

Universidad San Francisco de Quito

La acción de incumplimiento y el amparo constitucional como medio para alcanzar la aplicabilidad de la Decisión 608 y 616 de la Comunidad Andina

Juan Felipe Játiva Silva

Tesina presentada como requisito para la obtención del título de Abogado

Quito, Enero 2008

©Derechos de autor Juan Felipe Játiva Silva 2007

DEDICATORIA

A mi padre
A mi madre y,
A mi hermano.

RESUMEN

Este trabajo investigativo desarrolla el contenido de las Decisiones 608 y 616 de la Comisión de la Comunidad Andina que regulan la libre competencia en el régimen comunitario. La presente tesina establece los derechos fundamentales relacionados con la libre competencia garantizados en la Constitución Política ecuatoriana y la Decisión 608. Se estudia la problemática por la falta de cumplimiento por parte del Ecuador a lo dispuesto en el Art. 2 de la Decisión 608. Además se dan a conocer las características y principios de la legislación comunitaria andina. Relevante es el análisis de la acción de incumplimiento y la acción de amparo, su objeto, legitimación activa, requisitos de procedencia (omisión ilegítima de autoridad pública, vulneración de derechos fundamentales, daño grave e inminente) con el objetivo de enmarcarlos como mecanismos jurídicos aplicables para lograr la instauración de un régimen de libre competencia en el Ecuador.

ABSTRACT

The paper studies anti-trust regulation at the Andean Community, specially Decisions 608 and 616 of the Andean Community Commission. This document reviews the rights related to anti-trust law granted by the Ecuadorian Constitution and the 608 Decision. It also analyses the legal effects because of the noncompliance by to enact Article 2 of Decision 616. At the same time, the following document studies the characteristics and principles of Andean communitarian law. It contains a review of the non-compliance action (*acción de incumplimiento*) and the constitutional injunction (*acción de amparo*) focused on their object, who has standing to bring the claim, and the requirements need to be satisfied to exercise each action. This paper includes an analysis to use these actions to be able to enact anti-trust law in Ecuador.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	3
RESUMEN.....	4
ABSTRACT.....	5
TABLA DE CONTENIDO	6
INTRODUCCIÓN.....	8
NOCIONES GENERALES.....	11
1.1 Historia: Evolución del proceso de integración subregional	11
1.2 Decisión 608: Contenido, conductas anticompetitivas	12
1.3 Decisión 616: Contenido, trato especial al Ecuador	16
1.4 Derechos otorgados por la Constitución y la Decisión 608	17
1.4.1 Constitución Política del Ecuador	18
1.4.2 Decisión 608	21
ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO	23
2.1 Régimen comunitario, objeto y titulares de la acción de incumplimiento	23
2.2 Proceso prejudicial y judicial	26
2.3 Concurrencia de acciones, nacional vs. comunitaria	27
2.4 Efectos de la sentencia	28
2.5 Efectos del dictamen de incumplimiento y la sentencia de incumplimiento en el caso de la Decisión 616	29
REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE AMPARO: LEGITIMACIÓN ACTIVA Y OMISIÓN ILEGÍTIMA DE AUTORIDAD PÚBLICA	31
3.1 De la legitimación activa	32
3.2 Omisión ilegítima de autoridad pública	34
3.3 Régimen de libre competencia para la designación de la Autoridad Nacional de Competencia	35
3.4 Características de la Normativa Comunitaria Andina	37
3.4.1 Aplicabilidad automática o inmediata	38
3.4.2 Aplicabilidad directa	39

3.4.3	Aplicabilidad por los jueces nacionales o efecto directo	39
3.4.4	La Supremacía, preeminencia o primacía	40
CAPÍTULO IV	42
REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE AMPARO:	42
DERECHOS CONSTITUCIONALES VULNERADOS.....		42
4.1	Seguridad Jurídica	43
4.2	Derecho al crecimiento sustentable de la economía y desarrollo equilibrado y equitativo	44
4.3	Libertad de empresa	45
4.4	Derecho a la libre competencia	46
CAPÍTULO V.....		48
REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE AMPARO:	48
DAÑO GRAVE E INMINENTE.....		48
5.1	Calificación de grave al daño producido por la vulneración de un derecho fundamental	48
5.2	Calificación de inminente al daño grave causado por la vulneración de un derecho fundamental	50
CONCLUSIONES	51
BIBLIOGRAFÍA.....		54

INTRODUCCIÓN

El propósito de esta investigación es demostrar la posibilidad de instaurar un régimen de libre competencia en el Ecuador mediante la aplicación de las Decisiones 608 y 616 dictadas por la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones. La Decisión 608 establece el marco jurídico bajo el cual se determinan que conductas afectan la libre competencia y por ende violente el mercado económico y perjudique a los agentes que participan en este. En 2005 el Ecuador no estaba listo para instaurar un régimen de libre competencia comunitario, ya que ni siquiera poseía –ni posee- una autoridad nacional que regule esta materia. Por esta razón la CAN mediante la Decisión 608 le dio en un inicio un trato distinto a nuestro país y se le otorga un plazo de dos años –es decir hasta marzo de 2007- para promulgar una ley que regule la libre competencia.

Debido a la necesidad de instaurar un régimen de libre competencia en el Ecuador, en julio de 2005 se dicta la Decisión 616 la cual permite que la Decisión 608 se aplique directamente en el Ecuador. Además la Decisión 616 impone la obligación al Ecuador de nombrar una Autoridad Nacional Interina que sea la responsable de aplicar lo dispuesto en la Decisión 608. Hasta el mes de diciembre de 2007 el Ecuador no ha nombrado dicha autoridad y tampoco a expedido una ley que regule la libre competencia.

Con base a esta situación este trabajo investigativo centra su estudio en la acción de incumplimiento previsto en el ordenamiento jurídico comunitario y en el amparo constitucional garantizado en la Carta Política ecuatoriana. Estas dos acciones serán vistas como herramientas que den paso a la aplicación de un régimen de libre competencia en el Ecuador, es decir son acciones que por su naturaleza obligarían a nuestro país a cumplir con sus obligaciones subregionales y con las obligaciones que tiene con sus ciudadanos.

Para resolver el problema de esta investigación el primer capítulo de esta tesina hace una pequeña introducción al derecho comunitario andino haciendo referencia al proceso de integración subregional y como este ha evolucionado. Posteriormente en este mismo capítulo se analizará el contenido de las Decisiones 608 y 616 que nos dan

la normativa de un régimen de libre competencia aplicable directamente en el Ecuador. Finalmente este capítulo hace un primer acercamiento a cuales son los derechos relacionados con la libre competencia que tanto la Constitución Política como la Decisión 608 reconocen a los ecuatorianos. Este primer capítulo tiene como objeto contextualizar el tema central de investigación y sentar las bases para iniciar la acción de incumplimiento y la acción de amparo.

En el capítulo II se estudia la acción de incumplimiento. Se analizará la normativa que lo regula, el objeto de la acción y quienes tienen la legitimidad activa para accionarlas. Se distinguirán la etapa prejudicial y judicial de esta acción y sus características fundamentales. De igual forma se analizarán los efectos del dictamen emitido por la Secretaría General y de la sentencia emitida por el Tribunal de Justicia, y como estos documentos podrían servir de sustento para iniciar una acción de amparo ante un juez nacional.

En el capítulo III se inicia el estudio de los requisitos de procedencia de la acción de amparo. El primer elemento a ser estudiado es el de la legitimación activa, es decir quien o quienes pueden iniciar una acción de amparo y que requisitos debe reunir esta persona para que la acción sea procedente. Posteriormente se analiza la omisión ilegítima de autoridad pública, es decir en que se considera una omisión, y a quien se le considera una autoridad pública. Posteriormente se analiza quien debe ser la autoridad competente para nombrar una Autoridad Nacional interina que ejecute la Decisión 608. Este capítulo concluye con el análisis de las características de la normativa comunitaria, como la preeminencia, aplicación directa, entre otras.

En el cuarto capítulo analiza otro de los requisitos de procedencia de la acción de amparo que es la violación a un derecho fundamental. El capítulo inicia dando una idea de lo que significa la violación a un derecho y que consideraciones ha tomado el Tribunal Constitucional para determinar si ha existido o no la violación a un derecho. Posteriormente se analizan los derechos que se han visto violentados por la omisión del Ecuador al no nombrar una Autoridad encargada de ejecutar la Decisión 608.

El capítulo V de esta tesina analiza el último requisito de procedencia de la acción de amparo que es el daño grave e inminente causado por la violación de un derecho fundamental. Se analizará cada una por separado para conocer cuales son los ele-

mentos que deben concurrir para que el daño sea calificado de grave y de inminente. Estas dos características del daño deben darse conjuntamente para que la acción de amparo sea procedente.

Los requisitos de procedencia que se analizan a partir del tercer capítulo deben concurrir para que la acción de amparo proceda. Es decir que la omisión ilegítima de una autoridad pública debe violentar –o pudiera violentar- un derecho fundamental contenido en la constitución o un tratado internacional vigente; está violación –o posible violación- debe causar un daño grave e inminente para que proceda la acción de amparo.

Este estudio concluye demostrando que efectivamente el Estado ecuatoriano ha incumplido con una obligación comunitaria andina. A causa de este incumplimiento se han vulnerado varios derechos fundamentales de los ecuatorianos y éstos deben ser subsanados. Además, se demuestra la procedencia de la acción de incumplimiento y la acción de amparo constitucional, y la efectividad de estas dos para exigir al Estado ecuatoriano a cumplir con sus obligaciones comunitarias. El cumplimiento de estas obligaciones comunitarias instauraría un régimen de libre competencia en el Ecuador con el objeto de tutelar efectivamente los derechos relacionados con la libre competencia de todos los ciudadanos.

De esta forma se comprueba la hipótesis de que tanto la acción de incumplimiento como la acción de amparo son dos herramientas que permitirían instaurar un régimen de libre competencia en nuestro país.

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES

Este primer capítulo tiene como objeto contextualizar el tema central de esta investigación. De esta forma se da a conocer al lector sobre nociones generales de Derecho Comunitario Andino, su evolución e historia. Posteriormente se hace un análisis de la Decisión 608 que regula la competencia dentro de la Comunidad Andina, revisando las posibles conductas anticompetitivas y su inaplicabilidad en casos que involucran a un solo País Miembro. A continuación se revisará lo dispuesto en la Decisión 616 que da un trato especial al Ecuador y establece la aplicabilidad directa de la Decisión 608 en nuestro país. La segunda parte de este capítulo analiza los principales derechos consagrados en la Constitución Política y la Decisión 608, partiendo de la naturaleza del Estado ecuatoriano y su participación proactiva en la regulación de la economía.

1.1 Historia: Evolución del proceso de integración subregional

Antes de desarrollar el tema central de esta tesina es necesario dar un contexto histórico de cómo se ha desarrollado el proceso de integración andina. Este análisis es de vital importancia, ya que uno de sus objetivos principales es la integración económica que está estrechamente relacionada con la libre competencia. De igual forma nos permitirá ver cuales son las herramientas comunitarias a disposición de los estados y sus ciudadanos para hacer cumplir la legislación andina.

