



UNIVERSIDAD DEL PACIFICO

ESCUELA DE NEGOCIOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

RAMIRO BORJA Y BORJA

**PLAN DE TESIS PREVIA A LA OBTENCION DEL
TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPUBLICA DEL
ECUADOR**

**TEMA:
RÉGIMEN LEGAL DEL DERECHO DE COMPETENCIA EN EL ECUADOR Y EN LA
COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES**

**AUTOR
Randy Cardona Aguirre**

**DIRECTOR
Ab. Juan Carlos Sanchez Barrezueta**

Guayaquil - Ecuador

2009

DECLARACION DE AUTORIA

Yo, Randy Cardona Aguirre, declaro ser el autor exclusivo de la presente tesis.

Todos los efectos académicos y legales que se desprendieren de la misma son de mi responsabilidad.

Por medio del presente documento cedo mis derechos de autor a la Universidad Del Pacífico –Escuela de Negocios – para que pueda hacer uso del texto completo de la Tesis de Grado “RÉGIMEN LEGAL DEL DERECHO DE COMPETENCIA EN EL ECUADOR Y EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES” con fines académicos y/o de investigación.

Guayaquil, 21 de Septiembre del 2009

Randy Cardona Aguirre

CERTIFICACION

Yo, Abogado Juan Carlos Sánchez Barrezueta, profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Del Pacífico, como Director de la presente Tesis de Grado, certifico que el señor Randy Cardona Aguirre, egresado de esta Institución, es el autor del presente trabajo, el mismo que es auténtico, original e inédito.

Guayaquil, 21 de Septiembre del 2009.

Ab. Juan Carlos Sánchez Barrezueta, MDUE
Director de Tesis

DOCUMENTO DE CONFIDENCIALIDAD

La Universidad Del Pacífico, se compromete a no difundir públicamente la información establecida en la presente Tesis de Grado “RÉGIMEN LEGAL DEL DERECHO DE COMPETENCIA EN EL ECUADOR Y EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES”, de autoría del señor Randy Cardona Aguirre, en razón que ésta ha sido elaborada con información confidencial.

Tres copias, escritas y digitales, de esta Tesis de Grado quedan en custodia de la Universidad Del Pacífico, las mismas que podrán ser utilizadas para fines académicos y de investigación.

Para constancia de este compromiso, suscribe

Guayaquil, 21 de Septiembre del 2009.

Ab. Octavio Roca de Castro

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

AGRADECIMIENTO

A Dios quien es el Ser Supremo y sin él nada de esto fuese posible.

A mi familia en especial a mi Madre quien fue el empuje e inspiración para lograr el ansiado título.

A la Universidad Del Pacifico, institución quien ha hecho posible culminar mi carrera, a todos sus profesores, quienes con sus conocimientos hicieron posible cumplir con este objetivo.

Randy Cardona Aguirre

DEDICATORIA

Dedico este título a Dios por haberme dado el valor de cruzar todas las adversidades que se presentaron durante mi carrera.

A mi Madre -quien fue un padre también para mí-, ya que nunca lo tuve. Ella fue quien hizo posible esto. Por eso dedico este logro a mi Madre.

Randy Cardona Aguirre

INDICE DE LA TESIS

“RÉGIMEN LEGAL DEL DERECHO DE COMPETENCIA EN EL ECUADOR Y EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES”

- Declaración de autoría.-
- Certificación.-
- Documento de confidencialidad.-
- Agradecimiento.-
- Dedicatoria.-

CAPÍTULO I.-

ANTECEDENTES HISTORICOS Y NORMATIVOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

- 1.1. Antecedentes.-
- 1.2. La Ley Sherman de 1890 (Sherman Act).-
- 1.3. La Ley Clayton de 1914 (Clayton Act).-
- 1.4. La Ley Robinson-Patman de 1936 (Robinson-Patman Act).-
- 1.5. La Ley Celler-Kefauver de 1958 (Celler-Kefauver Act).-
- 1.6. La Ley Hart-Scott-Rodino de 1976 (Hart-Scott-Rodino Act).-

CAPÍTULO II.-

ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL DERECHO DE COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA.

- 2.1. Antecedentes.-

- 2.2. Comunidad del Carbón y del Acero 1951 (TRATADO CECA).-
- 2.3. Comunidad Económica Europea 1957 (TRATADO CEE).-
- 2.4. Derecho Comunitario Europeo.-

CAPÍTULO III

ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL DERECHO DE COMPETENCIA EUROPEA EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES.

- 3.1. Antecedentes.-
- 3.2. La Decisión 283 del Acuerdo de Cartagena.-
- 3.3. La Decisión 284 del Acuerdo de Cartagena.-
- 3.4. La Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena.-
- 3.5. La Decisión 457 del Acuerdo de Cartagena.-
- 3.6. La Decisión 489 del Acuerdo de Cartagena.-
- 3.7. La Decisión 608 del Acuerdo de Cartagena.-
- 3.8. El Régimen jurídico de la competencia en la Comunidad Andina de Naciones.-

CAPÍTULO IV

RÉGIMEN ECUATORIANO: DEFINICIÓN DE DERECHO DE COMPETENCIA EN ECUADOR, ESQUEMA CONCEPTUAL, ACTUALIDAD LEGAL Y CONSTITUCIONAL.

- 4.1. Antecedentes en la Constitución Política del Ecuador de 1998.-
- 4.2. Normativa vinculada al Derecho de la Competencia, contempladas en la Constitución Política del Ecuador de 1998.-
- 4.3. Normativa que permite el Derecho de la Competencia, contemplada en la Constitución de la República del Ecuador de 2008.-
- 4.5. Crítica al artículo 335 de la Constitución de la República del Ecuador, que distorsiona el Derecho de la Competencia.-

4.6. Normativa que permite el Derecho de la Competencia, contemplada en Decreto Ejecutivo 1614 de 13 de marzo de 2009.-

4.7. Crítica a la normativa que permite el Derecho de la Competencia, contemplada en Decreto Ejecutivo 1614 de 13 de marzo de 2009.-

4.8. El Decreto Ejecutivo 1614 de 13 de marzo de 2009, carecería en su esencia de fundamento constitucional.-

4.9. El Decreto Ejecutivo 1614 de 13 de marzo de 2009, carecería en su esencia de un verdadero esquema conceptual del derecho de la competencia.-

4.10. Concepto del derecho de la competencia.-

CAPITULO V

ELEMENTOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

5.1. El mercado.-

5.2. Mercados Reales y Mercados Potenciales.-

5.3. La Lealtad comercial.-

5.4. Los sujetos.-

- a) Los operadores económicos concurrentes.-
- b) Las autoridades estatales y supra estatales.-
- c) Los consumidores.-

CAPÍTULO VII

REGLAS DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

6.1. La regla per sé.

6.2. La regla de la ilegalidad.

7.3. La regla de la razón.

- a) La naturaleza.

- b) El propósito.
- c) El efecto de la restricción a la competencia.

CAPÍTULO VII

MERCADO RELEVANTE DE PRODUCTO Y MERCADO GEOGRÁFICO RELEVANTE Y ACTOS ANTI-COMPETITIVOS

- 7.1. Mercado relevante.
- 7.2. Mercado relevante del producto.
- 7.3. El mercado geográfico relevante.
- 7.4. Identificación de las empresas que participan en el mercado relevante.
- 7.5. Cálculo de las participaciones de mercado.
- 7.6. Concentración y participación en el mercado.
- 7.7. Los actos anti competitivos.
- 7.8. Acuerdos horizontales.
- 7.9. Acuerdos verticales.
- 7.10. El abuso de posición dominante.
- 7.11. Abuso de dependencia económica.
- 7.12. Política de Competencia
 - Conclusiones
 - Proyecto de ley de derecho de la competencia económica
 - Anexos
 - Bibliografía

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS Y NORMATIVOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

1.1. Antecedentes.-

El derecho de la competencia tiene su origen histórico en el advenimiento de la revolución industrial y en el desarrollo de las doctrinas filosóficas liberales, en su forma primitiva es estrictamente antimonopolio, su función es por tanto, la persecución y sanción de cualquier forma de monopolio. Algunos como sir Edward Coke, señalan que hay indicios de protección anti monopolio en el Derecho Romano, en la Carta Magna Inglesa y en las ciertas Leyes de Eduardo III.

No obstante, la relación de esta rama del derecho con la filosofía liberal, esta no se confunde ni depende de aquella este tema lo tratare en el desarrollo del capítulo relativo a los fines del derecho de la competencia.

El desarrollo propiamente legislativo, surge en los Estado Unidos de América como reacción del gobierno federal, frente a la incapacidad de las legislaturas estatales de pone bajo control a las concentraciones económicas desarrolladas mediante *Trusts*, establecidos para impone precios y repartición de mercados especialmente de materias primas y capitales.

1.2. La Ley Sherman de 1890 (Sherman Act).-

Por iniciativa del legislador John Sherman, en el año de 1890, el Congreso de los Estados Unidos de América, sanciona la así denominada "*Sherman Act*", ley que destina a prohibir todo acto, combinación o contrato para restringir el comercio o generar monopolios, sancionando por tanto, al objeto como al efecto del monopolio.

1.3. La Ley Clayton de 1914 (Clayton Act).-

En el año 1914, se sanciona la "*Clayton Act*", ley creada para el refuerzo de la "*Sherman Act*", a través de la prohibición de conductas que permitan la constitución

de monopolios y la restricción del comercio por esta vía, contiene tres prohibiciones generales y una accesoria:

Primera Prohibición.- “... Los Consejos de Administración comunes dirigidos a debilitar la competencia, esto es, cuando un mismo Director está presente en el Consejo de Administración de dos o más empresas competidoras entre sí”;

Segunda Prohibición.- “...Las ventas ligadas o atadas denominadas (*Full Time Forcing*), este tipo de contrato obliga a los compradores a adquirir otros artículos que los que originalmente le interesaban, de entre los producidos por la empresa vendedora, so pena de no poder adquirir el que realmente buscaba, por lo tanto, esto ayuda a una empresa con un producto particularmente atractivo a utilizarlo para monopolizar la venta de otros bienes conexos en desmedro de los productores competidores;

Tercera Prohibición.- “...Establece vigilancia sobre las concentraciones económicas sean fusiones o adquisiciones, es decir, que prohibía a las compañías, absorber a otras empresas comprando sus acciones, si esto reducía sustancialmente la competencia, sin embargo esta disposición era fácilmente burlada mediante la compra de los activos físicos de la empresa cuya adquisición accionaria iba a ser prohibida por la autoridad...” ; y,

Prohibición Accesorias.- “...La Ley Clayton prohibía también, que se diera trato preferencial a ciertos consumidores con descuentos o otros mecanismos, bajo condición de que no adquieran o usen productos ofertados por empresas competidoras...”.

En este mismo año 1914, la Legislatura Federal Estadounidense pone en vigencia la Ley que crea la Comisión Federal de Comercio (*Federal Commission Act*), normativa que por una parte, crea la entidad rectora del comercio en la Federación y por la otra, plasma las prácticas que configuran la competencia desleal dentro del comercio.

Cabe señalar que la competencia para el análisis y la capacidad sancionadora la comparten la Comisión Federal de Comercio con el Ministerio Público, entidad que puede de oficio perseguir los actos anticompetitivos.

1.4. La Ley Robinson-Patman de 1936 (Robinson-Patman Act).-

La “*Robinson-Patman Act*”, ley de 1936 cuyo postulado esencial es prohibir la discriminación del pequeño comerciante frente al gran distribuidor, que beneficia en precios al gran comprador en desmedro del comprador normal, a cuenta de la generación de ahorros de escala, colocándolos en igualdad de condiciones.

Esta particularidad hace que las escuelas economicistas del derecho de la competencia especialmente, la Neo-liberal de la Universidad de Chicago, inspirada en los preceptos de Posner, aborrecen esta legislación tachándola de incomprensible y atentatoria contra el derecho de la competencia, pues no comprenden que la protección al mercado también pueda abarcar la protección de los competidores.

Esta escuela de Chicago, confunde los objetivos del derecho de la competencia con los del derecho de consumidores, afirmando que -los ahorros de escala- producen precios bajos y este es el fin del “derecho de la competencia”, sin darse cuenta que por esa vía se llega precisamente, a justificar el monopolio, protegerlo y a sus excesos en aras de los precios bajos, sin importar que esto restringe la competencia y al hacerlo restringe necesidades de orden público como la generación de empleo, que no hay que olvidar quien es el consumidor final es normalmente un trabajador, que nunca conseguiría empleo para pagar dichos bajos precios sin empresas en competencia.

1.5. La Ley Celler-Kefauver de 1958 (Celler-Kefauver Act).-

La Ley Celler-Kefauver de 1958, tiene por objeto evitar las concentraciones empresariales, corrigiendo los defectos de la Ley Clayton, mediante la prohibición de limitar la competencia a través de la compra de los activos físicos de las compañías competidoras.

1.6. La Ley Hart-Scott-Rodino de 1976 (Hart-Scott-Rodino Act).-

La Ley de Desarrollo Anti Monopolio de 1976, de acuerdo con la Ley Hart-Scott-Rodino, sobre Mejoras Anti monopolísticas, tiene por objeto remitir comunicación a la Comisión Federal de Comercio y al Departamento de Justicia antes de que se realice una adquisición de acciones o activos, que supere los umbrales establecidos de acuerdo con el tamaño de la firma y de la transacción.

Por lo general, se requiere una notificación previa a la fusión si se cumplen todas las condiciones siguientes:

- (1) la parte adquiriente o la parte adquirida participa en el comercio interestatal,
- (2) una de las partes tiene un total anual de ventas o un total de activos de \$ 100 millones o más y la otra tiene un total anual de ventas o un total de activos de \$ 10 millones o más; y,
- (3) como resultado de la adquisición, la parte adquiriente retendrá títulos-valores con derecho a voto o activos de la firma adquirida por un monto superior a los \$ 15 millones, o el 50% o más de las acciones con derecho a voto o activos de una firma con un total anual de ventas o un total de activos de \$ 25 millones o más.

Por otra parte el desarrollo normativo jurisprudencial en los Estados Unidos de América, por su abundancia y complejidad, no van ser tratados aquí por los alcances de la presente tesis.

No obstante lo antes mencionado, si me es posible mencionar como fuente jurisprudencial común del Derecho de Competencia, a las **MERGER GUIDELINES**¹, que

¹www.derechodelacompetenciablogspot.com

son un sistema de reglas que pretenden lograr la determinación del mercado relevante o de referencia, concepto esencial para la determinación, la aplicación o no de las normas de competencia, a un determinado supuesto de concurrencia mercantil en conflicto, pues si el mercado de referencia no reviste mayor relevancia el mercado no se ve afectado en forma alguna y no cabe aplicación del régimen.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL DERECHO DE COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA.

2.1. Antecedentes.-

El germen del Derecho de la Competencia europeo comienza a vislumbrarse en los años inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

En aquel momento se hacía necesario proceder a la reconstrucción del sistema económico ya que se había constatado *-que era inoperante-*. El sistema vigente hasta ese momento era a través de múltiples mercados de los propios estados nacionales. Por ello, la reforma se tendría que dirigir principalmente a restaurar la libertad sobre los insumos básicos de la industria de la energía y el acero, cuya expresión económica exigía que se eliminasen las restricciones a la competencia así como las trabas monopolísticas y por tanto, la necesidad de instaurar determinadas normas que protegiesen la libre competencia en el mercado.

2.2. Comunidad del Carbón y del Acero 1951 (TRATADO CECA).-

Sobre la base del Plan Schuman, seis países firman un tratado para gestionar sus industrias pesadas —carbón y acero— de forma común. De este modo, ninguno puede individualmente fabricar armas de guerra para utilizarlas contra el otro, como ocurría en el pasado. Los Estados miembros originarios son Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos. Nace así el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero², (CECA) 18 de abril de 1951.

2.3. Comunidad Económica Europea 1957 (TRATADO CEE).-

²http://europa.eu/abc/history/1945-1959/index_es.htm

Sobre la base del éxito del Tratado constitutivo de la Comunidad del Carbón y del Acero, los seis países miembros amplían la cooperación a otros sectores económicos. Firman el Tratado de Roma³, 25 de marzo de 1957 creando la Comunidad Económica Europea (CEE), o “Mercado Común”. El objetivo es que personas, bienes y servicios puedan moverse libremente a través de las fronteras.

2.4. Derecho Comunitario Europeo.-

El Derecho comunitario europeo⁴ (o Derecho de la Unión Europea) es el conjunto de normas y principios que determinan el funcionamiento, corporación y competencias de la Unión Europea. Se caracteriza por tratarse de un orden jurídico *sui generis*, diferenciado del Derecho internacional así como del orden jurídico interno de los países miembros.

Su nombre deriva de las Comunidades Europeas (CE), que existen desde los años 50 (Comunidad Europea del Carbón y del Acero, Comunidad Económica Europea y Comunidad Europea de la Energía Atómica). Con el Tratado de la Unión Europea (más conocido como Tratado de Maastricht), de 1992, estas tres Comunidades quedan englobadas dentro de la Unión Europea.

2.5. Primacía del Derecho Comunitario Europeo.-

El Derecho emanado de las instituciones comunitarias en ejercicio de su poder normativo prevalece sobre el Derecho nacional. Este carácter de supremacía⁵ se fundamenta en la cesión de soberanía que los Estados miembro realizan en favor de las instituciones europeas. Tal cesión sólo es posible dotando de superioridad jerárquica a la norma comunitaria en materias de su competencia. Algunos autores interpretan la doctrina del Tribunal de Justicia de la

³http://europa.eu/abc/history/1945-1959/index_es.htm

⁴http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_comunitario_europeo

⁵http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_comunitario_europeo

Unión Europea en el sentido de que la norma comunitaria primaría incluso sobre aquellas normas nacionales de rango constitucional.

La primacía del ordenamiento comunitario es de aplicación obligatoria por parte del poder judicial. La característica no se garantiza a través de un mandato al ejecutivo o al legislativo, sino que tal y como señaló el Tribunal de Justicia de la UE, es el juez competente en una materia determinada quien está obligado a "aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin aplicación toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional anterior o posterior a la regla comunitaria".

2.6. Aplicabilidad Directa del Derecho Comunitario Europeo.-

El Derecho comunitario se integra en los ordenamientos jurídicos de los países miembros, de manera que no necesitan de fórmula especial alguna para que sea insertado y pase a formar parte de los distintos ordenamientos jurídicos internos. No se puede tratar de evitar la normativa comunitaria en base a un eventual incumplimiento del procedimiento de recepción del Estado en cuestión. En el caso de las decisiones y directivas, que sencillamente marcan unos objetivos de obligado cumplimiento dejando su ejecución en manos de cada Estado miembro, no es que se produzca una recepción propiamente dicha, sino que sencillamente la forma de ejecutar los objetivos es determinada en función del libre arbitrio de cada Estado.

2.7. Normativa del Derecho de la Competencia Europeo.-

Desde este momento y hasta nuestros días se ha ido incorporando distintas normas en el ordenamiento jurídico comunitario que preservan las condiciones de igualdad de los agentes que operan en el mercado, en aras a la protección al principio básico de *-no discriminación-* inspirador del sistema jurídico comunitario.

Con ello se han excluido y sancionado aquéllas prácticas que pueden falsear o restringir o distorsionar la competencia.

Como se ha mencionado anteriormente, la práctica de los Estados miembros de la Unión Europea, han adoptado normas protectoras de la competencia, por lo que se produjo una dualidad de legislaciones: por un lado *-la regulación comunitaria-*, y por otro, *-las legislaciones nacionales de los Estados Miembros-*, impuestas por el Plan Marshall.

Ambas legislaciones son autónomas entre sí, ya que cada una tiene su propio campo de aplicación, y así el derecho comunitario se aplicará cuando en concurrencia con otros aspectos, la conducta afecte al comercio “intracomunitario” entre Estados Miembros, mientras que las legislaciones internas de los Estados Miembros serán de aplicación, para aquellas conductas que afecten únicamente al mercado nacional de que se trate.

En el supuesto en que exista competencia concurrente sobre una materia entre el derecho nacional y el derecho comunitario, en cumplimiento del principio de primacía, regirá el derecho comunitario.

Las normas capitales del Derecho de la Competencia Europeo, se encuentran en los artículos 85 y 86 del antiguo Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957, hoy artículos 81 y 82, según las reformas del Tratado a partir del tratado de Maastricht en 1992, y cuyas características esenciales exponemos a continuación:

➤ **Artículo 81 del Tratado de la Unión Europea⁶ (TUE):**

“...1.- Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre Estados Miembros

⁶http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/ttce.l3t6.html

y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular los que consistan en:

- a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) Subordinar 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.

2.- Los acuerdos prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3.- No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- Cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;
- Cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;
- Cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven a l mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:
 - a) Impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
 - b) Ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate...”.

➤ **Artículo 82 del Tratado de la Unión Europea⁷ (TUE):**

“...Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) Limitar 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) Subordinar 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...”.

2.8. Conductas restrictivas de la competencia.-

El artículo 81 del Tratado de la Unión Europea (TUE), es el marco jurídico por medio del cual, la Comunidad que integra el “Mercado Común” (27 Estados miembros), prohíbe el ejercicio de determinadas conductas, **-que se entienden restrictivas de la competencia-** y cuyos elementos esenciales son:

⁷http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/ttce.l3t6.html

- 1) *existencia de un acuerdo;*
- 2) *que este acuerdo sea restrictivo de la competencia; y,*
- 3) *que este acuerdo afecte al comercio entre Estados Miembros de la Comunidad Europea.*

2.9. Existencia de un acuerdo.-

En el ejercicio de las relaciones comerciales, ha quedado ampliamente demostrado que en ocasiones para las empresas intervinientes, les sería más favorable pactar entre ellas que competir. Por ello, en la norma que analizamos, se prohíbe que las empresas lleven a cabo acuerdos que puedan distorsionar la competencia en el mercado, con el fin de que no sea posible sustituir la recomendable rivalidad que debe existir entre ellas para que el mercado funcione correctamente.

En este artículo se hace referencia a tres formas que evitan el encuentro de voluntades entre los operadores:

- a) **Acuerdos.-** Los acuerdos que se estiman restrictivos de la competencia son aquellos que se toman entre empresas que son independientes, es decir no se produciría violación de la competencia entre empresas filiales, ya que en estos casos estamos en presencia de una mera estrategia empresarial dentro de un mismo grupo, en el que se produce un simple reparto de mercados y por tanto no sería un acuerdo entre “empresas” propiamente dicho ya que no existe el elemento de la independencia anteriormente mencionado, como en el caso de las franquicias.
- b) **Asociación de Empresas.-** Por otra parte las decisiones de asociación de empresas, son equivalentes a los “acuerdos”, en otras palabras y a modo de ejemplo, estamos ante la misma situación tanto si las empresas se pusieran de

acuerdo para fijar precios, como si esas mismas empresas se asocian y fijan precios que restringen la competencia por hacer imposible la entrada de otros competidores.

- c) **Prácticas Concertadas.**- Por último, nos encontramos ante un supuesto de prácticas concertadas cuando se pueda probar con garantía suficiente que el curso paralelo de comportamiento entre ambas empresas implicadas, es fruto de una colaboración concertada. Lo que deja fuera de la regulación las conductas inconscientemente, paralelas.

2.10. Que el acuerdo sea restrictivo de la competencia.-

Existen dos modos de restringir la competencia: Competencia Horizontal y Competencia Vertical.

- a) **Competencia Horizontal.**- Estamos en presencia de la llamada competencia horizontal, cuando la misma, se produce entre empresas de un mismo nivel y de un mismo sector productivo.

- b) **Competencia Vertical.**- Estamos en presencia de competencia vertical cuando la competencia se produzca entre operadores que se encuentran en distintos niveles de producción, pero en el mismo sector productivo. En este último supuesto de competencia vertical, está permitida la recomendación de precios, así como la fijación de precios máximos o la asignación de categorías de clientes, ya que se estima que en este caso lo que en realidad se pretende es proteger la relación de competencia entre distribuidores de una empresa principal.

2.11. Afección al comercio entre Estados Miembros.-

A este respecto del primer apartado del artículo 81 del TUE, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), ha puesto de manifiesto en su jurisprudencia, no sería de aplicación si el efecto del acuerdo no impacta al “comercio intracomunitario”. Además ésta afección al comercio entre “Estados Miembros” ha de ser sensible, y este concepto habrá de ser analizado *caso por caso* ya que no existe una cifra a predeterminedada de la cual se entienda que un acuerdo afecta sensiblemente al comercio comunitario, sino que lo que se trata de evitar con esta norma, es que no se prohíban los acuerdos que tienen un efecto insignificante en el mercado y que por tanto no son capaces de distorsionar o falsear la competencia en el mercado comunitario por elemental economía procesal.

