un órgano de carácter administrativo el cual pertenece a la función ejecutiva y su máxima autoridad es de elección del Presidente de la República. Este punto es un tanto delicado ya que al ser nombradas las autoridades competentes en última instancia por el Ejecutivo, obliga a reflexionar sobre la autonomía e independencia necesarias del organismo de competencia.

Michal Gal señala que las autoridades de competencia en los países en vía de desarrollo deben contar con tres elementos claves: independencia, transparencia y respeto¹²³. En cuanto a la independencia Michal Gal señala la importancia de que la autoridad sea autónoma, es decir que pueda ser independiente de presiones políticas, e incluso recomienda que la autoridad en competencia en los países en vías desarrollo sean separadas de ministerios para que sus resoluciones no puedan ser afectados por una figura política superior¹²⁴.

Considerando las facultades investigativas y sancionadoras que otorga la norma jurídica a la autoridad competente en área del derecho de la competencia resulta de radical importancia que la autoridad tenga un carácter de independencia frente influencias políticas o económicas, a fin de garantizar la seguridad jurídica y evitar que

¹²² Art. 2 Decreto Ejecutivo 1614 del 2009.

¹²³ Competition Competitiveness and Development: Lessons from Developing : The Ecology of Antitrust: Preconditions for Competition Law Enforcement in Developing Countries. Pág 19

¹²⁴ Competition Competitiveness and Development: Lessons from Developing : The Ecology of Antitrust: Preconditions for Competition Law Enforcement in Developing Countries. Pág 28.

este órgano sea una herramienta para presionar política y económicamente a los opositores del gobierno.¹²⁵ Y aunque es difícil eliminar la influencia política de las diferentes áreas y funciones del Estado, se debe propiciar la especialización, la independencia, y la no politización de la autoridad en materia de competencia.¹²⁶

2.2.1.2 Promoción y difusión de la libre competencia.-

El Decreto 1614 no es específico en esta facultad, por el contrario establece que el Ministerio de Industria y Productividad mediante la Subsecretaría de Competencia deberá fomentar una competencia leal y eficiente entre los distintos agentes económicos. Para alcanzar este objetivo el Decreto establece que la autoridad deberá promover en forma sistemática y técnica la libre competencia. Se deja abierta la puerta para que sea la propia autoridad quien determine los mecanismos para cumplir con la facultad de promoción y difusión de la misma. Adicionalmente, es clara la norma al limitar dicha facultad cuando determina que en aquellos mercados específicos que se encuentran sujetos a una autoridad específica de control, será esta última quien deberá promover la libre competencia y quien deberá tomar las medidas y regulaciones especiales que sean necesarias para alcanzar un mercado competitivo y eficiente. Un ejemplo de mercado específico sujeto al control de autoridades específicas o directas es el mercado de telecomunicaciones, cuya autoridad es la Secretaría General de Telecomunicaciones, quien en aplicación de la Decisión 608 y el Decreto Ejecutivo será quien tenga la competencia para controlar y evitar la existencia de actos. Otro ejemplo es el mercado de transporte aéreo donde la autoridad competente es la Dirección de Aviación Civil. Es importante anotar que la Subsecretaría de competencia debe coordinar las facultades y atribuciones en materia de competencia con las

¹²⁵ (Francisco Marcos *¿Una Política de Competencia*, Pág 35).

¹²⁶ En referencia a lo analizado por Manuel Chiriboga Vega editorialista del periódico el Universo en cuanto a la conformación de la función de la participación ciudadana el 14 de Marzo del 2010 <http://www.eluniverso.com/2010/03/14/1/1363/participacion-ciudadana.html?p=1364A&m=575> última visita el 10 de Diciembre del 2010.

autoridades específicas. Dicha importancia radica en puntos importantes que van desde la unificación de criterios, en cuanto a la aplicación de las disposiciones de la Decisión 608 y del Decreto Ejecutivo 1614, pasando por temas procedimentales e incluso en ciertos puntos sobre incluso cual de las dos autoridades tienen la competencia para conocer ciertos casos.

2.2.1.3 Procedimiento para el conocimiento e investigación de actos anticompetitivos.-

El Decreto Ejecutivo 1614, establece el trámite que deberá seguirse para conocer, investigar y posteriormente sancionar mediante Resolución Administrativa a los competidores que infrinjan las Disposiciones de la Decisión comunitaria. En vista de que la Decisión 608 regula el procedimiento y trámite únicamente en los casos comunitarios, fue responsabilidad del Ejecutivo el establecer los mecanismos adecuados para los casos de conductas anticompetitivas en el mercado ecuatoriano, y aunque si bien es clara la Decisión 608 como guía permanente en las disposiciones del Decreto ejecutivo, el gobierno introdujo ciertos elementos adicionales y necesarios para poder aplicar efectivamente.

La autoridad nacional, siguiendo los pasos de la autoridad comunitaria podrá iniciar investigaciones ya sea de oficio, por solicitud de otro órgano administrativo, por solicitud formal de cualquier persona que se sienta afectada, pudiendo ser directamente el agraviado o no.¹²⁷ La Subsecretaria de Competencia antes de abrir el expediente del trámite o en cualquier momento que lo vea conveniente podrá disponer que rindan declaración a quienes tengan información relevante sobre el caso, incluyendo solicitar

¹²⁷ Art. 14 y 15 De Decreto Ejecutivo 1614

La solicitud deberá estar acompañada de todas las pruebas de las cuales estuviera asistido y la solicitud deberá contener ciertos elementos esenciales para su validez, entre los cuales deben estar los generales de ley, la autoridad ante quien se dirige la solicitud, descripción exacta del acto anticompetitivo, identificación del competido competidores denunciados, fundamentos de hecho y de derecho, petición concreta, domicilio o casillero judicial, firmas del solicitante y del abogado patrocinador.

documentación a otros órganos estatales, los cuales deberán entregar la documentación solicitada en un tiempo no mayor de veinte días.

Una vez iniciado el trámite se iniciará la investigación correspondiente por parte de la autoridad administrativa, la cual deberá en un plazo no mayor de noventa días hábiles presentar un informe por escrito del resultado de sus investigaciones, paralelamente dentro de los noventa días las partes valiéndose de su derecho a la legítima defensa podrán presentar las prueba de descargo que tuvieren. Una vez finalizado el período de los noventa días hábiles, la Subsecretaría tendrá un término extraordinario de cuarenta y cinco días adicionales donde, haciendo referencia al Artículo 26 de la Decisión 608 podrá realizar sus “propias determinaciones”¹²⁸ en esta nueva etapa investigativa, se podrán receptor nuevamente pruebas y alegatos en audiencia pública. Una vez cumplido el término de cuarenta y cinco días, la Subsecretaría tendrá diez días hábiles para presentar su informe definitivo, el cual será remitido al Ministro de Industrias y Competitividad. Las partes tendrán nuevamente 15 días para presentar alegatos pero de forma escrita, los cuales serán reenviados por parte del Subsecretario hacia el Ministro. Pasados 30 días desde el análisis y discusión del informe así como los alegatos el Ministro de Industria y Competitividad deberá emitir una resolución motivada sobre los méritos del expediente.