En 1969 se firma el Acuerdo de Cartagena documento que da origen a un proceso de integración entre cinco países de la región. Al momento de la firma del tratado las partes que lo ratificaron fueron Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Estos Estados tenían el objetivo común de “instaurar un sistema de integración y cooperación que propenda al desarrollo económico, equilibrado, armónico y compartido de sus países,” (Acuerdo de Cartagena), entre otros que se encuentran enunciados en los considerandos del tratado y en su articulado. La iniciativa comunitaria ha sufrido muchos cambios de los más importantes destacan el ingreso de Venezuela en 1973 y su poste-

rior abandono en 2006, además la denuncia del tratado por parte de Chile el 30 de octubre de 1976.

A pesar del retiro de los países antes mencionados el proceso de integración ha tenido cambios positivos. Uno de ellos y el más importante es la entrada en vigencia del Protocolo de Trujillo en 1997¹ el cual “modificó el Acuerdo de Cartagena introduciendo en el ordenamiento jurídico andino importantes cambios para el proceso de integración, especialmente en lo que tiene que ver con el fortalecimiento de las instituciones comunitarias,”. (Tangarife Torres 63) Estas reformas al acuerdo original fortalecen las instituciones comunitarias, como el Tribunal de Justicia Andino, la Comisión de Plenipotenciarios, etc.

A partir de la firma del tratado antes mencionado nace el Sistema Andino de Integración que es “el conjunto de órganos e instituciones de la Comunidad Andina que tiene como finalidad permitir una coordinación efectiva entre sí para profundizar la integración subregional andina, promover su proyección externa y robustecer las acciones relacionadas con el proceso de integración.” (Comunidad Andina). Desde este momento las entidades comunitarias con potestad normativa empiezan el desarrollo de normas primarias y secundarias que instauran el régimen en materias como propiedad intelectual, comercio internacional, derecho de competencia, entre otras.

1.2 Decisión 608: Contenido, conductas anticompetitivas

El 29 de marzo de 2005 la Comisión de la Comunidad Andina dictó la Decisión 608, normativa andina encargada de regular y sancionar la práctica de conductas que lesionen la competencia. Su naturaleza comunitaria obviamente limita su aplicación al supuesto que una conducta anticompetitiva surta efectos en dos o más países miembros de la comunidad; inclusive bajo el amparo de esta disposición se pudiera sancionar una conducta anticompetitiva llevada a cabo en un país no miembro de la Comunidad y cuyos efectos se den en un País Miembro de la misma (así lo dispone el Art. 5 de la

¹ Es importante mencionar la creación del Tribunal de Justicia Andino en 1979 y la creación del Parlamento Andino en 1987, ya que estos son cambios muy importantes en la estructura de la Comunidad Andina y que dan paso a los nuevos esfuerzos por fortalecer el proceso de integración subregional.

Decisión 608, y las anteriores Decisiones 230, 258, 281 y 285 que regulaban esta materia Decisiones que fueron derogadas al entrar en vigencia la Decisión 608).

La Decisión 608 a más de determinar los derechos de los Países Miembros y sus ciudadanos –que serán estudiados posteriormente- establece la creación del Comité Andino de Defensa de la Competencia, organismo encargado de llevar a cabo el proceso para ejecutar la Decisión 608. Éste Comité esta formado por un representante de la autoridad nacional competente en materia de libre competencia da cada país miembro (Art. 38 de la Decisión 608). Debido a que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no existe una norma que regule la libre competencia no existe una autoridad encargada de dirimir los conflictos que se presenten en esta materia y en consecuencia la conformación de éste Comité era y es imposible.

La Comisión se da cuenta de la falta de preparación del Ecuador para poder ejecutar la Decisión 608 y establece en el Art. 51 de la misma una fecha distinta para la entrada en vigencia de la regulación andina. Se da al Ecuador el plazo de dos años –29 de marzo de 2007- para que se prepare y la Decisión 608 entre en vigencia. Si el Ecuador nombra una autoridad de estas características antes del plazo la Decisión 608 está entraría en vigencia en ese momento.

Una vez analizada la cuestión práctica es importante establecer cuál fue el objetivo por el cual la Comisión elaboró la Decisión 608 y cuales son las principales conductas anticompetitivas que la legislación andina prevé. La Decisión 608 “tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores.”(Artículo 2 de la Decisión 608). El objetivo de la presente Decisión es clarísimo y conserva los principios elaborados por la doctrina y además, eleva al bienestar de los consumidores como un objetivo principal. Desde mi punto de vista el derecho a la competencia no tiene como objetivo principal buscar el bienestar y satisfacción del consumidor, si no de regular el mercado eliminando las barreras al comercio y sancionando conductas anticompetitivas (Areeda 12). Si en consecuencia de esta regulación se beneficia el consumidor no quiere decir que la consecución de este beneficio sea el principal objetivo de una regulación de libre competencia.

En los Artículos 7 y 8 de la Decisión 608 se determinan cuáles son las conductas anticompetitivas que lesionan el mercado. El Art. 7 establece como principales conductas anticompetitivas las siguientes:

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

El Art. 7 hace una recopilación de casi todas las conductas que se pueden calificar de anticompetitivas, deja de lado una muy importante que son las afectaciones al mercado cuando se dan fusiones (llamadas *mergers* en la legislación Norteamericana) y escisiones². Además agrega en su literal e) una conducta anticompetitiva peculiar, ya que sería el Estado a través de un órgano de la administración el único facultado para cometerla.

² El Tratado Consolidado de la Comunidad Europea regula las conductas anticompetitivas incluyendo las fusiones y escisiones en su Artículo 81 que dice:

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 los Estados miembros 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 o decisiones 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 al 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

Por otro lado el Art. 8 se centra en las posibles conductas anticompetitivas que un agente del mercado con posición de dominio puede cometer, con el objetivo de eliminar a sus competidores y potenciales competidores. El Art. 8 establece las siguientes conductas:

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

Las conductas enunciadas en los dos artículos citados abarcan una amplia gama de hipótesis que integran entre ellas la mayor parte de las conductas anticompetitivas que ha estudiado la doctrina y que se han generado por medio de la jurisprudencia Norteamericana y Europea. Con estas dos disposiciones se da luz verde al Comité Andino de Competencia a imitar a sus similares norteamericanos y europeos e ir definiendo por medio de la jurisprudencia los supuestos fácticos que deben concurrir para que se de o no una conducta anticompetitiva.

objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

1.3 Decisión 616: Contenido, trato especial al Ecuador

El marco jurídico establecido en la Decisión 608 no es aplicable en el Ecuador para asuntos que afecten solo el mercado interno por dos razones. Primero: a pesar de que la legislación comunitaria es de aplicación directa e inmediata, en el Ecuador no existe una Autoridad Nacional de Competencia -sea cual fuere la naturaleza de esta-, quien sería la encargada de aplicar la mencionada disposición. En segundo lugar; a pesar de que el Estado ecuatoriano tuviese una Autoridad Nacional de Competencia el Art. 5 de la Decisión 608 dispone que la misma será aplicable siempre que las conductas se den en:

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

Es decir que las conductas anticompetitivas que afecten exclusivamente al mercado ecuatoriano y realizadas por agentes del mercado ecuatoriano no se someten a la disposición Comunitaria.

Por esta razón el 15 de julio de 2005 la Comisión de la Comunidad Andina dicta la Decisión 616, documento comunitario que permite aplicar lo dispuesto en la Decisión 608 directamente en el Ecuador. Para poder conseguir este objetivo el artículo primero de la Decisión 616 dice que el Ecuador *podrá* aplicar la Decisión 608 en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el Art. 5 de la Decisión 608.

A su vez, la Decisión 616 establece que hasta el 1 de agosto de 2005 el Ecuador debe nombrar interinamente una Autoridad Nacional que sea la encargada de ejecutar la Decisión 608. También deroga explícitamente el Art. 51 de la Decisión 608 que establecía el plazo de entrada en vigencia de la misma decisión y por último determina que la Decisión 608 entrará en vigencia para el Ecuador a partir de la publicación de la Decisión 616 en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Es importante mencionar que el Art. 1 de de la Decisión 616 señala que el “Ecuador *podrá* aplicar lo dispuesto en la Decisión 608, en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el artículo 5 de la Decisión 608.” La Decisión 616 al utilizar el verbo poder en el futuro imperfecto deja abierta la posibilidad de aplicar o no la Decisión 608, siendo esta una prerrogativa del Estado ecuatoriano.

Considero que las características de las normas comunitarias no dejan abierta esta posibilidad, ya que como se verá mas adelante, la aplicabilidad automática, aplicabilidad directa y efecto directo determinan que la legislación comunitaria pasa a formar parte del ordenamiento jurídico nacional al momento de su publicación en el Gaceta Oficial. Además el principio de supremacía indica que las normas comunitarias deben ser aplicadas preferentemente en un caso de conflicto con la normativa nacional.

Este punto de vista esta respaldado por lo dicho en la sentencia *Costa vs. Entel* de la Unión Europea, es decir es un principio de vanguardia que todavía no ha sido aceptado con unanimidad en el derecho comunitario andino. La disquisición de la naturaleza jurídica de la palabra “podrá” es un tema que merecería la elaboración de una tesina. En consecuencia para el desarrollo de ésta tesina se supondrá que debido a las características y principios que identifican a las normas comunitarias, lo dispuesto en la Decisión 616 es de carácter obligatorio para el Estado ecuatoriano.

1.4 Derechos otorgados por la Constitución y la Decisión 608

Hasta el momento en que se culminó el desarrollo de esta tesina el Ecuador no ha nombrado a una Autoridad Nacional interina encargada de ejecutar la Decisión 608. Los intentos de promulgar una ley de libre competencia se remontan al año 2001, tal como lo enuncia el Diario El Comercio en su sitio web: “El Ecuador lleva más de seis años en procura de lograr una Ley de Competencia que regule a los monopolios empresariales y a las malas prácticas de mercado en el país. Sin embargo, hasta el momento no se ha logrado tener esa norma.” (ElComercio) El gobierno actual tiene una propuesta para establecer un régimen jurídico de libre competencia también mencionado en el sitio web de El Comercio y dice:

Con el actual Gobierno, la propuesta de tener un marco legal que regule la competencia empresarial vuelve al debate público. Rafael Correa anunció la elaboración de una Ley de Competencia, que está a cargo de la Presidencia de la República, los ministerios de Industrias y Economía, el Senplades, la Corpei y la Red Interinstitucional de Competencia (Reico). Todas estas entidades están bajo la coordinación del Consejo Nacional de la Producción y Competitividad (CNPC).

La iniciativa del gobierno de implementar una Ley de Libre Competencia no se ha dado hasta el momento de concluir este trabajo investigativo, por esta razón es necesario estudiar los instrumentos vigentes y qué derechos reconocen. Una vez analizado lo dispuesto por las Decisiones 608 y 616 es necesario revisar cuales son los derechos consagrados en la Constitución Política ecuatoriana que se ven afectados por la omisión del Estado ecuatoriano. La omisión en la que incurre una autoridad pública ecuatoriana –al no nombrar la autoridad que menciona la Decisión 616- será analizada en un próximo capítulo.