Así siguiendo el análisis del artículo 81 DEL TUE, en su apartado segundo, se indica que los acuerdos, que se han explicado con anterioridad, *serán nulos de pleno derecho* y por tanto las consecuencias que se derivan de la conclusión de este tipo de acuerdos restrictivos de la competencia, son de dos tipos:

- a) **Civiles.**- De manera que el acuerdo es nulo, tal y como estipula el artículo 81 objeto de este examen, y en consecuencia no podría ser invocable ante los Tribunales de justicia.

- b) **Administrativas.**- Imposición de sanciones y multas.

Por último en relación al apartado número tres del precitado artículo 81 del TUE, solamente cabe mencionar que para determinados acuerdos que en principio podrían ser considerados como restrictivos de la competencia, debe solicitarse una exención, siempre que se cumplan las condiciones que estipula este apartado. Esta exención, podrá ser individual, en cuyo caso será preciso notificarlo, a la autoridad, con la intención de que posteriormente al estudio del tema se proceda a la exención, y por otro lado la exención podrá establecerse por categorías de acuerdos a través de distintos reglamentos que prevén estos supuestos.

CAPÍTULO III

ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL DERECHO DE COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD ANDINA.

3.1. Antecedentes.-

El 26 de mayo de 1969, cinco países sudamericanos (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú) firmaron el Acuerdo de Cartagena⁸, con el propósito de mejorar, juntos, el nivel de vida de sus habitantes mediante la integración y la cooperación económica y social.

De esa manera, se puso en marcha el proceso andino de integración conocido, en ese entonces como Pacto Andino, Grupo Andino o Acuerdo de Cartagena. El 13 de febrero de 1973, Venezuela se adhirió al Acuerdo. El 30 de octubre de 1976, Chile se retiró de él.

La historia del Grupo Andino, que hoy conocemos con el nombre de Comunidad Andina, se ha caracterizado por avances y retrocesos como ocurre con cualquier otro grupo de integración.

En los diez primeros años del proceso de integración (década del setenta) se formaron casi todas los órganos e instituciones andinas, con excepción del Consejo Presidencial Andino que nació en 1990.

La política o modelo predominante en los setenta era un “modelo de sustitución de importaciones”, o “cerrado”, que protegía a la industria nacional imponiendo

⁸<http://www.comunidadandina.org/quienes/resena.htm>

aranceles altos a los productos que venían de afuera. El Estado y la planificación tuvieron mucha importancia en esta etapa.

Ese modelo entró en crisis. La década de los ochenta fue tanto para los países andinos como para la integración andina, una década perdida. La crisis de la deuda afectó a todos los países de la región, desde México hasta Argentina y se reflejó en la integración, que sufrió un estancamiento.

A fines los ochenta, en 1989, en una reunión efectuada en Galápagos (Ecuador), se decidió abandonar el modelo de desarrollo cerrado y dar paso al modelo abierto. El comercio y el mercado adquirieron prioridad, lo que se reflejó en la adopción de un Diseño Estratégico y un Plan de Trabajo, donde el tema comercial era el predominante.

Los países andinos eliminaron entre si los aranceles y formaron una zona de libre comercio en 1993, donde las mercaderías circulaban libremente. Esto permitió que el comercio intracomunitario creciera vertiginosamente y que también se generaran miles de empleos. Se liberalizó también los servicios, especialmente de transporte en sus diferentes modalidades.

En 1997, los Presidentes decidieron, a través del Protocolo de Trujillo, introducir reformas en el Acuerdo de Cartagena para adaptarla a los cambios en el escenario internacional. Esta reforma permitió que la conducción del proceso pase a manos de los Presidentes y que tanto el Consejo Presidencial Andino como el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores formen parte de la estructura institucional. Se creó la Comunidad Andina en reemplazo del Pacto Andino.

En la presente década, se fueron haciendo cada vez más notorias las limitaciones del modelo abierto de integración, que si bien había permitido el crecimiento del comercio, mantenía intocados los problemas de la pobreza, de exclusión y de desigualdad. Es así como en el 2003 se incorpora la vertiente social al proceso de integración y se dispone por mandato presidencial (Quirama, 2003) el establecimiento

de un Plan Integrado de Desarrollo Social y poco a poco se va recuperando para la integración los temas de desarrollo que estuvieron presentes en los inicios del proceso, pero que habían sido abandonados..

En abril de 2006, Venezuela decidió retirarse de la CAN y el 20 de setiembre de este mismo año, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores otorgó a Chile la condición de País Miembro Asociado de la Comunidad Andina, abriendo el camino para su reingreso.

3.2. La Decisión 283 del Acuerdo de Cartagena.-

La Decisión 283 de la Comunidad Andina relacionadas con el derecho de la competencia, contiene normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de *dumping* o subsidios.

3.3. La Decisión 284 del Acuerdo de Cartagena.-

La Decisión 284 de la Comunidad Andina relacionadas con el derecho de la competencia, contiene normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por restricciones a las exportaciones.

3.4. La Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena.-

La Decisión 285 de la Comunidad Andina relacionadas con el derecho de la competencia, contiene normas que tienen por objeto prevenir o corregir distorsiones en la competencia resultantes de prácticas restrictivas de la libre competencia. (Armonización de políticas macroeconómicas). Con la Decisión 285 expedida en 1991 por la Comisión Andina se pretendió contrarrestar aquellos actos anticompetitivos que no estuvieran relacionados con el antidumping y tomó como modelo las normas de la Comunidad Europea para prevenir este tipo de prácticas, aunque no se utilizaron

los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, los cuales son considerados el cimiento de la política de la competencia en la Comunidad Andina.

3.5. La Decisión 457 del Acuerdo de Cartagena.-

Entre las decisiones y resoluciones emitidas por la Comunidad Andina relacionadas con el derecho de la competencia, se citan a la Decisión 457, que contiene normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de subvenciones en importaciones de productos originarios de países miembros de la Comunidad Andina.

3.6. La Decisión 489 del Acuerdo de Cartagena.-

La Decisión 489 de la Comunidad Andina relacionadas con el derecho de la competencia, contiene normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de a libre competencia. (Armonización de políticas macroeconómicas).

3.7. La Decisión 608 del Acuerdo de Cartagena.-

La Decisión 608 de la Comunidad Andina relacionadas con el derecho de la competencia, contiene normas para la protección y promoción de la libre competencia en la subregión. La Decisión 608 de 2005 sustituye a la Decisión 285 de 1991 y busca poner a tono la legislación andina con los procesos de integración que se están adelantando con la Unión Europea, Estados Unidos, MERCOSUR y el Asia Pacífico.

Es definitivo el impacto positivo que trae la Decisión 608 de la CAN, a diferencia de la 285 que no dejó resultado concreto. Esta nueva decisión trae elementos novedosos que permiten a ese organismo actuar de manera directa en los países miembros a través de investigaciones, imposición de sanciones, hasta instrucción a los gobiernos.

Con esta Decisión la Comunidad Andina de Naciones, pretende viabilizar el cómo poder dar buen uso a estas nuevas normas; como el Estado, siendo el agente económico más importante no puede quedar de lado en las reglas de competencia que definitivamente no son exclusivas del sector privado. Máxime cuando el intervencionismo impera en la región latinoamericana facilitando así las distorsiones económicas por parte del Estado, y además casi siempre sin sanción alguna.

Pero es cardinal considerar que necesitamos la constancia y voluntariedad de todos los países miembros para permitir que la CAN, con base a la experiencia europea alcance los objetivos de esta decisión en beneficio de nuestros capitalismos incipientes.

La Decisión 608 puede ser el instrumento que empiece a marcar la diferencia. Bien administrada, esto es, logrando un equilibrio que es sutil, entre fortaleza y ecuanimidad, puede ayudar a imprimir un ritmo diferente en el funcionamiento de nuestros capitalismos.

Pese a las críticas, es innegable que la CAN ha dinamizado el comercio regional de forma inconcebible en 1969 y con esta decisión se puede generar un impulso aún más significativo, especialmente si se adopta el criterio amplio de aplicación. Los elementos especulativos que sirven para justificar la jurisdicción ayudan asimismo a ampliar los horizontes tanto de la CAN como de los empresarios.

3.8. El Régimen jurídico de la competencia en la Comunidad Andina de Naciones.-

El régimen jurídico de la competencia en la Comunidad Andina está compuesto de varias decisiones emitidas por la Secretaria de la Comunidad. Bajo el marco referencial de que no puede existir capitalismo moderno sin un régimen de regulación del mercado y de libre competencia de los operadores económicos tanto públicos como privados.

Es obligación de los estados miembros trasponer esta normativa a la legislación nacional y designar representantes principales y alternos para formar un comité regional.

Pero al no operar en la Comunidad Andina, **los conceptos de primacía y eficacia directa**, como de la comunidad Europea, la decisión no llegó a tener la vigencia tal y como se esperaba dado su texto, de hecho debieron pasar varios años antes de que se dictaran las leyes nacionales o se adaptaran las normas que ya existían en Colombia, Venezuela y posteriormente en Perú, donde actualmente esta rama del derecho ya ha tenido desarrollo incluso jurisprudencial.

El caso de Bolivia es complejo, ya que es actualmente, el único país de la Comunidad Andina de Naciones que no cuenta con mecanismo de aplicación de esta legislación, en gran medida debido a la condición de pre modernidad en que la mayoría de su población que es de ascendencia aborigen de escaso desarrollo social, cultural y económico.

El Ecuador el 13 marzo de 2009 designó la Autoridad Nacional⁹ de la Competencia vía Decreto Ejecutivo No. 1614, publicado en el Registro Oficial 558 del 27 de marzo de 2009, para que aplique la normativa sin que aun se sancione una Ley, propiamente.

En el Decreto Ejecutivo No. 1614 se designa como autoridad de aplicación de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina, al Ministro de Industrias y Productividad, y como autoridad investigadora a la Subsecretaría de Competencia, que se crea dentro de dicho Ministerio.

La Decisión sobre la protección de la libre competencia emitida por la Secretaria de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) es la conocida Decisión No. 608 de 21 de marzo de 1991, que tiene por objetivo establecer un régimen general para la libre concurrencia de bienes y servicios -en el ámbito de la comunidad-.

⁹<http://www.sigob.gov.ec/decretos/Decretos20072009.aspx>

La Decisión No. 608 de 21 de marzo de 1991, es una importante normativa de inspiración europea en materia de defensa de la competencia, aunque está incompleta en materia de defensa contra la competencia desleal.

Se complementa en materia de Anti Dumping por las Decisiones No. 456, que regula estos actos cuando se trata de importaciones originarias de países comunitarios; y, por la Decisión No. 283, que regula las distorsiones de este tipo cuando la importación es originaria de países extra comunitarios (estados miembros que no conforman la comunidad).

En materia de Subvenciones la libre competencia está regulada por las Decisiones No. 457, en el supuesto intra comunitario (dentro de la comunidad); y, por la Decisión No. 283, en el supuesto extra comunitario.

No hay sustancial desarrollo reglamentario como en el caso de las **MERGER GUIDELINES**¹⁰, del caso estadounidense.

Por el lado jurisprudencial en cambio, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, mediante el mecanismo de Interpretación Prejudicial, ha dado mayor importancia a las cuestiones paradójicas de propiedad intelectual e industrial, que coadyuvan al monopolio y sus abusos, antes que a las más trascendentes que fomentan la competencia justa.

¹⁰www.derechodelacompetenciablogspot.com

CAPÍTULO IV

RÉGIMEN ECUATORIANO: DEFINICIÓN DE DERECHO DE COMPETENCIA EN ECUADOR, ESQUEMA CONCEPTUAL, ACTUALIDAD LEGAL Y CONSTITUCIONAL.

4.1. Antecedentes en la Constitución Política del Ecuador de 1998.-

En la República del Ecuador, mientras vigente se encontraba la Constitución Política de la República, no existió una ley especial que combata los monopolios y oligopolios, siendo el estado ecuatoriano a veces uno de los principales infractores de la normativa comunitaria andina.

En aquella Constitución de 1998 existieron normas jurídicas que consagraban estos principios pero no hubo jamás una ley especial de la materia, ni tampoco se había creado una autoridad nacional de la competencia. Dentro de los procesos de integración comercial, -entre ellos el de la Unión Europea-, existía en cada estado miembro, una Autoridad Nacional de la Competencia, sin perjuicio de que la Comisión Europea, pudiera investigar de oficio cada vez que se vulnera estos derechos.

4.2. Normativa vinculada al Derecho de la Competencia, contempladas en la Constitución Política del Ecuador de 1998.-

➤ ***Artículo 80 de la Constitución Política de la República del Ecuador:***

La Constitución Política de la República del Ecuador¹¹, expedida en el año de 1998, en su sección novena, titulada de la Ciencia y Tecnología, contemplaba en su Artículo 80: "...que el Estado fomentará la ciencia y la tecnología, especialmente en todos los niveles educativos, dirigidas a mejorar la productividad, **la competitividad**, el manejo

¹¹Constitución Política de la República del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998.

sustentable de los recursos naturales, y a satisfacer las necesidades básicas de la población...”

➤ **Artículo 242 de la Constitución Política de la República del Ecuador:**

La misma Constitución Política de la República del Ecuador¹², en su título décimo segundo, titulado del sistema económico, contemplaba en su capítulo primero, en el Artículo 242 que “...la organización y el funcionamiento de la economía responderán a los principios de **eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad**, a fin de asegurar a los habitantes una existencia digna e iguales derechos y oportunidades para acceder al trabajo, a los bienes y servicios; y a la propiedad de los medios de producción...”.

➤ **Artículo 243 de la Constitución Política de la República del Ecuador:**

La misma Constitución Política de la República del Ecuador¹³, contemplaba en su Artículo 243, que serían objetivos permanentes de la economía:

1. El desarrollo socialmente equitativo, regionalmente equilibrado, ambientalmente sustentable y democráticamente participativo.
2. La conservación de los equilibrios macroeconómicos, y un crecimiento suficiente y sostenido.
3. El incremento y la diversificación de la producción orientados **a la oferta de bienes y servicios de calidad que satisfagan las necesidades del mercado interno.**
4. La eliminación de la indigencia, la superación de la pobreza, la reducción del desempleo y subempleo; el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, y la distribución equitativa de la riqueza.

¹²Constitución Política de la República del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998.

¹³*Ibidem.*

5. **La participación competitiva** y diversificada de la producción ecuatoriana en el mercado internacional.

➤ **Artículo 244 de la Constitución Política de la República del Ecuador:**

La Constitución Política de la República del Ecuador¹⁴, contemplaba en su Artículo 244, que dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le correspondería:

1. Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. **Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal.** Se garantizarán **la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones.**
2. Formular, en forma descentralizada y participativa, planes y programas obligatorios para la inversión pública y referenciales para la privada.
3. **Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen.**
4. **Vigilar que las actividades económicas cumplan con la ley y regularlas y controlarlas en defensa del bien común.** Se prohíbe el anatocismo en el sistema crediticio.
5. Crear infraestructura física, científica y tecnológica; y dotar de los servicios básicos para el desarrollo.
6. Empezar actividades económicas cuando lo requiera el interés general.
7. Explotar racionalmente los bienes de su dominio exclusivo, de manera directa o con la participación del sector privado.

¹⁴Constitución Política de la República del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998.

8. Proteger los derechos de los consumidores, sancionar la información fraudulenta, la publicidad engañosa, la adulteración de los productos, la alteración de pesos y medidas, y el incumplimiento de las normas de calidad.
9. Mantener una política fiscal disciplinada; fomentar el ahorro y la inversión; incrementar y diversificar las exportaciones y cuidar que el endeudamiento público sea compatible con la capacidad de pago del país.
10. Incentivar el pleno empleo y el mejoramiento de los salarios reales, teniendo en cuenta el aumento de la productividad, y otorgar subsidios específicos a quienes los necesiten.

4.3. Normativa que permite el Derecho de la Competencia, contemplada en la Constitución de la República del Ecuador de 2008.-

➤ ***Artículo 336 de la Constitución de la República del Ecuador:***

La Constitución de la República del Ecuador¹⁵, en su capítulo sexto, titulado del trabajo y producción, de la sección quinta, titulada intercambios económicos y precio justo contemplaba, en el artículo 336, determina que: “...El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las ***distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad...***”; “...El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la ***competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley...***”.

4.4. Normativa que distorsiona el Derecho de la Competencia, contempladas en la Constitución de la República del Ecuador de 2008.-

¹⁵Constitución de la República del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.

➤ **Artículo 335 de la Constitución de la República del Ecuador:**

La Constitución de la República del Ecuador¹⁶, en su capítulo sexto, titulado del trabajo y producción, de la sección quinta, titulada intercambios económicos y precio justo contemplaba, en el artículo 335, determina que: “...El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos...”; “...**El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional**, establecerá los mecanismos de sanción para evitar **cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado** y otras prácticas de competencia desleal...”.

4.5. Crítica al artículo 335 de la Constitución de la República del Ecuador, que distorsiona el Derecho de la Competencia.-

La poca coherencia de nuestra legislación constitucional, impuesta por un modelo económico como el del socialismo del siglo XXI, que es igual al del siglo XIX, que sólo pretende la socialización de los medios de producción, o control administrativo colectivista, a través del intervencionismo del Estado, cuyo objetivo es alcanzar como meta la economía solidaria.

Es incompatible esta utópica economía “solidaria” con un régimen que regula y promueve la competencia, pues el objetivo, fundamental, de la economía solidaria es eliminar la economía de competitiva.

¹⁶Constitución de la República del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.

Entonces tenemos como resultado que por un lado el artículo 336 de la Constitución, determina que el Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la **competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley**, y por otro lado en el artículo 335 de la Constitución, **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.

Esto constituye una verdadera contradicción ya que en otras naciones, donde impera el Derecho de la Competencia Económica, el Estado ha sido excluido de la intervención directa del mercado, conservando sólo facultades regulatorias mínimas, ya que el mercado y los agentes que en él participan son los encargados de definir el qué, cómo y para quien producir este papel.

4.6. Normativa que permite el Derecho de la Competencia, contemplada en Decreto Ejecutivo 1614 de 13 de marzo de 2009.-

El Gobierno Nacional del Ecuador el 13 marzo de 2009 vía Decreto Ejecutivo No. 1614, publicado en el Registro Oficial 558 del 27 de marzo de 2009, designó a la Autoridad Nacional¹⁷ de la Competencia para que aplique la normativa sin que aun se sancione una Ley, propiamente.

En el Decreto Ejecutivo No. 1614 se designa como **autoridad de aplicación** de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina, al Ministro de Industrias y Productividad, y como **autoridad investigadora** a la Subsecretaría de Competencia, que se crea dentro de dicho Ministerio.

¹⁷<http://www.sigob.gov.ec/decretos/Decretos20072009.aspx>

4.7. Crítica a la normativa que permite el Derecho de la Competencia, contemplada en Decreto Ejecutivo 1614 de 13 de marzo de 2009.-

La idea del actual régimen de imponer una normativa de competencia mediante el Decreto Ejecutivo No. 1614, que pone en vigencia una normativa comunitaria (Decisión 608), *-algo pasada-*, ya que en la actualidad está en boga *-la unitaria del Derecho de la Competencia Económica-*, y esta decisión es puramente anti-monopólica (anti-trust), entiéndase por esta como monopolio abusivo únicamente; no obstante, el Decreto Ejecutivo No. 1614, de entrada la traiciona y evidencia la real falta de voluntad política de ponerla en vigencia la Decisión 608.

La Decisión 608 tiene por objeto controlar los monopolios públicos y privados, pero el Decreto Ejecutivo No. 1614, en referencia es limitado sin fundamento alguno a los monopolios privados.

La Decisión 608 tomo como uno de sus fundamentos básicos el principio de "Transparencia", pero el Decreto Ejecutivo No. 1614, faculta realizar investigaciones "reservadas".

El Decreto Ejecutivo No. 1614, debería usarse como una herramienta fundamental de regulación del mercado, más se corre el riesgo que pudiera ser mal utilizada, como un mecanismo de hostigamiento político, pues lo que se pretende sancionar es el monopolio y no el monopolio abusivo, lo que abre un inmenso abanico de posibilidades de abuso de autoridad.

4.8. El Decreto Ejecutivo 1614 de 13 de marzo de 2009, carecería en su esencia de fundamento constitucional.-

A continuación expongo la falta de sustento constitucional:

➤ ***Artículo 335 de la Constitución de la República del Ecuador:***

El artículo 335 de la Constitución de la República¹⁸, que se asume como primer fundamento para dictar el Decreto Ejecutivo No. 1614 parece impecable en su primer inciso, pero basta con leer la primera frase del segundo para darse cuenta de su inconsistencia con un régimen de competencia “...**el estado definirá una política de precios...**”.

El precio es el indicador fundamental de la economía y para el derecho de la competencia, es el termómetro más útil para determinar la existencia de una sana competencia en el mercado y para tal efecto este debe ser el resultado del libre juego de la oferta y la demanda; en tanto y en cuanto sea reflejo del costo social real de los bienes y servicios. Los elementos con los que debe contar el mercado para ser tenido por competitivo están bajo el siguiente esquema conceptual:

- a) **atomicidad de productores** (el número de productores es tan grande que un productor individual tiene impacto nulo en lo que los otros hacen);
- b) **homogeneidad de producto** (los productos de todos los diferentes productores son sustitutivos perfectos);
- c) **información perfecta** (tanto productores como consumidores tienen perfecto conocimiento de todas las variables relevantes de los productos y servicios);
- d) **igualdad de productores** (todos los productores tienen la misma tecnología y las mismas estructuras de costo de producción);
- e) **entrada libre e ilimitada** (cualquier productor puede entrar o salir del mercado cuando lo deseen).

Como puede verse se trata de un esquema en el fondo inalcanzable, porque las voluntades humanas siempre serán imperfectas y hasta en los más avanzados sistemas comunistas del pasado siempre existieron dentro de las respectivas nomenclaturas

¹⁸Constitución de la República del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.

círculos negros cuyos miembros compiten deslealmente y con su muy privada iniciativa para aventajar a los demás.

Sin embargo, las legislaciones de competencia tratan de aproximarse a este ideal en lo posible. Es este esfuerzo y no el intento de imponer una determinada ideología, mal llamada neo liberal, lo que llevo a chilenos e ingleses a emprender antes que nadie la privatización de los servicios públicos con éxitos y fracaso, pero en general con el objetivo de eliminar el monopolio público distorsionador de la economía.

➤ **Artículo 423 de la Constitución de la República del Ecuador:**

El artículo 423 de la Constitución de la República¹⁹, determina que la integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración, **el Estado ecuatoriano se comprometerá a:**

1. Impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado.
2. Promover estrategias conjuntas de manejo sustentable del patrimonio natural, en especial la regulación de la actividad extractiva; la cooperación y complementación energética sustentable; la conservación de la biodiversidad, los ecosistemas y el agua; la investigación, el desarrollo científico y el intercambio de conocimiento y tecnología; y la implementación de estrategias coordinadas de soberanía alimentaria.

¹⁹Constitución de la República del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.

3. Fortalecer **la armonización de las legislaciones nacionales** con énfasis en los derechos y regímenes laboral, migratorio, fronterizo, ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad.
4. Proteger y promover la diversidad cultural, el ejercicio de la interculturalidad, la conservación del patrimonio cultural y la memoria común de América Latina y del Caribe, así como la creación de redes de comunicación y de un mercado común para las industrias culturales.
5. Propiciar la creación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña; la libre circulación de las personas en la región; la implementación de políticas que garanticen los derechos humanos de las poblaciones de frontera y de los refugiados; y la protección común de los latinoamericanos y caribeños en los países de tránsito y destino migratorio.
6. Impulsar una política común de defensa que consolide una alianza estratégica para fortalecer la soberanía de los países y de la región.
7. Favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional.

Con respecto al Artículo 423 de la Constitución, esta es una mera declaración política sin trascendencia real para el proceso de integración, más allá de una atropellada armonización de legislación, pues el Decreto Ejecutivo No. 1614 que hace posible la aplicación de la Decisión No. 608 de la Comunidad Andina, viola los postulados esenciales de esta: **transparencia, anti-monopolio abusivo y generalidad de aplicación**. Solamente hace referencia a la armonización de legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes laboral, migratorio, fronterizo,

ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad.

4.9. El Decreto Ejecutivo 1614 de 13 de marzo de 2009, carecería en su esencia de un verdadero esquema conceptual del derecho de la competencia.-

La defensa de la competencia que propugna el Gobierno Nacional, a través del Decreto Ejecutivo 1614 de 13 de marzo de 2009, donde interviene el Estado como protector del mercado en el ámbito administrativo, no contiene un verdadero esquema conceptual del derecho de la competencia.