Es importante dejar en claro algunas consideraciones en cuanto al trámite, la primera es que la autoridad en cualquier momento ya sea por solicitud de parte o de

¹²⁸ Situación un tanto absurda ya que el artículo 26 de la Decisión 608 otorga ese plazo adicional porque en el procedimiento comunitario se delega la investigación a las autoridades nacionales quienes son los que a su vez presentarán el informe de las investigaciones realizadas y la Secretaría General la que se confiere 45 días adicionales cuando los creyera convenientes, para desarrollar por su cuenta sus propias indagaciones e investigaciones. Es así que se traspasa este artículo al Decreto 1614 pero en este caso es la propia Subsecretaría la que investiga en primer lugar las actuaciones de los competidores y los hechos investigados, para luego ser la misma quien puede hacer una nueva investigación de los mismo hechos con el fin de “realizar sus propias autodeterminaciones” las cuales ya existían desde que se presentó el el primer informe.

oficio podrá imponer medidas cautelares¹²⁹ la cual será el cese de la conducta anticompetitiva de manera temporal aunque el afectado podrá solicitar que se suspenda dicha medida pero deberá rendir una caución la cual no podrá ser inferior al 50% ni superior de 100% de la máxima multa determinada en la Decisión 680. El Decreto 1614 también contempla la posibilidad de imponer una caución de temeridad la cual consiste en imponer esta especie de garantía a aquel denunciante que a su vez solicite que extienda la caución en primer lugar, buscando de esta forma evitar que un competidor utilice el trámite administrativo y a su autoridad para perjudicar a los demás competidores. Una segunda consideración, es que a pesar que no lo indique el Decreto Ejecutivo, la resolución motivada por parte del Ministro de Industria y Competitividad podrá ser impugnada por los recursos administrativos de reposición y revisión previstas en el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva así como podrá ser recurrida ante las Cortes de lo Contencioso Administrativo.¹³⁰

2.2.1.4 De las medidas correctivas de la competencia y las sanciones aplicables.-

El Decreto 1614 siguiendo lo establecido en el Artículo Trigésimo Cuarto de la Decisión 608 utiliza las mismas medidas correctivas y las sancionadoras. Las cuales son:

- El cese de la práctica anticompetitiva en el tiempo determinado por la autoridad.
- La imposición de condiciones y obligaciones
- La imposición de multas.

¹²⁹ La Decisión 608 en su artículo 31 señala: “Para ello, deberá cumplir los siguientes requisitos: demostrar interés legítimo y la inminencia de daño o de un perjuicio irreparable o de difícil reparación”

¹³⁰ A pesar que de dichas cortes fueron promovidas por la Constitución Política la República y la Disposición Reformatoria 25 del Código Orgánico de la Función Judicial, la competencia la tienen los Tribunales de lo Contencioso Administrativo de forma interina http://www.radioequinoccio.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2071:cortes-del-ecuador-sin-salas-de-lo-contencioso-administrativo&catid=36:ultimas-noticias&Itemid=53 Última visita 10/12/2010.

En referencia a las sanciones que se pueden interponer es importante señalar que la Decisión 608 señala como primera medida correctiva el cese inmediato de la práctica anticompetitiva.¹³¹ En segunda instancia tanto la Decisión 608 como el Decreto 1614 señalan como segunda medida posible la imposición de condiciones u obligaciones las cuales tienen fin cesar la conducta anticompetitiva en un tiempo determinado. Y por último la imposición de multas que de acuerdo al artículo 16 del Decreto Ejecutivo y en relación la Decisión 608 no podrá exceder del 10% de los ingresos brutos anuales del año anterior del infractor. Es importante señalar que para imponer sanciones, éstas deberán estar fundamentadas en parámetros como son la gravedad de la infracción, el daño causado, la duración de la práctica anticompetitiva, la reincidencia, entre otros.¹³²

Analizando la legalidad jurídica de la facultad de imponer sanciones por parte de la Subsecretaría de Competencia, encontraremos que desde un punto de vista del Derecho Administrativo nace justamente en virtud de la potestad sancionadora de la autoridad administrativa, es así que para Francisco Javier de Ahumada Ramos, existen varios aspectos de la potestad sancionadora, entre ellas destacamos dos importantes: el primer aspecto es que la potestad sancionadora tiene un carácter preventivo, es decir busca anunciar a la sociedad o colectivo que ciertos actos serán sancionados, lo que se busca es justamente precautelar el interés general; en segunda instancia, la sanción impuesta por del órgano administrativo debe cumplir entre otros elementos con tres principios básicos, los cuales son: legalidad, proporcionalidad y derecho defensa.¹³³

El principio de legalidad consiste en que la sanción a imponerse debe estar claramente identificada en la ley, y bajo este parámetro vemos que las sanciones que se puede imponer la Subsecretaría de Competencia están claramente determinadas tanto en

¹³¹ Art. 34 de la Decisión 608 de la CAN

¹³² De acuerdo al Art. 16 del Decreto Ejecutivo 1614

¹³³ Francisco Javier de Ahumada Ramos “*Materiales para el estudio del Derecho Administrativo Económico*”, Dykinson Madrid Pag. 97

el Decreto 1614 como en la propia Decisión 608. En cuanto a este punto se puede pensar que la Subsecretaría al imponer sanciones puede incumplir con el principio de legalidad ya que estas son impuestas mediante el Decreto Ejecutivo 1614 del 2009, el cual es un reglamento de la Decisión comunitaria y en virtud de un reglamento no se podría imponer sanciones o multas.

Es así que la Constitución de República del Ecuador en el numeral 3 del artículo 76 establece: “3. *Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.*”

De esta manera analizando en estricto sentido no existe una ley como tal que determine las sanciones a imponerse a un agente anticompetitivo, y se podría aducir que estaría violentado el principio de legalidad.