1.4.1 Constitución Política del Ecuador

El artículo primero de la Carta Magna define al Estado ecuatoriano como un “estado social de derecho”, es decir una forma de organización del Estado que se basa en el contrato social, la soberanía del pueblo y principalmente en un ordenamiento jurídico que garantiza seguridad y certeza jurídica. Desde el punto de vista económico el estado social de derecho establece:

La economía social de mercado (que) parte de la aceptación del mercado como el mejor sistema para propiciar el progreso de los pueblos, por considerarlo superior a todos los otros en la medida en que promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos, incentiva la competencia creadora e impulsa las innovaciones al mercado como el motor de la economía (Hurtado 33).

A diferencia de un estado liberal, el estado social de derecho interviene en el mercado regulándolo con una óptica social de beneficio a la comunidad en general, así lo afirma Osvaldo Hurtado al decir que “[L]a obligación del Estado de velar por el bien común debe llevarle a corregir las inequidades sociales, con el fin de que todos, y no unos po-

cos, sean partícipes de los resultados del progreso.”(33), al referirse a la intervención del Estado en el mercado.

Una de las formas que el Estado tiene para regular el mercado es a través de políticas de libre competencia, estas generan normas y regulaciones que están encargadas de sancionar a quien por medio de una conducta anticompetitiva lesione el mercado. De esta forma el Estado se asegura que el mercado tienda a la eficiencia, que los precios reflejen el costo del producto o servicio y que en definitiva beneficien a todos los ciudadanos. Desde el punto de vista de la libre competencia las regulaciones en esta materia permiten eliminar las barreras comerciales, incentivar la competencia, evitar monopolios y oligopolios, etc., y en definitiva perfeccionar el mercado. Considerando que las conductas anticompetitivas son alteraciones negativas en el mercado, un estado social de derecho basándose en “[L]a economía social de mercado, presenta una diferencia con la concepción neoliberal, en la que el Estado exclusivamente debe encargarse de la corrección de las fallas del mercado.” (Grijalva y Troya)

Como hemos visto antes la, Constitución Política define al Ecuador como un estado social de derecho que interviene en la economía y en consecuencia en el mercado. Siguiendo este principio en el numeral 4 del Art. 3 se establece como deber fundamental del Estado el “Preservar el crecimiento sustentable de la economía y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo”. Siguiendo la línea de análisis anteriormente expuesta nuestro país por medio de un cuerpo normativo de derecho a la competencia garantizaría el cumplimiento de este deber fundamental. Se puede decir que la mencionada norma otorga el derecho a todos los individuos que habitan el Ecuador³ a desarrollarse en una economía sustentable y que este desarrollo sea equilibrado y colectivo. La libre competencia busca el desarrollo del mercado y su eficiencia e indirectamente el beneficio del consumidor que se traduce como el “beneficio colectivo”.

El numeral 16 del Art. 23 de la Constitución Ecuatoriana establece el derecho a la libertad de empresa⁴. Es decir todas las personas naturales o jurídicas tienen el dere-

³ Siguiendo el principio de igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros establecido en el Art. 13 de la Constitución Política

⁴ Se debe resaltar que la administración de justicia ecuatoriana no ha generado jurisprudencia con respecto a este derecho fundamental, en consecuencia la investigación se basó en la legislación vigente.

cho a emprender cualquiera actividad económica siguiendo lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La relación con la libre competencia es inevitable, ya que muchas de las conductas anticompetitivas se realizan con el objetivo de obstaculizar el ingreso de potenciales competidores al mercado o de forzar la salida de competidores actuales, violando así el derecho a libertad de empresa.

El numeral 26 del Art. 23 señala como un derecho civil a la seguridad jurídica, siendo esta “[L]a estabilidad de las instituciones y la vigencia auténtica de la ley, con el respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz,” (Cabanellas 329). En pocas palabras la seguridad jurídica se da cuando las reglas del juego son aplicadas sin discriminación alguna y no cambian constantemente.

El Art. 242 define los principios bajo los cuales se regirá la economía nacional, siendo estos “los principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad”. Es decir que los ecuatorianos tenemos derecho a desarrollarnos dentro de una economía que se conduzca bajo estos principios. Este es otro derecho que se ve vulnerado por la inexistencia de una Autoridad Nacional interina que ejecute la Decisión 608 –en el capítulo cuarto se profundizará en los derechos vulnerados por la omisión ecuatoriana.

En el numeral tercero del Art. 244 se consagra el derecho a la libre competencia, ya que la constitución impone al Estado la obligación de “[P]romover 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 distorsiones;”. Es en este artículo es en el que se hace referencia expresa al sistema bajo el cual la economía ecuatoriana funciona. Es de esta disposición constitucional la que genera varias obligaciones al Estado siguiendo los lineamientos –antes mencionados- de la economía social de mercado.

Se debe tomar en consideración el numeral cuarto del mismo Art. 244, en el que se impone la obligación al Estado ecuatoriano de “Vigilar que las actividades económicas cumplan con la ley y, regularlas y controlarlas en defensa del bien común.”. Este derecho consagrado en la Constitución va de la mano con la defensa de la competencia, ya que el Estado busca la eficiencia del mercado y el beneficio común mediante “modos de intervención del estado que operan por excepción. La idea es que en la generalidad de los casos los mercados deben funcionar libremente, y que la defensa de la

competencia sólo debe actuar cuando se dan determinados hechos” (Coloma 14) que presuponen un mal funcionamiento del mercado y por ende la vulneración de este derecho.

1.4.2 Decisión 608

De la Decisión 608 de la CAN se desprenden dos derechos para los ciudadanos de los Países Miembros. Primero el derecho a la libre competencia, es decir a poder participar en el mercado sin barreras comerciales artificiales. La obligación del Estado es precautelar que los agentes del mercado actúen de forma anticompetitiva, ya sea para impedir la entrada al mercado de un potencial competidor, eliminar la competencia o repartirse el mercado, etc. En segundo lugar el derecho a un mercado eficiente, en donde los precios se fijen bajo la ley de oferta y demanda, además que reflejen el costo de producción y los estándares de calidad.

Estos derechos que se consagran en la Decisión 608 se entienden incorporados al ordenamiento jurídico nacional según lo dispuesto en el Art. 163 de la Constitucional que dictamina:

Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.

Siendo las decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina normas derivadas del Acuerdo de Cartagena éstas pasan a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico al amparo de esta disposición constitucional.

Los derechos consagrados por la Decisión 608 forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano por las características de la legislación comunitaria. Posteriormente se hará referencia a las características de las normas comunitarias a nivel andino, como la supremacía y la aplicabilidad directa. Así lo ha determinado el Tribunal de Justicia Andino en varias ocasiones, señalando que:

[S]on dos los principios fundamentales del derecho comunitario que por él se tutelan: el de su aplicación directa y el de su preeminencia. Por el primero se entiende la capacidad jurídica de la norma comunitaria para generar derechos y obligaciones que los ciudadanos de cada País puedan exigir ante sus tribunales

nacionales. Por el de la preeminencia, que se deriva de la aplicación directa, se comprende la virtud que tiene la norma comunitaria de ser imperativa y de primar sobre la de derecho interno. (Acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Ecuador, alegando incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y de las Decisiones 371 y 392 de la Comisión de)

Estos dos principios serán analizados posteriormente para completar el estudio de la naturaleza de la legislación comunitaria andina.

Es importante resaltar que debido a estas características de la normativa comunitaria la publicación de decisiones y demás normas que deriven del Acuerdo de Cartagena, Tratado de Creación del Tribunal de Justicia Andino, la Secretaría General, etc., no necesitan ser publicadas en el Registro Oficial; basta que esta normativa se publique en la Gaceta oficial del Acuerdo de Cartagena para que entren en vigencia en el Ecuador y por ende formen parte de nuestro ordenamiento jurídico. Esta aclaración es necesaria debido a que la Decisión 608 no ha sido publicada en el Registro Oficial ecuatoriano mientras que la Decisión 616 sí fue publicada. Es importante mencionar que las Decisiones 607, 609, 610 y siguientes sí han sido publicadas en el Registro Oficial y al parecer intencionalmente la publicación de la Decisión 608 no fue realizada.

CAPÍTULO II

ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

Una vez analizado el marco contextual de la presente investigación podemos determinar que por la falta de aplicación de las Decisiones 608 y 616 varios derechos de los ciudadanos ecuatorianos se han visto vulnerados. En este capítulo se estudiará la acción de incumplimiento prevista en el Art. 23 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia Andino. La primera herramienta jurídica para exigir la tutela efectiva de los derechos consagrados en las Decisiones 608 y 616 es la acción de incumplimiento, más adelante se analizará quienes tienen la legitimación activa para ejercer esta acción y cual es su objeto.

Para poder solucionar el problema planteado en esta tesina, es decir ¿Cómo conseguir que un régimen normativo de libre competencia pueda ser exigido en el Ecuador?, es necesario determinar cuáles son las herramientas que poseen los ciudadanos ecuatorianos para exigir la tutela efectiva de sus derechos. En el supuesto de que se inicie un trámite legal para obligar al Estado ecuatoriano a nombrar un Autoridad Nacional encargada de ejecutar la Decisión 608 el primer paso a seguir –desde un punto de vista jurídico- es plantear una acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia Andino. No se debe descartar la posibilidad de establecer este marco normativo mediante herramientas políticas, pero éstas no son parte de éste estudio

2.1 Régimen comunitario, objeto y titulares de la acción de incumplimiento

La acción de incumplimiento está regulada en la Sección Segunda del Capítulo Tercero del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia Andino, además, se encuentra regulada a partir del Art. 107 del Estatuto del Tribunal -Decisión 500- y en la Decisión 425 que establece cuál es el papel que debe cumplir la Secretaría General en un proceso de esta naturaleza.

La acción de incumplimiento tiene como objeto el precautelar que los Países Miembros cumplan con lo dispuesto por la legislación andina y tutelar los derechos de todas las personas que conforman la Comunidad Andina. Así lo establece Art. 107 del Estatuto del Tribunal que manda:

Objeto y finalidad.- La acción de incumplimiento podrá invocarse ante el Tribunal con el objeto de que un País Miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de miembro de la Comunidad Andina.

Se debe entender la palabra “conducta” tanto como acción u omisión. Un País Miembro puede incumplir con la legislación comunitaria ya sea expidiendo una ley nacional contraria al ordenamiento jurídico andino; o por dejar de cumplir con una disposición expresa del mismo.

Así lo ratifica el Tribunal de Justicia Andino en la sentencia al Proceso N° 1-AI-96 refiriéndose a la acción de incumplimiento:

Uno de los presupuestos fundamentales para el logro de la estabilidad del Acuerdo de Cartagena y del cumplimiento de los derechos y obligaciones que por el mismo adquieren los Países Miembros, es el control de la legalidad del sistema, cuya salvaguarda ha sido encomendada al Tribunal...

Un ejemplo de omisión que llevaría a plantear una acción de incumplimiento de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico subregional, es la falta de nombramiento de una Autoridad Nacional Interina que ejecute la Decisión 608 en el Ecuador; en este caso el Estado ecuatoriano esta incumpliendo con el Art. 2 de la Decisión 616.