El Derecho de la Competencia Económica, que se ha desarrollado hace más de un siglo, opera mediante dos diferentes sistemas normativos:

- **El regulador de la libertad de competencia**, que comprende un grupo de normas cuya finalidad es sancionar los comportamientos de los empresarios u operadores económicos que impidan la existencia de competencia en el mercado, y es por ello llamado derecho antimonopolio, derecho *anti trust*;
- **El regulador de la competencia desleal**, que comprende un conjunto de normas que vienen a sancionar aquellas conductas empresariales que atentan contra la corrección en la realización de actividades competitivas en el mercado.

En definitiva, la competencia viene a tutelar y defender desde una doble perspectiva: **desde la libertad y desde la lealtad**. Llegados a este punto, hay que preguntarse, ¿porqué esta doble perspectiva?.

Tradicionalmente, se ha venido afirmando la conveniencia de que ambos sistemas coexistan de forma separada debido a las diferencias existentes entre ambos:

- **En cuanto a la función que cumplen**, la normativa anti trust persigue la ordenación del mercado para lograr el máximo de eficiencia, mientras que la normativa de deslealtad persigue fundamentalmente, la ordenación de la profesión. El bien jurídico protegido es, en el primer caso la libertad de empresa, mientras que en el segundo la deontología profesional.
- **En cuanto al interés protegido**, la normativa anti trust persigue la protección de un interés público, el llamado orden económico, mientras que las normas sobre competencia desleal persiguen la defensa de los intereses privados de los empresarios en conflicto
- **En cuanto a la naturaleza y el alcance del ilícito**, la normativa anti trust atiende fundamentalmente, a la finalidad perseguida por las prácticas anticompetitivas (limitar o falsear la competencia), mientras que las normas de competencia desleal atienden al medio empleado en la realización de esas prácticas (la deslealtad).

Estas diferencias, a su vez, justifican en lo siguiente:

- Un diverso procedimiento, **administrativo** en el caso de las prácticas restrictivas de la libre competencia, y **de naturaleza civil** en el caso de los actos de competencia desleal.
- Distintas sanciones; **nulidad, intimación al cese de las prácticas y multa** en el caso de las prácticas restrictivas de la libre competencia, y **cesación, remoción de efectos e indemnización de daños y perjuicios** en el caso de actos de competencia desleal.

Este esquema conceptual obedece a la doctrina que inspiró la promulgación, en 1909, de la Ley de Competencia Desleal alemana, que se caracteriza por tener un

marcado carácter privatista, que privilegia la tutela individual sobre la general y la pretensión de lo que los autores denominan “neutralidad político-económica”, porque la protección de los intereses mercantiles de los empresarios, es ajena a cuestiones de orden público-económico.

No obstante, esta construcción individualista del derecho de defensa contra la competencia desleal se repliega a partir de los años 30, al entenderse que el derecho de la competencia tiene también una función social, y que persigue en consecuencia, intereses generales.

De otra mano, desde la perspectiva de la defensa de la competencia o como ya señale contra la competencia desleal, la ventaja concurrencial que un operador puede tener proviene de la calidad de sus prestaciones, no del abuso que haga de una posición de dominio o un pacto colusorio al que llegó con otro competidor, para perjudicar a un tercero.

4.10. Concepto del derecho de la competencia.-

En el Ecuador, ni la Constitución de la República ni el Decreto Ejecutivo 1614 de 13 de marzo de 2009, definen el Derecho de la Competencia como tal.

Entonces diremos que el Derecho de la Competencia, también conocido como Derecho “*antitrust*”, no es más que el conjunto de normas jurídicas, que establece claramente los límites que permitan el libre desenvolvimiento de las actividades económicas, evitando que la dinámica de éstas, distorsione el mercado en perjuicio de los consumidores y del interés público.

CAPÍTULO V

ELEMENTOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

5.1. El mercado.-

Entendemos por mercado el lugar o ámbito inmaterial al que concurren las fuerzas de todos los operadores económicos, para plantear la oferta y demanda de bienes y servicios, y realizan las transacciones a un determinado precio librado a estas fuerzas.

Comprende todas las personas naturales y jurídicas, hogares, empresas e instituciones públicas y privadas que tiene necesidades que satisfacer con los productos de los ofertantes.

5.2. Mercados Reales y Mercados Potenciales.-

Son *mercados reales* los que consumen estos productos y *mercados potenciales* los que no consumiéndolos aún, podrían hacerlo en el presente inmediato o en el futuro. Concepto trascendente en cuanto se pretenda demostrar restricciones a la entrada de nuevos operadores por parte del operador dominante actual.

Se pueden identificar y definir los mercados en función de los segmentos que los conforman esto es, los grupos específicos compuestos por entes con características homogéneas. El mercado está en todas partes donde quiera que las personas cambien bienes o servicios por dinero.

En un sentido económico general, mercado es un grupo de compradores y vendedores que están en un contacto lo suficientemente próximo para las transacciones entre cualquiera de ellos.

Los mercados son creaciones humanas y, por lo tanto, perfectibles. En consecuencia, se pueden modificar en función de sus fuerzas interiores, que deben ser sometidas a regulación para evitar el abuso.

Son generalmente naturales, y están delimitados por fronteras. Pueden entonces ser creados por decisión política y jurídica como ocurre en la Unión Europea que desde la fundación de las comunidades, e intenta replicar el mercado natural estadounidense, con la concurrencia de las cuatro libertades comunitarias (libre circulación de personas, libre circulación de capitales, libre prestación de servicios, y la libre circulación de mercancías).

En la Comunidad Andina de Naciones se pretende fallidamente, crear una unión aduanera adoptando un arancel externo común “imperfecto”, para poder recrear un mercado común (cuarto paso en un proceso de integración supranacional).

5.3. La Lealtad comercial.-

Es acertado entenderla a partir del concepto de buena fe, esto es, la conciencia de haber adquirido las cosas por medios lícitos,

Aplicando este concepto al Derecho de la Competencia, sería la conciencia de concurrir y haber logrado una cuota de mercado o la posición de dominio por medios lícitos.

En consecuencia, los actos o conductas desleales, entiéndase los que atentan contra el mercado en su totalidad como el abuso de posición dominante, son actos ilícitos así un cartel de precios impone un precio a sus productos que no pueden ser sustituidos por los consumidores ni provistos por otros competidores, que está distraendo ilícitamente la renta de los consumidores hacia sus propias arcas.

En la competencia desleal el operador desleal usa mecanismos ilícitos como la publicidad denigrante del producto del competidor para desplazarlo del mercado y hacerse con su cuota en el.

5.4. Los sujetos.-

- a) **Los operadores económicos concurrentes**, que para el derecho de competencia son las personas naturales, las empresas en sentido natural, las sociedades, las concentraciones de conformación mixta sociedades y empresas naturales o personas, por ello cabe aquí el concepto de Trust;
- b) **Las autoridades estatales y supra estatales** que arbitran en el mercado cuya potestad investigadora debe ser preventiva; y,
- c) **Los consumidores**, que son los usuarios que consumen y reciben servicios de los operadores.

CAPÍTULO VI

REGLAS DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

6.1. La regla per sé.

Este es el mecanismo de interpretación más antiguo, corresponde a 1890, pues nace con la mismísima Acta de Sherman. Por las circunstancias emergentes en que se emitió esta legislación, se convirtió en un autentico código penal del mercado. Su ²⁰artículo 2 sancionaba el monopolio por el simple hecho de existir, no se atendía a la existencia o no de un abuso de la posición de dominio o de cualquier acto o conducta desleal, simplemente, la constatación de la existencia del monopolio aunque fuera inocuo conllevaba una sanción. El desarrollo e implicaciones de esta que podemos llamar en español -regla de la prohibición absoluta- corresponden a la jurisprudencia estadounidense.

La razón para aplicar un tipo de análisis tan estricto, fue explicada en 1982 por el Juez Stevens, en el caso de ***Arizona v. Maricopa County Medical Society*** al decir que "Una vez que la experiencia con un tipo particular de práctica restrictiva ha facultado a la Corte para predecir con confianza que la Regla de la Razón lo condenará, la Corte podrá aplicar una presunción concluyente de que la práctica restrictiva en cuestión es irracional."

En este caso la Corte Suprema de Justicia le aplicó la regla "Per Sé" a un acuerdo de fijación de precios máximos establecidos por la ***Asociación Médica del Condado de Maricopa***, a pesar de que el acuerdo en sí mismo tenía por objeto la reducción de precios para los consumidores.

De modo que una vez que la Corte ha determinado que la regla per se es aplicable al asunto, la única defensa válida consiste en demostrar que el acusado no incurrió en

²⁰ www.indret.com.ec.

la conducta que se le imputa. En estos casos la corte no escuchará los argumentos del acusado tendientes a demostrar que los precios son razonables, que las partes no tienen suficiente poder dentro del mercado relevante, que la conducta en cuestión no tuvo realmente el efecto de restringir la competencia, o que benefició ni en qué medida a los consumidores.

6.2. La regla de la ilegalidad per sé.

La Regla de ilegalidad per sé, es consistente con la interpretación gramatical exegética de la normativa jurídica, es el tipo de análisis más estricto bajo el cual un sistema judicial puede juzgar la conducta de una empresa o persona en los Estados Unidos. En nuestro sistema jurídico equivale a la "Presunción de Derecho" de que una conducta determinada es ilegal.

Por esta razón la jurisprudencia Norteamericana ha ido señalando en forma expresa los casos en los cuales se aplica este tipo de análisis, y el debate jurídico en los casos dudosos se reduce a definir si la regla de ilegalidad "per sé" se aplica o no se aplica al caso concreto.

6.3. La regla de la razón.

A esta se opone directamente, la llamada regla de la razón que implica analizar el acto o conducta en su efecto, es decir si el resultado del acto o conducta **restringe** o **falsea** o **distorsiona** en alguna forma la libertad de competencia, es de esta mecanismo de interpretación que el derecho de competencia evoluciona para adoptar este nombre, y dividirse en las dos ramas: defensa de la competencia y de competencia desleal.

Bajo esta premisa un hecho pre sancionable se analiza para determinar si a pesar de su forma por ejemplo: probada la existencia real de un monopolio, existe o no competencia desleal. Pues su actividad puede no afectar ninguno de los componentes

del esquema de competencia perfecta, consiste en última instancia en determinar si el acto o conducta sancionable tiene o no efectos anti competitivos: un monopolio que no abusa de su posición de dominio. Se trasciende así de la denominación de derecho anti monopolio pues no es el monopolio lo que se considera ilícito, sino la deslealtad con que puede actuar el monopolista que bien pudo alcanzar esa condición por medios lícitos y así ejercerla.

Por otro lado una empresa no monopólica que no goza de poder de mercado suficiente para afectarlo en la consideración per se, y que en tales circunstancias no sería sancionada, bajo la luz de la regla de la razón podría serlo si su conducta se evidencia ilegítima y afecta a uno o más competidores.

Este sistema hermenéutico sirve para analizar todos aquellos acuerdos y prácticas cuyo efecto pro-competitivo o anticompetitivo, solamente, puede ser evaluado a través del estudio de las características y los hechos peculiares a cada tipo de industria o negocio.

Al aplicarle la Regla de la Razón a una situación determinada, se deben analizar tres aspectos esenciales:

a) La naturaleza,

b) El propósito y

c) El efecto de la restricción a la competencia.

a) La naturaleza.

²¹Al analizar las prácticas restrictivas es importante considerar su naturaleza, ya que la jurisprudencia ha ido señalando en forma paulatina, aquellas conductas

²¹ www.derechodelacompetenciablogspot.com

netamente anticompetitivas, como por ejemplo, la fijación de precios. En esto coincide tanto la doctrina jurisprudencial europea como la estadounidense.

b) El propósito.

De otra parte, las leyes anti-monopólicas castigan aquellas conductas que son realizadas con el simple propósito o la intención de generar un efecto anticompetitivo. El señalamiento del "propósito" o la intención, como elementos esenciales de una violación al derecho antimonopolio, marcan el inicio de lo que se ha llamado *la aplicación ex-ante de las normas sobre protección de la competencia*.

Se considera que una norma tiene *carácter ex-ante*, cuando actúa en forma preventiva, a base de la simple intención de su infractor y sin necesidad de esperar a que se desencadenen los perjuicios que produciría la práctica restrictiva.

En el caso ***National Society of Professional Engineers v. United States***. (1978), la Corte condenó a la Sociedad Nacional de Ingenieros por establecer un reglamento que prohibía a sus afiliados hacer ofertas competitivas para obtener contratos. La defensa de la Asociación se basó en que la libertad absoluta para competir en cuanto al precio llevaría a los ingenieros a hacer recortes presupuestales indebidos o inseguros para el origen público, con el objeto de presentar la propuesta más económica y obtener el contrato, en detrimento de la calidad de las construcciones y del bienestar de los consumidores.

La Corte conceptuó que bajo la Regla de la Razón no se podían aprobar defensas basadas en la suposición de que la competencia en sí misma considerada era irracional.

c) El efecto de la restricción a la competencia.

²²En la evolución de las reglas de interpretación, surgen las restricciones subsidiarias o accesorias, con ellas no se analiza la restricción a la competencia o la pro-competitividad de un acto o conducta, pero si se deja de sancionar ciertas conductas preestablecidas, que si bien *son per sé anti competitivas*, en aras de promover cierto tipo de competencia, se pretende hacer excepción con los contratos de franquicias que restringen la competencia en general **inter-brand** pero promueven la competencia específica **intra-brand**: Por lo que Las Restricciones subsidiarias o Accesorias no son ilegales.

En el año de 1898, con la decisión del caso de **Addyston Pipe & Steel Co. v. United States**, es cuando se estructuró la llamada "Doctrina de las Restricciones Subsidiarias o Accesorias".

En esta sentencia el Juez Taft, basándose en la evolución del derecho consuetudinario, determinó que las restricciones accesorias o parciales al comercio son legales cuando resultan razonablemente necesarias para el propósito principal del contrato, o cuando la restricción resulta razonable comparada con el beneficio que obtiene el público general.

Naturalmente, esta doctrina solamente se puede aplicar a las restricciones realmente accesorias, ya que las restricciones principales o de carácter general al comercio, deberán ser declaradas ilegales "Per Sé" conforme a la doctrina jurisprudencial uniforme, en América y Europa.

A partir de esta caso, **Addyston Pipe**, que estableció la regla de las restricciones, se inició, inmediatamente, el desarrollo del sistema de interpretación denominado la "Regla de la Razón" (*rule of reason*).

²² derechodelacompetenciablogspot.com

Finalmente, la interpretación actual en Estados Unidos es mixta y hace uso simultáneo de todas las reglas, si cabe al caso concreto, en Europa por otra parte ha logrado mayor aceptación la regla de la razón.

CAPÍTULO VII

MERCADO RELEVANTE DE PRODUCTO Y MERCADO GEOGRÁFICO RELEVANTE Y ACTOS ANTI-COMPETITIVOS

7.1. Mercado relevante.

La primera tarea que se tiene en la investigación de una posible conducta anticompetitiva, es la de definir el mercado relevante o de referencia, del bien o servicio en el que se intenta verificar la existencia de la misma.

Se trata de determinar hasta qué punto una empresa -encuentra rentable incrementar los precios- por encima de los que habría si hubiera competencia y mantenerlos en ese nivel, por un período considerable de tiempo (por su cuenta y riesgo).

La definición del mercado relevante tiene dos componentes:

- El mercado relevante de producto o servicio.-
- El mercado relevante geográfico.-

El objetivo de esta operación es identificar en el mercado, a todos los bienes o servicios potenciales de los bienes o servicios en competencia, y a todos los operadores económicos potenciales oferentes de éstos en el mercado.

7.2. Mercado relevante del producto.

El mercado relevante del producto comprende todos Todos aquellos productos o servicios que son considerados intercambiables o sustitutivos por el consumidor, por razón de sus características, sus precios y su uso.

En muchos casos la conducta del consumidor es el límite natural del poder de mercado de una empresa, ya que las mismas no podrán aumentar unilateralmente el precio de sus productos sin sufrir un traspaso significativo de sus clientes hacia otros bienes alternativos, proveídos por la competencia.

En definitiva, los bienes que son sustituibles entre sí compiten por captar la demanda de los consumidores, por lo que deben ser incluidos dentro de un mismo mercado.

A efectos de considerar la posible respuesta de los consumidores ante un aumento en el precio relativo del bien o servicio apetecible, se tomarán en cuenta, los siguientes elementos:

- a) Indicios de que el consumidor ha trasladado o pueden trasladar su consumo hacia otros bienes como respuesta a un cambio en los precios relativos o en otras variables relevantes (por ejemplo, calidad)*
- b) Indicios de que los productores elaboran sus estrategias de negocios, sobre el supuesto de que existe sustitución en las demandas de distintos productos, ante cambios en los precios relativos o en otras variables relevantes;*
- c) El tiempo y costo que le implica al consumidor el traslado de su demanda hacia otros bienes mediante el relevamiento de la información precitada, el mercado relevante del producto se definirá como el menor grupo de productos respecto del cual, al hipotético monopolista de todos ellos, le resultaría rentable imponer un aumento de precios pequeño, aunque significativo y no transitorio.*

d) *Si bien el concepto exacto de un aumento de precios "pequeño, aunque significativo y no transitorio" podrá variar según lo indiquen las particularidades del mercado analizado, cabe señalar que los organismos de los países con mayor experiencia en la materia, interpretan que el mismo representa un aumento de precios en un rango del 5% al 10% que se mantenga durante un período no inferior al año.*

Importante para la determinación del mercado relevante del producto, es el precio del bien en cuestión. Sin embargo, se debe tener en cuenta que si dicho precio es monopólico, es probable que el consumidor considere como sustituto del bien en cuestión, un producto de utilidad inferior que se ofrece a un precio competitivo.

Si el producto en cuestión también fuese ofrecido a un precio competitivo, entonces el producto de utilidad inferior, no sería percibido por el consumidor como sustituto.

En un caso así, la determinación del mercado de producto no debería incluir a aquellos productos que son sustitutos del producto en cuestión, sólo porque éste se ofrece a un precio supra-competitivo.

Este problema se conoce en la literatura especializada en defensa de la competencia, como la "falacia del celofán/cellophane".

*Caso Cellophane: "toda empresa es el único productor de un determinado bien pero su control del mercado relevante depende de la disponibilidad de bienes alternativos para los compradores, es decir, donde hay un **elasticidad cruzada** de la demanda entre el celofán y los otros adhesivos"...."*

Si una reducción del precio del celofán causa que un considerable número de clientes de otros adhesivos flexibles se cambien al celofán, sería un indicador de la existencia de una alta elasticidad cruzada de la demanda entonces, los productos compiten en el mismo mercado”

En esta jurisprudencia, la Suprema Corte de los Estados Unidos discutía si la empresa Du Pont, titular del 75% del mercado de producción de celofán ejercía o no posición dominante, en respuesta la empresa dijo que el mercado relevante que debía tenerse en cuenta no era el de producción de celofán sino el de producción de producción de material flexible de embalaje donde no poseía más del 20% de control sobre el mercado. Con lo que se llegó a la conclusión, errónea claro está, de que el monopolista no está en posición de dominio.

A continuación presentamos un ejemplo del procedimiento a utilizarse para definir el mercado relevante del producto.

Supongamos que dos empresas productoras de bebidas gaseosas deciden fusionarse. En este caso, se debe examinar si diferentes sabores de gaseosas pertenecen al mismo mercado. La pregunta práctica a realizar es si ¿los consumidores del sabor “A” estarían dispuestos a consumir otro sabor ante un aumento permanente del 5% al 10% en el precio de ese sabor. Si una cantidad considerable de consumidores cambia su consumo a la gaseosa de sabor “B”, de tal modo que el incremento de precios de “A” no es beneficioso a la empresa, por la caída en sus ventas, el mercado relevante del producto debe incluir, al menos, los sabores “A” y “B”.

7.3. El mercado geográfico relevante.

El mercado geográfico relevante, es el área en el cual las partes involucradas ofrecen y demandan sus productos o servicios, y en el cual las condiciones de competencia son lo suficientemente homogéneas y pueden distinguirse de áreas vecinas porque las condiciones de competencia son apreciablemente distintas en estas áreas.

Es particularmente importante para la definición del mercado geográfico relevante el análisis de la existencia de sustitución por el lado de la demanda. Si los consumidores del área en la cual operan las empresas consideradas, pueden adquirir el bien en un área geográfica cercana, entonces resulta correcto considerar a ambas zonas como parte de un mismo mercado.

En cuanto a la información necesaria para definir el mercado geográfico relevante, se tendrán en cuenta los siguientes elementos:

- a) Indicios de que los consumidores han trasladado o pueden trasladar su consumo hacia otras regiones geográficas como respuesta a un cambio en los precios relativos o en otras variables relevantes;*
- b) Indicios de que los productores elaboran sus estrategias de negocios sobre la base de que existe sustitución en las demandas de distintas regiones geográficas ante cambios en los precios relativos o en otras variables relevantes;*
- c) El tiempo y costo que le implica al consumidor el traslado de su demanda hacia otras regiones geográficas.*

Mediante el relevamiento de la información precitada, la definición del mercado geográfico relevante comenzará por considerar a las regiones en las que operan las empresas consideradas, para luego analizar la existencia de sustitución de la demanda entre los productos o servicios de éstas y los comercializados en otras localidades.

Debe tenerse en cuenta que la definición del mercado geográfico relevante se deberá realizar en cada caso en particular de investigación y que, en consecuencia, no existe una regla genérica pre redactada o procedimiento uniforme que utilizar para realizar la determinación.

7.4. Identificación de las empresas que participan en el mercado relevante.

Una vez definido el mercado relevante, procederemos a identificar a las empresas que participan en él. En primer lugar, se incluirán todas aquellas empresas que produzcan o vendan bienes de producción nacional o extranjera en el mercado relevante.

Adicionalmente, se identificarán otras empresas que no se encuentren produciendo el producto en cuestión, pero que podrían ingresar al mercado relevante con relativa facilidad si se dieran las condiciones favorables para ello (por ejemplo, ante un incremento de precios).

Estas empresas serán denominadas competidores potenciales inmediatos, y servirán para definir el grado de sustitución por el lado de la oferta. Un ejemplo de sustitución por el lado de la oferta para definir el mercado relevante lo encontramos en el papel.

“Este producto se ofrece en distintas calidades, desde papel estándar para escritura a papel de alta calidad para imprimir libros de arte. Desde el punto de vista de la demanda, el papel de una calidad en general no puede sustituir al papel de otra calidad, ya que cada calidad corresponde a un uso específico (un libro de arte no se

puede imprimir utilizando papel de baja calidad). Sin embargo, las plantas productoras de papel pueden ajustar fácil y rápidamente la producción de calidades de papel.

Si no existen problemas en la distribución de papel de distintas calidades. La definición de mercado relevante debería abarcar al papel en general y no a cada calidad de papel. De esta manera todas las calidades de papel deben ser incluidas en la definición de mercado relevante y sus ventas sumadas para estimar el tamaño del mercado y las participaciones en el mismo de cada empresa”.

Se entenderá que un ingreso puede efectuarse con relativa facilidad cuando no sea necesario incurrir en importantes **costos hundidos** de entrada. Serán considerados **costos hundidos** los derivados de la adquisición de activos tangibles e intangibles cuyo costo no pueda ser recuperado fuera del mercado relevante; es decir, activos cuyo valor residual sea prácticamente nulo fuera de dicho mercado.

No se considerará competidores potenciales inmediatos a aquellos productores que enfrenten dificultades significativas para distribuir el producto en el mercado relevante, o que deban incorporar nuevas instalaciones de producción o distribución para competir en el mismo. Por ejemplo si la inversión necesaria en publicidad para imponer una marca es significativa, se entenderá que no es posible introducir competencia en un período de tiempo lo suficientemente breve.

7.5. Cálculo de las participaciones de mercado.

Las participaciones de mercado de todas las empresas que conforman actualmente el mercado relevante y las de aquellas identificadas como competidores potenciales inmediatos se calcularán sobre la base de su nivel de ventas, de su

producción o de la capacidad productiva que se destina o se podría destinar al mercado relevante.

Las participaciones de mercado podrán ser expresadas tanto en moneda de curso legal, a través de la medición de las ventas, como en unidades físicas, mediante la medición de producción capacidad instalada o reservas (esto último en el caso de los recursos naturales). La elección de una u otra manera de calcular las participaciones dependerá del modo en que mejor se refleje la capacidad competitiva de las empresas dadas las características particulares del mercado bajo análisis.