Al respecto debemos mencionar que la propia Constitución del Ecuador en el segundo inciso del artículo 335 determina la facultad que tiene el Estado para el control y sanción de los monopolios y oligopolio y en general las prácticas anticompetitivas.¹³⁴ Es así que la facultad para sancionar a los agentes anticompetitivos no tiene como base el Decreto 1614 sino que su fundamento lo encontramos en la principal norma del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por otra parte el Decreto 1614 del 2009 lo que hace es recoger y aplicar las multas determinadas en la propia Decisión 608, por lo análisis comparativo entre el Decreto Ejecutivo 1614 y la Decisión 608 se puede apreciar que el Decreto Ejecutivo no

¹³⁴ Segundo inciso del Art. 335: “*El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.*”

cambia, crea, ni aumenta las sanciones determinadas en la norma comunitaria, sino que únicamente las aplica para los casos nacionales, siguiendo en estricto cumplimiento del artículo primero de la Decisión 616.¹³⁵ Por lo tanto si mediante el Decreto 1614 del 2009 se puede aplicar las disposiciones de la Decisión 608 sobre prácticas restrictivas de la competencia, o las disposiciones de abuso de posición de dominio, también deben ser aplicables las normas vigentes sobre la imposición de sanciones. Dejo la siguiente reflexión: ¿qué sentido tiene el crear una autoridad interna de competencia, otorgar al país un cuerpo normativo en materia de derecho de la competencia y no otorgar a la autoridad las facultades para sancionar a los agentes anticompetitivos?

En cuanto al principio de proporcionalidad, éste determina que la sanción a imponerse no sea mayor al daño que el acto realizado haya causado. Analizando la normativa vigente en competencia veremos que la máxima sanción a imponerse es el 10% de los ingresos brutos del competidor sancionado. Esta sanción puede parecer elevada, pero en ciertos casos incluso podría ser insuficiente, si se determina que los ingresos al agente competidor son muchos mayores a ese 10% de ingresos por la práctica anticompetitiva realizada. En experiencias internacionales se han evidenciados casos donde los agentes competidores eligen pagar la multa o sanción económica impuesta por la autoridad en competencia porque que les resulta más redituable que abstenerse de continuar con las prácticas anticompetitivas.¹³⁶ Siguiendo esta línea existe un creciente interés en el ámbito internacional del derecho de la competencia para imponer multas o sanciones más fuertes con el fin de que estas resulten realmente

¹³⁵ Art. 1 Decisión 616 “*El 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*”.

¹³⁶ Derecho y política de la competencia: Examen inter-pares – Argentina: “*La imposición a los operadores de sanciones estrictas constituye una componente fundamental para obtener resultados positivos en la lucha contra los carteles. Las Sanciones Elevadas son a la vez, un factor disuasivo contra futuras conductas ilícitas y un incentivo para que los operadores de los carteles colaboren con la fiscalía a fin de reducir o suprimir las Sanciones.*”. <http://www.oecd.org/dataoecd/2/40/37458314.pdf> Última vista 21/2/2011.

disuasorias para los participantes del mercado en cuanto a la utilización de las prácticas anticompetitivas¹³⁷

En todo caso, el propio Decreto 1614 impone ciertas condiciones previas a la aplicación de sanciones como son gravedad de la infracción, el daño causado, la duración de la práctica anticompetitiva. En cuanto al tercer principio, el sancionado siempre podrá defenderse frente a la imposición de la sanción. En el campo del derecho de la competencia encontraremos que el agente competidor dentro del mismo trámite de investigación podrá presentar todas las pruebas de descargo de las cuales se creyese asistido así como de los alegatos que se puedan presentar en la etapa correspondiente. Por otra parte, ante la resolución definitiva el agente competidor sancionado tiene los recursos legales para impugnar en una instancia jurisdiccional la resolución impuesta. Para concluir este punto podemos aseverar desde la perspectiva planteada que la Subsecretaría de Competencia cumpliendo con los tres principios antes descritos no tiene ningún problema o impedimento jurídico al imponer sanciones, desde el punto de vista del derecho administrativo.

¹³⁷En una reforma que se propuso en la legislación española las sanciones por prácticas restrictivas de la competencia pueden oscilar entre el 10 y el 30% del volumen de ventas relacionado con la práctica. http://www.cincodias.com/articulo/opinion/Multas-disuasorias-CNC/20081204cdscdiopi_4/ Última visita 21/2/2011

Capítulo 3

EXPERIENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA DECISIÓN 608 CAN

Las diferentes características de la Decisión 608 han sido analizadas en los capítulos anteriores. Este capítulo nace con el objetivo de evaluar cuáles han sido los resultados de la aplicación de la Decisión 608 en la Comunidad Andina, así como su aplicación en el Ecuador, Estado que la incorporó al ordenamiento jurídico interno mediante el Decreto Ejecutivo 1614 del 2009.

3.1 Experiencias de la aplicación de la Decisión en la Comunidad Andina.-

La realidad es que la Decisión 608 ha tenido muy escasa aplicación a nivel comunitario. El primer y único caso que conoció la Comunidad Andina en relación con la aplicación de la Decisión 608 fue presentado el 26 de Septiembre de 2008 por parte del abogado ecuatoriano Alejandro Ponce, quien propuso una acción de incumplimiento ya que el Ecuador hasta dicha fecha no había determinado su autoridad en materia de derecho de la competencia a nivel interno, no acatando por tanto la Decisión 616. Esta única acción, no se encuadra propiamente en aspectos de fondo en cuanto a derecho de la competencia regulados por la Decisión 608. La Secretaría General desestimó la acción.¹³⁸

Desde el año 2005 hasta enero de 2011, ni la Secretaría General ni el Tribunal Andino de Justicia han conocido causa alguna en materia de análisis de la Decisión 608

¹³⁸ Esta acción de incumplimiento no prosperó ya que en la conclusión del Dictamen 03-2009 se determinó que el reclamante no se veía perjudicado en sus derechos por el incumplimiento del Ecuador frente a la Decisión 608.

en la Comunidad Andina.¹³⁹ En vista de estos pobres resultados en la primera parte de este capítulo analizaremos las razones por las cuales la Decisión 608 no ha tenido el éxito esperado a nivel comunitario.

3.1.1 Causas y efectos de la poca aplicación de la Decisión 608 en la Comunidad Andina.

Como se ha explicado en el desarrollo de esta investigación, para que pueda ser aplicable la Decisión 608, ya sea la causa o el efecto de la práctica anticompetitiva debe involucrar dos o más Países Miembros de la comunidad. ¿Significa que el hecho de que no existan casos de aplicación de la Decisión 608 implica que vivimos en un sistema de competencia perfecta o casi perfecta? La lógica nos dice que no, puesto que si no existen sistemas de competencia perfecta a nivel interno de los Estados miembros, difícilmente podemos pensar que existe un mercado perfecto a nivel competitivo andino.