Según el Art. 108 del Estatuto del Tribunal “[S]on titulares de la acción de incumplimiento: la Secretaría General, los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas, con arreglo a las disposiciones de los artículos 23, 24 y 25 del Tratado y al Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General”. Se debe tomar en cuenta que el Art. 23 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia Andino determina a la Secretaría General como único titular de la acción de incumplimiento – en principio-. Siguiendo lo dicho por Marcel Tangarife esta disposición “tiene su lógica pues permite que el órgano ejecutivo comunitario pueda ejercer sus atribuciones con autonomía y “únicamente en función de los intereses de la subregión”⁵.

La jurisprudencia andina ha determinado tres factores que deben concurrir para que el Tribunal de Justicia Andino inicie un proceso por la acción de incumplimiento:

⁵ El autor cita la sentencia del proceso 43-AI-99 del Tribunal Andino de Justicia

Son tres los requisitos establecidos en el artículo 24 del Tratado de Creación del Tribunal que deben preceder para habilitar el procedimiento judicial de la acción de incumplimiento. Estos constituyen una fase previa administrativa que debe abrirse en la Secretaría General y son los siguientes:

1. El País Miembro que se considere afectado por el incumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino debe elevar el caso a la Secretaría General con el objeto de que realice la investigación pertinente, para lo cual formulará dentro de los diez días hábiles siguientes la nota de observaciones correspondiente a fin de que el País Miembro señalado como incumplidor, dé respuesta sobre el cumplimiento o no de la norma supuestamente transgredida y sus justificativos.
2. La oportunidad procesal que debe otorgarse al País Miembro para corregir o enmendar su conducta.
3. La emisión del correspondiente dictamen motivado que deberá determinar el estado de cumplimiento de las obligaciones por parte del País Miembro cuestionado. (Proceso N° 73-AI-2000 y 80-AI-2000 (ACUMULADOS))

En consecuencia, la legitimación activa para ejercer la acción de incumplimiento corresponde a la Secretaría General de la Comunidad Andina. En el caso de que este órgano del Sistema Andino de Integración no inicie el proceso ante el Tribunal de Justicia Andino en un plazo máximo de 60 días después de emitirse el dictamen de incumplimiento, tanto el País Miembro afectado como las personas naturales o jurídicas que se consideran afectadas pueden acudir directamente al Tribunal para ellos mismos iniciar el proceso judicial. Es decir, que si la Secretaria General no ejerce la acción de incumplimiento esta puede ser presentada en segundo lugar por el País Miembro o persona natural o jurídica que se considere afectada. Así lo ratifica la sentencia del Tribunal de Justicia Andino en el Proceso N° 73-AI-2000 y 80-AI-2000 (acumulados) y dispone:

Cuando el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro insistiere con la conducta objeto del reclamo, la Secretaría General podrá acudir ante el Tribunal para iniciar la acción de incumplimiento.

Si la Secretaría dentro de los 60 días siguientes a la emisión de su dictamen no ha acudido al Tribunal, el País Miembro podrá hacerlo directamente. Ese País está igualmente facultado para acudir ante el Tribunal si es que dentro de los 65 días siguientes a la fecha de la presentación del reclamo o las observaciones, la Secretaría General no hubiese emitido dictamen alguno.

Se debe señalar que las personas naturales o jurídicas pueden acudir directamente ante los jueces nacionales para exigir la tutela de un derecho consagrado en la normativa comunitaria, bajo los principios de aplicabilidad inmediata y aplicabilidad directa—estos principios o características de la normativa comunitaria serán revisadas en el capítulo III-.

2.2 Proceso prejudicial y judicial

De lo antes mencionado podemos distinguir un proceso prejudicial y otro judicial. El primero es llevado a cabo por la Secretaría General ya sea de oficio o por petición de un País Miembro o persona natural o jurídica. Este proceso termina con un acto administrativo en el cual se determina si el País Miembro está o no incumpliendo con la normativa comunitaria. A esta decisión se llega una vez abierta una investigación, presentadas las observaciones y pruebas pertinentes. Si el País Miembro efectivamente incumplió con una disposición comunitaria el proceso administrativo finaliza con un dictamen de incumplimiento en el cual se determina si el incumplimiento fue flagrante, objetivo o de otro tipo. De no ser así, es decir si la Secretaría General considera que el País Miembro no ha incumplido con sus obligaciones comunitarias el proceso administrativo finaliza con un Dictamen de Cumplimiento.

Ya sea que el dictamen sea de cumplimiento o de incumplimiento, cualquier interesado puede ejercer el recurso de reconsideración que “es el mecanismo de impugnación en vía gubernativa que ofrece el ordenamiento jurídico andino...Dicho recurso procede contra cualquier resolución de la Secretaría General, o de cualquier acto administrativo de ésta que ponga fin a un procedimiento” (Tangarife Torres 272).

Una vez determinado el incumplimiento del País Miembro dentro de los 60 días siguientes la Secretaría General debe presentar la demanda ante el Tribunal de Justicia Andino ejerciendo la acción de incumplimiento. Si la Secretaría General no lo hace

dentro de ese plazo –determinado en el Art. 23 del Tratado de creación del Tribunal- la parte afectada, ya sea esta un País Miembro o una persona natural o jurídica pueden presentar la demanda por sus propios derechos.

Si la etapa prejudicial termina en un dictamen de cumplimiento, es decir, la Secretaría General no considera que se ha incumplido con una disposición comunitaria, el País Miembro o persona que se ve afectada puede ejercer la acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia Andino para dar inicio al proceso judicial.

Se debe señalar que se debe iniciar el proceso prejudicial antes de iniciar una acción ante el Tribunal de Justicia Andino, así lo ratifica este Tribunal en la sentencia del Proceso N° 50-AI-2002 y establece que:

De las normas que regulan la acción en comento se desprende que antes de acudir al procedimiento judicial en el Tribunal, es indispensable que se adelante ante la Secretaría General de la Comunidad un procedimiento precontencioso, que viene a constituir una especie de presupuesto procesal para la acción, que se materializa por el desarrollo de una fase previa administrativa en la que debe abrirse un diálogo entre el ejecutivo comunitario y el País Miembro presuntamente infractor, para buscar la solución del asunto controvertido en dicha etapa.

2.3 Concurrencia de acciones, nacional vs. comunitaria

Dando cumplimiento a lo establecido por el principio de aplicabilidad inmediata y directa de la legislación comunitaria, el Art. 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia Andino faculta a las personas naturales o jurídicas de cada País Miembro que de acuerdo a las prescripciones nacionales acudan a los órganos administradores de justicia cuando este no de cumplimiento a la normativa comunitaria.

El mismo Art. 31 del mencionado tratado, “Sin embargo dicho tratado excluye expresamente la posibilidad de que las personas naturales o jurídicas puedan ejercer las acciones de incumplimiento andina y las acciones correspondientes dentro de un País Miembro, a efectos de evitar conflictos de jurisdicción y competencia” (Tangarife Torres 279). Al principio de este capítulo se estableció que desde el punto de vista estratégico la primera acción el plantearse sería la de incumplimiento, este punto se ve

reforzado primero por la imposibilidad de plantear la acción nacional conjuntamente con la acción comunitaria.

2.4 Efectos de la sentencia

“Se sostiene que el recurso de incumplimiento tiene un carácter declarativo según se desprende del texto del artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal” (Tribunal Andino), es decir en la sentencia emitida por el Tribunal se señala si efectivamente hubo o no un incumplimiento de la normativa subregional.

En caso de que la sentencia niegue la pretensión del accionante el País Miembro absuelto no tendrá obligación alguna, evidentemente las obligaciones corresponderán a quienes ejercieron la acción de incumplimiento. Si la sentencia del Tribunal declara que el País Miembro efectivamente incumplió con la normativa comunitaria esta “sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el Artículo 25, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere.” (Acción de incumplimiento interpuesta por la Junta del Acuerdo de Cartagena contra la República Bolivariana de Venezuela)⁶, siendo este su principal efecto. El Art. 25 hace referencia a los casos en que la titularidad de la acción recae sobre las personas naturales o jurídicas que han visto sus derechos vulnerados por el incumplimiento de la normativa comunitaria por parte de un País Miembro.

Según el Art. 27 del tratado de Creación del Tribunal “[S]i la sentencia del Tribunal fuere de incumplimiento, el País Miembro cuya conducta haya sido objeto de la misma, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento en un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación.” En el supuesto que se presente una acción de incumplimiento en contra del Ecuador por no haber nombrado una Autoridad Nacional interina encargada de ejecutar la Decisión 608 y que esta termine en una sentencia de incumplimiento, el Estado ecuatoriano quedaría obligado a nombrar dicha autoridad.

⁶ Proceso N° 3-AI-96 del Tribunal de Justicia Andino

Si el incumplimiento persiste, el mismo Art. 27 prevé la suspensión o restricción, temporal o permanente de las ventajas del Acuerdo de Cartagena para el País Miembro remiso.

El Ecuador es responsable ante la Comunidad Andina y ante sus ciudadanos así lo ha establecido el Tribunal de Justicia Andino que señala:

Así como en el orden interno la responsabilidad del Estado se deriva de su régimen constitucional, en el orden comunitario dicha responsabilidad se sustenta además en el compromiso que adquiere cada Estado en virtud del artículo 5 del Tratado de Creación del Tribunal. La obligación de cumplimiento se debe tanto a los Estados partes como a los ciudadanos y a las personas jurídicas de dichos Estados, puesto que el ordenamiento jurídico comunitario se incorpora también al derecho interno.

Desde este punto de vista, del artículo 5 del Tratado, se desprende la responsabilidad estatal frente al individuo por actos de la administración que deriven en incumplimiento de la norma comunitaria.(Sentencia Proceso N° 6-IP-93)

De este dictamen de los Magistrados andinos también se desprende la fuente de responsabilidad tanto del País Miembro como la de los ciudadanos frente a la Comunidad Andina. La obligación del Estado ecuatoriano de nombrar una Autoridad Nacional interina encargada de ejecutar la Decisión 608 en consecuencia no es exclusiva con la Comunidad Andina, si no que esta obligación se da también con respecto a los ciudadanos o habitantes del Ecuador.

2.5 Efectos del dictamen de incumplimiento y la sentencia de incumplimiento en el caso de la Decisión 616

El dictamen de incumplimiento emitido por la Secretaría General serviría de prueba suficiente para demostrar la omisión ilegítima de la autoridad pública para presentar la solicitud de amparo –derecho que se abarcará en los siguientes capítulos de esta tesina-. Como se revisó anteriormente el iniciar una acción comunitaria y una acción local por el incumplimiento es improcedente.

Tanto el dictamen de incumplimiento emitida por la Secretaría General o la sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal de Justicia Andino, podrían ser usados co-

mo prueba para fundamentar uno de los requisitos de procedencia del amparo constitucional. Este documento comunitario demostraría la omisión ilegítima de una autoridad pública, ya que el Ecuador hace caso omiso a la disposición comunitaria que le obliga a nombrar una Autoridad Nacional de interina encargada de ejecutar la Decisión 608. Se debe recalcar que no es necesario un dictamen o sentencia para iniciar la acción de amparo, estos documentos andinos cumplirían un papel probatorio, además de su directo cumplimiento por el Estado ecuatoriano.