Así, El valor monetario de las ventas será generalmente utilizado en aquellos casos en los que las empresas se distingan principalmente mediante la diferenciación de sus productos. Las unidades físicas vendidas o producidas serán generalmente utilizadas en aquellos casos en que el producto sea homogéneo y las empresas se distingan principalmente en base a los compradores o grupos de compradores a los cuales abastecen.

Por su parte, la capacidad instalada de producción será utilizada como un dato complementario en aquellos casos en los que exista capacidad ociosa, si dicho dato refleja de un modo más fidedigno las posiciones relativas de las empresas en el mercado relevante.

En cuanto a la temporalidad de los datos empleados, se utilizarán estadísticas mensuales, anuales o con la periodicidad que se estime necesaria a los efectos de reflejar adecuadamente las características del mercado relevante.

En aquellos mercados en los que las ventas se realicen de forma esporádica, puede resultar conveniente estimar las participaciones considerando períodos mayores de tiempo.

7.6. Concentración y participación en el mercado.

La concentración del mercado se da en función del número de empresas que participan en él y de sus participaciones. La existencia de un elevado grado de concentración en el mercado relevante, es una condición necesaria, pero no suficiente, para que haya una conducta anticompetitiva.

Si la concentración en el mercado relevante no alcanza niveles demasiado elevados, la competencia existente debería limitar el ejercicio de poder de mercado.

Como herramienta para la medición de la concentración, se usa comúnmente el Índice de *Herfindahl - Hirschmann*²³: (IHH). Este índice se define como la sumatoria del cuadrado de las participaciones en el mercado, y tiene la ventaja de otorgarle un mayor peso relativo a las participaciones de las empresas mayores. Los valores del IHH pueden oscilar entre 0 (mercado perfectamente competitivo) y 10.000 (mercado monopólico).

7.7. Los actos anti competitivos.

Los actos anticompetitivos son de dos clases:

- Los que desorganizan al mercado, en cuyo caso la protección del mercado debe ejercerla el Estado.
- Los que desorganizan al competidor para lo cual el operador económico debe estar dotado de la suficiente tutela judicial para ejercer su defensa individualmente.

A continuación detallo los principales dentro de los que pueden encontrarse otros específicos como los precios predatorios y las practicas extorsivas, en todo caso siempre estarán encaminados a afectar a alguno de los elementos del esquema conceptual de la competencia perfecta:

²³<http://www.mexder.com.mx/inter/info/mexder/avisos/ICM.doc>

7.8. Acuerdos horizontales.

La tendencia a lograr el monopolio es conocida desde hace mucho tiempo. Adam Smith²⁴: en 1796 escribió en “La Riqueza de las Naciones” la siguiente frase:

“People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public or in some contrivance to raise prices”.

“La gente del mismo oficio rara vez se reúne, incluso para fiestas y diversiones, pero la conversación termina en una conspiración contra el público o en alguna estratagema para aumentar los precios”.

Si bien no todos los acuerdos entre empresas son anticompetitivos, cuando los mismos tienen por objetivo eliminar la competencia entre las empresas si lo son.

Este es el caso concreto de los carteles y los acuerdos colusorios. Ejemplos de este tipo de conductas son los acuerdos de precios, los acuerdos para reducir la producción, los acuerdos en las licitaciones, la asignación de territorios o clientes, etc. Debe señalarse que los carteles pueden no eliminar toda la competencia, sino solo eliminarla en algunas partes del país o solo para ciertos clientes.

En la mayoría de los países los carteles son vistos como la mayor ofensa contra el funcionamiento de la competencia. Rezago de la ley Sherman y en otros la participación en los mismos tiene consecuencias de tipo penal y en otros son sancionados “per sé”. Sin consideración a que el logro del monopolio se licito y se ejerza sin abuso de la posición de dominio.

²⁴http://es.wikipedia.org/wiki/Adam_Smith

Para determinar si un acuerdo de tipo horizontal es anticompetitivo deben tratar de responderse las siguientes preguntas:

1. *¿Tiene la restricción la intención de restringir las cantidades intercambiadas y aumentar los precios?*
2. *¿La restricción está “oculta” o tiene la intención explícita de integrar los recursos de las empresas que realizan el acuerdo con un objetivo pro-competitivo.*
3. *¿Facilitará la restricción el ejercicio del poder de mercado?*
4. *Si tuviera un objetivo pro-competitivo es realmente necesaria para alcanzarlo?*
5. *Estos supuestos beneficios pro-competitivos compensan los posibles riesgos anticompetitivos?*

Si bien contestar este tipo de preguntas puede ser complicado existen algunos atajos para determinar si una conducta de tipo horizontal es anticompetitiva o no.

Por ejemplo, si el acuerdo **restringe las cantidades y aumenta los precios** es claramente anticompetitivo. Si las partes involucradas **no controlan una parte significativa del mercado** se puede concluir que el acuerdo no es anticompetitivo. Si las partes alegan que el **acuerdo es pro-competitivo debe evaluarse que no haya otras alternativas** que tengan menores efectos anticompetitivos.

Los acuerdos de precios entre empresas pueden tomar distintas formas a saber:

1. *Acuerdos para aumentar los precios.*
2. *Acuerdo para establecer una fórmula para computar los precios.*

3. *Acuerdos para mantener una relación fija entre los precios de productos sustitutos pero no idénticos.*
4. *Acuerdos para eliminar descuentos para establecer descuentos uniformes.*
5. *Acuerdos para establecer el sistema de créditos que será utilizado con los clientes.*
6. *Acuerdos para eliminar productos ofrecidos a menores precios para restringir la oferta y mantener los precios altos.*
7. *Acuerdos para no reducir los precios sin notificar a los demás miembros del cartel.*
8. *Acuerdos para publicar precios.*
9. *Acuerdos en licitaciones, generalmente públicas.*

Para detectar carteles deben utilizarse tanto evidencias directas como indirectas. Evidencia de que un cartel está funcionando puede provenir de consumidores, competidores o miembros desafectados del cartel. También puede ser observada del funcionamiento del mercado. La entidad de competencia también puede utilizar artículos de la prensa, publicaciones, estadísticas y documentos que sirvan como indicadores de que el mercado no está operando de forma competitiva.

Un criterio para identificar acuerdos horizontales que ha probado ser efectivo en combate a los carteles en Estados Unidos, la Unión Europea y Canadá es el de ofrecer inmunidad o una penalidad más leve a los que colaboren en la investigación. La evidencia directa es la prueba más clara del funcionamiento de un cartel.

Aunque parezca mentira suelen encontrarse más acuerdos escritos de los que a priori el investigador se imagina, especialmente en países que recién incorporan legislación de competencia. Esto de hecho ha ocurrido en nuestros países vecinos y ocurrirá en el nuestro hasta que los societarios aprendan a realizar redacciones de Juntas Generales inocuas.

Inclusive en los casos en que no se encuentran acuerdos escritos si suelen encontrarse evidencias de la existencia de un cartel en notas tomadas por los participantes en reuniones, agendas, diarios, memos internos, informes de reuniones, faxes, cartas, archivos de computadoras, correos electrónicos, etc.

Asimismo el investigador debe interrogar a los supuestos miembros del cartel bajo juramento.

No obstante en nuestro régimen no está claro en determinar la facultad de allanar las oficinas y demás dependencias de las empresas investigadas, por lo que en este sentido la investigación será trunca. Pues los funcionarios de la subsecretaría se verán impedidos de profundizar en la investigación, facultades cautelares que si existen en la legislación de otras naciones.

Para asegurarse de que efectivamente haya habido conductas cartelizadas luego de un aumento conjunto de precios deben descartarse otras explicaciones como:

1. *Un aumento de los costos.*
2. *Un cambio en la demanda.*
3. *Un cambio en el bien de un sustituto.*

Es importante distinguir entre evidencia indirecta que sugiera la existencia de un cartel y la evidencia de conductas paralelas en mercados oligopólicos. En estos casos la uniformidad de comportamiento no surge de acuerdos de precios sino del hecho de que cada firma tiene en cuenta la posible reacción de las demás cuando determina su estrategia competitiva.

Por ejemplo reconociendo que una baja de precios en un mercado concentrado seguramente será seguida por los demás competidores. El investigador debe buscar más allá de este tipo de uniformidades.

Más bien tiene que mirar cómo se determinan los precios y porqué han cambiado. Por ejemplo, si los precios históricamente han cambiado frecuentemente y luego son idénticos y estables, debe investigarse que sucedió en este período. Asimismo si los

precios son siempre estables y se vuelven volátiles puede haber alguien, “rompiendo” un cartel.

No obstante, la identidad de precios es un factor engañoso, pues no solo es producto de conductas ilícitas sino que puede ser el efecto de una competencia saludable.

Es posible identificar las características de los mercados que más probablemente funcionen como un cartel identificando los siguientes factores:

1. *Pocas firmas (empresas)*
2. *Estructuras de costos, procesos y grado de integración vertical similares.*
3. *El producto es homogéneo (harina, azúcar, cemento, acero, combustibles, etc.)*
4. *El producto no tiene sustitutos cercanos.*

5. *Los consumidores no pueden disminuir significativamente su consumo de ese bien o servicio aunque el precio suba.*

Es útil comenzar la investigación de un cartel haciéndose las siguientes preguntas:

1. *¿De qué se sospecha? Teorice acerca del cartel que supone existe. El mismo ¿tiene sentido?*
2. *Considere los pasos necesarios para “armar” ese acuerdo. ¿Cómo se formó el cartel? ¿Cómo hicieron los miembros del mismo para formalizarlo?*
3. *¿Qué evidencia puede existir? ¿Qué evidencia se debe haber creado en cada paso del proceso de formación?*

7.9. Acuerdos verticales.

Son acuerdos verticales entre empresas los que están en distintos puntos de la cadena productiva: productores y distribuidores, productores de insumos e industriales que utilizan ese insumo, etc.

Este tipo de acuerdos pueden establecerse a través de contratos explícitos, pueden basarse en acuerdos verbales o en prácticas generalmente aceptadas en el sector.

Desde el punto de vista económico los acuerdos verticales pueden verse como un sustituto de la integración vertical.

Si bien las firmas que operan en la misma cadena no están integradas verticalmente, los acuerdos verticales entre las mismas funcionan en la práctica como integraciones y coordinaciones entre los tomadores de decisiones en las distintas etapas de la cadena.

El resultado es que las decisiones que se toman en distintos lugares de la cadena afectarán:

- a. Los costos de producción,*
- b. La calidad,*
- c. El precio,*
- d. La cantidad,*
- e. Los mercados geográficos,*
- f. Las ganancias de los empresarios de toda la cadena.*

Como consecuencia de esto, independientemente de la forma específica que tenga el acuerdo, *-desde el punto de vista del análisis de Defensa de la Competencia-* hay que mirar al sector donde se realiza la práctica como a una estructura vertical única.

Las cláusulas del contrato entre las partes involucradas tienen efectos sobre la eficiencia económica. Esto se debe a que los acuerdos afectan las decisiones de las empresas participantes en el mismo ya sea imponiendo obligaciones o cambiando los incentivos para tomar ciertas decisiones.

Ejemplos de restricciones verticales son:

- 1. Acuerdos de precios de reventa, donde el productor le impone los precios de venta al vendedor minorista.*
- 2. Distribución territorial exclusiva, donde a los distribuidores se les asigna exclusividad en alguna área geográfica o sobre algunos clientes o productos particulares.*
- 3. Acuerdos de exclusividad en la negociación, en donde a las firmas que están aguas abajo se les impide negociar con firmas competidoras.*
- 4. Ventas atadas en las cuales a las empresas que están aguas abajo en la cadena productiva se les requiere que adquieran ciertos productos juntamente con el que quieren adquirir.*

La lista presentada no es exhaustiva ya que los acuerdos entre empresas situadas en distintas partes de la cadena productiva, pueden ser muy complejos e incorporar muchas obligaciones mutuas, complejas y difíciles de determinar en sus efectos.

Debe señalarse que este tipo de acuerdos también tienen efectos deseables, es decir, pro-competitivos.

Por ejemplo, pueden tener como resultado que los precios bajen debido a la utilización de economías de escala (siempre que no se caiga en la falacia posneriana que acaba justificando el monopolio abusivo), que muchas veces le garantizan al vendedor, un margen que lo incentiva a hacer esfuerzos para promover el producto.

También estimula la competencia entre marcas (caso de franquicias, doctrina de las excepciones calificadas).

En todo caso vale recalcar que no deben confundirse, como se ha señalado, anteriormente, los objetivos del **derecho de competencia** con los objetivos del **derecho de consumidores**, que un adecuado nivel de competencia en el mercado, beneficie al consumidor, con precios accesibles, como consecuencia residual de la aplicación acertada de un régimen de competencia.

En algunos casos donde el cliente necesita información muy detallada acerca del producto a adquirir, éstos se benefician si se aplica un precio mínimo de comercialización (sin embargo no se benefician los que ya conocen el producto).

Sin embargo este tipo de restricciones tienen efectos nocivos sobre el bienestar si son utilizados como medio para hacer que un cartel funcione o para evitar la entrada de nuevos competidores.

Desde el punto de vista de la defensa de la competencia, estas restricciones son nocivas si son realizadas por alguna empresa que tenga posición dominante, en cualquier segmento de la cadena productiva.

Para analizarlas debe utilizarse un enfoque tripartito:

- 1. Analizar señales de ejercicio colectivo de poder de mercado o la presencia de posición de dominio en algún segmento de la cadena ya sea aguas arriba o aguas abajo. Si estas señales no están presentes difícilmente el acuerdo pueda ser anticompetitivo;*
- 2. Si existe una preocupación del tipo debe estudiarse el efecto concreto que tiene el acuerdo sobre el funcionamiento del mercado;*

3. *Finalmente si la preocupación persiste debe analizarse si producto del acuerdo se generan ganancias de eficiencia que compensen el efecto de la pérdida de competencia.*

7.10. El abuso de posición dominante.

La noción de "abuso de posición dominante" es otro de los conceptos que utilizan las legislaciones de competencia en América Latina para encuadrar ciertos actos o conductas dentro del tipo de prácticas que considera anticompetitivas.

Este es un concepto que se toma del artículo 86 del Tratado de Roma de la Comunidad Europea (1957) y de la legislación española. En ese sentido, se lo interpreta comúnmente como una noción más laxa que la que utiliza el artículo 2 de la ley estadounidense Sherman (1890), para el cual lo que se considera ilegal es la "monopolización" de un mercado, que en ciertos casos puede asimilarse con la simple existencia de una posición de dominio. Aunque en los Estados Unidos de América la interpretación jurisprudencial haya moderado las exageraciones de la regla "Per Sé"

La legislación europea, en cambio, admite como lícito que un mercado quede monopolizado o dominado por una única empresa, pero buscan sancionar los abusos que dicho dominio puede originar.

El concepto económico que más se relaciona con estas ideas de **posición dominante**, es probablemente el de "Poder de Mercado", en tanto que **-el abuso de dicha posición de dominio-** puede en cierto modo asimilarse al "Ejercicio del Poder de Mercado".

El poder de mercado puede definirse como la capacidad de un operador económico individual (o de un grupo de agentes que actúan coordinadamente), de influir sobre los precios del mercado, y en ese sentido representa la otra cara del supuesto de la competencia perfecta.

A diferencia de la definición legal para la cual la posición dominante (Art. 9 Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones) es un atributo que o bien se tiene o bien no se tiene, el poder de mercado es susceptible de presentar grados de acuerdo con la mayor o menor capacidad que tengan los oferentes o demandantes de controlar los precios.

Es también una cualidad que puede ser poseída al mismo tiempo por varios agentes que actúan de manera independiente, cosa que no sucede con la posición dominante, ya que la misma sólo puede ser ostentada en un mercado por una única persona o por un grupo de personas que actúan de manera concertada (cartel).

Conforme a la definición de “Acto como conducta” de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, se entiende por tal no solo las conductas conscientes sino también, a toda conducta inconscientemente paralela, esta es, la que resulta no de las decisiones de los directivos de las empresas en forma de acuerdo, sino que son el resultado de decisiones inducidas por consejo o asesoramiento de sujetos no vinculados a la administración: asesores externos económicos o jurídicos.

La idea de ejercicio del poder de mercado, tiene que ver con decisiones que toman las empresas para incrementar sus beneficios a través de acciones que influyen sobre los precios del mercado, o para excluir competidores del mismo. Si esto ocurre por acuerdo expreso o tácito la **conducta es dolosa** y puede acarrear sanciones de carácter penal, pues constituye verdadera estafa, si es producto de conducta inconscientemente paralela **hay competencia desleal no dolosa** y aunque habrá lugar a multas y reparaciones no habrá sanciones penales, ciertamente, no en todas las legislaciones.

El modo más común para determinar el poder de mercado de una empresa es a través del cálculo de la inversa elasticidad-precio de su demanda, en el punto en el cual la empresa maximiza sus beneficios.

En los casos de monopolio bilateral (un único oferente y un único demandante), no hay posición dominante ya que en este caso existe una situación de negociación y no un problema de defensa de la competencia.

Si bien, cada uno de los actores tiene poder de mercado, pero el hecho de que dicho poder esté distribuido entre la oferta y la demanda hace que sea posible llegar a la eficiencia mediante una coordinación implícita por la que las empresas logren aprovechar la totalidad de las ganancias originadas en el intercambio.

El mecanismo mediante el cual los procesos de negociación conducen a un determinado resultado suele responder a factores tales como el costo de que la negociación fracase, la preferencia intertemporal de las partes que negocian y la aversión al riesgo de dichas partes.

En la sentencia ***Hoffmann-La Roche*** el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se refirió al tema de la siguiente manera: “El concepto de abuso es un concepto objetivo que se refiere a la conducta de una empresa en ***posición dominante*** que llega a influenciar la estructura del mercado cuando, como resultado de la propia presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia se debilita y que, recurriendo a métodos distintos de los que configuran la competencia normal en las transacciones comerciales de bienes o servicios, tiene el efecto de amenazar el mantenimiento del grado de competencia aun existente en el mercado o el incremento de tal competencia”.

El artículo 86 del Tratado de Roma (1957) hace una clasificación no taxativa de las conductas calificadas como abusivas: *precios predatorios*, *discriminación vertical*, *discriminación horizontal* y *condicionamiento para la contratación*.

7.11. Abuso de dependencia económica.

La jurisprudencia Alemana utiliza el concepto de Abuso de Dependencia Económica, para juzgar aquellas conductas de dominación ejercidas por un contratante sobre otro en una relación bilateral. Ambas instituciones se complementan, pues cuando la conducta abusiva no es producto de una posición de dominio, puede ser producto de una relación de ***dependencia bilateral***.

El acto de competencia desleal existe, pero no debe tratarse como un supuesto de defensa contra la competencia desleal entre particulares (*inter privados*). Y no debe confundirse con un asunto puro de abuso de posición de dominio, donde *deba ejercerse la protección estatal*, aunque el efecto sea idéntico.

7.12. Política de Competencia

Porque una política de competencia" aunque este tema no corresponda al desarrollo de este tesis, hare el siguiente cometario justificativo.

Simplemente, porque es connatural al capitalismo moderno la existencia de reglas de juego que morigeran lo afanes de voracidad, casi mafiosa, de algunos operadores económicos así como la especulación económica; por lo que promover el respeto a esas reglas aunque no guste a los retrógrados del liberalismo, da resultados positivos. Así lo demuestra la historia reciente en que la última crisis ha afectado más Estados Unidos, en que la aplicación de la normativa anti trust ha sido más cercana a la ya caduca escuela Bork-Posneriana de la Universidad de Chicago; que a Europa, fiel a la interpretación alemana del derecho de competencia que le asigna, entre sus fines, una función político social.

En los últimos años, en la mayor parte de los países desarrollados, el Estado ha asumido nuevas funciones reglamentarias y creadas a modificadas instituciones, de promoción de la competencia y de fomento del emprendimiento y del dinamismo empresarial. Esto es coherente con los resultados de diversos estudios que muestran que el éxito económico de un país está determinado a largo plazo, principalmente,

por sus instituciones y políticas gubernamentales. Aunque la ONGs de una pseudo derecha intelectual pretenda ocultar el sol con un dedo y negar el éxito de lo que puede denominarse un dirigismo *light* frente a un dejar hacer y dejar pasar que ni siquiera en su propio país tiene plena acogida menos realidad normativa, recordemos que la escuela de Harvard aunque limitada en su visión es contraria al liberalismo caduco de Chicago.

Ante esta realidad tiene interés proponer e intentar responder a la pregunta: ¿Por qué es importante para un país dotarse de una política de competencia efectiva? La causa básica del interés general por la política de competencia es la creencia y constatación, cada vez más claras, de que esta política es beneficiosa para el bienestar social, en la medida que reduce las rentas de monopolio y los precios al consumidor que recupera esa renta y la deriva hacia nuevas empresas que por su entrada al mercado lo fortalecen e incrementan el trabajo y el bienestar general.

Pero más allá de la declaración de los beneficios de la competencia justa para otros competidores entendiéndose, los más pequeños; y, para los consumidores, tiene interés mostrar que la política de competencia influye de una manera positiva, como ha demostrado el análisis económico, en objetivos comunes de la política económica de los países, como son el aumento de la productividad, de la competitividad y del dinamismo emprendedor y, a través de ellos, en el incremento del nivel de renta de los ciudadanos.

La contribución social y económica de la competencia es asumida hoy por la mayoría de los países, en especial por los más desarrollados, que tienen establecidas políticas de competencia, que se materializan en normas y medidas de política económica orientadas a defender y promover la competencia y garantizar el buen funcionamiento de los mercados. Ello es así porque si bien la política de competencia tiene un fundamento económico, su instrumento son las normas jurídicas, claro este, debidamente adaptadas a cada realidad histórico-cultural, en nuestra realidad un política de competencia orientada al control de fusiones es casi absurda,

al margen de que la norma de competencia ordene su control normativamente; en el aspecto político el control debe estar dirigido a los grupos familiares de empresas que no necesitan de fusiones societarias pero cuya actividad restrictiva de la competencia es perniciosamente real.

La difusión actual de las políticas de competencia se puede ilustrar, por ejemplo, indicando que, en el año 2007, Rusia, que tiene ley y autoridades de defensa de la competencia, organizó la reunión anual de la Red internacional (ICN), por sus siglas en inglés, con el objetivo de simbolizar cara a cara al exterior su compromiso con la competencia como principio de asignación de los recursos. A esta reunión asistieron, además de los países con tradición en este ámbito, muchos integrados en el reciente pasado en el sistema socialista. Que lamentablemente se quiere reeditar en nuestro medio.

En la Unión Europea, la Comisión y las autoridades nacionales de competencia de todos los Estados miembros cooperan hoy en día a través de la Red de Competencia Europea (EON). La existencia de esta Red no debe sorprender ya que la pertenencia a la Unión exige a los Estados miembros asumir una visión común del funcionamiento de las economías y del papel de la política económica, anclada en dos principios: estabilidad macroeconómica y respeto a la competencia y el libre mercado. Por esta vía sería deseable que transitáramos con nuestros vecinos a fin de abrir mercados sin obstáculos a nuestras empresas y a las de ellos abrir el nuestro con el fin de incrementar el bienestar social, dentro de un sistema de respeto a reglas que hacen equitativo el mercado. La aceptación de estos valores básicos por los Estados miembros de la CA. Se debería fundamentar, como entendieron en Europa y EEUU, mal que bien; en la premisa de que la libre competencia y la estabilidad macroeconómica constituyen condiciones necesarias para conseguir un crecimiento elevado sostenible.

En España, cuyo proyecto de Ley aprobado (Ley 15/2007) fue asumido por el gobierno nacional para "socializarlo como propio", dice para hacer más eficaz y eficiente la política de competencia, en el segundo párrafo de su Exposición de motivos, que la creciente importancia de la política de defensa de la competencia de

una manera precisa comprensible, del siguiente modo:

"Existe un acuerdo generalizado con respecto a la creciente importancia de la defensa de la competencia, que se ha consolidado como uno de los elementos principales de la política económica en la actualidad. Dentro de las políticas de oferta, la defensa de la competencia complementa a otras actuaciones de regulación de la actividad económica y es un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía". Este relevante párrafo supone una aceptación expresa de la capacidad de la competencia efectiva entre las empresas para incrementar la tendencia de crecimiento de la economía y el bienestar general de la sociedad y el mercado. Finalmente, para precisarlo más a nuestra realidad debemos aplicar la política de competencia con énfasis en la competencia desleal no solo entre operadores económicos empresariales sino también, contra el consumidor, y debe esta función estar encargada a una institución autónoma en absoluto dependiente del ejecutivo.