En los casos de Ecuador y Bolivia, países en los cuales el derecho de la competencia se ha incorporado recientemente en sus sistemas jurídicos, es comprensible que los ciudadanos por desconocimiento no utilicen frecuentemente las herramientas que otorga la Decisión tanto a nivel comunitario como nacional, es decir que si hasta hace muy poco tiempo atrás las prácticas restrictivas de la competencia o abusos de posición de dominio no eran sancionados y por el contrario eran prácticas habituales y legales en el Ecuador, difícilmente el competidor común recurrirá a la norma comunitaria para hacer valer sus derechos. Pero éste no es el caso de países como Colombia y Perú que tienen una legislación interna de competencia de larga data, con instituciones y procedimientos más desarrollados y además por parte de la Comunidad

¹³⁹ Salvando el Dictamen 03-2009 pero que en todo caso no se refiere a la aplicación en sí de la Decisión 608

Andina resulta incluso más reprochable teniendo en cuenta que la Secretaría General tiene la facultad de conocer de oficio a nivel comunitario en aquellos casos que violen las disposiciones de la Decisión 608.

3.1.1.1 Posibles causas de la falta de aplicación de la Decisión 608

En este punto revisaremos las posibles causas que conllevan la nula aplicación de la Decisión 608 de la CAN.

Falencias concretas de la Decisión 608.- La primera hipótesis que se nos presenta, es que la Decisión podría resultar ineficaz por alguna falla para su aplicación, ya sea en su aspecto sustancial o en su aspecto procedimental.

En mi criterio personal una vez estudiada la Decisión Andina, y analizados los diferentes elementos que componen su articulado, me atrevo a aseverar que no existen problemas conceptuales en la norma, por lo menos graves, que impidan su aplicación, sobre todo una vez comparada dicha Decisión con las normas de competencia en la Comunidad Europea, fuente de la cual absorbe muchos elementos.

En cuanto al procedimiento desde un punto de vista comparativo con las normas comunitarias europeas, a primera vista se podría observar como punto negativo que la Secretaría General de la Comunidad es el órgano que debe conocer los actos anticompetitivos y mediante la aplicación de la Decisión 608, sancionar cuando fuere pertinente. Es en este punto que difiere con la aplicación de las normas comunitarias europeas que en primera instancia la aplican directamente los autoridades nacionales sin necesidad de la intervención de la autoridad comunitaria europea. Si bien se podría concluir que comparativamente es un poco más complicado el trámite andino, la propia Decisión deja establecidos los plazos y fechas para la actuación de los diferentes

elementos procesales, lo cual da una claridad sobre el procedimiento y evita justamente que se vuelva lento o engorroso. En todo caso el hecho de que la Secretaría General sea la autoridad que deba conocer los casos de derecho de la competencia no se debería considerar negativo, por el contrario permite tener la seguridad jurídica de que la autoridad no se ve influida por temas políticos o económicos internos de los Países Miembros de la comunidad.

Si el problema de la falta de aplicación de la Decisión comunitaria no se encuentra en la propia norma, ¿en donde más puede estar el problema? El doctor Javier Cortázar Mora en el año 2010 realizó un ensayo sobre la aplicación de la Decisión 608¹⁴⁰ titulado: “*Andean Competition Law: Looking for the private sector or the quest for the missing link in antitrust.*”¹⁴¹ En este ensayo el Doctor Javier Cortázar Mora determina dos razones fundamentales para la poca o nula aplicación de la Decisión y las recogeremos a continuación:

3.1.1.2.- Escasa Difusión de la Decisión 608 entre otros factores por falta de presupuesto.

Como segunda hipótesis se podría señalar que uno de los grandes problemas que tiene la Comunidad Andina es la restricción económica que atraviesa si la comparamos con la Comunidad Europea. En datos recogidos por el Doctor Cortázar La Unión Europea tuvo en el año 2007 un presupuesto aproximado de ciento sesenta billones de dólares.¹⁴² En el mismo período la Comunidad Andina contó con casi con siete millones

¹⁴⁰ Atendiendo una invitación que realizó el Instituto de Derecho de la Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia y Derecho Tributario de la Universidad Max-Planck de Alemania de participar en un taller sobre políticas de competencia en los sistemas de integración de los países en desarrollo exponiendo el tema de la Comunidad Andina en el año 2010

¹⁴¹ Ensayo proporcionado directamente por el autor el cual no ha sido publicado hasta la fecha, pero que se espera que se publique brevemente como memorias de Dicho Taller.

¹⁴² Ciento treinta y ocho billones de Euros.

de dólares. Esta limitación económica hace que a la Comunidad Andina se le dificulte lograr sus metas en integración económica, incluido por supuesto lo que compete al derecho de la competencia. De esta forma se puede intentar el justificar en parte la razón por la cual no se han iniciado campañas de difusión de la Decisión y tratar de socializar los elementos de la norma entre los diferentes Países Miembros de la comunidad y sus habitantes.¹⁴³

Por otra parte también limita acciones de oficio que puede realizar la Secretaría General ya que de una u otra forma el actuar de oficio significa designar personal, realizar investigaciones, peritajes, conlleva gastos, para los cuales la Comunidad Andina no dispone de presupuesto. En una posición contraria, el doctor Fausto Alvarado¹⁴⁴ considera que la falta de recursos no es una razón válida para no aplicar la Decisión 608.

3.1.1.3.- Falta de conexión con el sector privado.-

Una tercera hipótesis, sería la iniciativa y responsabilidad de los agentes privados al utilizar los mecanismos legales para protegerse de actuaciones anticompetitivas, ya que es en este escenario que se desarrolla el derecho de la competencia, a través de denuncias, investigaciones, resoluciones y sentencias. Para Javier Cortázar esta falta de aplicación de la normativa de la Decisión 608 se produce por un círculo vicioso, que se desarrolla por una falta de cultura competitiva por parte de los competidores del mercado andino lo que a su vez provoca falta de abogados o profesionales que investiguen y profundicen esta área del derecho y que por lo tanto se traduce en una falta de casos. De acuerdo a Javier Cortázar el competidor pequeño y mediano prefiere soportar prácticas anticompetitivas, que por otra parte son muy

¹⁴³ “Looking at this quite meager sum, the question then is how the AC has done so much with so little”