CAPÍTULO III

REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE AMPARO: LEGITIMACIÓN ACTIVA Y OMISIÓN ILEGÍTIMA DE AUTORIDAD PÚBLICA

La acción de incumplimiento es la herramienta que el ordenamiento jurídico andino presta a los ciudadanos para que se precautelen sus derechos. En este capítulo se inicia el estudio del amparo constitucional, con el objetivo de demostrar que es un derecho/acción que puede ser usado para obligar al Estado ecuatoriano a nombrar una Autoridad Nacional de Competencia; para que ésta sea la encargada de aplicar lo dispuesto en la Decisión 608 y 616 y en consecuencia se tutelen los derechos antes mencionados. El primer tema a tratarse será la legitimación activa, es decir quien debe plantear la acción para que ésta sea admitida. Posteriormente se estudiará un segundo requisito que es la omisión ilegítima de autoridad pública, que contiene tres conceptos fundamentales, la omisión, la ilegitimidad del acto u omisión y por último la naturaleza de la autoridad que emite u omite el acto.

En este, y en los siguientes capítulos se desarrollarán los tres requisitos de procedencia que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han determinado como infaltables para poder ejercer con éxito la acción de amparo. En la siguiente nota de prensa tomada de la página web del Tribunal Constitucional se mencionan estos requisitos:

Tres son los requisitos para la procedencia de una acción de amparo: la existencia de un acto ilegítimo que no existe en este amparo, la violación de derechos subjetivos constitucionales del accionante que ni siquiera los ha fundamentado porque no hay ninguna violación y la inminencia de daño grave. La ausencia de uno sólo de los requisitos para la procedencia de la acción de amparo lo torna improcedente. En este caso no sólo que falta un requisito, faltan todos y por tanto se debe desechar y no admitir esta acción de amparo constitucional, expresó la defensa del Tribunal Constitucional...

3.1 De la legitimación activa

El Art. 95 de la Constitución Política ecuatoriana establece que “[C]ualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley.” A primera vista la disposición constitucional es muy amplia al momento de determinar quien es el facultado para proponer la acción de amparo. De acuerdo a la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la legitimación activa se determina de acuerdo al tipo de derecho que es vulnerado.

Cuando se trata de derechos individuales “[L]a Constitución ecuatoriana prevé la legitimación activa de cualquier persona, por sus propios derechos,” (Oyarte 31). En el caso de los derechos vulnerados por la falta de aplicación de lo dispuesto en las Decisiones 608 y 616 encajan perfectamente dentro de esta clasificación, es decir, son derechos individuales que se ven vulnerados por una omisión ilegítima de una autoridad pública.

La legitimación activa recae en cualquier persona por sus propios derechos siempre y cuando ésta tenga el carácter de afectado, es decir que es necesaria la “acreditación del daño directo o del perjuicio inmediato o inequívoco en la persona que presenta la petición de tutela.” (Gozaíni) Esto no excluye que la acción pueda ser presentada por intermedio de un apoderado siempre y cuando el título lo faculte para hacerlo. Con anterioridad vimos cuales son los derechos vulnerados debido a la omisión ecuatoriana y podemos concluir que gran parte de estos derechos son de naturaleza individual. Posteriormente veremos como se han afectado estos derechos.

Otra de las distinciones que la doctrina hace para analizar el problema de la legitimación activa se da cuando se vulnera un derecho difuso. Los derechos difusos “no se caracterizan ni se diferencian de los derechos colectivos e individuales en cuanto a su contenido sino en cuanto a sus titulares. Así, mientras respecto de los derechos colectivos se puede identificar el grupo que ejerce dichos derechos,..., ello no ocurre respecto de los derechos difusos.” (Oyarte 49). Se puede calificar de derechos difusos, al derecho al medio ambiente, o el derecho de los consumidores.

Determinar quien es el afectado por la violación de un derecho difuso es prácticamente imposible y en consecuencia determinar sobre quien recae la legitimación acti-

va tiene esa misma característica. La libre competencia tiene como objeto indirecto el proteger a los consumidores, el derecho de los consumidores es calificado como un derecho difuso, en consecuencia es factible presentar una acción de amparo para tutelar efectivamente los derechos consagrados tanto en las Decisiones 608 y 616 como en la Constitución. Para determinar sobre quién recae la legitimación activa tomo las palabras del Dr. Rafael Oyarte quien plantea “que se debe reconocer expresamente el hecho de que cualquier persona, cuyo derecho se afecte directamente por determinado acto, se encuentra legitimada para interponer la acción de amparo tal como se propone en el Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.”

Se debe señalar que en materia de legitimación activa el Tribunal Constitucional ha generado abundante jurisprudencia a continuación cito los principales criterios que ha seguido el Tribunal, que refuerzan lo dicho por la doctrina y que se aplican a los posibles casos de ejercer la acción de amparo para enmendar la omisión del Estado ecuatoriano al no cumplir con lo dispuesto en la Decisión 616.

El primer caso se da cuando la persona afectada es quien por sus propios derechos decide ejercer la acción de amparo, al respecto el Tribunal Constitucional ha dicho que se debe observar que el acto u omisión ha vulnerado uno o varios derechos de quien presenta la acción, así lo confirma la Resolución del Tercera Sala del TC 0353-2004-RA:

Que, el accionante interpone este amparo por sus propios derechos, ocurriendo que el acto impugnado no se dirige a su persona. La afirmación del peticionario en el sentido que en su calidad de abogado se encuentra patrocinando la creación de la Universidad S.T. de la ciudad de Quito no implica que el acto le afecte en sus derechos, sino, eventualmente, a los de sus patrocinados, razón por la cual la acción presentada resulta inadmisibles por falta de legitimación activa...

Esta Resolución del Tribunal Constitucional es aplicable para el caso que la acción de amparo sea presentada por el representante legal de una compañía, el recurso debe demostrar la vulneración del derecho de la compañía y además se debe incluir el nombramiento que faculta con la representación a la persona que presenta el amparo.

Otro caso se puede dar cuando se ejerza la acción de amparo desde el punto de vista de los derechos de los consumidores. Es decir tomando en cuenta la frase de la

constitucion en la que permite ejercer la acción al “representante legitimado de una colectividad”, el caso específico una asociación de consumidores que consideren que sus derechos han sido vulnerados por la falta de aplicación de la Decisión 616. El Tribunal a señalado que el representante debe estar debidamente legitimado y que efectivamente el acto u omisión debe afectar los derechos de una colectividad. Así lo ratifican las resoluciones 022-2002-RA⁷ y 0305-2004-RA⁸.

3.2 Omisión ilegítima de autoridad pública

Una vez que se ha determinado sobre quién recae la legitimidad activa para correctamente plantear una acción de amparo es necesario revisar los requisitos que ésta acción debe cumplir para ejercerla. En primer lugar “[S]e debe determinar la fuente del acto u omisión,” (Oyarte), en el caso que nos atañe, es encontrar cuál era la autoridad encargada de designar “interinamente a la Autoridad Nacional que será la encargada de la ejecución de la Decisión 608.” Dando cumplimiento de esta forma a lo dispuesto en el Art. 2 de la Decisión 616.

La regla general para plantear la acción de amparo es que el acto u omisión emane de una autoridad pública. En consecuencia, como bien lo advierte Rafael Oyarte, para que se trate de un acto u omisión de autoridad pública este debe emanar de una de las entidades del Estado señaladas en el Art. 118 de la Constitución Política (Oyarte, 58). Es importante precisar cuáles son las entidades del sector público el citado artículo dice:

Art. 118.- Son instituciones del Estado:

1. Los organismos y dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial.
2. Los organismos electorales.
3. Los organismos de control y regulación.
4. Las entidades que integran el régimen seccional autónomo.

⁷ Con respecto a la representación: 2. Se evidencia también la falta de legitimación activa, en razón de que el accionante no es el representante legitimado de la colectividad ni representa los intereses comunitarios de los ciudadanos integrantes de esa Organización.

⁸ Con respecto a la afectación de derechos colectivos: No se ha demostrado que el acto impugnado pudiera afectar derechos de la Unión de Estibadores N.M. como organización, ni en general, de sus miembros como tales.

5. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.

Estos organismos y entidades integran el sector público.

Se debe reconocer cual es la autoridad que incurrió en un acto u omisión y que debido a esta razón violentó un derecho consagrado en la Constitución. Mencionar a la autoridad en la petición de amparo es de importancia, ya que permite a la autoridad ejercer su derecho a la defensa (Oyarte, 57). De nuestro interés son las entidades del sector público que se encuentran fijadas en el numeral uno del Art. 118 y específicamente los organismos y dependencias de la Función Ejecutiva. Esto se debe a que es el Presidente de la República es la autoridad pública que debió haber nombrado la Autoridad Nacional encargada de aplicar lo dispuesto en la Decisión 608. Para llegar a esta conclusión es necesario primero establecer por qué es el Presidente de la República debía y debe ser quien nombre esta autoridad de competencia, a continuación se hará ese análisis.

3.3 Régimen de libre competencia para la designación de la Autoridad Nacional de Competencia

Para determinar qué órgano del Estado ecuatoriano estaba y está encargado de nombrar la Autoridad Nacional de Competencia interina como lo dispone el Art. 2 de la Decisión 616 se debe establecer quien es el representante del Ecuador ante la Comunidad Andina. Debido a la complejidad del Sistema Andino de Integración nuestro país esta representado ante cada una de las entidades que integran este sistema. Por ejemplo ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, el Ecuador está representado por el Ministro encargado de dirigir ese ramo de la función ejecutiva.

Con el objetivo de determinar cual es la autoridad que representa al Ecuador ante la Comunidad Andina, es necesario fijar cual es el órgano del Sistema Andino de Integración que define las políticas subregionales y que en consecuencia es el de mayor jerarquía. Según Marcel Tangarife Torres “el órgano de mayor jerarquía y preponde-

rancia dentro del Sistema Andino de Integración,” es el Consejo Presidencial Andino, que está conformado por los Jefes de Estado de los Países Miembros como lo determina el Art. 11 del Acuerdo de Cartagena.

En primera instancia siguiendo la lógica, quien represente al Ecuador ante el Consejo Presidencial Andino, será el representante del Ecuador ante la Comunidad Andina, desde el punto de vista del derecho comunitario. Pero es prerrogativa del Estado ecuatoriano el determinar cual es su representante ante cualquier organización internacional, es decir que la designación de un representante ante la Comunidad Andina debe emerger del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La disposición de la Decisión 616 establece que el Estado ecuatoriano debe nombrar la Autoridad Nacional encargada de ejecutar lo dispuesto en la Decisión 618 sin mencionar cual es la autoridad que debe hacerlo. Esta disposición al parecer es in-ejecutable, ya que no da un mandato directo a una entidad específica, pero en realidad se estructura de esta manera para no afectar la soberanía del Estado ecuatoriano. Será el ordenamiento jurídico nacional el encargado de determinar cual es la autoridad competente para designar al encargado de velar por la libre competencia dentro del Ecuador. A continuación se señalan los fundamentos de derecho que fijan al Presidente de la República como el encargado de nombrar la tan mencionada autoridad.