CONCLUSIONES

La aplicación directa de la Decisión No. 608 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) es realmente incuestionable, más allá de los que se creen futuros perjudicados, que parece no son otros que los mismos que sabotearon el proyecto de Ley de Competencia que tramitaba el Congreso Nacional durante el Gobierno del Ex Presidente Gustavo Noboa Bejarano, que entonces despotricaban contra las facultades de investigación **de oficio** y **ex ante** que ese proyecto de ley presentaba y así como de las sanciones que imponía.

Hoy como no podía ser de otra manera reaccionan contra las facultades de la investigación de oficio que consagra el artículo 3 del Decreto Ejecutivo No. 1614 de 13 de marzo de 2009, publicado en el Registro Oficial 558 del 27 de marzo de 2009, que viabiliza la ejecución de la Decisión No. 608, y claro contra las sanciones que impone.

En flagrante contradicción, aceptan la aplicación directa de la Decisión No. 608, pero niegan la imposición de las sanciones "...porque deben ser creadas por Ley...".

Lo trascendente es que si el Decreto Ejecutivo No. 1614 de 13 de marzo de 2009, viabiliza la eficacia directa de la norma comunitaria andina de competencia, y se admiten como válidos los argumentos constitucionales de la integración, el Decreto no podía ser violatoria, **como en efecto lo es**, de la norma comunitaria andina.

Que si bien la Decisión No. 608 es esencialmente anti-monopólica, lo es en abstracto, -no excluye los monopolios públicos- como si lo hace el mentado Decreto Ejecutivo No. 1614 de 13 de marzo de 2009, lo que puede provocar que dichos monopolios o carteles de entidades públicas cobijadas bajo el esquema de economía mixta, formen carteles abusivos, que **restrinjan, impidan y distorsionen la competencia** con otros operadores en el mercado ecuatoriano.

PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE LA COMPETENCIA

CONTROL Y REGULACIÓN DE LOS MONOPOLIOS

CONSIDERANDO

Que: conforme al Artículo 66 numerales 15 y 25 de la Constitución de la República el Estado reconoce y garantiza como derechos de libertad el desarrollo de actividades económicas, en forma individual o colectiva, de acuerdo a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental; así como, al acceso a disponer de bienes y servicios públicos y privados de calidad y eficiencia.

Que: en concordancia con lo dispuesto por el artículo 85 numerales 1 y 2 de la norma Constitucional, dispone que las políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana garanticen los derechos reconocidos constitucionalmente, en tal razón se regulará de manera que se haga efectivo el buen vivir y todos los derechos, en donde prevalecerá el interés general sobre el interés particular, pero cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse para garantizar y conciliar los derechos en conflicto.

Que El sistema económico y la política económica de acuerdo a lo que establece la Constitución del Ecuador en sus artículos 283 y 284 en sus numerales 1,2,4,7,8 y 9 deben estar enfocados desde el punto de vista social y solidario y que de acuerdo a la Constitución se debe propender a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en donde su objetivo sea garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir, asegurando una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional, incentivando la producción nacional, la productividad, la competitividad para inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional, a fin de mantener la estabilidad económica a través de un intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.

Que: El Artículo 304 numeral 6, de la Carta Fundamental establece que la política

comercial que lleve adelante el Estado estará encaminada a desarrollar, fortalecer y dinamizar los mercados internos, fortalecer el aparato productivo y la producción nacional, impulsar el desarrollo de economías de escala y del comercio justo, evitando las prácticas monopólicas y oligopólicas, y otras que afecten el funcionamiento eficiente de los mercados, en concordancia con los objetivos estratégicos a ser desarrollados, fortalecidos y dinamizados a través del Plan Nacional de Desarrollo.

Que: En su artículo 334 numeral uno, la Norma Constitucional dictamina que al Estado le corresponderá promover el acceso equitativo a los factores de producción, evitando la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, la redistribución y supresión de privilegios o desigualdades en el acceso a ellos.

Que: La Constitución de la República en su Artículo 335, establece que el Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas, definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio u oligopolio privado que atente a la competencia, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.

Que: El Artículo 336 de la Constitución, establece que al Estado le corresponde impulsar y velar por un comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva que el mismo sea sustentable, asegurando de esta manera la transparencia y eficiencia en los mercados, fomentando la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades.

Que: El numeral 1 del Artículo 423 de la Constitución, dispone que es un objetivo estratégico del Estado impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado.

Que: En concordancia con lo dispuesto en el artículo 133 numerales 1 y 2 de la Carta

Fundamental, se deben establecer y desarrollar los derechos y garantías constitucionales, así como la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución; y, En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide la siguiente:

LEY ORGÁNICA DE LA COMPETENCIA, CONTROL Y REGULACIÓN DE LOS MONOPOLIOS

CAPÍTULO I SECCIÓN I OBJETO Y ÁMBITO

Artículo 1. – La presente Ley tiene como objetivo proteger, promover y garantizar que las actividades económicas se desarrollen dentro de un marco de competencia, con sujeción a los términos previstos por esta Ley, mediante la prevención, sanción y eliminación de prácticas, actos o medidas cuyo objeto o efecto sean o puedan ser: impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afectar el bienestar de los consumidores, o que conlleven actos de competencia desleal.

Así mismo, la presente Ley tiene la finalidad de promover, fomentar y proteger la competencia económica a través del establecimiento de normas dirigidas a evitar el levantamiento injustificado de barreras al mercado derivadas de normas legales o reglamentarias anticompetitivas o discriminatorias; y, de esta manera propiciar mayores beneficios a los operadores económicos, y consumidores o usuarios de bienes o servicios, en términos de acceso, variedad, precio y calidad.

La observancia y el cumplimiento de los derechos de Competencia Económica son de Interés Público. El Estado a través de la Superintendencia de la Competencia, ejercerá la defensa de éstos derechos y velará por su cumplimiento y observancia.

Artículo 2.-Esta Ley regula todos los actos, hechos, omisiones, acuerdos o

convenciones de los operadores económicos restrictivos de la competencia, de competencia desleal, monopólicos o cualquier otro dirigido a restringir, falsear, impedir o distorsionar de manera injustificada la competencia; y, que tengan efectos reales o potenciales en el mercado nacional.

Están sujetos a esta Ley todos los operadores económicos que desarrollen actividades económicas en el territorio nacional y los responsables de la adopción de sus actuaciones o decisiones.

Se entiende por operador económico a toda persona natural o cualquier organización, agrupación, asociación de derecho o de hecho, nacional o extranjera, dotada o no de personería jurídica, inclusive el patrimonio autónomo, sea del sector público, incluidos la fuerza pública que realicen actividad económica, tenga o no finalidad de lucro, que actúe habitualmente en la producción, el suministro, la provisión o comercialización de bienes y servicios en el mercado nacional.

La presente Ley se aplica también a los efectos que generaren, en el territorio ecuatoriano, las decisiones económicas tomadas fuera de él, y que son ejecutadas a través de cualquier operador económico domiciliado en el Ecuador.

Los derechos de propiedad intelectual se ejercerán en el marco de las leyes respectivas, pero el abuso en el ejercicio de tales derechos, en cuanto impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, se someterá a la presente Ley.

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

Artículo 3. Interpretación y competencia.- Los términos que hubieran sido expresamente definidos en esta Ley prevalecerán sobre la definición que les atribuyan otras leyes; y, aquellos no definidos serán interpretados en concordancia con los objetivos enunciados por la Constitución, este cuerpo legal y las normas internacionales aplicables.

Los organismos e instituciones públicos de control y regulación que desarrollen actividades de supervisión, respecto de las prestaciones de Servicios Públicos a cargo de la empresa privada, deberán respetar los principios consagrados en la presente Ley.

La Superintendencia de la Competencia es el único organismo competente en esta materia para conocer, investigar, corregir y sancionar las infracciones a la presente Ley.

CAPÍTULO II

DEFENSA DE LA COMPETENCIA

SECCIÓN 1

PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA COMPETENCIA

Artículo 4.- Prácticas contrarias a la competencia. Son conductas prohibidas contrarias a la competencia y constituyen infracción a la presente Ley, todos los hechos, actos, omisiones, conductas, acuerdos, decisiones colectivas, resoluciones, prácticas concertadas, escritas, verbales, oficiales u oficiosas, entre dos o más operadores económicos, que tengan por objeto o que tuvieren por efecto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o de modo potencial, impongan o creen injustificadamente barreras en la producción o distribución de bienes y servicios en el mercado nacional y, en particular las que consistan en:

- a) Fijar directa o indirectamente precio, tarifas, descuentos, tasas, derechos u otros similares, de compra o cualquier otra forma de adquisición, o de venta o cualquier otra forma de enajenación de bienes o servicios, u otras condiciones de transacción o modo, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;
- b) Repartir el mercado de bienes o servicios;

- c) Repartir las fuentes de abastecimiento;
- d) Limitar, paralizar o controlar la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios;
- e) Restringir el desarrollo tecnológico o las inversiones;
- f) Participar, actuar o abstenerse concertadamente y en forma colusoria en un proceso de licitación, concurso o subasta pública o en uno privado abierto al público;
- g) Discriminar precios, condiciones o modalidades de negociación de bienes o servicios
- h) Concertar con el propósito de disuadir a un operador económico de una determinada conducta, aplicarle represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado;
- i) Ventas condicionadas o atadas;
- j) Negativa concertada e injustificada a tratar o negociar con actuales o potenciales proveedores, distribuidores, intermediarios o compradores, adquirentes o usuarios;
- h) Denegación injustificada, para admitir a operadores económicos a una asociación, gremio o ente similar; y,
- k) El boicot, de acuerdo a la definición establecida en el artículo 87 de esta Ley.

Artículo 5.- Prácticas autorizadas en la presente Ley.- No obstante lo previsto en el artículo anterior, la Comisión Ecuatoriana de la Competencia podrá autorizar

fundamentadamente, acuerdos, decisiones colectivas o resoluciones y prácticas concertadas o categorías de los mismos, siempre que cumplan de manera conjunta todas las condiciones que se enumeran a continuación y se mantengan invariables:

- a) Generaren beneficios específicos, concretos y significativos, para el perfeccionamiento o desarrollo de la producción, la comercialización de bienes o servicios, o fomenten el progreso o desarrollo social, sea técnico o económico; o, cuando así sea requerido por el interés público en lo concerniente a seguridad alimentaria, protección del medio ambiente, política agrícola nacional o políticas de fortalecimiento sectorial o regional dirigidas a las pequeñas y medianas empresas;
- b) Fueren indispensables, desde un punto de vista técnico o económico, para alcanzar los propósitos previstos en la letra a) de este artículo;
- c) Determinaren, para los consumidores o usuarios, beneficios que superen claramente las desventajas de la aplicación de las prácticas restrictivas de la competencia;
- d) No dieran margen a que los operadores económicos que las apliquen u observen puedan eliminar la competencia sobre una parte sustancial de los bienes o servicios respecto a los cuales se facultaren; y,
- e) Todas aquellas que permitan alcanzar el interés público del Estado en beneficio de los ciudadanos.

El operador económico interesado en obtener la autorización a la que se refiere este artículo deberá demostrar y probar ante la Comisión Ecuatoriana de la Competencia el cumplimiento concurrente de todas y cada una de las condiciones legalmente establecidas en los literales de este artículo.

Un operador económico podrá, en cualquier momento, solicitar a la Comisión

Ecuatoriana de la Competencia, a fin de que ésta se pronuncie sobre si un acuerdo o conducta está prohibida por los artículos 4, 7, 9 y 10 de la presente Ley.

SECCIÓN 2

ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Artículo 6.- Posición Dominante.- Un operador económico tiene posición dominante o poder de mercado, cuando por su poder económico e independencia de comportamiento pueda fijar su conducta sin tomar en consideración a los competidores, compradores, proveedores o consumidores, por ser el único oferente o demandante de determinado producto o servicio, o aún sin ser el único, no estar sujeto a una competencia económica efectiva en los términos previstos en esta Sección.

La obtención de posición dominante en el mercado o su incremento no atenta por sí misma contra la competencia.

Artículo 7.- Abuso de Posición Dominante.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de posición dominante. Existe abuso de posición dominante cuando uno o varios operadores económicos que teniendo poder de mercado o posición de dominio a efectos de mantener o mejorar dicha posición, impida, restrinja, falsee, distorsione o levante barreras a la competencia.

A efectos de establecer la capacidad unilateral de uno o varios operadores económicos para levantar injustificadamente barreras, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia en el mercado relevante, se deberá comprobar que el presunto operador económico responsable ostenta poder de mercado, según lo previsto en el artículo 6 de esta Ley.

Las conductas que, entre otras, podrían constituir abuso de posición dominante son:

- a) La fijación de precios predatorios;

- b) La limitación de la producción, del mercado o del desarrollo técnico en perjuicio injustificado de los operadores económicos o de los consumidores;
- c) La discriminación de precios, condiciones o modalidades;
- d) Ventas condicionadas o atadas;
- e) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
- f) La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios a otros;
- g) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; y,
- h) El establecimiento de subsidios cruzados.

Artículo 8.- Para determinar si uno o varios operadores económicos tienen posición dominante en el mercado relevante, y son capaces de impedir el ejercicio de una competencia económica efectiva se deberá considerar los siguientes criterios:

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

d) El poder económico, financiero o tecnológico de los operadores económicos participantes en la operación; y,

f) Disputabilidad del Mercado.

Artículo 9.- Abuso de dependencia económica.- Constituye también infracción a la presente Ley, el abuso de posición de dependencia económica efectuada por uno o varios operadores económicos.

Existe situación de abuso de dependencia económica, cuando los operadores económicos clientes o proveedores no disponen de alternativa equivalente para el ejercicio de sus actividades. En tal sentido, esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular, otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.

SECCIÓN 3

DE LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

Artículo 10.- Operación de concentración económica.- Se considera operación de concentración económica las tendencias a adquirir o mantener el control económico mediante: fusión, absorción, establecimiento o funcionamiento de empresas o negocios conjuntos, vinculación como consecuencia de la actuación de directivos comunes, compra de activos u otros modos de adquisición de control, sin considerar si los operadores económicos involucrados compiten o no entre sí.

Se entenderá que operan empresas conjuntas en el evento en que un socio o un grupo de ellos tuvieren sobre porciones dominantes del capital o recursos de esas empresas o negocios, directa o indirectamente, derechos o situaciones que permitan controlarlas o inducir las a mantener políticas similares, complementarias o que, de cualquier modo, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia.

Se presumirá que hay directores o administradores comunes, cuando se comprobare que

quienes ejercen tales funciones en diferentes empresas están vinculados por intereses o beneficios mutuos en actividades económicas que afecten la competencia.

De encontrarse que una operación de concentración económica realizada o propuesta, cree, modifique o refuerce una posición de dominio en el mercado nacional o en una parte sustancial del mismo, susceptible de impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, la Comisión Ecuatoriana de la Competencia mediante resolución motivada, prohibirá la operación de concentración cuando ésta aún no se hubiere concretado, o bien ordenará las medidas de desconcentración o el cese del control por un operador económico sobre otro u otros, cuando aquélla se hubiere realizado.

Artículo 11.- A fin de evitar que una operación de concentración económica tenga por objeto o efecto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, la Comisión Ecuatoriana de la Competencia emitirá su autorización previa, cuando involucren operadores económicos cuyos activos propios, o del agente que los controla, superen los niveles previstos en el Reglamento a esta Ley. A estos efectos, el o los operadores económicos tendrán la obligación de notificar a la Comisión Ecuatoriana de la Competencia la operación de concentración de acuerdo al procedimiento establecido.

Artículo 12.- Criterios para evaluar concentraciones.- A efectos de establecer el alcance de una concentración, la Comisión Ecuatoriana de la Competencia, antes de que aquella sea autorizada o de que se inicien acciones de oficio o a petición de parte para aprobarla o negarla, tendrá en cuenta, al menos, los siguientes criterios:

- a) La necesidad de desarrollar y mantener una competencia efectiva en el mercado nacional, consideradas su estructura así como la competencia actual o potencial de otros operadores económicos;
- b) La circunstancia de si a partir de la concentración, se generare o fortaleciere una posición de dominio o se produjere una sensible disminución, distorsión u obstaculización, claramente previsible o comprobada de la competencia en un sector de actividad o en un mercado dominado por pocos operadores

económicos; y,

- c) La contribución que la concentración o toma de control pudiere aportar a: i) la mejora de los sistemas de producción o comercialización; ii) el fomento del progreso social, sea técnico o económico del país o de una zona de él; iii) la competitividad de la industria nacional en el mercado externo siempre y cuando no afecte el bienestar económico de los consumidores; iv) el bienestar de los consumidores o usuarios; y,
- d) Si tal aporte resultare suficiente para compensar determinados y específicos efectos restrictivos sobre la competencia.

SECCIÓN 4

DE LOS ACTOS DE PODER PÚBLICO RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA Y DE LAS AYUDAS PÚBLICAS

Artículo 13.- De los servicios públicos y actividades de interés económico general.- El Estado, a través de sus órganos de control sectorial y entidades seccionales, no adoptará ni mantendrá, respecto de las empresas públicas ni de aquellas a las que otorgare delegaciones por cualquier forma contractual, ninguna medida que pudiere generar abuso de posición dominante, así como cualquier otra práctica que resultare contraria, limite o distorsione la competencia. No obstante, cuando así lo requiera el interés público y previo el cumplimiento de todas las condiciones establecidas en el Artículo 5 de esta ley, se podrán declarar aplicables los acuerdos, decisiones o prácticas prohibidas en el Artículo 4 de esta norma.

Artículo 14.- Sectores regulados.- Los órganos de control sectorial y entidades seccionales autónomas, dentro de su potestad reguladora deberán respetar los principios consagrados en la presente Ley.

Estarán sujetos a esta Ley todos los operadores económicos incluidos los que actúen en mercados regulados, respecto a todas aquellas conductas y prácticas contrarias a la

competencia y competencia desleal.

Los órganos de control, de regulación sectorial y entidades seccionales autónomas podrán consultar a la Superintendencia de la Competencia sobre todas aquellas decisiones y resoluciones de carácter administrativo, que puedan afectar la competencia o la competencia desleal.

Las Autoridades de Control y Regulación sectorial, deberán contar con unidades o direcciones de investigación en materia de competencia y competencia desleal, estas unidades, intendencias o direcciones deberán investigar sobre las infracciones a la competencia o competencia desleal dentro del ámbito de su respectivo sector, en coordinación con la Superintendencia de la Competencia a través de la Intendencia Nacional de la Competencia.

Para tal efecto, una vez autorizada la investigación por parte de la Superintendencia de la Competencia, se dará traslado del proceso a la Autoridad de Control o Regulación Sectorial correspondiente. El proceso investigativo será realizado por parte de la Intendencia Nacional de la Competencia en forma conjunta con la Autoridad de Control o Regulación Sectorial correspondiente y de conformidad con los términos establecidos en esta Ley y su Reglamento.

Una vez concluida la investigación realizada de manera conjunta de acuerdo a lo establecido en el inciso anterior de este artículo, se correrá traslado de dicha investigación a través de un informe pormenorizado para que la Comisión Ecuatoriana de la Competencia lleve adelante el respectivo proceso sancionador sobre la base del informe presentado de manera conjunta por los organismos responsables de la investigación.

La Superintendencia de la Competencia a través de la Comisión Ecuatoriana de la Competencia, es la única y máxima autoridad administrativa para sancionar conductas y prácticas contrarias a la competencia establecidas en esta Ley y su Reglamento.

Artículo 15.- Implementación de Ayudas Públicas.- Se denominan Ayudas Públicas

a los apoyos temporales que la Administración Pública otorga a determinados operadores o sectores económicos.

Estas ayudas supondrán excepciones positivas a la competencia siempre que reúnan las siguientes condiciones: que sean otorgadas indistintamente a favor de todos los operadores económicos que intervienen en un sector determinado; y, que no exista competencia de productos sustitutivos.

El Intendente Nacional de la Competencia y la Comisión Ecuatoriana de la Competencia deberán tomar en cuenta los obstáculos naturales y los creados artificialmente, por los propios participantes del mercado o por las autoridades públicas, para resolver sobre los efectos en la competencia que tendrán las ayudas públicas y si fuera el caso, recomendar a la autoridad respectiva, la supresión o modificación de tales ayudas públicas, así como las demás medidas conducentes al restablecimiento de la competencia.

SECCIÓN 5

MERCADO RELEVANTE

Artículo 16.- Mercado relevante. Para efectos de analizar las prácticas contrarias a la competencia, abuso de posición dominante y evaluar los niveles de concentración en el mercado que la afecten, el órgano de competencia determinará para cada caso, el mercado relevante con sujeción a los siguientes criterios:

- a) Las posibilidades de sustituir un bien o servicio determinado por otros, de origen tanto nacional como extranjero;
- b) Los costos de distribución, transporte, u otros de transacción o de comercialización de un bien, o de sus insumos relevantes, de sus complementos y sustitutos procedentes de otras regiones del país o del extranjero;
- c) Los costos y las posibilidades que tuvieren los compradores para acudir a otros

mercados; y,

- d) Las restricciones normativas, de carácter nacional o internacional, que limiten el acceso de los compradores a fuentes de oferta alternativa o de los proveedores a clientes alternativos El Reglamento precisará los elementos a considerarse para determinar las posibilidades y costos a los que se refiere este artículo.

SECCIÓN 6

DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 17.- Se considera Competencia Desleal todo acto o práctica que directa o indirectamente impida, falsee, restrinja o distorsione la competencia, en forma tal que, generándose o no un beneficio económico para quien o quienes ejecuten tal acto o práctica, sea tendiente a la eliminación de los competidores.

Para que exista Competencia Desleal será fundamental que los actos o prácticas que se realicen en un mercado, se den entre competidores y existan factores de identidad objetiva y subjetiva que permitan verificar una relación de competencia.

Artículo 18.- Se prohíben las conductas y actos de competencia desleal entre operadores económicos, en violación de normas de buena fe comercial, ética comercial, usos honestos y sana costumbre en el comercio, entre otros los siguientes:

- a) La utilización o difusión de publicaciones o manifestaciones comerciales incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas o cualquier otro tipo de prácticas que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error o confusión a sus destinatarios, sobre la actividad, servicios, las prestaciones comerciales, así como la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo, el precio, la calidad o la cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas;

- b) La realización o difusión de manifestaciones sobre el servicio, producto, la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones comerciales de un tercero que sean idóneas para menoscabar, directa o indirectamente su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Adicionalmente, estarán prohibidas las referencias a la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualquier otra circunstancia estrictamente personal del afectado;

- c) La comparación pública de actividades, prestaciones, productos, servicios o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero cuando la comparación se refiera a elementos que no sean afines, esenciales u objetivamente comprobables;

- d) La imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle encaminada a impedir u obstar su posicionamiento en el mercado;

- e) Toda conducta que tenga por efecto o finalidad desviar la clientela de la actividad, prestaciones comerciales o establecimientos ajenos; igualmente se considerará desleal cuando se aproveche indebidamente de los derechos de exclusividad, de la reputación o del esfuerzo de ese tercero;

- f) La apropiación, divulgación o explotación de información que está legítimamente bajo el control de un operador económico, en la medida que dicha información, concurrentemente, sea adquirida o utilizada por terceros sin el consentimiento del que la controla, en especial por medio de espionaje o procedimientos análogos; sea secreta en el sentido que generalmente no puede ser conocida fácilmente o ser accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; tenga un valor comercial por ser secreta; y haya sido objeto de medidas razonables en las circunstancias para mantenerla secreta, tomadas por el operador económico que legítimamente la controla;

- g) Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena, sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas;

- h) La utilización de un medio de comunicación social, ya sea escrito, televisivo o radial, para difundir cualquiera de las prácticas prohibidas previstas en el presente artículo y en la cual se demuestre la relación societaria, en los términos detallados en las operaciones de concentración económica; y,

- i) Sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida, constituye competencia desleal el prevaler en el mercado mediante una ventaja adquirida por el incumplimiento de una norma jurídica.

Artículo 19. - La potestad de la Superintendencia de la Competencia, se entiende sin perjuicio de la de los Órganos ordinarios para conocer y resolver demandas de orden civil, por eventuales perjuicios individuales resultantes de una competencia desleal, en cuyo caso existirá prejudicialidad entre las decisiones de ambos órganos.

CAPÍTULO III

FOMENTO Y ABOGACIA DE LA COMPETENCIA

Sección 1ra.