¹⁴⁴ En una entrevista personal realizada el 18/01/2010

comunes, por empresas más grandes o dominantes que denunciarlas por miedo a posteriores represalias y otras prácticas como boicots o discriminación.¹⁴⁵ Por otra parte el plantear la correspondiente denuncia y el seguimiento el proceso, por lo general resulta muy costoso para empresas pequeñas y medianas. Es por esto que la falta de casos en la materia conlleva a que existan pocos abogados que manejen o profundicen el derecho de la competencia. Lo que provoca una falta de mercado para abogados en el área, es así que en Colombia de ciento sesenta y ocho facultades de leyes existentes, solo dos facultades tiene la materia derecho de la competencia como parte de la malla de estudio en pregrado, mientras que son unas cuantas más las que dictan dicha materia a nivel de postgrado pero generalmente inmersas en maestría de derecho económico o comerciales¹⁴⁶

3.1.1.4 .-Falta de interés por parte de los gobiernos de los Países Miembros.-

Como cuarta hipótesis es preciso plantearse ¿hasta qué punto podría ser posible que los gobiernos de los Países Miembros de la Comunidad Andina sean propiamente los responsables de la falta de aplicación de la Decisión 608?. Esta hipótesis se basaría en un desinterés generalizado al momento de utilizar y promover la norma comunitaria. Javier Cortázar adelanta que ésta no puede ser una causa real, ya que la Comunidad Andina viene funcionando desde hace casi cuarenta años, en los cuales se han alcanzado metas de integración económica muy importantes. De la misma forma los Países

¹⁴⁵ “*On the other hand he also bears the risk of retaliation of various kinds (boycotts, shortages, discriminations, etc) so its really difficult to ask medium and small entrepreneurs to confront big businesses behaving badly*”

¹⁴⁶El dato es recogido del ensayo de Javier, Cortázar Andean Competition Law: Looking for the private sector or the quest for the missing link in antitrust ¹⁴⁶ Ensayo proporcionado directamente por el autor el cual no ha sido publicado hasta la fecha, pero que se espera que se publique próximamente como memorias del Taller Derecho de la Competencia y Derecho Tributario de la Universidad Max-Planck de Alemania del Instituto de Derecho de la Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia y Derecho Tributario de la Universidad Max-Planck de Alemania.

Miembros son conscientes de la importancia de la Comunidad Andina y cada de uno de ellos apoya fuertemente a la Comunidad.

Por otra parte, cada país miembro ha mostrado un real interés por tener y mejorar sus normas internas de competencia como es el caso de Bolivia con el Decreto Supremo 29519 del 2009, Colombia mediante la Ley 1340 de competencia en el 2009, Ecuador con el Decreto Ejecutivo 1614 del 2009, Perú con el Decreto 1304 del 2008. De esta forma podríamos concluir de acuerdo a esta lógica, que resulta por lo menos contradictorio que los países andinos por una parte muestren un apoyo real a la CAN y que además todos tenga un interés por la protección de la competencia en sus mercados y por otra no apoyen la norma comunitaria para regular esta materia.

Por el contrario, para el doctor Fausto Alvarado, ex Subsecretario de Competencia en el Ecuador, la falta de interés por parte de los Países Miembros de la Comunidad Andina frente a la aplicación de la Decisión 608 resulta más que evidente, ya que de otra forma no se explica el por qué luego de cinco años desde la entrada en vigencia de la norma comunitaria no se ha conformado ni reunido una sola vez el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, el cual como ya se señaló era formado por representantes de los Países Miembros. Se pregunta el ex Subsecretario de Competencia ¿Qué tipo de apoyo o interés real tienen los Estados miembros de la comunidad, que en cinco años no han conformado dicho comité?

Desde otro punto de vista al analizar el panorama andino con mayor profundidad, encontraremos que si dividimos geográficamente el mercado de la Comunidad Andina observamos que los mercados más grandes de la comunidad se encuentran ubicados en Colombia y Perú, de la misma forma es en dichos países es donde se observa mayor desarrollo de la industria y a su vez mayor número de

oferentes de bienes y servicios. Por otra parte como ya se ha comentado es justamente en Perú y Colombia donde existe mayor desarrollo en cuanto al derecho de la competencia en el ámbito local. Por el contrario en Ecuador y Bolivia el desarrollo industrial es comparativamente más pequeño al igual que sus mercados, y la preocupación por desarrollar un derecho de la competencia es de reciente data.¹⁴⁷

Es en este escenario que nos podemos plantear si es conveniente para los competidores colombianos y peruanos en el mercado andino que sus países promuevan y luchen por la aplicación de un derecho de la competencia regional. Desarrollando un poco más el tema cabe especular si existe un real interés político, que responde en muchos casos a grupos económicos importantes en sus países de origen, por promover un mercado regional competitivo. Desde esta perspectiva, puede pensarse que la ausencia de normativa pro competencia es más beneficiosa para ciertos intereses empresariales de los países más grandes de la comunidad en los cuales eventualmente podrían tener una posición dominante. Por otra parte, es necesario señalar que los mismos empresarios pueden verse afectados al momento de intentar expandir sus actividades económicas a otros mercados de la región, donde por la ausencia de normas que protejan la competencia podrían ser bloqueados o perjudicados por los competidores internos.

¹⁴⁷ La economía peruana ha visto un crecimiento del PIB de al rededor del 7% anual en los últimos años, y si bien sus exportaciones se basan la exportación de materia prima, la industria peruana esta creciendo logrando vender en el Ecuador un 39% mas en el 2010 sobre las ventas obtenidas en el 2009. Fuente <http://editordelnorte.files.wordpress.com/2010/11/analisis-de-la-economia-peruana.pdf> Última visita 6 de Febrero del 2011.