La responsabilidad del Presidente de la República de nombrar a la autoridad interina esta basada en lo dispuesto en los Art. 164 y 171 en los numerales 1, 9, 12 de la Constitución Ecuatoriana. El Art. 164 dice: “[E]l Presidente de la República ejercerá la Función Ejecutiva, será el jefe de Estado y del gobierno, y responsable de la administración pública.”, lo dispuesto en la Decisión 608 debe ser ejecutado por una autoridad del sector público y siendo el Presidente el responsable de la administración pública a él le correspondía nombrar esta autoridad. Este punto se ve respaldado en el numeral 9 del Art. 171, disposición que encarga la dirección de la administración pública. Se debe tomar en cuenta que el nombramiento de la Autoridad Nacional de competencia es de carácter interino, de acuerdo a lo que dispone la Decisión 616, es decir que su dependencia a una u otra de las Funciones del Estado o si ésta será una entidad autónoma se determinará con posterioridad. Mientras tanto su pertenencia a la Función Ejecutiva es indudable debido a que es el Presidente el encargado de nombrarla.

El numeral 1 del Art. 171 de la Constitución establece que es un deber del presidente el cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los tratados y los convenios internacionales. Este deber del Presidente de la República es clave, ya que para cumplir cabalmente con el Acuerdo de Cartagena, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia Andino y la misma Decisión 616 y cumplir además con este mandato constitucional debió haber nombrado la autoridad a la que se refiere la Decisión Andina.

En los párrafos anteriores se desarrollan las dos ideas principales para determinar quien es el encargado de nombrar la Autoridad Nacional de Competencia, y por ende la que incurrió en omisión por no hacerlo. Debido a que el mandato de la Decisión 616 es tan abierto se debe encontrar quien representa al Ecuador ante la Comunidad, y en segunda instancia ver si este representante está facultado por el ordenamiento jurídico nacional para realizar este nombramiento. De esta manera podemos concluir que es el Presidente de la República el representante del Ecuador ante la comunidad y el facultado para nombrar la autoridad.

3.4 Características de la Normativa Comunitaria Andina

En este apartado se analizarán las características o principios de las normas comunitarias. La doctrina –entre la doctrina sur-americana y europea- no concuerda de forma unánime de cuantas características hay ni en sus nombres, desde mi punto de vista debido a la juventud de esta rama del derecho. Haciendo referencia a la jurisprudencia y autores europeos –principalmente a Mathijsen- podemos destacar cuatro características fundamentales: la aplicabilidad automática o inmediata, la aplicabilidad directa, la aplicabilidad por parte de los jueces nacionales o efecto directo y por último la supremacía, preeminencia o primacía.

Otros autores –entre ellos Miguel Ekmekdjian y Marcel Tangarife- hablan de la supranacionalidad, es decir que las normas comunitarias forman un ordenamiento jurídico distinto al ordenamiento jurídico nacional. De esta característica nacen tres más, la autonomía, es decir la independencia entre estos dos grupos legislativos; el carácter vinculante, es decir que puede ser exigido a todos los Estados Miembros y a los ciudadanos de los mismos; y por último la intangibilidad, esta característica precisa que la

norma comunitaria no puede ser cambiada por una acción unilateral de un País Miembro.

Las características que se desarrollan a continuación son aquellas que son relevantes para la solución del problema planteado en esta tesina. Esto se debe a que fundamentados en estos principios o características se ejercería la acción de incumplimiento que se revisó con anterioridad y además para fundamentar la acción de amparo que se revisará en los próximos capítulos.

3.4.1 Aplicabilidad automática o inmediata

La aplicabilidad automática es la característica por la cual cualquier norma emitida por los órganos e instituciones comunitarias no deben seguir ningún proceso de aprobación por parte del órgano legislativo nacional. También se entiende que la aplicación inmediata elimina la necesidad del Estado Miembro de dictar una norma para incorporar la normativa comunitaria al ordenamiento jurídico nacional.

En el derecho comunitario europeo “*Community law, being distinct from national law, is also independent from it. This means that rights can be conferred and obligations imposed directly by Community provisions, i.e. without interference or intervention from national authorities.*” (Mathijsen 41) Es decir que la normativa comunitaria puede fijar derechos y obligaciones a los ciudadanos de los países miembros sin necesidad de una autoridad nacional lo apruebe. Así lo corrobora la decisión tomada por el Tribunal de Justicia Andino en el proceso 3-AI-96 citando al “profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Presidente del Tribunal de las Comunidades Europeas, define la aplicabilidad directa de la norma comunitaria “como la capacidad de la misma para producir efectos jurídicos en un País Miembro sin que se requiera ningún complemento normativo de derecho interno”(Tribunal de Justicia Andino). Podemos ver que la jurisprudencia andina confunde la característica de aplicabilidad directa con la de aplicabilidad automática. La aplicabilidad directa es la característica que permite a los ciudadanos exigir un derecho consagrado en la normativa comunitaria ante una autoridad nacional (característica que será analizada posteriormente).

De lo antes mencionado podemos concluir que la normativa comunitaria ingresa al ordenamiento jurídico nacional una vez que esta ha sido aprobada por el órgano o los órganos con facultad legislativa dentro de la comunidad.

3.4.2 Aplicabilidad directa

Una vez que la norma comunitaria ha sido incorporada directamente al ordenamiento jurídico nacional debido a la característica de aplicabilidad directa “reconoce a todos sus habitantes la facultad de exigir ante sus jueces nacionales el reconocimiento de los derechos que les confieran los tratados, reglamentos, directivas o decisiones comunitarias y la correlativa obligación de los jueces nacionales de aplicarlos, cualquiera que sea la legislación del país al cual pertenezca.” (Ekmekdjian 70)

Esta característica encuentra su fundamento en el Art. 3 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia Andino que dice: “[L]as Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.”

Como se puede observar, la aplicabilidad inmediata y directa de las normas comunitarias están estrechamente ligadas, una vez que una Decisión de la Comunidad Andina entra en vigencia todas las personas que integran la Comunidad están facultadas para exigir los derechos que en ellas se consagran. En el caso específico de la Decisión 608 y 616 la autoridad a la que se debe acudir ha sido determinada comunitariamente, pero no ha sido nombrada por el Estado ecuatoriano, demostrando así la omisión ilegítima de una autoridad pública que violenta los derechos de los ecuatorianos.

3.4.3 Aplicabilidad por los jueces nacionales o efecto directo

Esta característica está estrechamente ligada con las características antes mencionadas, ya que nos deja ver quienes son los encargados de tutelar los derechos consagrados en la legislación comunitaria, es decir el ciudadano miembro de la Comunidad Andina debe acudir ante los jueces nacionales para exigir que se cumplan las disposiciones comunitarias. Ekmekdjian citando a el Manual de Derecho Comunitario de Guy Isaac dice que “los tribunales de los Estados miembros son los órganos jurisdiccionales de derecho común para su aplicación (arts. 117 y 183, T.C.E.). Todo juez nacional de los países miembros es al mismo tiempo juez comunitario”, refiriéndose evidentemente

a la Comunidad Europea. Es necesario resaltar que el derecho comunitario europeo ha sido desarrollado con más fuerza, sus instituciones son más sólidas y su penetración en los países miembros y sus ciudadanos es mucho mayor que su similar andino.

Según la decisión del Tribunal de Justicia Andino al proceso 3-AI-96 “[M]ientras que el principio de la aplicación directa se refiere a la norma como tal, el del efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria.

3.4.4 La Supremacía, preeminencia o primacía

“Este principio ordena a las autoridades de un Estado miembro que no apliquen una norma nacional contraria al Derecho comunitario. Dictado por el Tribunal de Justicia en los años sesenta, exige de las autoridades que den preferencia al Derecho comunitario sobre el Derecho nacional, sea cual fuere la naturaleza de la norma comunitaria en cuestión y sea cual fuere la del Derecho nacional contemplado (en particular, la Constitución nacional está sujeta al principio de primacía).” (Unión Europea)

Es importante resaltar que la definición dada por la UE hace hincapié en la sujeción de la Constitución a esta característica de la normativa comunitaria. Esta aclaración es de vital importancia ya que impide que los Estados Miembros a través de actos unilaterales –como una reforma constitucional- tácitamente deroguen las disposiciones comunitarias.

Siguiendo el principio de preeminencia al momento de existir un conflicto entre una norma nacional y una comunitaria, siempre debe ser aplicada la comunitaria. Así lo afirma el tratadista europeo Mathijsen, quien en su obra *A guide to European Union Law* y dice: “In accordance with the principle of precedence, Treaty provisions and directly applicable Community measures, by their coming into force, automatically render any conflicting provisions of current national law inapplicable.”

Esta es una característica fundamental del derecho comunitario, ya que soluciona el problema de conflicto de leyes al momento de analizar el derecho comunitario frente al derecho nacional. Este principio establece que la norma comunitaria prevalece por sobre una norma nacional al momento de ser aplicada. Así lo ratifica el Tribunal de

Justicia Andino “[E]n primer término, se hace necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista.” (Interpretación prejudicial de los artículos 58, 62 y 64 de la Decisión 85 de la Comisión de Cartagena, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia)

CAPÍTULO IV

REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE AMPARO: DERECHOS CONSTITUCIONALES VULNERADOS

En los capítulos anteriores describimos los derechos pertinentes sobre libre competencia que de nuestra Constitución y las Decisiones 608 y 616 comunitarias se otorgan a los ecuatorianos. El Art. 95 de la Carta Magna vigente establece que cualquier persona por sus propios derechos podrá ejercer la acción de amparo para “evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente”. En este capítulo se retomaran los derechos antes enunciados y se establecerá en que forma se han visto vulnerados por la falta de designación de una Autoridad Nacional interina que ejecute lo dispuesto en la Decisión 608.

Uno de los objetivos centrales de esta tesina es el analizar a la acción de amparo como una herramienta que permita obligar al Estado ecuatoriano a nombrar la mencionada autoridad. Otro de los requisitos de procedencia de la acción de amparo es la vulneración de un derecho subjetivo consagrado en la Constitución o en un instrumento internacional vigente –como lo estipula el Art. 95 de la Constitución-. Como bien lo explica el Dr. Rafael Oyarte en la página 114 de su obra referida, primero se debe hacer un análisis de la violación objetiva en la que incurre el acto u omisión de la autoridad pública para posteriormente hacer una relación con el derecho subjetivo vulnerado. Es decir que debe existir una relación directa entre la violación al derecho objetivo violentado –en este caso la omisión de nombrar una Autoridad Nacional de competencia como lo dispone el Art. 2 de la Decisión 616- y los derechos o derecho subjetivo quebrantado de un ciudadano ecuatoriano.

Se debe prestar atención a la posibilidad de ejercer la acción de amparo cuando un acto u omisión de autoridad pública vulnere o pueda vulnerar un tratado interna-

cional vigente, ya que los derechos garantizados por la normativa comunitaria se desprenden de un tratado internacional. Para establecer si los derechos consagrados en las Decisiones de la Comunidad Andina o en su normativa en general podrían ser entendidos como “derechos consagrados en instrumentos internacionales vigentes” es materia de análisis de otro estudio que supera el presente documento. Desde mi punto de vista este dilema se supera aplicando los principios generales que rigen la normativa comunitaria que integran el derecho comunitario al derecho nacional.

De acuerdo a los principios desarrollados en el Capítulo III de este documento la normativa comunitaria forma parte del ordenamiento jurídico nacional desde el momento de su publicación en la Gaceta Oficial de la Comunidad Andina, o posteriormente si la misma disposición así lo determina. Es de igual importancia el principio de supremacía o preeminencia del derecho comunitario, ya que éste prevé el conflicto entre normas nacionales y comunitarias, dando prioridad de aplicación a estas últimas.

Esta pequeña introducción al tema nos permite establecer cuales han sido los derechos que se han visto violados por la omisión del Estado ecuatoriano, y fundamentar el porqué de algunos de ellos que no se desprenden directamente del Código Político ecuatoriano si no de las Decisiones comunitarias.

4.1 Seguridad Jurídica

Este derecho se encuentra consagrado en el numeral 26 del Art. 23 de la Constitución Política, es considerado un derecho civil del cual gozan todos los habitantes del territorio ecuatoriano. La seguridad jurídica “es el contexto dentro del cual se toman las decisiones individuales y las interacciones de los actores sociales; para ellos, es la expectativa de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible.” (Frias). La seguridad jurídica presupone a las personas que cuando actúen de una determinada forma las reglas del juego no se cambien a discreción o por motivos arbitrarios, es decir que las consecuencias jurídicas de un acto no cambien de un momento a otro. Desde otro punto de vista se puede entender como seguridad jurídica a la obligación del Estado a actuar de la forma establecida en la ley, es decir no sobre pasar estos límites por cualquier razón que fuere posible.

El la Primera Sala del Tribunal Constitucional en la Resolución N° 613-2002-RA define a la seguridad jurídica en los siguientes términos:

(...) la seguridad jurídica, entendida como la posibilidad de que las personas puedan prever razonablemente las consecuencias jurídicas que se derivarían de una determinada situación, puede ser protegido, en un momento dado, como un derecho individual y también colectivo siempre que la actuación de una autoridad genere inseguridad jurídica para el futuro, es decir, que las personas no sepan cómo actuar porque no conocen las consecuencias jurídicas que se derivarían de sus actos;

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil también ha planteado su definición de seguridad jurídica en la sentencia recopilada en la Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 11. Página 3428 y dice:

El concepto de la seguridad jurídica alude al conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros; que propuesto como principio constitucional, significa que el orden jurídico proscribiera cualquier práctica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre, es decir, a la imposibilidad de anticipar o predecir las consecuencias jurídicas de la conducta; que no se trata de una regla susceptible de invocarse para valorar los actos de poder creadores de normas particulares, si son el resultado de facultades regladas.

De los párrafos anteriores se infiere que la seguridad jurídica presupone que se respete el ordenamiento jurídico, que no exista abuso de poder ni arbitrariedades y que las instituciones del Estado actúen de acuerdo a sus atribuciones. El Estado ecuatoriano al no nombrar una Autoridad Nacional interina de competencia afecta el derecho a la seguridad jurídica ya que deja a empresas y consumidores en un abismo jurídico al no existir la posibilidad de regular las conductas anticompetitivas que se dan en nuestro mercado. Además incumple con una obligación comunitaria demostrando así que su conducta no está apegada a derecho.

4.2 Derecho al crecimiento sustentable de la economía y desarrollo equilibrado y equitativo

Este derecho se encuentra consagrado en el Art. 3 numeral 4 de la Constitución Política, esta planteado como una obligación del Estado garantizar el crecimiento sustentable de la economía y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo. A primera vista este derecho tiene un alto contenido ambientalista, el concepto de desarrollo sustentable de la economía por lo general se refiere a no explotar los recursos naturales en exceso so pretexto del crecimiento y el desarrollo.

Pero no se debe dejar de tomar en cuenta el final del numeral cuarto que claramente determina que el desarrollo económico debe darse “en beneficio colectivo”. Ahora bien, se debe plantear la siguiente pregunta ¿cómo el derecho de competencia y las regulaciones que impone al mercado procuran el desarrollo económico en beneficio colectivo? La respuesta a este cuestionamiento nace de la teoría económica, un mercado sano, competitivo, eficiente tiende a fijar los precios de acuerdo a la ley de oferta y demanda, es decir los bienes mas deseados por el público tendrán a la alza y los menos deseados a la baja.

Desde otro ángulo, la libre competencia genera mejores condiciones para la creación de empresas y negocios, mayor seguridad jurídica para que inversores nacionales y extranjeros creen nuevas fuentes de trabajo, se respeta el derecho de los consumidores a precios que reflejen el precio justo, a elegir entre varios prestadores de servicios o productores, etc. En fin, la libre competencia bajo todo punto de vista garantiza el crecimiento sustentable de la economía, y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo.

4.3 Libertad de empresa

El Art. 23 que determina cuales son los derechos civiles que el Ecuador se compromete a resguardar y en su numeral 16 establece el derecho a la libertad de empresa con sujeción a la ley. Esta disposición implica que el Estado es el encargado de crear las condiciones suficientes para que los ciudadanos inicien un proyecto empresarial, esto implica que promulgue legislación en la que se determinen los tipos societarios, regulaciones que permitan el ejercicio individual del comercio, etc. Entre estas regulaciones debe estar incluido un régimen de competencia, ya que este se encarga de eliminar las barreras comerciales que impidan que nuevos competidores ingresen al

mercado, o que entre uno o varios participantes del mercado eliminen a sus competidores.

El momento en que el Estado ecuatoriano, a través del Presidente de la República omitió el nombramiento de una Autoridad Nacional de competencia violentó el derecho de libertad de empresa. En primer lugar porque no cumplió con su obligación de garantizar las condiciones para que se generen nuevos proyectos empresariales y se fortalezcan los antiguos, y en segundo lugar porque deja en estado de indefensión a todo aquel que por causa de una conducta anticompetitiva no pudo ejercer su derecho a la libertad de empresa.

4.4 Derecho a la libre competencia

Este derecho se encuentra establecido en la Carta Política ecuatoriana en el Art. 244 en los numerales 1, 3 y 4, y también en la Decisión 608 de la Comunidad Andina, que por las características y principios que regulan el ordenamiento jurídico comunitario pasan a formar parte del ordenamiento jurídico nacional.⁹

Como se desarrollo en el primer capítulo de este documento el Estado ecuatoriano ha decidido como sistema de manejo de la economía, la economía social de mercado. Esté sistema implica que el Estado intervenga en la economía con regulaciones del mercado ya sean estas directas o indirectas. El Ecuador al no nombrar una Autoridad Nacional interina encargada de aplicar la Decisión 608 incumple con su obligación de:

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.
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.

⁹ El sistema de administración de justicia ecuatoriano no ha tratado ningún caso sobre libre competencia, es decir no existe jurisprudencia al respecto. El único caso que se trataron temas relacionados con libre competencia fue tratado por La Cuarta Sala de la Corte Superior de Cuenca, el 9 de noviembre del 2000. Proceso que se siguió por daños y perjuicios ante una conducta que claramente era anticompetitiva.

4. Vigilar que las actividades económicas cumplan con la ley y Regularlas y controlarlas en defensa del bien común.

Estas obligaciones del Estado ecuatoriano que contraponen un derecho de los ciudadanos establecidos en el Art. 244 de la Constitución Política.

A su vez los miembros de la Comisión en los considerandos de la mencionada Decisión establecen “Que, la actual etapa del proceso de integración subregional, de apertura comercial y globalización imponen que el objeto de la normativa comunitaria sea la protección de la libre competencia en la Comunidad Andina”, es decir que se considera la libre competencia como un bien jurídico digno de protección.

Según lo dispuesto en la Decisión 616, la Decisión 608 es de aplicabilidad directa en el Ecuador -a pesar de que use la terminología podrá-, en consecuencia el derecho a la libre competencia pasa a formar parte del catálogo de derechos que poseemos los ecuatorianos. La violación a este derecho es evidente, con la falta de designación de una Autoridad Nacional interina de competencia la norma es inaplicable. Hace falta un órgano, institución, oficina, etc., que ejerza el poder coactivo del Estado para que las disposiciones contenidas en la Decisión 608 se cumplan.

CAPÍTULO V

REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE AMPARO: DAÑO GRAVE E INMINENTE

La doctrina define al daño como: “el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes.” (Cabanellas) El último requisito de procedencia de la acción de amparo, es el daño que debe ser calificado de grave e inminente. Es decir la consecuencia de la violación o posible violación de un derecho constitucional por parte de una autoridad pública ya sea por un acto u omisión debe dar como resultado un daño. Se debe resaltar que el daño “para la procedencia del amparo, debe ser calificado de grave, en primer término, y de inminente, en segundo lugar.” (Oyarte 125)

En el presente capítulo se analizará que se entiende por daño grave e inminente tanto en la doctrina como por la jurisprudencia constitucional, con el fin de establecer si la falta de nombramiento de una Autoridad Nacional de competencia produjo, produce o producirá un daño grave o eminente. Este análisis se hará por separado, es decir primero veremos que requisitos se deben cumplir para que el daño sea calificado de grave, y posteriormente se analizará que condiciones se deben cumplir para que el daño sea calificado de inminente.

5.1 Calificación de grave al daño producido por la vulneración de un derecho fundamental

En el caso pertinente nos interesa conocer cuando el acto u omisión de una autoridad pública causa un daño grave por la vulneración o posible vulneración de un derecho subjetivo. Los autores mencionan que el simple hecho de vulnerar un derecho fundamental ya causa un daño grave. El Tribunal Constitucional en la resolución Nro. 0106-2005-RA se manifiesta de esta forma en un caso concreto y dice, “la correspondencia entre el acto ilegítimo y la inminencia del daño grave aparece relacionada claramente en la amenaza latente de vulneración del derecho a la vida.” En este caso el daño

grave se produce por la amenaza latente de vulnerar un derecho fundamental, es decir no es necesario que el daño se dé para considerarlo grave siempre y cuando este recaiga sobre un derecho fundamental.

A pesar de que varias de las resoluciones constitucionales siguen este criterio “existen fallos del Tribunal Constitucional que han intentado definir dicha gravedad. La primera Sala del tribunal determinó qué “un acto administrativo ilegítimo es grave cuando el efecto que ha de producir es grande, cuantioso o casi permanente...”¹⁰” (Oyarte 125) Desde mi punto de vista son pocos los casos en los que a simple vista y análisis se puede determinar la gravedad del daño. La subjetividad con la que se puede aproximar al tema deja a la voluntad del juez, en este caso del magistrado, la determinación de lo grande, cuantioso o casi permanente del daño. La determinación del daño se debe hacer bajo criterios objetivos para asegurar la tutela efectiva de los derechos de las personas. Establecer un listado de requisitos para calificar de grave a un daño sería ilógico, ya que muchas hipótesis quedarían fuera, en consecuencia pienso que la gravedad del daño se determina cuando se da o puede llegar a darse la vulneración de un derecho fundamental.

La gravedad del daño al tratarse de derechos fundamentales no puede ser medida por una valoración económica del daño causado, este debería ser uno de los criterios que se tome en consideración, pero el análisis debe basarse en factores de fondo. Por ejemplo como la afectación al derecho fundamental en el caso específico puede llegar a afectar a todos los ciudadanos, es decir si solo se afecta al sujeto que propone la acción de amparo, o si se está afectando a la comunidad en general.

El Ecuador al incumplir con lo dispuesto en el Art. 2 de la Decisión 616 ha vulnerado varios derechos fundamentales, estos pueden ser de carácter personal como la libertad de empresa, o de carácter colectivo como la protección al consumidor o la seguridad jurídica (que a pesar de no estar integrada dentro de esa clasificación constitucional es un derecho que se nos ha otorgado a todos). El daño causado por esta omisión causa un daño grave, ya que en primer lugar el daño grave se da sobre varios derechos fundamentales cumpliendo con la premisa principal del argumento del Tribunal Constitucional. Así mismo ocasiona un perjuicio económico inmenso, la cifra de los

¹⁰ El Dr. Oyarte cita la Resolución No. 001-RA-99-I.S del Tribunal Constitucional ecuatoriano.

perjuicios que han sufrido los cientos de empresas han dejado de funcionar por practicas anticompetitivas sería inmensa. Otra de las razones por la cual el daño causado por la omisión ecuatoriana es la afectación general que ha producido, es decir además de la vulneración de derechos fundamentales individuales se han violado derechos fundamentales colectivos.

5.2 Calificación de inminente al daño grave causado por la vulneración de un derecho fundamental

“Respecto de la inminencia, este término, de modo general hace referencia a un hecho futuro que amenaza suceder prontamente. Pero, jurídicamente, la inminencia de daño grave no solo atañe a hechos futuros, si no también a hechos ocurridos o que están ocurriendo.” (Oyarte 126) La inminencia del daño en consecuencia no necesariamente implica la actualidad del daño, si no que el acto u omisión efectivamente haya causado, este causando o cause daño en el futuro, como bien lo dice el autor citado lo importante es demostrar que si el daño fue causado con anterioridad éste debe permanecer hasta el momento de ejercer la acción de amparo. Si el daño es actual se debe demostrar cual es el detrimento que se está ocasionando al accionante. Y por último si el daño se va a dar en el futuro se debe probar que hay hechos que indiquen que el detrimento se dará posteriormente. (Merino y Oyarte 652)

Desde mi punto de vista la inminencia implica tres factores, primero que el daño grave haya producido un daño, segundo si el daño grave esta por producirse que éste no sea una mera especulación; y por último si el daño grave se produjo que éste no perezca con el pasar del tiempo. En el caso que atañe a esta tesina el daño grave se encuentra dentro de estas tres etapas de inminencia (por llamarlo de alguna manera ha estas tres hipótesis presentadas).

En el caso de la omisión del Presidente de la República por la negativa de nombrar una Autoridad Nacional hasta agosto de 2005, encargada de ejecutar lo dispuesto en la Decisión 608 de la Comunidad Andina, la inminencia del daño grave recae en cualquiera de estos tres supuestos, ya que de la vulneración del derecho fundamental se han producido daños, se están produciendo daños y seguramente en el futuro se producirán daños.

CONCLUSIONES

El Estado ecuatoriano no posee ninguna norma, ley o reglamento que reglamente la libre competencia¹¹, lo que ha generado indefensión por falta de mecanismos concretos de protección. Esta falta de legislación impide que se protejan varios derechos constitucionales, que el mercado se torne eficiente, que los precios sean justos, etc. La instauración de un régimen de libre competencia y en consecuencia el nombramiento de una Autoridad Nacional de Competencia son muy importantes y necesarios para empresarios y consumidores con el fin de que el Estado tutele efectivamente nuestros derechos.

La Comunidad Andina con el objetivo de fortalecer el proceso de integración subregional, y específicamente la integración económica y comercial ha elaborado una serie de decisiones que instauran un marco legal de libre competencia. La Decisión 608 es la norma comunitaria más reciente que regula la libre competencia y que debería ser aplicada directamente en nuestro país por disposición de la Decisión 616.

El objeto de la acción de incumplimiento es precautelar la estabilidad del Acuerdo de Cartagena y controlar que los Países Miembros cumplan con sus obligaciones. El Ecuador ha incumplido con una obligación comunitaria, ya que hasta hoy no nombró ni ha nombrado una Autoridad Nacional interina que ejecute en nuestro país la Decisión 608, como lo dispone el Art. 2 de la Decisión 616. Este incumplimiento impide que en nuestro país se regule la libre competencia, se tutelen los derechos fundamentales que están consagrados en la Constitución Política y que el proceso de integración subregional consiga sus objetivos.

Por otro lado, la omisión del Estado ecuatoriano también le genera responsabilidades a nivel nacional. La acción de amparo es una de las herramientas que tienen los ciudadanos para controlar que sus derechos constitucionales no sean violentados. Para poder ejercerla se deben cumplir los requisitos que imponen la Constitución y el resto de legislación pertinente. La falta de nombramiento de una Autoridad encargada de

¹¹ Existen pocas leyes especiales que regulan la libre competencia, por ejemplo la Ley Especial de Telecomunicaciones. Pero no son aplicables en todos los campos, ya que por lo general están ligadas a un sector específico y además no han sido aplicadas a casos concretos.

ejecutar la Decisión 608, es una omisión de una autoridad pública que viola un derecho fundamental y que causa un daño grave e inminente, en consecuencia la acción de amparo sería procedente.

Al momento de plantear una acción de amparo ante el juez competente la dificultad se presenta en dos puntos importantes, la legitimación activa y demostrar que el daño es inminente. Con respecto a la legitimación activa es difícil determinar quien es el titular de la acción para que ésta sea declarada procedente. Por ejemplo, si una empresa de supermercados aprovechando de su posición de dominio en el mercado ordena a sus proveedores que no vendan sus productos a una nueva empresa de supermercados que desea entrar al mercado, el titular de la acción sería la empresa afectada por medio de su representante legal. Si se tratase de una afectación al mercado que traiga como consecuencia una afectación a los derechos de los consumidores la legitimación activa recaería sobre un grupo de personas, ya que estamos frente a un derecho fundamental difuso.

El segundo gran problema es demostrar al juez que producto de la omisión ha producido un daño grave e inminente. La inminencia del daño debe persistir al momento de ejercer la acción, el tiempo que transcurre entre la presentación de la acción de amparo ante un juez no debe ser distante, ya que los magistrados han considerado que ese período de tiempo eliminan la eminencia del daño. Se debe tomar en cuenta que si el daño causado se dio en el pasado se debe demostrar que éste persiste hasta el momento de presentar la acción; si el daño es actual se debe demostrar esa característica al presentar la acción; y si el daño se podría dar en el futuro se debe demostrar hechos que indiquen la certeza de que el daño se va a dar, no meras suposiciones.

Al ejercer estas dos acciones –incumplimiento y amparo- y conseguir un resultado favorable, la incorporación de un régimen de libre competencia en el Ecuador sería una realidad. Además se cumpliría con una obligación comunitaria importante, ya que un régimen de libre competencia da paso a una mayor integración comercial.

En la actualidad el Ecuador está viviendo un proceso constituyente, que bien o mal redactará una nueva Carta Política. Este hecho es importante, ya que las posibilidades de que como resultado de este proceso se incluya una ley que regule la competencia es muy alta.

La acción de incumplimiento y la acción de amparo después del proceso constituyente en el Ecuador seguirán siendo dos herramientas que pueden ser usadas para instaurar un régimen de libre competencia.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Cabanellas, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Buenos Aires: Heliasta, 1997.

Coloma, Germán. Defensa de la competencia. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003.

Comunidad Andina. 29 de 10 de 2007. 30 de 10 de 2007 <<http://www.comunidadandina.org/sai/que.html>>.

Ekmekdjian, Miguel. Introducción al derecho comunitario latinoamericano. Buenos Aires: Desalma, 1996.

Frias, Pedro. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. 1 de 10 de 2000. 11 de 27 de 2007 <<http://www.acader.unc.edu.ar/artseguridadjuridica.pdf>>.

Gozaíni, Osvaldo. El derecho de amparo. Buenos Aires: Depalma, 1998.

Grijalva, Andres y José Vicente Troya. CARE Ecuador. 10 de 11 de 2007. 10 de 11 de 2007 <<http://www.care.org.ec/reico/econsoc2.htm>>.

Hurtado, Oswaldo. «Neoliberalismo y economía social de mercado.» Testimonio (2004): 32-38.

Mathijsen, P.S.R.F. A guide to European Union Law. London: Sweet & Maxwell, 1999.

Merino, Valeria y Rafael Oyarte. «La aplicación de la Acción de Amparo en el Ecuador.» Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Buenos Aires: Ciedla, 2000.

Oyarte, Rafael. La acción de amparo constitucional. Quito: Fundación Andrade y Asociados, 2006.

Tangarife Torres, Marcel. Derecho de la integración en la Comunidad Andina. Medellín: Baker & McKenzie, 2002.

Unión Europea. SCADplus. 25 de 11 de 2007. 25 de 11 de 2007
<<http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l14548.htm>>.

Jurisprudencia Nacional

Corte Suprema

Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 11. Página 3428.

Sentencia de la Cuarta Sala de la Corte Superior de Cuenca, el 9 de noviembre del 2000 en el proceso de Pepsi vs. Coca-Cola

Tribunal Constitucional

Segunda Sala. Resolución N° 022-2002-RA

Tercera Sala. Resolución N° 0353-2004-RA

Pleno del Tribunal. Resolución N° 03505-2004-RA

Jurisprudencia Andina

Acción de incumplimiento interpuesta por la Junta del Acuerdo Cartagena en contra de la República del Ecuador. N° 1-AI-96. Tribunal de Justicia Andino. 30 de Octubre de 96.

Acción de incumplimiento interpuesta por la Junta del Acuerdo de Cartagena contra la República de Venezuela. N° 3-AI-96. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 29 de 04 de 1997.

Acción ejercida por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Ecuador, por supuesto incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal, de la Decisión 515 de la Comisión y de la Resolución 240 de la Secretaría Ge. N° 1-AI-2006. Tribunal de Justicia Andino. 2006 de Octubre de 2006.

Acciones de incumplimiento interpuestas por los Ingenios RIOPAILA S.A., Central Castilla S.A., Manuelita S.A., INCAUCA S.A., San Carlos S.A., Pichiche S.A., Providencia S.A., Risaralda S.A., La Cabaña S.A. y Mayagüez S.A., (PROCESO 73-AI-2000); y, por la . N° 73-AI-2000 80-AI-2000 (acumulados). Tribunal de Justicia Andino. 14 de Agosto de 2002.

Interpretación prejudicial de los artículos 66, 67 y 84 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia. N° 2-IP-91. Tribunal de Justicia Andino. 1991 de Febrero de 1991.

Interpretación prejudicial de los Arts. 5 y 27 del Tratado de Creación del Tribunal, 80 del Estatuto y los Arts. 56, 58 literales a), h), i) y g) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. N° 6-IP-93. Tribunal Andino de Justicia. 25 de Febrero de 1993.

Interpretación prejudicial del Artículo 27 del Acuerdo de Cartagena y de normas comunitarias que lo desarrollan en cuanto al contrato de licencia de marca con pago de regalías. N° 2-IP-990. Tribunal de Justicia Andino. 20 de Septiembre de 1990.