Artículo 20. – La Superintendencia de la Competencia ejercerá funciones de control,

promoción y fomento de la competencia, mediante las siguientes acciones e iniciativas:

- a) Proponer la remoción de barreras legales de entrada a mercados que excluyan o limiten la participación de nuevos operadores económicos;
- b) Elaborar, divulgar y presentar propuestas técnicamente justificadas que tengan por objeto las regulaciones de sectores económicos para el desarrollo del país;
- c) Asesorar a las autoridades de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal; para que en el cumplimiento de sus atribuciones, no permitan conductas contrarias a la competencia;
- d) Proponer, dar seguimiento y ejecutar, si fuera del caso, la simplificación de trámites administrativos que vulneren la competencia;
- e) Realizar actividades de promoción de la competencia, asesorando a los operadores económicos en materia económica, comercial y de mercado; y,
- f) Promover y realizar estudios y otras actividades de investigación y divulgación, con el fin de inducir una cultura de la competencia entre las autoridades nacionales, provinciales y municipales; universidades, secundaria, primaria, cuerpos colegiados públicos y privados y sobre todo, a los operadores económicos públicos y privados del país.

Los resultados de las investigaciones sobre protección de la competencia en el ámbito nacional deberán ser oficialmente difundidos por la Superintendencia de la Competencia.

Artículo 21. – En pleno ejercicio de las funciones anteriores, la Superintendencia de la Competencia estará facultada para dirigir un informe motivado a la autoridad respectiva, recomendando la adopción de medidas correctivas en un plazo máximo de quince (15) días, en relación con los actos de simple administración, actos y hechos

administrativos que afecten la competencia. La autoridad a la cual se dirige el informe tendrá la obligación de implementar las medidas correctivas sugeridas; o en su defecto, motivar la no ejecución de las mismas.

SECCIÓN 2DA.

Artículo 22.- De la revisión de los actos de imperio contrarios al orden público económico.- Las instituciones pertenecientes al Poder Público Nacional, Provincial o Municipal encargados de dictar leyes, reglamentos, ordenanzas, resoluciones y demás actos jurídicos de imperio, deberán efectuar un análisis del impacto económico de dichos actos, como condición de validez previa a su emisión.

Sin menoscabo de las facultades otorgadas a otras entidades públicas, el Superintendente de la Competencia podrá dirigir un informe público a la autoridad respectiva sugiriendo la adopción de las medidas correctivas sobre los posibles efectos contrarios a la competencia de las leyes, reglamentos, ordenanzas, resoluciones y demás actos jurídicos emanados del Poder Público Nacional, Provincial o Local cuyo objeto o efecto, inmediato o mediato, sea limitar o menoscabar arbitrariamente la libertad económica, obstaculizando la competencia.

La Superintendencia de la Competencia deberá asistir en forma concurrente, en procesos tales como: a) Audiencias Públicas; b) procesos de licitaciones y contrataciones públicas; c) establecimiento de aranceles o barreras al comercio exterior. Esta participación también incluye a las actividades privadas que sin pretender violar la Ley Orgánica de la Competencia, Control y Regulación de los Monopolios, pueden tener efectos sobre la competencia y reducir el excedente de los consumidores, tales como: a) monitoreo de acuerdos de interconexión; o, b) relaciones de largo plazo entre proveedores y compradores.

El Superintendente de la Competencia solicitará a la autoridad correspondiente imponer sanciones y multas al funcionario o funcionarios que impongan la barrera burocrática declarada ilegal. La imposición de estas medidas no releva al Estado de la responsabilidad civil por daños y perjuicios, ni tampoco de la formulación de la

denuncia penal correspondiente, de ser el caso.

La inconstitucionalidad de las leyes cuyo objeto o efecto, inmediato o mediato, sea crear barreras injustificadas al mercado o atentar contra la competencia, podrá ser recurrida directamente ante la Corte Constitucional en los términos previstos en la Constitución de la República.

CAPÍTULO IV

ORGANOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

SECCIÓN 1

DE LA SUPERINTENDENCIA DE LA COMPETENCIA

Artículo 23.- La Superintendencia de la Competencia es la autoridad única a nivel nacional encargada de la ejecución, promoción, defensa y control de la competencia Económica.

Se constituirá como un organismo de derecho público, técnico y autónomo, con personería jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria, con jurisdicción nacional, con sede en la ciudad de Quito.

Contará con los siguientes órganos: el Superintendente de la Competencia quien será su representante legal y la máxima autoridad administrativa; la Comisión Ecuatoriana de la Competencia como máxima autoridad resolutive en materia de competencia; y la Intendencia Nacional de Competencia. La Intendencia Nacional estará integrada por

Direcciones Especializadas y sus correspondientes unidades técnicas.

Artículo 24. – Atribuciones y Funciones.- La Superintendencia de la Competencia ejercerá, de oficio o a petición de parte atribuciones y funciones de supervisión, investigación, vigilancia, control y sanción, para evitar y prevenir violaciones a los derechos de competencia económica.

Cualquier operador económico afectado por la violación o posible violación de los derechos de competencia económica, podrá requerir de la Superintendencia de la Competencia la adopción de las siguientes medidas:

- a) Supervisión;
- b) Investigación;
- c) Información; y,
- d) Sanción.

Serán las principales funciones de la Superintendencia de la Competencia, a través de sus diferentes órganos, las siguientes:

- a) Defender y promover la competencia económica y los derechos de los consumidores y usuarios, reconocidos en la legislación nacional y en los tratados y convenios internacionales, a través de la reglamentación y control;
- b) Expedir resoluciones, circulares o disposiciones de carácter general obligatorio, necesarias para la aplicación de las normas legales y reglamentarias, para asegurar la armonía y eficiencia de su administración;
- c) Velar y supervisar que las actividades económicas, públicas y privadas, se desarrollen con eficiencia, transparencia y equidad;
- d) Formular estudios sobre la situación y desarrollo de la competencia económica en el Ecuador y promover el conocimiento y protección de la

competencia, procurando la equidad y la seguridad jurídica de las relaciones entre el Estado, los operadores económicos y los consumidores;

- e) Participar como órgano consultivo, en los niveles directivos de los organismos públicos que planifiquen, ejecúten o controlen políticas o adopten normas relativas a la competencia;
- f) Mantener los registros que prevea esta Ley y su Reglamento, a fin de impulsar la eficiencia y equidad de las entidades públicas y privadas;
- g) Establecer las normas y funciones de control para la promoción y defensa de la competencia; y,
- h) Las demás contempladas en leyes y reglamentos.

SECCIÓN 2

DEL SUPERINTENDENTE DE LA COMPETENCIA

Artículo 25.- Del Superintendente de la Competencia.- El Superintendente de la Competencia será elegido por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, de entre una terna enviada por el Presidente de la República para tal efecto, en la forma y con los requisitos previstos en la Constitución de la República y la presente Ley, desempeñará sus funciones durante seis años y podrá ser reelegido.

Para ser designado Superintendente de la Competencia se necesitará tener al menos treinta y cinco años de edad, título de cuarto nivel en materias afines con las funciones que desempeñará y experiencia de por lo menos diez años en el ejercicio de su profesión, avalada por notoria probidad.

Artículo 26.- Atribuciones.- Son funciones del Superintendente de la Competencia:

- a) Dirigir las acciones de control descritas en la presente Ley y su reglamento, así como aplicar las sanciones establecidas en el capítulo VI de la misma;
- b) Iniciar e instrumentar procesos de investigación, establecer presunciones de responsabilidad y remitir el caso a la Comisión de la Competencia;
- c) Presidir la Comisión Ecuatoriana de la Competencia;
- d) Defender e implementar las políticas nacionales de promoción y protección de la competencia económica y consumidor, la eliminación de barreras al mercado y la no discriminación en la regulación de los mercados, de acuerdo con los lineamientos fijados por la Ley y evaluar la ejecución de aquéllas;
- e) Integrar, por sí o por medio de su delegado, los organismos internacionales en materia de competencia económica, de los que el Ecuador fuere parte, en coordinación con las autoridades nacionales competentes
- f) Promover la cooperación y el intercambio de información, de conformidad con los convenios y compromisos internacionales sobre las materias de su competencia;
- g) Designar al Intendente Nacional de la Competencia de acuerdo con los procedimientos establecidos en la presente Ley;
- h) Disponer la formulación de estudios sobre la situación y desarrollo de la competencia en el Ecuador;
- i) Elaborar y aprobar las regulaciones y disposiciones de carácter general respecto del alcance y aplicación de las normas contenidas en la presente Ley, para lo cual deberá contar con un informe favorable de la Comisión Ecuatoriana de la Competencia;

- j) Coordinar con los organismos de proveedores y consumidores la ejecución de planes de difusión de una cultura de la competencia;
- k) Conservar y coordinar los registros que prevea esta Ley y sus reglamentos, a fin de impulsar la eficiencia y equidad de las entidades públicas y privadas;
- l) Dirigir y controlar la gestión de la Intendencia, unidades técnicas y administrativas, incluyendo la designación, remoción y el establecimiento de la escala de remuneraciones del personal de la institución;
- m) Presentar al Poder de Participación Ciudadana y Control Social el informe anual relativo a la gestión de la Superintendencia de la Competencia;
- n) Elaborar y ejecutar la proforma presupuestaria anual de operación y de inversión de la Superintendencia de la Competencia, para cuyo propósito podrá recibir, administrar e invertir bajo su responsabilidad los recursos que le correspondan a la Superintendencia;
- o) Cumplir y hacer cumplir las disposiciones de esta Ley y sus respectivos reglamentos, así como los compromisos internacionales del país en materia de competencia económica;
- p) Conocer y absolver consultas sobre la aplicación de esta Ley, para casos particulares, previo informe técnico de la Intendencia Nacional de Competencia. Las consultas planteadas respecto a sectores regulados deberán contar además con la opinión de la Comisión Ecuatoriana de la Competencia y tendrá carácter de vinculante para la Superintendencia;
- q) Aprobar y expedir su reglamento interno para su correcto funcionamiento previo informe favorable de la Comisión Ecuatoriana de la Competencia;
- r) Recomendar la preparación, modificación o revisión de la normativa

sobre materia de competencia y participar como órgano consultivo en esas actividades, cuando las realicen otras entidades del Sector Público;

- s) Aprobar y emitir reglamentos, guías y cualquier otro instrumento de carácter general respecto del alcance y aplicación de las normas contenidas en la presente Ley, contando para tal efecto con el criterio jurídico-técnico de la Comisión Ecuatoriana de la Competencia;
- t) Aprobar conforme a la Ley y al Reglamento, el Presupuesto de la Superintendencia de la Competencia;
- u) Fijar y aprobar las tasas previstas en esta Ley;
- v) Conocer sobre los proyectos de reformas a esta Ley y leyes conexas, sus respectivos reglamentos y convenios internacionales en los ámbitos de su competencia
- w) Proponer al Presidente de la República proyectos de reformas a esta ley, leyes conexas o reglamentos respectivos, con informe favorable del Comisión Ecuatoriana de la Competencia;
- x) Crear y organizar la Superintendencia de la Competencia y las diferentes unidades administrativas que se requerirán, a fin de cumplir con las funciones establecidas en esta Ley;
- y) Integrar los organismos internacionales en materia de competencia de los cuales el Ecuador sea parte; y,
- z) Ejercer la representación legal, judicial y extrajudicial de la Superintendencia de la Competencia, pudiendo nombrar procuradores judiciales bajo su supervisión a quienes podrá delegar tal representación en forma amplia o limitada, para los

asuntos que les sean confiados;

aa) Las demás atribuciones que le señalaren, la Ley y el Reglamento.

SECCIÓN 3

DE LA COMISIÓN ECUATORIANA DE LA COMPETENCIA

Artículo 27.- De la Comisión Ecuatoriana de la Competencia.- La Comisión Ecuatoriana de la Competencia estará integrada por tres vocales, los cuales serán designados por la Comisión de Participación Ciudadana y Control Social, de entre la lista remitida para tal efecto, por el Presidente de la República. El Superintendente será quién la presida.

Para cada vocal principal se designará un suplente para reemplazarlo en caso de usencia o impedimento temporal, de conformidad con lo que disponga el respectivo reglamento.

En caso de ausencia o impedimento definitivo de un vocal principal o suplente, la Comisión de Participación Ciudadana y Control Social designará su reemplazo que durará en sus funciones por el período que falte para completar el de su antecesor. – siendo dos vocales de formación jurídica y uno con formación en economía.

Las resoluciones se adoptarán por mayoría de votos de sus integrantes, debiendo necesariamente consignarse el voto salvado, en caso de haberlo.

Los vocales y sus alternos serán designados para un período fijo de seis (6) años, prorrogable por una sola vez.

Los vocales deberán ser designados por lo menos con quince (15) días de anticipación a la fecha en que deban iniciar sus funciones. Si quedare vacante un puesto de vocal de la Comisión, se designará su reemplazo máximo dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha en que se hubiere producido la vacancia. El Superintendente en su calidad de Presidente de la Comisión Ecuatoriana de la Competencia será el responsable de

cumplir con estos plazos.

Artículo 28.- Causas para el cese de funciones de los vocales. Los vocales de la Comisión Ecuatoriana de la Competencia solo podrán ser cesados de sus cargos por las siguientes causales:

- a) Quienes tengan sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada, por delitos de peculado, abuso de recursos públicos, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito. También quienes hayan sido condenados por delitos de contrabando, tráfico de estupefacientes y psicotrópicos; y en general, quienes hayan sido sentenciados por defraudaciones a las instituciones del Estado;
- b) Incompatibilidad superveniente;
- c) Incumplimiento de los deberes inherentes a las funciones encomendadas, previo informe debidamente motivado; o,
- d) Incapacidad mental o física que impidiere el ejercicio del cargo durante más de ciento ochenta (180) días.

Artículo 29.- Requisitos para ser vocal de la Comisión Ecuatoriana de la

Competencia.- Para integrar la Comisión Ecuatoriana de la Competencia se requiere ser ecuatoriano de nacimiento, tener título de educación superior con postgrado o especialización en derecho, economía u otras profesiones afines a la competencia, o por lo menos diez años de experiencia profesional, administrativa o de docencia en entidades de educación superior, en materias relacionadas con el ámbito de esta Ley.

Los vocales de la Comisión deberán dedicarse en forma exclusiva a las labores inherentes a su función; salvo la docencia en institutos de educación superior, les estará prohibido el ejercicio de su profesión o especialidad técnica u otra actividad, con o sin

relación de dependencia, así como ocupar cargos directivos, ejecutivos o administrativos en entidades u organizaciones con o sin fines de lucro, o ejercer el comercio, directa o indirectamente. Tampoco podrán desempeñar dignidades de elección popular o ser directivos de los partidos políticos, mientras se encuentren en el ejercicio de sus cargos.

Además de las prohibiciones señaladas y las aplicables a los servidores públicos, tampoco podrán ser vocales de la Comisión quienes tuvieren con el Presidente de la República, el Vicepresidente de la República, Asambleístas, Magistrados de la Corte Nacional de Justicia, Ministros y Subsecretarios de Estado, o con algún miembro de la Superintendencia, parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Artículo 30.- Atribuciones de la Comisión Ecuatoriana de la Competencia.- Son atribuciones de la Comisión Ecuatoriana de la Competencia:

- a) Conocer y resolver sobre las violaciones establecidas en la presente Ley, sobre la base del expediente elaborado y presentado por el Intendente Nacional de la Competencia e imponer las sanciones o medidas correctivas que correspondieren;
- b) Conferir las autorizaciones a las que se refieren los Artículos 4 y 12 de esta Ley;
- c) Absolver consultas sobre la obligación de notificar operaciones de concentración económica y sobre sectores regulados y ayudas públicas;
- d) Calificar la pertinencia y ordenar la adopción de medidas cautelares;
- e) Solicitar y practicar de oficio todas las pruebas y diligencias necesarias para el esclarecimiento de los procesos bajo su conocimiento;
- f) Calificar determinadas prácticas como contrarias a la competencia, para efectos

del otorgamiento de licencias obligatorias en el marco de la Ley de Propiedad Intelectual;

- g) Conocer y resolver los recursos que, de oficio o a petición de parte, se interpusieren respecto de actos o resoluciones conforme lo previsto por esta Ley;
- h) Pronunciarse de manera vinculante respecto de las resoluciones de los organismos y sectores regulados;
- i) Conocer y resolver las acciones de clase presentadas por personas naturales, jurídicas o grupos humanos vinculados por un interés común y afectados directamente por una contravención de consumo; y,
- j) Las demás que establezcan la Ley y el Reglamento.

SECCIÓN 4

DEL INTENDENTE NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Artículo 31.- El Superintendente de la Competencia designará al Intendente Nacional de la Competencia quien deberá cumplir los mismos requisitos establecidos en esta Ley para los vocales de la Comisión Ecuatoriana de la Competencia.

En caso de ausencia o impedimento definitivo del Intendente Nacional de la Competencia, el Superintendente de la Competencia designará su reemplazo.

El Intendente Nacional deberá ser designado por lo menos con quince (15) días de anticipación a la fecha en que deba iniciar sus funciones. Si quedare vacante este puesto, se designará a su reemplazo máximo dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha en que se hubiere producido la vacancia.

Artículo 32.- Funciones de la Intendencia Nacional.- Son funciones del Intendente Nacional de la Competencia:

- a) Coordinar la difusión e implementación de las políticas nacionales de competencia y demás normas aplicables a estas materias;
- b) Iniciar las investigaciones preliminares en los casos de violaciones a las prescripciones de la Ley de la materia;
- c) Informar al Superintendente de la Competencia y por su intermedio, a la Comisión Ecuatoriana de la Competencia de conductas potencialmente violatorias a esta Ley;
- d) Coordinar la relación de la Comisión Ecuatoriana de la Competencia con las respectivas unidades técnicas, sobre la base de las directrices dadas por el Superintendente de la Competencia;
- e) Mantener la comunicación necesaria con los operadores económicos interesados en las investigaciones;
- f) Ejecutar los estudios técnicos de la materia dispuestos por el Superintendente o la Comisión Ecuatoriana de la Competencia;
- g) Por delegación del Superintendente de la Competencia, proponer e intervenir en la negociación de tratados, acuerdos o convenios internacionales sobre políticas de competencia;
- h) Preparar propuestas para modificar o revisar la legislación sobre prácticas comerciales restrictivas o sobre esferas conexas a la regulación y políticas de competencia, así como proporcionar al Superintendente de la Competencia el soporte técnico y legal necesario para la absolución de consultas en las respectivas materias;

- i) Ejecutar las regulaciones y disposiciones de carácter general respecto del alcance y aplicación de las normas contenidas en la presente Ley; y
- j) Las demás que establezcan la Ley y el reglamento.

Artículo 33.-De los Intendentes Jurídico y Económico.- El Superintendente de la Competencia designará al Intendente Jurídico y Económico de la Superintendencia de la Competencia.

Los Intendentes Jurídico y Económico, serán los encargados de asesorar en sus respectivas materias al Superintendente y al Intendente Nacional de la Competencia, elaboraran de manera coordinada el expediente y el informe respectivo sobre la base de la documentación preparada por la Unidad Técnica para la resolución del Intendente Nacional de la Competencia.

En el Reglamento Orgánico Funcional de la Superintendencia de la Competencia, se podrán designar otros Intendentes Especializados que permitan a este organismo cumplir adecuadamente con las labores de fomento, protección y control de la competencia.

Artículo 34.- De las Unidades Técnicas.- En el Reglamento Orgánico Funcional de la Superintendencia de la Competencia, se determinarán las unidades técnicas de la Intendencia Nacional de la Competencia y se señalarán las funciones que permitan a estos organismos cumplir adecuadamente con las labores de fomento, protección y control de la competencia y del consumidor, respectivamente.

Sección 5

Del personal que labore en la Superintendencia de la Competencia

Artículo 35.- El Superintendente de la Competencia designará a los funcionarios y empleados que se requieran para el cumplimiento de las disposiciones y normas

establecidas en esta Ley.

Los funcionarios y empleados deberán dedicarse en forma exclusiva y a tiempo completo a las labores inherentes a su función salvo los casos de docencia en institutos de educación superior. El referido personal está prohibido de ejercer libremente su profesión o especialidad técnica u otra actividad, con o sin relación de dependencia, así como ocupar cargos directivos, ejecutivos o administrativos en entidades u organizaciones con o sin fines de lucro, o ejercer el comercio, directa o indirectamente. Tampoco podrán desempeñar dignidades de elección popular.

El indicado personal deberá reunir los requisitos y calificaciones que se exigieren para cada función o puesto. Ellos se orientarán en modo de que se asegure el más alto nivel técnico y el más reducido número posible para ese personal.

Para ser nombrados funcionarios de las Unidades Técnicas de la competencia económica deberán cumplir con los requisitos establecidos para el respectivo cargo por el Reglamento.

Artículo 36.- No podrán ser nombrados funcionarios de la Superintendencia de la Competencia quienes no cumplieren con los requisitos establecidos para el respectivo cargo, y no hubieren aprobado el curso de capacitación pertinente o haber participado en el correspondiente concurso de oposición y merecimientos, de conformidad con el Reglamento.

Los funcionarios de la competencia estarán sujetos a evaluaciones periódicas y serán calificados permanentemente.

Artículo 37.- Deber de secreto de los funcionarios de competencia.- Quienes tomaren parte en la realización de investigaciones o en la tramitación de expedientes sobre competencia previstos en esta Ley o conocieren tales expedientes por razón de su profesión o cargo, están obligados a guardar confidencialidad y secreto sobre los hechos de que hubieren tenido conocimiento a través de ellos, en aplicación de las normas de este capítulo.

Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales, que pudieren corresponder a los infractores del deber de sigilo, confidencialidad o secreto, la violación de ésta se considerará causal de destitución. Sólo podrán informar sobre aquellos hechos o circunstancias a los juzgados y Órganos de la Función Judicial, a pedido expreso de los jueces que conocieren de un caso específico.

CAPÍTULO V

DE LOS PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE COMPETENCIA

Título I

Sección 1

FACULTADES DE INVESTIGACIÓN

Artículo 38.- Facultades de los órganos de promoción y defensa de la competencia para realizar investigaciones.- Antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento, la Comisión Ecuatoriana de la Competencia o el Intendente Nacional de la Competencia por sí mismos o a través de los funcionarios expresamente delegados para ello, podrán requerir a cualquier operador económico o institución del sector público o privado, los informes o documentos que estimaren relevantes, a efectos de realizar sus investigaciones.

Esos informes o documentos deberán ser suministrados dentro del plazo que tales autoridades fijaren, aún cuando hubieren sido calificados de reservados.

A esos efectos los funcionarios referidos podrán examinar tales documentos, obtener copias o realizar extractos de ellos. No será obligación de la Comisión Ecuatoriana de la Competencia ni de la Intendencia Nacional de la Competencia atenerse, contra su convicción, al contenido de esos informes. Ningún procedimiento administrativo podrá suspenderse por falta de ellos.

Artículo 39.- Facultad de investigación y la obligación de colaborar con los órganos de defensa de la competencia.- Sin que la presente enumeración tenga carácter taxativo la Superintendencia de la Competencia a través de sus distintas autoridades tiene las siguientes facultades investigativas:

- a) Exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia comercial y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas;
- b) Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designen para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que consideren necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o grabaciones en video; y,
- c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública. De ser necesario el descerraje en el caso de locales que estuvieran cerrados será necesario contar con autorización judicial, la que deberá ser resuelta en un plazo máximo de 24 horas.

Todas las personas individuales o colectivas, públicas o privadas, así como las autoridades, funcionarios y agentes de la Administración Pública están obligadas, sin necesidad de requerimiento judicial alguno, a suministrar los datos, la información, la documentación y la colaboración que requiera la Superintendencia de la Competencia.

La Superintendencia de la Competencia podrá solicitar información a cualquier organismo público, incluidos los del Régimen Seccional Autónomo, así como requerir el auxilio de la Fuerza Pública, cruzar los datos recibidos con aquellos que obtengan por otros medios. De la misma manera, podrán transferir información a otros organismos públicos, siempre que dicha información no tuviera el carácter de reservada por constituir un secreto industrial o comercial.

Las autoridades y funcionarios a los que se refiere el inciso precedente están obligados a prestar su colaboración y ayuda, so pena de las sanciones previstas, en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa por el incumplimiento grave de sus deberes esenciales. Tratándose de los particulares que no suministraren la información requerida, serán sancionados con las multas previstas en esta Ley.

Artículo 40.- Confidencialidad de la información.-Tratándose de la información y documentación relativa a los operadores económicos e instituciones del sector público que los funcionarios y empleados de la promoción de la competencia recibieren, en razón de su trabajo, será utilizada únicamente con el fin para el que hubiere sido requerida o entregada.

Esta obligación se extiende al propio órgano competente y a las partes que intervienen en el procedimiento e incluso a aquellas que no hubieren presentado reclamo.

Las informaciones que lleguen a conocimiento de la Superintendencia de la Competencia a través de sus funcionarios o empleados, en cualquier momento del proceso investigativo, a petición del interesado, de considerarlo procedente, la Comisión Ecuatoriana de la Competencia las calificará y les dará tratamiento de confidenciales, con excepción de aquellas que por su naturaleza tengan carácter público; a tal efecto, la parte interesada deberá proporcionar un resumen no confidencial

de la misma.