3.2 Experiencia en la aplicación de la Decisión 608 a través del Decreto Ejecutivo 1614.-

Los resultados de la aplicación de la Decisión 608 en el Ecuador, al contrario de lo que ha pasado en la Comunidad Andina, a priori parecen ser positivos, ya que desde la expedición del Decreto ejecutivo 1614 del 2009 ya se cuenta con un organismo interno para controlar y proteger la competencia en el Ecuador. De igual manera es positivo que se haya buscado capacitar y especializar al personal perteneciente a la Subsecretaría de Competencia. Es así que de acuerdo a la entrevista con el Dr. Fausto Alvarado, ms allá de conformar la Subsecretaría de Competencia, se ha buscado capacitar al personal, enviando funcionarios a que realicen prácticas con las autoridades de otros países con alto desarrollo en materia de competencia como son Chile, España, Suecia, entre otros. Como otro punto positivo debe resaltarse que el Ecuador ha suscrito convenios internacionales sobre competencia con la autoridad colombiana e incluso no siendo el Ecuador parte de la OECD ha suscrito un convenio de cooperación a nivel de derecho de la competencia.¹⁴⁸

Por otra parte en cuanto a la aplicación en sí de las normas de competencia, existen hasta la fecha ocho expedientes iniciados. Es importante señalar que la Subsecretaría sujeta a las disposiciones de la Decisión 608 y al Decreto Ejecutivo 1614, mantiene una política de absoluta reserva en cuanto a la información delicada que se obtiene en las investigaciones y las posibles afectaciones que se pueden producir a los competidores investigados e incluso al propio mercado. De los ocho expedientes siguen abiertos tres y entre ellos un expediente es para investigar algunas empresas farmacéuticas y aunque no se facilitó información oficial, estaría relacionado con la denuncia sobre la práctica restrictiva de fijación de precios en la materia prima de

¹⁴⁸ Convention on the Organization for Economic Co-operation and Development

medicamentos que podrían estar realizando algunas empresas farmacéuticas transnacionales.¹⁴⁹ A nivel resolutivo hay dos casos resueltos, los cuales son los casos de Soat Seguro Obligatorio de Accidente de Tránsito y el de Lan Ecuador, éste último se lo inició por una denuncia de imponer precios predatorios al momento de su entrada al mercado en algunas rutas ecuatorianas.¹⁵⁰

Como se puede apreciar la aplicación y utilización en el Ecuador de la Decisión 608 a través del Decreto Ejecutivo 1614 a diferencia de la experiencia andina es bastante alentadora, pero igualmente se han manifestado ciertos aspectos negativos que deben ser tratados en esta investigación.

El primer aspecto negativo es que si bien se han emitido dos resoluciones, ninguna de ellas ha sido publicada en el Registro Oficial ni en la página Web del Ministerio siendo que por lo tanto no se han hecho públicos sus efectos y consideraciones.¹⁵¹ La dificultad de acceder a la información es un tema delicado ya que si tenemos un órgano de control del mercado, éste debe ser lo más transparente posible, pues sus investigaciones y resoluciones podrían eventualmente ir dirigidas para amedrentar grupos políticos y económicos contrarios al régimen¹⁵².

Por otra parte, muy poco se ha trabajado para socializar el derecho de la competencia, son nulas o inexistentes las campañas con efectos reales para difundir el contenido y existencia del derecho de la competencia expresado por la Decisión 608 y el

¹⁴⁹ En todo caso el señor Renato Carló, presidente de la Federación de Cámara de la Pequeña Industria en una entrevista con la Radio Huancavilca indicó que las farmacéuticas transnacionales tienen el 80% de la producción a nivel nacional, siendo que de esta forma han logrado imponer precios en las materias primas de los medicamentos. A su vez hace una comparación con el mercado peruano donde los precios de los medicamentos son tres veces más bajos que en el Ecuador. http://www.radiohuancavilca.com.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=2132:industria-farmaceutica-nacional-espera-decision-gubernamental&catid=39:politics Última visita 20 de Enero 2011.

¹⁵⁰ Lan es acusada de 'prácticas predatorias' <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/lan-es-acusada-de-practicas-predatorias-344568.html> Última visita 20 de Enero 2011

¹⁵¹ Art. 12 del Decreto Ejecutivo 1614.

¹⁵² <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/libre-competencia-343127.html> Fecha de última visita 5 de Febrero del 2010.

Decreto Ejecutivo 1614. Se necesita de manera urgente, el acercamiento de la autoridad de competencia a universidades, facultades de derecho y de ingeniería comercial, colegios de abogados, cámaras de comercio o asociaciones de comerciantes, asociaciones de productores, etc.¹⁵³

La Decisión 608 en lo que respecta al Ecuador si bien fue una norma originada de una manera un tanto sui géneris, resulta ser la normativa que permitió el primer contacto del derecho de competencia con el mercado ecuatoriano. Considero que es hora que sea el pueblo del Ecuador quien desarrolle una propia normativa nacional que responda a los intereses y realidades directas del mercado nacional, dejando la Decisión 608 para lo que realmente fue creada, es decir su aplicación en la Comunidad Andina.

Una necesidad importante que tienen tanto el Ecuador como la Comunidad Andina en cuanto a la aplicación del derecho de la competencia es que en ambos casos se necesita del involucramiento de los participantes del mercado y de la sociedad para que se utilice y efectivamente se proteja a la competencia¹⁵⁴.

¹⁵³ Este es justamente uno de los puntos pendientes reconocidos por el Dr. Alvarado que deben ser trabajados por la subsecretaría.

¹⁵⁴ Esta conclusión es compartida por el Dr. Javier Cortázar quien determina que las autoridades en competencia no pueden trabajar solos sino que se necesita que se involucre la sociedad civil, esta puede ser mediante los medios de comunicación, la academia, o la participación de ONGS y grupos de activistas¹⁵⁴.

CONCLUSIONES

1.-Del estudio realizado se puede afirmar que la Decisión 608 de la Comunidad Andina constituye un avance normativo frente a la Decisión 285. La norma comunitaria actual eliminó algunos errores conceptuales y requisitos otrora necesarios para iniciar una investigación por violación a la norma en el ámbito de competencia. La misma Decisión comunitaria señala un procedimiento claro que debe seguirse, el cual se implementó para responder al principio de celeridad, con la intervención de la Secretaría General como la autoridad para llevar adelante la investigación buscando imparcialidad, y contar con el apoyo de los organismos de competencia internos de cada país miembro como asistencia en lo que corresponda, práctica de las pruebas, recoger versiones, receptar documentos, y otros que llegue a determinar la propia autoridad. La Decisión otorga también a la Comunidad por primera vez las herramientas necesarias para sancionar a los competidores que realicen prácticas anticompetitivas, incluidas sanciones económicas.

2.-Es importante señalar que si bien la Decisión 608 regula las prácticas restrictivas de la competencia y el abuso de posición de dominio, existe un tercer aspecto del derecho de la competencia el cual no ha sido completamente regulado en la Comunidad Andina, me refiero a la competencia desleal. Si bien la competencia desleal se encuentra regulada en parte por la Decisión 486 Régimen Común sobre Propiedad Industrial en la cual se regula la competencia desleal desde un punto de vista del derecho marcario, es decir la afectación que puede tener una marca por intentos de producir confusión en marcas o signos distintivos con otros agentes competidores.¹⁵⁵

¹⁵⁵ Decisión 486 G. O. del 19 de septiembre del 2000

Pero existen ciertas prácticas anticompetitivas enmarcadas estrictamente en competencia desleal, las cuales no tienen regulación alguna por parte de la Decisión 608, ni por la Decisión 486, tal como la publicidad engañosa que no afecta al consumidor, pero si afecta a la competencia.¹⁵⁶ Es por lo tanto necesario que eventualmente esta tercera área del derecho de la competencia sea regulado tanto a nivel comunitario, como a nivel nacional.