Quienes tomen parte en los procesos de investigación o en la tramitación de expedientes previstos en la presente Ley o conocieran tales expedientes por razón de su profesión o cargo, están obligados a guardar confidencialidad y secreto sobre tales hechos o documentos.

Así mismo, la información y documentación que tenga que ver con secretos comerciales, propiedad intelectual, información personal sobre funcionarios y empleados y otras que por definición de la Ley no deben ser divulgadas, se mantendrán por parte de la Superintendencia como documentación reservada, que no podrá ser exhibida sino únicamente por orden judicial. La misma protección gozarán los abogados en cuanto a la información y documentación que por su desempeño profesional tuvieran conocimiento, siendo calificada la misma como secreto profesional.

Título II

DE LOS PROCEDIMIENTOS

Sección 1

Trámite para la Autorización Excepcional

Artículo 41.- Trámite para la autorización prevista en el Art. 5.- El procedimiento para autorizar los acuerdos, decisiones colectivas, prácticas concertadas y demás conductas previstas en el artículo 5 de la presente Ley, se iniciará a instancia de parte interesada. Para ello, deberá presentar ante la Comisión Ecuatoriana de la Competencia, una solicitud a la que acompañará todas las pruebas que sustente su pretensión.

Si el Presidente o el vocal de sustanciación estimare que hay bases para atender la

solicitud, antes de expedir la resolución correspondiente deberá:

- a) Verificar que se haya comprobado la concurrencia de todas las condiciones contempladas en el artículo 5;
- b) Comprobar que se haya demostrado que toda la información proporcionada para justificar la existencia de las referidas condiciones es veraz y cuenta con un idóneo respaldo técnico; y,
- c) Evaluar el tiempo durante el cual, de mantenerse las condiciones previstas en el artículo 5, tendrá vigencia la autorización excepcional. La solicitud y las pruebas anexas ingresarán para conocimiento y resolución de la Comisión Ecuatoriana de la Competencia.

Artículo 42.- De la resolución sobre autorización excepcional de prácticas no competitivas.- La decisión en la cual se atiende o denegare el pedido de autorización excepcional previsto en el artículo 5 de esta Ley, será expedida por la Comisión Ecuatoriana de la Competencia en el término de cuarenta y cinco (45) días, la cual contendrá los fundamentos de hecho y de derecho que la motiven. De conceder la autorización, determinará el plazo específico de su vigencia y se ordenará su publicación en el Registro Oficial.

Artículo 43.- Revisión periódica de mantenimiento de condiciones.- La Comisión Ecuatoriana de la Competencia podrá supeditar la expedición y mantenimiento de una autorización excepcional para el ejercicio de alguna de las prácticas contrarias a la competencia, al cumplimiento de condiciones y obligaciones específicas, cuya observancia será verificada por la Intendencia Nacional de la Competencia.

Artículo 44.- Causas para dejar sin efecto o suspender una autorización excepcional para el ejercicio de prácticas contrarias a la competencia.- La

Comisión Ecuatoriana de la Competencia podrá dejar sin efecto o suspender una autorización excepcional para el ejercicio de alguna de las prácticas contrarias a la competencia previstas en esta Ley, en los siguientes casos:

- a) Las condiciones que las justificaron no se mantuvieron;
- b) Los operadores económicos amparados en ella no hubieren cumplido con los requisitos y obligaciones prescritos por el órgano competente;
- c) No se hubieren notificado o comunicado oficialmente cambios sustanciales respecto a las condiciones que motivaron la autorización excepcional; y,
- d) La información suministrada para solicitar la autorización excepcional fuere considerada engañosa o haya sido declarada falsa en sentencia judicial, anterior o posterior al otorgamiento de tal autorización.

La Comisión Ecuatoriana de la Competencia, para los casos previstos en los literales b), c) y d) de este artículo, además de dejar sin efecto su autorización, aplicará las sanciones previstas por esta Ley para la correspondiente infracción.

Sección 2

Trámite para Autorizaciones Previas

Artículo 45.- Trámite para autorizaciones previas de operaciones de concentración económica.- Recibida la información sobre una operación de concentración económica cuya autorización se le solicitare de conformidad con el artículo 12 de esta Ley, la Comisión Ecuatoriana de la Competencia ordenará al Intendente Nacional de Competencia la apertura del expediente.

Dentro del término de cuarenta y cinco (45) días, prorrogable por una sola vez hasta por treinta (30) días adicionales por causas debidamente justificadas, la Comisión Ecuatoriana de la Competencia expedirá la resolución definitiva autorizando o negando

tal concentración. Podrá supeditar su autorización al cumplimiento de condiciones específicas que estableciere para tal efecto.

En el caso de que una concentración sujeta a control, según lo previsto en la presente Ley, no hubiese sido notificada a la Comisión Ecuatoriana de la Competencia, ésta de oficio, requerirá a las partes obligadas, para que efectúen la correspondiente notificación en un plazo no superior a veinte (20) días a contar desde la recepción del requerimiento. No se beneficiarán del silencio administrativo positivo aquellas concentraciones notificadas a requerimiento de la Comisión Ecuatoriana de la Competencia.

Cuando se haya producido la consulta previa prevista en el artículo siguiente, la Comisión Ecuatoriana de la Competencia resolverá sobre la viabilidad de la concentración en el término improrrogable de cuarenta y cinco (45) días contados a partir del siguiente día en que los operadores económicos realizaron la notificación.

El Superintendente de la Competencia en su calidad de Presidente de la Comisión Ecuatoriana de la Competencia notificará con una copia de la resolución específica, negando o aprobando la concentración a los demás organismos públicos de control para su conocimiento.

Artículo 46.- Consultas.- Con anterioridad a la notificación, los operadores económicos afectados podrán presentar consultas ante la Comisión Ecuatoriana de la Competencia sobre la obligatoriedad de notificar una operación de concentración económica. La forma y contenido de estas consultas así como el contenido de las resoluciones que procedan, serán confidenciales. Las resoluciones emitidas tendrán el carácter de vinculantes. La notificación no impedirá a los operadores económicos afectados la ejecución de la operación, asumiendo ellos mismos el riesgo de una negativa de autorización a la concentración.

Sección 3

Trámite por infracciones a esta Ley

Artículo 47.- Iniciación del procedimiento.- El procedimiento para conocer y resolver sobre la comisión de infracciones a esta Ley se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano administrativo, por reclamo formulado por el agraviado o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada.

Artículo 48.- Contenido de la reclamación.- Todo reclamo por supuestas infracciones a la presente Ley, se presentará por escrito y contendrá:

- a) La determinación de la autoridad competente ante el cual se lo formula;
- b) Los datos de identificación del solicitante: nombres y apellidos del compareciente; el número de cédula de identidad o de pasaporte, en el caso de extranjero no residente, y de ser el caso, los datos de identificación de la persona jurídica y de su representante legal;
- c) La indicación de domicilio, para notificaciones futuras;
- d) La identificación clara de la o las personas o los operadores económicos contra quien no quienes se presentare el reclamo y la dirección exacta del domicilio o, en su defecto, la del lugar en donde se encontraren sus oficinas o instalaciones, si fueren conocidos por el compareciente;
- e) Los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustentare el reclamo, expuestos en forma clara y precisa. Una descripción detallada de la presunta conducta o práctica anticompetitiva denunciada, indicando el período aproximado de su duración o su inminencia. Las características de los bienes o servicios objeto de la presunta conducta o práctica anticompetitiva denunciada así como de los bienes o servicios posiblemente afectados;

- f) La petición o pretensión que se formulare; y,
- g) Las firmas del compareciente, de su representante o procurador y la del abogado que patrocina.

Si no hubiere sido posible determinar el domicilio del operador económico al que se refiriere el reclamo o el lugar donde funcionen sus oficinas o instalaciones, el reclamante afirmará tal hecho bajo juramento, que se hará constar en el propio documento de reclamo.

A la reclamación se adjuntarán todas las pruebas de que dispusiere el reclamante, o la mención precisa de las que se presentarán o solicitarán dentro del término respectivo.

Artículo 49.- Calificación del reclamo.- De presentarse un reclamo el Intendente Nacional de la Competencia, lo calificará. Si fuere oscuro o no se cumplieran con los requisitos señalados en el artículo anterior, ordenará que se lo aclare o complete en el término de cinco (5) días y, de no hacerlo, podrá abstenerse de tramitarlo.

Artículo 50.- Improcedencia del reclamo.- El Intendente Nacional de la Competencia, según el caso, podrá no iniciar el procedimiento y acordar el archivo de las actuaciones, notificando de ello a las partes cuando considere que no hay indicios de infracción a la presente Ley.

Artículo 51.- Medidas cautelares.- La Comisión Ecuatoriana de la Competencia una vez abierto el expediente, antes del inicio del proceso o en cualquier momento durante la tramitación del mismo, podrá, a instancia de los interesados o de oficio, ordenar las medidas cautelares que resultaren indispensables para asegurar la eficacia de la resolución que en su momento dictare, y, en especial, las siguientes:

- a) Suspender provisionalmente la conducta presuntamente restrictiva que hubieran originado el expediente; o

- b) Imponer determinadas condiciones, acordes con lo objetivos de esta Ley, para evitar el daño que pudieren causar dichas prácticas, conductas, el abuso de posición dominante, competencia desleal o concentración económica.

En el caso que fuere el reclamante quien pidiere la adopción de medidas cautelares, la Comisión Ecuatoriana de la Competencia podrá exigir que aquél rinda caución de temeridad de conformidad con el Reglamento. Si la resolución fuere desfavorable al reclamante, el valor de la caución se entregará al operador económico contra el cual se hubiere presentado el reclamo.

Cuando se dispusiere la adopción de medidas cautelares, el afectado podrá solicitar que se las deje sin efecto, previa la constitución de caución suficiente para responder por los resultados del procedimiento. El monto será fijado en el término de tres (3) días, y en ningún caso, podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) ni superior al cien por ciento (100%) de la multa máxima prevista para la infracción.

La Comisión Ecuatoriana de la Competencia, en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, previa comprobación de que hubieren cambiado las conductas que motivaron el establecimiento de medidas cautelares, podrá ordenar la suspensión, modificación o revocatoria de tales medidas o la cancelación y devolución de la caución.

Cuando los daños fueren considerados como graves por la Comisión Ecuatoriana de la Competencia, de oficio o a petición de parte, podrá pedir al juez de lo civil del domicilio de la persona u operador económico cuya actuación hubiere sido objeto del reclamo, que dicte medidas cautelares reales, como prohibición de enajenar, secuestro o retención.

Artículo 52.- Trámite.- Una vez admitido a trámite el reclamo, la Comisión Ecuatoriana de la Competencia o el Intendente Nacional de la Competencia, según corresponda, dispondrán se efectúen todas las investigaciones necesarias a fin de establecer la existencia de los fundamentos del mismo.

Los resultados de esta investigación a cargo del Intendente Nacional de la Competencia, constarán en informes por escrito, que se notificarán mediante oficio al presunto responsable, concediéndole un término de hasta sesenta días, a fin de que pueda formular sus descargos mediante contestación, pedir pruebas y presentar los documentos pertinentes.

Se presume el daño causado a la competencia, si de las investigaciones realizadas se verifica la existencia de acuerdos, decisiones colectivas o prácticas concertadas entre competidores que tengan por objeto los casos enunciados en los literales a), b), c), d), e),f) y h) del artículo 4 de esta Ley.

A la contestación, el presunto responsable acompañará toda la prueba de descargo de la que se creyere asistido, y enunciará, en forma precisa, las que presentará o solicitará dentro del término respectivo.

El operador económico imputado tiene derecho a obtener a su costo, copias de todos los documentos sobre los que basa la denuncia y que obren en poder de las autoridades de defensa de la competencia, con excepción de los calificados de confidenciales o reservados.

Artículo 53.- Períodos para pruebas y alegación. - Con la contestación o sin ella, la Comisión Ecuatoriana de la Competencia o el Intendente Nacional de la Competencia, según el caso, de estimarlo necesario, podrán abrir para evacuar todas las diligencias probatorias, un término de prueba de quince (15) días, que será prorrogable, previa justificación, por igual período.

Vencido el término previsto en el inciso primero de este artículo, la Comisión Ecuatoriana de la Competencia o el Intendente Nacional de la Competencia, según el

caso, declarará cerrado el período de prueba y otorgará a las partes el término de quince (15) días para que presenten sus alegaciones, en forma escrita o en audiencia que, para tal propósito, se fijará a más tardar el último día de dicho término.

Presentados las alegaciones o transcurrido el período para hacerlo, el funcionario competente integrará el expediente y dentro de los tres (3) días hábiles siguientes será remitido a la Comisión Ecuatoriana de la Competencia o al Intendente Nacional de la Competencia, según corresponda, para su conocimiento y resolución.

Artículo 54.- Término para resolver.- Una vez recibido el expediente, la Comisión Ecuatoriana de la Competencia deberá dictar resolución motivada, en un término que no excederá de treinta (30) días hábiles.

Si no lo hiciere, cualquiera de los interesados podrá recusar ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

El o los funcionarios, por cuyo dolo o culpa no se hubiere realizado el oportuno despacho del asunto incurrirán en las responsabilidades civiles y penales, previstas por la Ley.

No se admitirá la aceptación tácita de la pretensión del reclamante, ni de los recursos previstos por esta Ley.

Artículo 55.- Desistimiento y prosecución de oficio del trámite.- No obstante que el reclamante hubiere desistido de sus planteamientos, si el asunto tratado pudiere afectar de algún modo el interés público, el desistimiento no pondrá fin a las investigaciones, lo que se hará constar en el expediente. Las actuaciones proseguirán hasta que se expida la resolución pertinente.

El desistimiento expreso o tácito no libera al reclamante de sus responsabilidades en caso de malicia, supuesto en el cual, el afectado podrá iniciar las acciones a las que crea tener derecho.

Artículo 56.- Responsabilidad penal.- Cuando la Comisión Ecuatoriana de la Competencia o el Intendente Nacional de la Competencia encontraren indicios de responsabilidad penal, remitirá el expediente al Ministerio Público, para que se inicien las investigaciones y acciones correspondientes.

Sección 4

Normas complementarias

Artículo 57.- Publicaciones.- Todas las resoluciones en firme que otorgare la Superintendencia de la Competencia, se publicarán en el Registro Oficial, en la página electrónica y en la Gaceta Oficial de la Superintendencia de la Competencia.

La Superintendencia de la Competencia podrá, además, cuando el interés público lo justificare, ordenar la publicación de un extracto de esas resoluciones en uno de los diarios de mayor circulación a nivel nacional, cuyo costo será asumido por el sancionado.

Artículo 58- Normas complementarias y supletorias.- Para la aplicación del procedimiento enunciado en las disposiciones precedentes se estará a lo dispuesto por las normas del Código Civil y Código de Procedimiento Civil.

Artículo 59- Caducidad de las facultades administrativas.- La facultad de iniciar el proceso administrativo de oficio al que se refiere esta Ley, caduca en el plazo de cinco (5) años, contados a partir de la fecha en que se cometió la infracción. Sin embargo, para los hechos continuados, este plazo comenzará a correr a partir del acaecimiento del último hecho.

Artículo 60.- Responsabilidad civil.- La acción de indemnización de daños y perjuicios prescribirá en cuatro (4) años, contados desde la fecha en que la resolución administrativa quedó en firme. Será tramitada en vía verbal sumaria, ante el juez de lo civil y de conformidad con las reglas generales.

CAPÍTULO VI
DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS Y DE LAS SANCIONES EN
MATERIA DE COMPETENCIA

Artículo 61.- Medidas correctivas y sanciones administrativas.- En el supuesto de que se determinare la existencia de prácticas contrarias a la competencia, abuso de posiciones de dominio u operaciones de concentración económica restrictivas de la competencia, la Comisión Ecuatoriana de la Competencia, además de ordenar el cese de las prácticas contrarias a la competencia y la eliminación o reparación de sus efectos, podrá adoptar las siguientes medidas y/o sanciones:

- a) Imponer al operador económico condiciones u obligaciones específicas, orientadas a garantizar la competencia, como requisito para que pueda continuar sus actividades;
- b) Aplicar las multas que correspondieren;
- c) Divulgar la correspondiente resolución en firme o la presentación de excusas del operador económico u operadores económicos respectivos a la comunidad;
- d) Aplicar las medidas previstas en esta Ley, en caso de conductas reiterativas de un operador económico en actuaciones o prácticas contrarias a la competencia;
y,
- e) En los casos en que los actos o prácticas contrarias a la competencia sean de los previstos en el artículo 56, de esta Ley, deberá remitir copia certificada de todo el expediente para conocimiento y juzgamiento de la autoridad penal competente.

Artículo 62.- Criterios para la aplicación de sanciones.- La Comisión Ecuatoriana

de la Competencia y el Intendente Nacional de la Competencia, según el caso, deberán considerar para la imposición de sanciones: la gravedad de la infracción; el daño causado a la comunidad o a los consumidores o usuarios del bien o servicio; la cuota de participación del presunto infractor en el respectivo mercado relevante; la magnitud del mercado afectado; la duración o frecuencia de la práctica contraria a la competencia o de la concentración económica; y, la reincidencia o los antecedentes del o los infractores.

La imposición de multas por infracciones a esta Ley no releva de las responsabilidades por daños y perjuicios, y de las sanciones penales a que hubiere lugar. Ellas serán aplicadas sin perjuicio de las condiciones u obligaciones que, para restablecer la competencia, impusiere el órgano competente al operador económico.

Artículo 63.- Casos de conductas reiterativas.- En caso de reiteración de las conductas, por parte de un operador económico en actuaciones o prácticas declaradas contrarias a la competencia, se duplicará la multa que inicialmente hubiere sido impuesta. Si se vuelve a repetir la conducta, tal multa volverá a duplicarse, y así sucesivamente.

Artículo 64. - Multas por infracciones a la competencia económica.- El o cada uno de los operadores económicos que incurrieren en prácticas contrarias a la competencia, abuso de posición de dominio, operaciones de concentración restrictivas a la competencia contempladas en los artículos 4, 7, 9, 10, 17 y 18 de esta Ley respectivamente, y por incumplimiento de los literales b), c) y d) del artículo 44, serán sancionados con una multa fijada por el órgano competente, en función de los criterios enunciados en los artículos 61, 62 y 63 de esta Ley y dentro de los límites que se determinan a continuación:

Las multas serán establecidas atendiendo a la gravedad de la infracción, la Comisión Ecuatoriana de la Competencia o el Intendente Nacional de Competencia, según corresponda, podrán imponer multa de hasta el veinte por ciento (20%) de los ingresos brutos anuales declarados por el infractor ante la autoridad tributaria, durante el ejercicio fiscal inmediato anterior, o hasta el quince por ciento (15%) del valor de los

activos totales, cualquiera que resultare más alta.

La multa prevista en los incisos anteriores no podrá ser inferior a la ventaja obtenida cuando ésta sea cuantificable.

Los directivos de operadores económicos que hubieren ordenado o autorizado actos que constituyeran infracciones a la presente Ley, serán objeto de una multa personal de hasta cincuenta mil dólares. No tendrán esa responsabilidad quienes se hubieren opuesto a la adopción de las antedichas infracciones o no hubieren participado en su adopción.

La Comisión Ecuatoriana de la Competencia, podrá ordenar desinvertir en los casos en los que considere que es el único camino para reestablecer la competencia.

Artículo 65.- Multas por incumplimiento de deberes que impone la ley.-

- a) El incumplimiento de las medidas correctivas dispuestas mediante resolución del órgano competente, será sancionado con una multa de cien a cinco mil dólares por cada día de retardo; tal multa no podrá exceder de veinte y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América;
- b) El incumplimiento de notificar las operaciones de concentración económica conforme lo establece el artículo 11 de esta Ley, sin perjuicio de las demás sanciones que pudieren corresponder, será sancionado con una multa de hasta cincuenta mil dólares;
- c) En caso de incumplimiento de la entrega de información o de documentos requeridos dentro de los términos determinados por el órgano competente, se impondrá al renuente una multa de hasta quinientos dólares por cada día hábil de retardo;
- d) Si el retardo superare los quince (15) días hábiles, se considerará como una obstrucción de procedimiento, y el responsable de aquel será sancionado según

lo previsto en esta Ley; y,

- e) La Comisión Ecuatoriana de la Competencia mediante resolución motivada, podrá establecer otras multas que no excedan los quinientos dólares por incumplimiento de otros deberes formales.

Artículo 66.- Multas por actuaciones que obstruyan el procedimiento.- Sin perjuicio de las sanciones de orden penal, el órgano competente impondrá multas para las actuaciones que se enuncian en los literales siguientes:

- a) Cuando un operador económico suministrare cualquier información que resultare engañosa o que haya sido declarada en sentencia judicial como falsa, o rindiere declaraciones contrarias y sin fundamento con respecto de las pruebas suministradas, se le impondrá la multa de hasta cincuenta mil dólares; y,
- b) La destrucción de la información requerida, será sancionada con una multa de hasta el diez por ciento (10%) del total de las ventas declaradas por el infractor ante la autoridad tributaria en el ejercicio fiscal inmediato anterior; de no existir tal declaración, se impondrá una multa de hasta cincuenta mil dólares.

Artículo 67.- Responsables solidarios por el pago de multas.- En el caso de que las multas previstas en este capítulo se hubieren impuesto a compañías, sociedades, cooperativas u otras personas jurídicas, serán solidariamente responsables por su pago los ejecutivos, representantes legales o administradores de ellas que hubieren decidido o aplicado las prácticas o actuaciones prohibidas por esta Ley.

No tendrán esa responsabilidad quienes se hubieren opuesto a la adopción de las antedichas resoluciones o no hubieren participado en su adopción.

Artículo 68.- Rebajas para el pago de multas en caso de colaboración con las autoridades de Competencia.- La multa que se deba aplicar al operador económico que, siendo parte de un cartel infractor, denuncie las prácticas a las que se refieren los literales a), b), c), d), e), f), y h) del artículo 4 y luego de cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento de la presente Ley, será susceptible de una rebaja de

hasta un setenta y cinco por ciento (75%) del valor respectivo

Artículo 69.- Prescripción para la aplicación de sanciones.- Las obligaciones de pagar las multas o realizar los actos que hubiere determinado el órgano competente prescribirán en el plazo de cinco (5) años, contados a partir del día en que se expidió la resolución correspondiente.

El ejercicio de la acción por infracciones establecidas en esta Ley, prescribe en el plazo de cinco (5) años, contados a partir de la fecha de haberse producido el hecho.

Artículo 70.- Recaudación y destino de las multas.- Las multas que se impusieren por las infracciones contempladas en esta Ley, serán recaudadas por la Superintendencia de la Competencia, las cuales serán depositadas en la Cuenta Única del Tesoro Nacional.

Artículo 71.- Jurisdicción Coactiva.- El Superintendente de la Competencia y por delegación el Intendente Nacional de la Competencia ejercerán la jurisdicción coactiva para cobrar las multas, hacer efectivas las sanciones económicas previstas en esta Ley o cubrir cualquier obligación frente a la Superintendencia de la Competencia, relacionadas con lo prescrito en ellas.

CAPÍTULO VII

DE LOS DELITOS EN MATERIA DE COMPETENCIA

Artículo 72. Delitos en competencia.- Serán sancionados con prisión de hasta cinco (5) años, los directivos, gerentes, administradores o mandatarios, que incurran como autores, cómplices o encubridores, en los siguientes actos:

- a) Acuerdo entre competidores de fijación de precios o cantidades, establecimiento de cuotas de mercado o control sobre los canales de distribución o suministros;

- b) Destrucción intencional de bienes de producción utilizados en la industria manufacturera para crear monopolio o eliminar la competencia.

Artículo 73.- De las rebajas de las penas.- La pena que se imponga a los autores, cómplices o encubridores de los delitos tipificados en el artículo anterior, podrá ser susceptible de una rebaja de hasta sus dos terceras partes, cuando el o los responsables los hubieren denunciado y rendido testimonio propio ante las autoridades competentes.

Artículo 74.- Prescripción de la acción.- Las acciones por delitos en materia de competencia prescribirán en el plazo de cinco (5) años, contados a partir de la fecha en que la infracción fue cometida o desde la realización del último acto idóneo, en los casos de tentativa.

Artículo 75.- Prescripción de las penas.- Las penas privativas de la libertad prescriben al transcurrir un tiempo igual al de la sanción impuesta, si no hubiere sido detenido el sancionado, contado desde la ejecutoria de la sentencia respectiva.

Artículo 76.-Sustitución de las penas- La prisión de ocho (8) días a dos (2) años podrá ser sustituida por trabajos comunitarios, no remunerados, en actividades de utilidad pública o de interés social. Para el efecto, el Director Nacional de Rehabilitación Social podrá acordar y fijar con los alcaldes municipales de cada cantón o distrito, las condiciones de la prestación del trabajo y vigilancia para el desarrollo de tales actividades, de conformidad con el reglamento que dicte el Presidente de la República.

Artículo 77.- Los delitos determinados en este Capítulo son de acción pública y de instancia oficial.

Para juzgar delitos que atenten contra la competencia, existirá prejudicialidad respecto de las resoluciones emitidas por la Comisión Ecuatoriana de la Competencia.

CAPÍTULO VIII

DE LOS RECURSOS

Artículo 78.- Legitimidad y ejecutoriedad.- Los actos administrativos emanados de las autoridades de la Superintendencia de la Competencia, sus órganos y funcionarios se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en esta Ley y sus Reglamentos.

Artículo 79.- Impugnación.- Las resoluciones expedidas por los diferentes organismos de la Superintendencia de la Competencia en materia del recurso contencioso de plena jurisdicción podrán ser impugnadas ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa dentro del término de sesenta (60) días contados a partir de su notificación.

En los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de tres (3) años.

Artículo 80.- Recurso de Reposición.- El término para la interposición del recurso de reposición será de quince (15) días, contados a partir de su notificación. Transcurrido dicho término sin haberse interpuesto el recurso, el acto quedará firme. No procederá la interposición simultánea de los recursos.

El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de sesenta (60) días contados a partir de la recepción de la petición por la Comisión Ecuatoriana de la Competencia, según sea el caso.

Artículo 81.- Recurso extraordinario de revisión.- La Comisión Ecuatoriana de la Competencia tiene la potestad extraordinaria de iniciar de oficio o a petición de cualquier persona con legítimo interés y debidamente fundamentada, un recurso extraordinario de revisión de las resoluciones en firme, cuando ocurra una de las siguientes causas o circunstancias:

- a) Hubieren sido expedidas con error de hecho o de derecho, que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente verificados o de disposiciones

legales expresas;

- b) Con posterioridad a la expedición de la resolución correspondiente aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al adoptarse dicha resolución;
- c) Los documentos o pruebas fundamentales que sirvieron para dictar la correspondiente resolución fueren manifiestamente nulas o hubieren sido declaradas nulas por sentencia judicial ejecutoriada;
- d) Los documentos o pruebas por contener error evidente, por cualquiera de los defectos señalados en el Código de Procedimiento Civil o por pruebas posteriores, que permitieren presumir grave y concordantemente su falsedad; y,
- e) La resolución que hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados como delito y así declarados en sentencia judicial firme.

Artículo 82.- Tramitación del recurso extraordinario de revisión.- Cuando la comisión Ecuatoriana de la Competencia conociere, por cualquier medio, que en la expedición de una resolución se hubiere incurrido en alguna de las causales del artículo anterior, dispondrá, previo el respectivo informe jurídico, la instauración de un expediente sumario con notificación a los interesados, siempre y cuando se tratare de cuestiones que requieran de la presentación o actuación de pruebas.

El sumario concluirá dentro del término fijado por la Comisión Ecuatoriana de la Competencia, según fuere el caso y cuyo término que no será menor a cinco (5) días ni mayor a cuarenta y cinco (45) días, dentro de los cuales se actuarán todas las pruebas que dispusieren la Comisión Ecuatoriana de la Competencia o las que presentaren o solicitaren los interesados.

Artículo 83.-Término para interponer recurso.- El término para la interposición del recurso extraordinario de revisión será de un (1) año, contado a partir de la fecha de

notificación de la resolución.

El término máximo para dictar y notificar la resolución en el recurso de revisión será de un (1) año, contado desde la fecha recepción del proceso por la Comisión Ecuatoriana de la Competencia.

La Comisión Ecuatoriana de la Competencia tiene la potestad de solicitar y practicar de oficio todas las pruebas y diligencias necesarias para el esclarecimiento de los actos y de los procedimientos que conocieren.

CAPÍTULO IX

Del financiamiento, recursos económicos y tasas de la Superintendencia de la Competencia

Artículo 84.- Al ser la Competencia económica parte fundamental de la política económica a favor del mercado y sobre todo del bienestar de los consumidores y usuarios para poder acceder al derecho del buen vivir garantizado por la Constitución, el Estado está en la obligación de velar por su implementación, aplicación y control, para lo cual deberá a través del Presupuesto General del Estado financiar el patrimonio y recursos de la Superintendencia de la Competencia.

En tal virtud, constituyen recursos y patrimonio de la Superintendencia de la Competencia:

- a) Los asignados por el Presupuesto General del Estado, sobre la base de la proforma presentada por la Superintendencia, para garantizar el cumplimiento de los objetivos establecidos en la presente Ley;
- b) Los ingresos propios que genere y los que obtenga por las donaciones, ayudas internacionales y préstamos no reembolsables;
- c) El producto de la recaudación de las tasas que se establecen en esta Ley y en su Reglamento;

- d) El producto de la venta de la Gaceta Oficial u otras publicaciones que se efectuaren; y,
- e) Los demás establecidos en la Ley.

Artículo 85.- Se establecerán tasas por los siguientes actos y servicios:

- a) La inscripción y evaluación de operaciones de concentración económica;
- b) El otorgamiento de copias certificadas de documentos o actos administrativos de carácter no confidencial;
- c) Los peritajes e inspecciones realizadas por las Intendencias;
- d) El otorgamiento de información no confidencial; y,
- e) Las demás establecidas en el Reglamento.

Artículo 86.- Las tasas establecidas en el artículo anterior serán fijadas por el Superintendente de la Competencia en la moneda de curso legal vigente, teniendo en cuenta los criterios de proporcionalidad de la tasa con el costo del servicio y su eficiencia.

El valor de las tasas serán recaudadas por la Superintendencia de la Competencia.

CAPÍTULO X

DEFINICIONES

Artículo 87.- Definiciones.- En la aplicación de los preceptos de esta Ley se asumirán las siguientes definiciones:

ACUERDO: Arreglo expreso o tácito, formal o informal, escrito, verbal o de cualquier

modo expresado, entre operadores económicos, tendiente a obtener beneficios mutuos, recíprocos o de cualquier forma entre ellos convenidos;

BOICOT: Acción encaminada a privar a uno o varios operadores económicos de toda relación societaria o comercial, para perjudicarla y obligarla a ceder en lo que de ella se exige. Los dos elementos del boicot son, pues, la acción que priva de relación al destinatario del mismo y la pretensión de perjudicarlo u obligarlo a hacer algo.

El acto o la práctica puede ser concertada, pero siempre debe tener como fin afectar la competencia mediante la ejecución, entre otros actos, de los siguientes: Adquisición de licencias y de materias primas, en forma tal que los competidores no tengan acceso a las mismas en condiciones normales de mercado; Ejecución de mecanismos de presión para que los competidores no puedan tener acceso a las materias primas necesarias para sus procesos de manufactura; y, la presión a instituciones públicas y/o privadas, en forma tal que los competidores no tengan acceso a ellas, en condiciones normales, especialmente, en todo lo referente a líneas de crédito.

DECISIONES COLECTIVAS o RESOLUCIONES: medidas o recomendaciones adoptadas por asociaciones de productores, proveedores, cámaras de la producción, colegios profesionales o cualquier órgano colegiado;

DENEGACIÓN DE ADMISIÓN A UNA ASOCIACIÓN: Oposición a la admisión, o exclusión, injustificada y discriminatoria, contra ciertos operadores económicos por parte de una asociación profesional o comercial, o cualquier otro órgano colegiado, cuando estos sean indispensables para el ejercicio de tal actividad;

DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS, CONDICIONES O MODALIDADES: La aplicación de precios, condiciones o modalidades desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a uno o varios operadores económicos en situación de desventaja competitiva frente a otros, en las transacciones de bienes o servicios;

DÓLAR O DÓLARES: Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD \$).

LEYES SECTORIALES: Aquéllas que regulan actividades específicas, tales como las comprendidas en los sectores energético, eléctrico, de agua potable, alcantarillado, recolección de desechos sólidos, telecomunicaciones, higiene, salud, educación, seguridad y otros servicios básicos de ese tipo;

MERCADO: Ámbito en el cual compradores o adquirentes y vendedores, proveedores o suministradores realizan transacciones comerciales para el intercambio de bienes y servicios, y donde los precios de estos bienes y servicios fueren el resultado del ejercicio de la competencia. Los mercados pueden ser locales, regionales, nacionales o internacionales, según su ámbito, y no requieren necesariamente que los compradores y proveedores se encuentren o se comuniquen directamente el uno con el otro;

MERCADO RELEVANTE: En análisis de la competencia el mercado relevante es el mercado a tener en cuenta desde el punto de vista de la demanda como desde la perspectiva de la oferta, cuyos elementos son:

- a) El mercado por producto, (Delimitación material del mercado) o el de los productos que deben ser considerados como integrados en él y que abarca todos aquellos productos y/o servicios que sean contemplados desde el punto de vista del consumidor como reemplazables, o sustituibles sobre la base de las características del producto, su precio, uso y susceptibles de ser considerados comparables por su naturaleza, origen, función económica, etc.;
- b) El mercado geográfico, (Delimitación espacial del mercado) o zonas que deben ser consideradas partes del mismo, abarca el área geográfica en la cual los operadores económicos están involucrados en la oferta de productos y de servicios y dónde las condiciones de competencia sean suficientemente homogéneas, es decir, una zona en la que las condiciones objetivas de competencia de los servicios controvertidos y, especialmente, la demanda de los consumidores sean similares para todos los operadores económicos y pueda diferenciarse de otras áreas geográficas, sobre la base de la existencia de condiciones de competencia significativamente diferenciadas de las condiciones en otras áreas; y,

- c) El factor estacional, (Delimitación temporal del mercado) donde se suscitan dos cuestiones. Una de ellas es la planteada por las fluctuaciones que el mercado relevante experimenta en el transcurso del tiempo, ampliándose o reduciéndose, y, por consiguiente, la incidencia que este hecho deba tener sobre la consideración de la posición de dominio en dicho mercado; y, la otra cuestión es la importancia que pueda tener, en sí misma, la fijación del momento en el que se aprecia la posición de dominio; ya que la prestación de ciertos servicios experimenta sensibles alteraciones en función del tiempo en que se realiza.

MONOPOLIO: Situación de un mercado en la que hay un solo vendedor. Más ampliamente en derecho de la competencia se conoce al monopolio como una situación en la que un operador económico controla una parte importante del mercado que puede fijar con independencia los precios, las cantidades ofertadas o las condiciones comerciales, obteniendo de esta manera el monopolista un beneficio superior del normal, llamado renta de monopolio, a costa de los consumidores o usuarios, lo cual produce una pérdida neta del bienestar. A más de estos efectos negativos el monopolio conlleva otras consecuencias perversas ya que al no estar sujeto a la tensión de la competencia, no se ve incentivado a reducir costos y mejorar la tecnología. El poder de un monopolio dentro del mercado para fijar precios, cantidades o condiciones comerciales; contrarias a la competencia dependerá fundamentalmente de lo prescindible del bien o servicio, de la existencia de bienes o servicios sustitutivos o de la posibilidad de que a parezcan, es decir de la posibilidad de introducir competencia en dicho mercado. Por estas razones el monopolio no puede subsistir más que si hay barreras de entrada infranqueables, de manera especial si las mismas son de carácter legal. Existe una excepción a este principio que es el monopolio natural, que puede aparecer y subsistir en razón de su capacidad para generar economías de escala.

MONOPOLIO LEGAL: Es el monopolio resultante de un privilegio concedido por el Estado mediante ley, ordenanza o acto administrativo, para explotar, producir o vender algún bien o servicio.

El monopolio legal se contempla desde tres supuestos:

- a) Cuando el operador económico que ha obtenido mediante Ley una posición de dominio abusa de ella por su sola voluntad;
- b) Cuando el Estado, al otorgar legalmente una posición de dominio, induce a abusar de ella; y,
- c) El tercer supuesto sería el de una empresa a la que se le otorga legalmente una posición de dominio que condujera inevitablemente al abuso.

MONOPOLIO NATURAL: Hay un monopolio natural en un mercado cuando las condiciones existentes en el mismo son tales que un solo operador económico produce a más bajos costos que si hubiera una pluralidad de ellas, por obtener economías de escala.

El operador económico que goza de un monopolio natural se distingue por tener unas curvas de costos medios a largo plazo y de costos marginales fuertemente decrecientes.

Esta característica del monopolio natural le hace más eficiente que una pluralidad de operadores económicos en competencia, lo que le hace acreedor de respaldo legal, aunque también sujeto de reglamentación de precios, calidades y otras condiciones que favorezcan al mercado y a los consumidores.

NEGATIVA A TRATAR O NEGOCIAR: Conducta de un operador económico en aplicación de la cual se niega, injustificadamente, a comprar, vender o, en general, de cualquier forma a negociar con otro, con la finalidad de distorsionar la competencia;

OLIGOPOLIO: Situación del mercado que se caracteriza por la existencia de un número muy limitado de vendedores que tienen conciencia de ser independientes en sus decisiones de precios y producción.

OPERADOR ECONÓMICO: Toda persona natural o cualquier organización, agrupación, asociación de derecho o de hecho, nacional o extranjera, dotada o no de personalidad jurídica, inclusive el patrimonio autónomo, sea del sector público o privado,

tenga o no finalidad de lucro, que actúe habitualmente en la producción, el suministro, la provisión o comercialización de bienes y servicios en el mercado nacional;

ÓRGANOS SECTORIALES DE CONTROL: Autoridades u organismos a los que las leyes referentes específicamente a determinada actividad económica, hubieren conferido competencia administrativa o atribuciones para regular las actividades del sector, para conocer y reprimir las infracciones a dichas leyes o ejercer, conjunta o separadamente, tales actividades;

PODER DE MERCADO: Aptitud de una empresa o de un grupo de empresas, de subir y mantener los precios de sus productos por encima del nivel de competencia.

POSICIÓN DE DEPENDENCIA: Se considera que existe una posición de dependencia entre dos empresas cuando la empresa cliente o proveedora carezca de alternativa equivalente.

POSICIÓN DOMINANTE: Situación en la que un operador económico o es el único oferente o demandante de determinado producto o servicio (monopolio), o aún sin ser el único (oligopolio), no está sujeto a una competencia efectiva;

PRÁCTICA O ACTUACIÓN COLUSORIA: Entendimiento fraudulento entre proveedores o entre estos y funcionarios, que participan en licitaciones, ofertas públicas, subastas de bienes o servicios, encaminado a alcanzar una contratación o asignación, con el propósito de engañar o perjudicar a un tercero.

PRACTICAS CONCERTADAS: Aquellas actuaciones que, aun cuando no constaren o se derivaren de un acuerdo formal o expreso, impliquen un paralelismo de conducta consciente entre operadores económicos, normalmente competidores, y que supusieren cualquier tipo de cooperación y coordinación entre ellos, con el fin de impedir, afectar o restringir la competencia;

PRECIOS PREDATORIOS: Estrategia o conducta en aplicación de la cual un operador económico, generalmente dominante en el mercado, disminuye transitoriamente sus

precios por debajo del nivel de sus costos marginales de producción, como medio para expulsar a sus competidores del mercado, desalentarlos, o impedir su ingreso a él;

PRUEBA SUMARIA: Es la prueba que tiene idoneidad para mostrar los hechos que respaldan el reclamo, pero que, por no haberse practicado dentro del proceso, aún no ha sido controvertida".

REPARTO DE MERCADOS: Es el resultado de la acción de los operadores económicos que, hallándose en posición de competir, en lugar de hacerlo, se dividieren el mercado, por territorios, por volúmenes de compra o de venta, por el tipo de bienes o servicios vendidos, por clientes o proveedores, o cualquier otro mecanismo que tenga alcances o consecuencias similares;

SECTOR ECONÓMICO: Conjunto de áreas homogéneas y entes pertenecientes a una actividad económica. En el ámbito del sector público, el sector económico, se refiere al conjunto de actividades homogéneas a cargo de uno o varios organismos, que tienen la función de llevarlas a cabo.

VENTAS CONDICIONADAS, ATADAS O VINCULADAS: Consisten en subordinar la celebración de transacciones comerciales o económicas a la aceptación, por una de las partes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos comerciales o mercantiles, no guarden relación con el objeto de dichas transacciones.

CAPÍTULO XI

REFORMAS Y DEROGATORIAS

Sección 1

REFORMAS.- Expresamente se reforman las siguientes normas legales:

Reformase el artículo 155 de la Ley de Propiedad Intelectual. Elimínese la frase "y previa sentencia judicial". Sustitúyase, en el mismo artículo, la palabra "judicialmente",

por la frase: “mediante resolución en firme del órgano de promoción y defensa de la competencia”.

En el inciso segundo del artículo 439 de la Ley de Compañías Codificada, a continuación de la palabra: “financiero”, agréguese: “Las decisiones del Comisión Ecuatoriana de la Competencia,”.

Al final del artículo 440 de la Ley de Compañías Codificada, luego de la palabra: “competencia” agréguese: “Esta limitación no se aplicará a las labores que deba cumplir el Superintendente y el personal a su cargo, en cumplimiento de la presente Ley.”

Sección 2

DEROGATORIAS.- Esta Ley es de orden público, en tal razón quedan derogadas de manera expresa toda atribución de competencia relacionada con el objeto y finalidad de esta Ley otorgada a otros organismos o entes estatales, y expresamente las siguientes normas legales:

PRIMERA.- Deróguese el Artículo 21 de la Ley Especial de Telecomunicaciones, publicada en el Registro Oficial 996, 10-VIII-1992.

SEGUNDA.- Deróguese el Artículo 1; y, Artículo 5 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestaciones de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada., publicada en el Registro Oficial 349, 31-XII-1993.

TERCERA.- Deróguese el Artículo 38 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 43, 10-X-1996.

CUARTA.- Deróguese los Artículos 3; 4; 5; y 25 de la Ley de Producción, Importación, Comercialización y Expendio de Medicamentos Genéricos de Uso Humano, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 59, 17-IV-2000.

QUINTA.- Deróguese el Artículo 180 inciso e). de la Ley General de Instituciones del

Sistema Financiero, publicada en el Registro Oficial 250, 23-I-2001.

SEXTA.- Deróguese el inciso a) del Artículo 39 de la Ley de Comercio Electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 557, 17-IV-2002.

SÉPTIMA.- Deróguese los Artículos 159; 160; y, 161 de la Ley Orgánica de Salud, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 423, 22-XII-2006.

OCTAVA.- Sustitúyase en el Artículo 155 de la Ley de Propiedad Intelectual, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 426, 28-XII-2006, las palabras “Dirección Nacional de Propiedad Industrial” por “Superintendencia de la Competencia”.

NOVENA.- Deróguese los artículos 239; 284; 285; y, 286 de la Ley de Propiedad Intelectual, publicada en el suplemento del Registro Oficial 426 de 28 de Diciembre de 2006.

DÉCIMA.- Sustitúyase en el artículo innumerado subsiguiente al artículo 22, (3).- (Agregado por el Art. 6 de la Ley 2007-81, R.O. 135-S, 26-VII-2007); las palabras “Congreso Nacional” por “Superintendencia de la Competencia”.

DÉCIMA PRIMERA.- El Decreto Ejecutivo No. 1614 de 14 de marzo de 2009 y publicado en el Registro Oficial No. 558 de 27 de marzo de 2009.

DÉCIMA SEGUNDA.- Deróguese todas las disposiciones contrarias a esta Ley que se encuentren vigentes.

DISPOSICIONES GENERALES

PRIMERA.- Esta Ley es de orden público y naturaleza orgánica y por lo mismo, deroga todas las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, de igual o

inferior jerarquía, que se le opongan o contradigan.

SEGUNDA.- Los sueldos y gastos de la Superintendencia de la Competencia se fijarán en el presupuesto especial anual, independiente del presupuesto fiscal, que formulado por el departamento respectivo de la Superintendencia, será aprobado por el Superintendente de la Competencia en los primeros días de enero de cada año. Cualquier reforma a dicho presupuesto requerirá igual aprobación previa.

TERCERA.- El Superintendente de la Competencia administrará e invertirá, bajo su responsabilidad, los fondos que corresponden a la Superintendencia y ejecutará el presupuesto de la Institución. Para realizar inversiones sobre la base de dichos fondos el Superintendente requerirá autorización de la Comisión Ecuatoriana de la Competencia.

CUARTA.- El Superintendente de la Competencia podrá efectuar transferencias entre las partidas del presupuesto de la Superintendencia, mediante resolución que dictará para el efecto.

QUINTA.- La Superintendencia de la Competencia está exenta del pago de toda clase de impuestos y contribuciones fiscales, municipales o especiales, incluso los relativos a sus edificios.

Esta exoneración no comprende los actos y contratos que ejecute o celebre la Superintendencia de la Competencia, cuando el pago de tales gravámenes no corresponda a la Institución, sino a las demás personas que intervengan en ellos.

SEXTA.- El Superintendente, los vocales del Comisión Ecuatoriana y los Intendentes de la Superintendencia de la Competencia, en la órbita de sus competencias, gozarán de fuero de Corte Nacional.

SÉPTIMA.- Para el cobro de tasas y multas, así como de deudas vencidas a favor de la Superintendencia de la Competencia, el Superintendente, podrá ejercer la jurisdicción coactiva la misma que podrá delegarla de acuerdo a sus necesidades al funcionario o

funcionarios de la Superintendencia.

OCTAVA.- Para el cumplimiento de sus funciones, el Superintendente de la Competencia, en la órbita de su competencia, podrá delegar algunas de sus facultades siempre en forma concreta y precisa, a los Intendentes y a otros funcionarios que juzgue del caso. La delegación podrá darse a nivel nacional, regional, por áreas administrativas internas de la Superintendencia o por sectores de las instituciones sometidas a su control.

NOVENA.- El Superintendente de la Competencia, en la órbita de su competencia, podrá solicitar a todas las instituciones públicas y privadas, autónomas o no, que le proporcionen datos relacionados con cualquier institución sujeta a la vigilancia y control de éstas. Se especificará en la solicitud las causas que la motivan.

La resolución en materia de competencia, únicamente será determinada por la Comisión Ecuatoriana de la Competencia como máxima autoridad nacional de competencia, ninguna otra autoridad que no sea la Comisión Ecuatoriana de la Competencia podrá juzgar administrativamente en materia de competencia de acuerdo con las disposiciones de esta Ley.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- En atención a la naturaleza jurídica de la Superintendencia de la Competencia, y para que tenga plena vigencia su autonomía administrativa, financiera, técnica y operativa, en un plazo máximo de noventa (90) días, contados a partir de la publicación de la presente Ley, el Superintendente de la Competencia dictará las normas relacionadas con el manejo de sus bienes, recursos financieros, recursos humanos y remuneraciones.

SEGUNDA.- El Superintendente de la Competencia organizará el proceso de selección de los vocales del Comisión Ecuatoriana de la Competencia, de acuerdo con las disposiciones de la presente Ley y en el plazo máximo de treinta (30) días contados a

partir de su designación.

TERCERA.- En el plazo de ciento ochenta (180) días contados a partir de la publicación en el Registro Oficial de esta Ley, deberá conformarse la Superintendencia de la Competencia, a la que deberá dotarse del debido presupuesto de forma inmediata y en los términos establecidos en esta Ley.

En tanto se consolide el proceso de creación de la Superintendencia de la Competencia, la Subsecretaría de la Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad, asumirá las facultades y atribuciones conferidas por la presente Ley.

CUARTA.- Los recursos humanos, tecnológicos, presupuestarios y financieros de la Subsecretaría de la Competencia y Defensa del Consumidor del Ministerio de Industrias y Productividad, serán transferidos a la Superintendencia de la Competencia en el plazo de 30 días contados a partir de la promulgación de la presente Ley. El traspaso implicará todos los procesos, programas, compromisos adquiridos por el Ministerio de Industrias, sea por disposición legal, reglamentaria o por convenios suscritos con otras instituciones Públicas.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA.- La presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dada en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los días del mes de de dos mil.....

BIBLIOGRAFIA

1. Los delitos contra la competencia; Persy García Cadero
2. El delito de competencia desleal y el mercado competitivo; Norberto Eduardo Espolanki.
3. Competencia desleal, actos de desorganización del competidor; Sebastián Alfredo García Menéndez.
4. Estado y Servicio público; Doménico Sorase.
5. Libre competencia, derecho de consumo y contratos; Victor Zeballos Vazquez.
6. www.indret.com.ec
7. www.dechodelacompetenciablogspot.com
8. www.cncompetencias.com