3.- En relación a la conclusión anterior una de las principales dificultades de regular la competencia desleal es que por lo general estos actos anticompetitivos producen efectos relativamente pequeños, adicionalmente son bastante comunes, lo cual lleva mucho tiempo al ente de control en conocer y sancionarlos y si se cuentan con recursos y personal limitado se puede entorpecer el conocimiento de actos anticompetitivos de mayor envergadura como pueden ser ciertas practicas restrictivas de la competencia o abuso de posiciones de dominio.

4.- En cuanto al análisis de la Decisión 608 a la luz del derecho comunitario, de este estudio se concluye que la Decisión 608 goza de aplicación directa y efecto inmediato. Por otra parte se concluye en esta investigación que la Decisión 608 es una norma de régimen común y no una norma de armonización ya que esta norma tiene un contenido rígido, obligatorio y de carácter imperativo, es por lo tanto una norma de carácter completo o *self executing*. Para llegar a esta conclusión se analizó la posición del jurista Rodrigo Garrón y se contrastaron los elementos que componen una norma de régimen común y una norma de armonización.

5.- Si bien la normativa comunitaria en materia de competencia ha visto con la Decisión 608 importantes avances a nivel teórico, estos avances resultan irrelevantes si

¹⁵⁶ A manera de ejemplo puede ser cuando el agente competidor dentro de medio de publicidad anuncia que su producto es el único que tiene beneficio, cuando este es inherente al producto pero busca poner en desventaja al resto de competidores como ejemplo puede ser: Aceite vegetal XXX único libre de colesterol, cuando los aceites vegetales per sé no tienen colesterol.

tomamos en cuenta que después de seis años desde la expedición de la norma, ésta no ha sido aplicada una sola vez en caso concreto alguno hasta la fecha.¹⁵⁷ Las razones expuestas en esta investigación del por qué la Decisión 608 no ha cumplido como se hubiera esperado han sido varias, como la falta de publicidad proveniente de la falta de recursos con los que cuenta la CAN o la falta de una cultura en materia de competencia de los Países Miembros de la Comunidad Andina, y aunque si bien influyen en un desarrollo más rápido del derecho de la competencia lo que realmente resulta evidente, a mi criterio, más allá de cualquier consideración es una falta de compromiso por parte de los Estados Comunitarios hacia la Decisión 608 y la aplicación de esta norma comunitaria. La falta de interés o de compromiso lo podemos apreciar en hechos como el que hasta el día de hoy no se ha conformado el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia. Esta falta de interés a mi criterio nace por parte de los Estados miembros de la CAN, a pesar de los aspectos inherentes que implica una Comunidad como tal, son poco receptivos a que está pueda llegar a controlar y regular los mercados de los Estados miembros. El derecho de la competencia nace con el fin de regular los mercados, y eso implica que la Comunidad, mediante la Secretaría General, puede intervenir ya sea a petición de parte o de oficio para conocer los casos de prácticas anticompetitivas en uno o varios de los Estados miembros, siempre y cuando las causas o efectos de la práctica restrictiva repercutan en otro país miembro de la Comunidad. Es por ello que pienso que deberá ser la propia Comunidad la que deba iniciar un proceso profundo para el cambio de mentalidad en los Estados Miembros y así mediante la promoción y posterior aplicación de la Decisión 608 y del derecho de la competencia dentro de la Comunidad.

¹⁵⁷ A pesar de ello tiene algunos vacíos como la ausencia de regulación en materia de competencia desleal.

Las primeras acciones reales de aplicación de la Decisión 608 deberán ser de oficio de la Secretaría General o a través de la promoción de la normativa, en última instancia sean los propios agentes competidores afectados que vean en la CAN la autoridad con los mecanismos adecuado para controlar y sancionar las prácticas anticompetitivas

6.-Sobre la Decisión 616 y la aplicación de la Decisión 608 como norma interna en el Ecuador, concluyo que si bien la Comunidad Andina no gozaba de competencia expresa para determinar la creación de normas de carácter interno, la Comunidad Andina sí gozaba de una competencia implícita para alcanzar el objetivo establecido en el artículo segundo del Acuerdo de Cartagena que busca determina como uno de los objetivos de la Comunidad el alcanzar *“El desarrollo equilibrado y armónico debe conducir a una distribución equitativa de los beneficios derivados de la integración entre los Países Miembros de modo de reducir las diferencias existentes entre ellos.”* Y es justamente la falta de una igualdad formal en las normas y regulaciones de los mercados internos lo que en parte provoca diferencias entre los Estados miembros y el desarrollo de los mismos, en el caso de las normas de competencia vemos que las prácticas anticompetitivas dificultan enormemente el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros y sus mercados.

7.- Por otra parte se podría pensar que el hecho que una norma que regula el mercado y a los agentes económicos nazca no de una discusión consensuada y a través del órgano competente, es decir la Asamblea Nacional, pueda resultar poco democrática ya que se entendería que no fue el pueblo mediante sus representantes, es decir el poder legislativo, quienes de una manera madura y democrática hayan expedido dicha norma, sino que ha sido impuesta por el órgano comunitario y aplicada mediante reglamento por parte del ejecutivo. Al respecto se debe determinar que es el propio pueblo

ecuatoriano ha sido quien eligió a sus gobernantes, de la misma forma mediante sus gobernantes y con su aprobación democráticamente se decidió de manera libre y soberana que el Ecuador sea parte de la Comunidad Andina, por otra parte la Comunidad Andina se encuentra conformada por funcionarios de los distintos países miembros, siendo que algunos son elegidos democráticamente y otros en representación de los gobiernos que han llegado al poder mediante una vía democrática. De esta manera, el órgano subregional en vista de las necesidades y carencias de los distintos países que conforman la Comunidad Andina y la necesidad de la equidad normativa ha visto la necesidad de extender sus competencias y otorgar al Ecuador una norma en materia de competencia. En mi criterio esto no puede ser considerado como un acto antidemocrático, por el contrario lo considero como un acto que es en esencia democrático, por cuanto si bien no se han seguido las vías ordinarias para expedir la normativa interna, en ningún momento se ha violentado la voluntad soberana del pueblo en la expedición de las Decisiones 608, 616 y el Decreto Ejecutivo 1614 que por el contrario han sido creadas de conformidad con los procedimientos nacionales y comunitarios al respecto.

8.-En cuanto a la aplicación de la Decisión 608 como norma interna del Ecuador, podemos decir que ésta ha servido para poner en evidencia, la necesidad de una norma de competencia propia en el país. Si bien a diferencia de la Comunidad Andina, los resultados de la aplicación de la Decisión 608 en el Ecuador, mediante el Decreto 1614 del 2009, han sido más fructíferos en comparación con los obtenidos por la Comunidad Andina.¹⁵⁸ Y aunque si bien los resultados son en principio alentadores, se ha permitido evidenciar que hay mucho que hacer en el campo del derecho de la competencia en el Ecuador, la presente investigación también ha permitido encontrar algunas debilidades

¹⁵⁸ Como son inicios de investigaciones, o por lo menos con reacciones de la ciudadanía con publicaciones en la prensa y revistas por parte de periodistas o expertos en la materia.

de la aplicación de la norma comunitaria en el País como es la posible injerencia política por parte del gobierno de turno en las resoluciones de la Subsecretaría de Competencia. Es así que entre los temas pendientes, está el de buscar la elaboración de un cuerpo normativo propio en materia de competencia, que nazca de un consenso democrático y que se ajuste a la realidad ecuatoriana. Como punto de mención especial hay que destacar que la Autoridad en competencia deba y pueda alcanzar una independencia o autonomía de influencias políticas o económicas.

9.- En Relación a la Conclusión anterior es prioritario destacar, la importancia que tiene una norma de regulación de mercado como es el derecho de la competencia, y la necesidad imperante que sea la propia ciudadanía y los agentes de comercio los que luchan por conseguir una norma objetiva que sea beneficiosa para el país y no se constituya en una herramienta para el gobierno de turno para afectar grupos económicos, beneficiando a grupos económicos partidarios o en desmedro de grupos opositores.

BIBLIOGRAFIA

- Andrade Ubidia, Santiago, *Hace falta una ley que promocióne y proteja la competencia económica*, en Revista Iuis Dictio, Universidad San Francisco de Quito, 2001
- Bautista Uribe, Ximena, *Competencias implícitas de la Comisión Andina. Estudio de un caso concreto: Decisiones 608 y 616 del 2005. Régimen de Libre Competencia Andino*, inédito, Quito, 2008.
- Cabanellas, Guillermo, *Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia*. Pág. 676. Citado por Agustín Grijalva y José Vicente Troya "Elementos para la defensa de la competencia en el Ecuador" En revista Foro Número 1, Pág.39
- Colín Villavicencio, Luis Guillermo, *El Soft Law, ¿una fuente formal más del Derecho Internacional?* <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/030330120008.html>
- Coloma, Germán, "Defensa de la Competencia" editorial Ciudad Argentina", Buenos Aires 2003
- Cortázar, Javier Andean Competition Law: Looking for the private sector or the quest for the missing link in antitrust inédito 2010
- Cortázar, Javier comenta en su artículo Decisión 608 de la Comunidad Andina: *Un paso adelante para sistema antimonopolios de la Región*. http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_colecc/documents/4Decision.pdf
- Fernández Illanes, Samuel, *El Proceso de Integración en la Unión Europea: Concordancias y divergencias con los de América Latina*. Universidad de la Rioja.
- Pinkas, Flint Blank *Tratado de defensa de la Libre Competencia*, Perú , Pontificia Universidad del Perú 2002,
- Garrón Bozo, Rodrigo Javier, *Sistema Jurisdiccional Andino y Europeo*, <http://www.juridicas.unam.mx>
- Grijalva Agustín y Vicente Troya, José *Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador*, en revista FORO, Número 1
- Ibarra Pardo, Gabriel, Conferencia sobre "La Política de la competencia en la Comunidad Andina de Naciones" Santa fe de Bogotá DC Colombia 1999.

Lozano, María Clara, *La Decisión 608 de la CAN y sus Implicaciones en Bolivia*
Boletín Latinoamericano de Competencia No. 21, febrero 2006.

Mangas, Araceli y Liñán Diego, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*,
Madrid, Tecnos, 2004.

Marcos, Francisco, *¿Una Política de Competencia para la república del Ecuador?*
Boletín Latinoamericano de Competencia No. 20, junio de 2005.

Montaño Galarza, César, *Derecho de la Integración. Derecho Comunitario*, Loja,
Universidad Técnica Particular de Loja, 2007.

Montaño Galarza, César, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Quito,
Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación
Editora Nacional, 2007.

Rubio Llorente, Francisco, “*El Derecho Público de Finales de Siglo*” Ponencia “La
Integración Supranacional”, Madrid, 1997

Tangarife Torres, Marcel, *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*,
Primera Edición, Editorial Baker & McKenzie Medellín Colombia.2002

Velandia Castro, Mauricio, *Catálogo de acuerdos restrictivos de la competencia*
.Colecciones de Derecho Económico, Universidad Externado de Colombia 2001.

Yépez, Sol María, Artículo “*La “competencia” dejó sin ley al país*”, publicado en la
Revista Gestión, Diciembre del 2002.

PAGINAS WEB

<http://www.bibliojuridica.org>

<http://www.derechoecuador.com>

http://www.radiohuancavilca.com.ec/index.php?option=com_content&view=article&i=2132:industria-farmaceutica-nacional-espera-decision-gubernamental&catid=39:politics

<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/lan-es-acusada-de-practicas-predatorias-344568.html>

<http://editordelnorte.files.wordpress.com/2010/11/analisis-de-la-economia-peruana.pdf>

<http://www.oecd.org/dataoecd/2/40/37458314.pdf>

<http://elcomercio.pe/brunosempertegui/permalink/39530748>

http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PUBLICO/integracion-comunitario.htm#_ftn24

http://europa.eu/scadplus/glossary/subsidiary_powers_es.htm

ENTREVISTAS

Alvarado Fausto.- Entrevista personal. Enero 2011

DOCUMENTOS INSTITUCIONALES DE LA COMUNIDAD ANDINA

Acuerdo de Cartagena (Decisión 563).

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Decisión 472).

Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión. (Decisión 230)

Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia (Decisión 285)

Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina (Decisión 608)

Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador (Decisión 616)

Guía Práctica para la aplicación de la Decisión 608 “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”

Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Decisión 500)

NORMAS LEGALES NACIONALES

Decreto Ejecutivo 1614 del 2009

DOCUMENTOS INSTITUCIONALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Acta Única Europea

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea

Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea