

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

LA PROTECCIÓN DEL MERCADO
CASO PEPSI v. COCA-COLA ECUADOR

Pablo Andrés Morales Andrade

**Tesis de Grado presentada como requisito para la obtención del Título
de Abogado**

Quito
Diciembre de 2006

© Derechos de autor
Pablo Andrés Morales Andrade
2006

Dedicada a mi querida Madre

Resumen

Esta tesina titulada “La Protección del Mercado: Caso Pepsi V. Coca-Cola Ecuador” estudia en base al caso ecuatoriano BEGAZUAY S.A. (PEPSI) en contra de EMPROSUR S.A. (COCA-COLA) la falta de normativa para el juzgamiento de casos de competencia desleal y prácticas que distorsionen los mercados en el Ecuador.

La tesina analiza primero el juzgamiento que se dio en las cortes nacionales, el alcance del derecho civil y la protección que en casos similares podría darse. Además estudia de manera detallada, con base a la casuística y doctrina comunitaria europea y la norte americana, el mercado afectado y la existencia de prácticas anticompetitivas sancionables. De esta manera logra determinar el alcance y contenido de los conceptos de competencia desleal y de la defensa a la libre competencia. Además, de manera práctica, señala la forma como se determina el mercado relevante y la importancia que tiene tal definición a la hora de juzgar las prácticas anticompetitivas. Finalmente explica las formas de contener y sancionar éstas prácticas ilegales.

Abstract

This legal essay entitled "La Protección del Mercado: Caso Pepsi V. Coca-Cola Ecuador" analyses the lack of norm for the judgment of cases of disloyal competition and practices that distort the markets in Ecuador on the basis of the case BEGAZUAY S.A. (PEPSI) against EMPROSUR S.A. (COCA-COLA).

The legal essay analyzes at first the judicial ruling that occurred in the national courts, the reach of the civil right and the protection that in similar cases could exist. In addition it studies in a detailed way, with basis of European and American cases and doctrine, the affected market and the existence of unfair punishable practices. This way it manages to determine the reach and content of the concepts of disloyal competition and the defense to the free competition. In addition, in a practical way, it indicates the way to determinate the relevant market share and the importance that such definition at the time of judging this kind of practices it has. Finally it explains the method to contain and to sanction these illegal practices.

TABLA DE CONTENIDOS

CAPÍTULO I.....	3
1. NATURALEZA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA	3
2. LA LIBRE COMPETENCIA Y LA COMPETENCIA DESLEAL	5
2.1 Sinopsis Histórica	6
2.1.1. Derecho Comparado	8
2.1.2. Ecuador.....	12
2.2 Defensa de la Libre Competencia	15
2.2.1 Método de Estudio de Casos	15
2.2.2 Conductas Restrictivas a la Competencia	17
2.2.3 Abuso de Posición Dominante	20
2.2.4 Competencia Desleal	22
CAPÍTULO II	26
1. HECHOS DEL CASO BEGAZUAY S.A. (PEPSI) CONTRA EMPROSUR S.A. (COCA-COLA)	26
2. INSTANCIA JUDICIAL	27
2.1 Primera Instancia.....	27
2.2 Corte Superior de Justicia	28
2.2.1 Voto Salvado	29
2.3. Corte Suprema de Justicia	29
3. ANÁLISIS DEL JUZGAMIENTO	30
CAPÍTULO III.....	37
1. MERCADO RELEVANTE	37
2. IMPORTANCIA DE LA DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE.....	40

3. MERCADO RELEVANTE DE LA PEPSI Y COCA-COLA EN EL ECUADOR.....	44
3.1 Determinación del Mercado por Producto	45
3.2 Determinación del Mercado Geográfico	50
3.3 Delimitación Temporal del Mercado.....	52
4. POSICIÓN DE DOMINIO DE COCA-COLA EN EL MERCADO	53
CAPÍTULO IV	57
1. JUZGAMIENTO Y SANCIÓN DEL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE Y DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL MERCADO CON BASE A LA DECISIÓN ANDINA 608.....	57
2. COMPROMISOS, MEDIDAS CAUTELARES Y SANCIONES.....	62
2.1 Compromisos.....	63
2.2 Medidas Cautelares.....	64
2.3 Medidas Correctivas y Sanciones	65
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	68
ANEXOS	74

INTRODUCCIÓN

A la luz de los vertiginosos cambios mundiales y la creciente tendencia al fortalecimiento y protección del mercado, es de primordial importancia para el Ecuador, como Estado miembro de la Comunidad Andina de Naciones, de la Organización Mundial del Comercio y de un mundo cada vez más globalizado, someter sus prácticas comerciales, a los lineamientos y directrices internacionales, sobretudo comunitarias del tema. Las distorsiones de mercado tienen efecto directo en sus actores y en algunos casos pueden ser determinantes para la subsistencia de aquellos en el mismo. Las empresas en los mercados muchas veces pueden llegar a abusar de su posición dominante para imponer, de manera individual o juntamente con otras, acuerdos restrictivos o discriminatorios, acuerdos de fidelidad obligada, el uso de precios predatorios, además de otras prácticas comerciales anticompetitivas y desleales.

El también llamado derecho del *anti-trust* abarca temas sensibles, tanto por su connotación económica directa en los actores como por el poder que representan sus intereses en la vida de un Estado. El caso ecuatoriano BEGAZUAY S.A. (PEPSI) en contra de EMPROSUR S.A. (COCA-COLA) evidencia la falta de normativa para poder juzgar casos de competencia desleal y prácticas que distorsionan el mercado. Con base a este caso desarrollaré esta tesina analizando primero el juzgamiento que se dio en las cortes nacionales, el alcance del derecho civil y la protección que en casos similares podría darse. Posteriormente, se estudiará de manera detallada, con base a la casuística y doctrina comunitaria europea y la norteamericana, el mercado afectado y la existencia de prácticas anticompetitivas sancionables.

La tesina busca determinar el alcance y contenido de los conceptos de competencia desleal y de la defensa a la libre competencia. Además, de manera práctica, señalar la forma como se determina el mercado relevante y la importancia que tiene tal definición a la hora de juzgar las prácticas anticompetitivas. Por último se estudian los modos de contener y sancionar éstas prácticas ilegales.

CAPÍTULO I

DERECHO DE LA COMPETENCIA

1. NATURALEZA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El derecho de la competencia tiene su origen en la regulación de las prácticas comerciales, es decir las que se suscitan del anormal crecimiento y desenvolvimiento de la competencia, donde el derecho como rector y orientador de las conductas sociales es llamado a someter las gestiones comerciales a los cánones que la economía de mercado sugiere y que la buena fe comercial manda, para de esta manera limitar los posibles desajustes de un mercado que debe ser mantenido saludablemente.

Jorge Witker al conceptualizar esta rama del derecho bien dice, “El derecho de la competencia es una rama del derecho económico que regula y ordena los mercados sancionando las prácticas mercantiles anticompetitivas atentatorias a la libre competencia y concurrencia, premisas básicas de las economías de mercados. Es una reglamentación específica que recae sobre ciertos comportamientos de los agentes económicos.”¹

El mercado surge desde el momento en que existe oferta y demanda de bienes o servicios, es decir desde el momento en que existe concurrencia. El concepto de mercado en principio se refiere al de libre competencia, que no es otra cosa que un mercado ideal, en el cual es tal la cantidad de agentes económicos interrelacionados, tanto compradores como vendedores, que ninguno de ellos es capaz de interferir en el precio final del bien o servicio intercambiado. Esta óptica del mercado fue concebida en el siglo XIX. Al respecto, el padre de la economía de mercado, el economista escocés Adam Smith sugiere:

¹ Wikter, Jorge. DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA EN EL TLCAN. Ed. Porrúa. Mexico D.F. 2003. Pág.11.

“Si fueran eliminados todos los sistemas de privilegio o restricción, entonces surgiría de por sí el sistema sencillo y fácilmente perceptible de la libertad natural. En tanto no infrinja la ley, cada cual es libre de perseguir a su manera su propio interés, y hacer que su aplicación y también su capital compitan con los de cualquier otro o los de cualquier otro estado. De este modo soberano se libra por completo de una tarea, en cuyo ejercicio está forzosamente expuesto a innumerables engaños, y para cuya adecuada ejecución es insuficiente toda sabiduría humana o todo conocimiento humano, pues semejante tarea consiste nada menos que en vigilar la aplicación de personas privadas y conducir las a las ocupaciones que mejor correspondan a los intereses de la sociedad. En el sistema de libertad natural el soberano sólo ha de asumir tres funciones: primero, la tarea de proteger la sociedad frente a la violencia o frente a los ataques de otras sociedades independientes; segundo, [...] establecer un sistema jurídico equitativo; tercero, ejecutar o mantener determinadas obras públicas e instituciones, que no puedan llevar a cabo por propio interés un individuo o un grupo pequeño [...]”²

Pero esta no es la realidad de los mercados, las tensiones económicas son variadas, como también lo son las prácticas comerciales. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial en 1944, las políticas económicas de libre mercado fueron revisadas, el apareamiento de las instituciones de Bretton Woods son un ejemplo de ello, los países tuvieron que regresar a líneas económicas moderadas, donde el mercado y la economía nacional son bienes muy preciados y por tanto deben ser protegidos. John Maynard Keynes, en su conferencia de “Autosuficiencia Nacional”, presentada en el University College de Dublín en 1933, bien señaló “Nadie tiene derecho a jugar con los recursos del pueblo, yendo a ciegas hacia cambios técnicos

²Smith, Adam. AN INQUIRY INTO NATURE AND CAUSES OF THE WEALTH OF NATIONS. Reimpresión de Obras Completas, tomo IV. Aalen, 1963. Pág. 42.

imperfectamente entendidos.”³ refiriéndose a la aplicación de políticas de libre mercado donde no existe entidades de control.

En la misma línea Joseph Stiglithz, premio Nóbel de Economía, señala “Se supone que la liberalización comercial expande la renta de un país porque desplaza los recursos de empleos menos productivos a más productivos, como dirían los economistas, por medio de la ventaja comparativa. Pero trasladar recursos de asignaciones poco productivas hasta una productividad nula no enriquece un país [...]”⁴

Factores económicos altamente móviles, agentes económicos poco disciplinados y muchas veces poco éticos son la razón por la que se hace indispensable que el mercado y la libre competencia y concurrencia sean protegidos por un marco jurídico técnico.

2. LA LIBRE COMPETENCIA Y LA COMPETENCIA DESLEAL

La economía de mercado tiene como fundamento principal a la libre competencia, que no es otra cosa que la concurrencia libre en el mercado de ofertantes que producen bienes o servicios similares, e igualmente de consumidores que toman decisiones libres sobre sus actuaciones en el mercado, con información suficiente sobre las características del producto o servicio, sin que en estas decisiones intervengan fuerzas distintas a las del mercado mismo.

La existencia de libre competencia sin embargo de ser lo deseable no es lo normal, Joseph Stiglithz, en su libro el Malestar en la Globalización ha sustentado esta idea y bien señala que la economía de los Estados debe ser

³ Acosta, Alberto. LIBRE COMERCIO, MITOS Y REALIDADES. Ed. ABYA YALA. Quito, 2004. Pág. 47

⁴ Stiglitz, Joseph. EL MALESTAR EN LA GLOBALIZACIÓN. Ed Taurus. Argentina, 2002 . Pág. 96.

de cerca estudiada y protegida, ilustra esto mencionando que las economías más grandes son un ejemplo de que la liberalización debe ser gradual y controlada⁵.

Dentro del mismo enfoque, el profesor Ulrich Immenga, defiende la necesidad de regulación en el derecho del mercado, anotando que se debe tomar a estas regulaciones desde una visión de sus funciones de garantizadora, configuradora, delimitadora y coordinadora de los mercados.⁶

La inaccesibilidad a la información, las prácticas desleales de comercio, la formación de monopolios u oligopolios, el manejo de los mercados, entre otras conductas generan que tanto oferentes como consumidores puedan tomar provecho de su posición en el mercado en la realización de las transacciones generando distorsiones en el mismo.

Es por esto que la normativa y doctrina internacional han establecido a ciertos actos como prácticas restrictivas a la competencia y por tanto ha determinado la manera de juzgarlos, así como también ha determinado cuales actos se entienden como competencia desleal y cual es su sanción.

2.1 Sinopsis Histórica

La defensa a la libre competencia es un tema nuevo para el derecho, la mayoría de la normativa internacional es reciente y en el Ecuador aún no se ha dictado la ley interna que permita la sanción real de actos contrarios a las costumbres comerciales de buena fe. Sin embargo, tanto las conductas restrictivas del comercio como la búsqueda de su limitación y sanción son

⁵ Stiglitz, considera que ha sido un gran error forzar a los países en desarrollo a la liberalización antes de instalar redes de seguridad, antes de que hubiera un marco regulador adecuado, antes de que los países pudieran resistir las consecuencias adversas de los cambios súbitos en las imperfecciones del mercado, el forzar la privatización antes de la existencia de marcos adecuados de competencia y regulación. Pág. 113.

⁶ Immenga, Ulrich. EL MERCADO Y EL DERECHO. Ed. Triant lo Blanch. Valencia, 2001. Pág. 25.

bastante anteriores, podríamos decir que existen desde el momento que se comenzaron a implementar los principios de libre competencia.⁷

Durante el siglo XV las naciones mantenían importantes monopolios sobre bienes preciados, como la sal o el tabaco, o negocios como fue la Compañía de Indias, con lo que los monarcas generaban para sus arcas cuantiosos ingresos. Estas actitudes monárquicas, como era de esperarse, encontraron freno en la iniciativa parlamentaria, en este caso inglesa, donde se redactó un Estatuto de Monopolios (1624) restringiendo las capacidades del regente.⁸

Gracias a la Revolución Industrial y el triunfo de Revolución Francesa(1789), se establece la llegada de la economía liberal y por tanto la búsqueda de la libertad de empresa, dejándose atrás el sistema monárquico y gremial que tanto había limitado el desarrollo comercial y a la libre competencia. Los intentos de auto tutela, por parte de los comerciantes, fueron incapaces de contener las prácticas comárcales que afectaban a un creciente mercado.⁹

En 1883 se celebró la Convención de París con la que se dio origen a la Unión de Estados para la protección de la Propiedad Intelectual, la misma que en su artículo 10bis¹⁰ determinó lo que se entendería como competencia

⁷Leyva, Delio. De las Restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia Económica. Cámara de Comercio de Bogotá. Santa Fe de Bogotá, 1998. Pág. 248.

⁸North, Douglas. EL ASCENSO DEL MUNDO OCCIDENTAL 1500-1700. Pág. 298. www.cepchile.cl/dms/archivo_1851_1170/rev34_north.pdf. Visitada en noviembre del 2006.

⁹ Leyva, Delio. De las Restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia Económica. Pág.250.

¹⁰ Artículo 10^{bis} [Competencia desleal]

1) Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal.

2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.

desleal, desde ese momento en adelante, sobretodo constriñó a que los Estados hagan de ésta una conducta sancionable.

2.1.1. Derecho Comparado

A inicios del siglo XX la ley antimonopolio de los Estados Unidos de Norte América, o lo que la Corte Suprema Norteamericana llama "*charter of freedom*", buscó la protección de la libre empresa y sobre todo la limitación al crecimiento excesivo de ciertas agrupaciones empresariales que en aquella época se consolidaban en lo que se conoce como *trust*. El principal objetivo de estas regulaciones nunca fue proteger a los consumidores, sino limitar el abuso del poder en el mercado. Como lo dijo Jhon Sherman, autor de la *Sherman Antitrust Act*, ley que fue aprobada por el Congreso Norte Americano en 1890 y que hasta hoy día es la base reguladora de la competencia, en un discurso declaró “Si no toleramos el poder de un rey en el ámbito político, tampoco lo vamos hacer en el ámbito de la producción, transportación, o en la compra y venta de cualquier necesidad de la vida”.¹¹

La protección al mercado tomó un gran impulso, inclusive desde el poder ejecutivo siendo el mismo presidente Theodore Roosevelt quien enjuiciara a más de 45 compañías motivado por la protección de los mercados y su competitividad. El caso históricamente más trascendental de control empresarial fue el de *Standard Oil Company of New Jersey v. United*

3) En particular deberán prohibirse:

1. cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
2. las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
3. las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

¹¹ Bingam, Anne. IMPORTANCIA DEL DERECHO ANTITRUST EN EL CUIDADO DE LA SALUD. Departamento de Justicia de los Estados Unidos de Norte América. <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/0114.htm> Visitada en noviembre del 2006.

*States*¹², donde la empresa, propiedad de John Rockefeller, uno de los más grandes magnates de la época, uso tácticas eficaces para absorber o destruir a la mayoría de su competencia en Ohio haciendo uso y abuso del *trust* empresarial. Esta empresa fue juzgada por la Corte Suprema, donde el Juez White, quien redactó el voto de mayoría, determinó que existía monopolio en los hechos estudiados, pero señaló que no toda empresa grande es monopólica ni todo monopolio es malo.¹³

El *Sherman Antitrust Act*¹⁴ determinó como ilegal todo contrato o acuerdo que limitare el comercio y por tanto lo sancionó, su alcance ha sido varias veces redireccionado por la corte. El *Sherman Antitrust Act* sin embargo de ser un gran avance en la materia no es muy específico y los comerciantes no sabían que les estaba permitido y que no, por lo que en 1914 el Congreso aprueba el *Clayton Act*¹⁵ con lo cual se determino de manera más detallada y

¹² Corte Suprema de lo Estados Unidos. 15 de mayo de 1911.

¹³Ripon College. ANTITRUST. Página visitada en noviembre del 2006.

<http://www.ripon.edu/Faculty/bowenj/antitrust/stdoinj.htm>

¹⁴ Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

¹⁵ SEC. 2. That it shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly to discriminate in price between different purchasers of commodities [...], where the effect of such discrimination may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce

SEC. 3. That it shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to lease or make a sale or contract for sale of goods, wares, merchandise, machinery, supplies or other commodities [...], or fix a price charged therefor, or discount from, or rebate upon, such price, on the condition, agreement or understanding that the lessee or purchaser thereof shall not use or deal in the goods, wares, merchandise, machinery, supplies or other commodities of a competitor or competitors of the lessor or seller, where the effect of such lease, sale, or contract for sale or such condition, agreement or understanding may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce.

SEC. 7. That no corporation engaged in commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital of another corporation engaged also in commerce, where the effect of such acquisition may be to substantially lessen competition between the corporation whose stock is so acquired and the corporation making the acquisition, or to restrain such commerce in any section or community, or tend to create a monopoly of any line of commerce.

ejemplificativa qué acciones son prohibidas, estableciendo así que los precios discriminatorios, compras condicionadas, fusiones, lineamientos corporativos colusorios, entre otros son prácticas anticompetitivas y por tanto ilegales.¹⁶

A finales de la década de los cincuenta, después de un proceso de integración regional, Europa con el Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957, constitutivo de la Comunidad Europea¹⁷, determina un espacio económico unificado que instaura, entre otras cosas, la libre competencia. Sienta las bases para una aproximación de las condiciones del comercio de productos y servicios de un mercado estable, y en los actuales artículos del 81 al 86¹⁸ establece las normas sobre la competencia, fijando su importancia.

La Comunidad Andina de Naciones en lo que se refiere a competencia da un inicio bastante tardío y poco eficaz a su legislación limitando principalmente el *dumping* y los subsidios con la aprobación en 1971 de la Decisión No. 45, “Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión”. Para diciembre de 1987 se aprueba la Decisión No. 230, “Normas para prevenir o corregir las prácticas que distorsionan la competencia dentro de la Subregión”, para

¹⁶ Cevallos, Victor. LIBRE COMPETENCIA DERECHO DE CONSUMO Y CONTRATOS. Ed. Jurídica del Ecuador. Quito, 2001. Pág. 35.

¹⁷ Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Página visitada en noviembre de 2006. http://europa.eu/scadplus/treaties/eec_es.htm

¹⁸ Artículo 81 (Ex. 85)

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 [...]

Artículo 82 (Ex.86)

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

sustituir a la Decisión 45, ampliando sus conceptos y alcance. Con la posterior aprobación por parte de la Comisión de la Comunidad Andina de la Decisión No. 285, el 21 de marzo de 1991, se tiene más claro el concepto y la necesidad de asegurar la libre competencia y es por eso que su título es “Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia”.¹⁹

Con el afán de ir normando las prácticas comerciales en los países miembros, el 29 de marzo de 2005, la Comisión de la Comunidad Andina aprobó la Decisión 608, cuyos principales objetivos fueron la modificación y armonización de la norma de competencia andina. Esta Decisión, ya acorde con la doctrina y tendencia internacional, limita las prácticas que atentan la libre competencia, corrigiendo las fallas en el mercado. Esta Decisión es aplicable en el Ecuador desde la publicación de la Decisión 616, en la Gaceta de la Comunidad Andina de Naciones, el 15 de julio del 2005.

La Decisión 608, con título “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”, determina las prácticas consideradas como anticompetitivas, el procedimiento para su estudio y evaluación y la sanción que será impuesta en caso de que se determine responsabilidad. Su expedición es un gran avance para el proceso de integración regional, aunque aún no existe ningún caso que haya sido juzgado bajo esta normativa. Esta norma de derecho derivado afianza los objetivos de la Comunidad Andina y coadyuva a un verdadero avance desarrollo comercial.

¹⁹ Francisco, Marcos. Estudio Comparativo de la Legislación Vigente en el Ecuador y a Nivel de la Comunidad Andina, de Conformidad con las Normas Comunitarias de Política de Competencia. Pág.1.

2.1.2. Ecuador

En el Ecuador poco se sabe o se ha hecho sobre el tema en la legislación interna. La décima octava Carta Política del Ecuador, aprobada el 15 de enero de 1978 y en vigor desde el 10 de agosto de 1979, avizora un mediano interés en la protección del mercado y en su Artículo 45 manda que la economía deberá responder a los principios de eficiencia en un sistema de economía de mercado, y prohíbe *“cualquier forma de abuso del poder económico, inclusive las uniones y agrupaciones de empresas que tiendan a dominar los mercados nacionales, a eliminar la competencia o a aumentar arbitrariamente los lucros”*.

La Constitución actual, en su artículo 244²⁰ determina a la economía nacional como de mercado, debiendo ser obligación del Estado garantizar el desarrollo de las actividades económicas, además de promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos, e impulsar la libre competencia y sancionar las prácticas que la impidan.

En esa misma dirección y con énfasis en la prohibición y sanción a los monopolios y a los actos monopólicos (que parece ser la única imperfección del mercado que conocen los legisladores) la normativa interna al menos nombra el tema. La Ley de Compañías²¹, la Ley de Comercio Exterior e

²⁰ Art. 244. Dentro del Sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá:

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.”

²¹ LEY DE COMPAÑÍAS

“Art. 3.- Se prohíbe la formación y funcionamiento de compañías contrarias al orden público, a las leyes mercantiles y a las buenas costumbres; de las que no tengan un objeto real y de lícita

Inversiones²², la Ley de Hidrocarburos²³, la Ley de Régimen del Sector Eléctrico²⁴, la Ley General de Seguros²⁵, la Ley de Propiedad Intelectual²⁶, la Ley para la Transformación Económica del Ecuador²⁷, la Ley Reformatoria a la Ley Especial de Telecomunicaciones²⁸ y la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios

negociación y de las que tienden al monopolio de las subsistencias o de algún ramo de cualquier industria, mediante prácticas comerciales orientadas a esa finalidad”.

²² LEY DE COMERCIO EXTERIOR E INVERSIONES

Registro Oficial Suplemento 82 de 9 de Junio de 1997.

Art. 6.- Se prohíbe cualquier práctica o disposición administrativa o económica que limite la libre competencia o impida el desarrollo del comercio externo e interno y la producción de bienes y servicios [...]

Art. 7.- El Estado dentro de las normas de la Constitución y de los acuerdos internacionales que sean suscritos y aprobados, garantizará la libre competencia en los servicios de transporte internacional de pasajeros y carga y contribuirá a su eficiencia con acciones que faciliten su desarrollo.

²³ LEY DE HIDROCARBUROS

Registro Oficial 711 de 15 de Noviembre de 1978.

Art. 31.- En el Capítulo I, Disposiciones Fundamentales, agréguese el siguiente artículo:

Artículo 1-A.- En todas las actividades de hidrocarburos, prohíbanse prácticas o regulaciones que impidan o distorsionen la libre competencia, por parte del sector privado o público [...]

²⁴ LEY DE REGIMEN DEL SECTOR ELECTRICO

Registro Oficial Suplemento 43 de 10 de Octubre de 1996.

Art. 13.- Funciones y Facultades.- El CONELEC tendrá las siguientes funciones y facultades:

g) Dictar las regulaciones que impidan las prácticas que atenten contra la libre competencia en el sector eléctrico, y signifiquen concentración de mercado en desmedro de los intereses de los consumidores y de la colectividad, según el artículo 38 de esta Ley.

²⁵ LEY GENERAL DE SEGUROS

Registro Oficial 290 de 3 de Abril de 1998.

Art. 75. Las condiciones de las pólizas y las tarifas serán el resultado del régimen de libre competencia del mercado de seguros.

²⁶ LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Registro Oficial 320 de 19 de Mayo de 1998.

Art. 284.- Se considera competencia desleal a todo hecho, acto o práctica contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas [...]

²⁷ LEY PARA LA TRANSFORMACIÓN ECONOMICA DEL ECUADOR (TROLE 1)

Registro Oficial Suplemento 34 de 13 de Marzo del 2000.

Art. 54.- Agréguese luego del segundo inciso del artículo 38 el siguiente:

El organismo de regulación deberá velar por que no se realicen prácticas que atenten contra la libre competencia en perjuicio de los usuarios, para cuyo efecto podrá iniciar las acciones judiciales a que hubiere lugar [...]

²⁸ Ley Especial de Telecomunicaciones

Registro Oficial 996 de 10 de Agosto de 1992.

Capítulo VII REGIMÉN DE LIBRE COMPETENCIA, en concordancia con el Título III DEL RÉGIMEN DE COMPETENCIA del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones en sus artículos del 17 al 44 y del 83 al 121.

Públicos por parte de la Iniciativa Privada²⁹ tratan de legislar sobre el tema, sin embargo estos intentos son poco sustanciales y ninguno de ellos logra al menos generar un marco jurídico sustancial que determine un órgano competente y la manera en que se juzgarán los actos que contravengan las prácticas leales de comercio.³⁰

El Ecuador, como miembro de la Comunidad Andina de Naciones, debe armonizar su legislación interna con la comunitaria para lograr verdaderos avances en implementar un verdadero instrumento de política económica y comercial que genere serios lazos económicos, pero sobretodo que estos sean saludables y perdurables.

Esta obligación ya ha sido palpada por el Ecuador pues fue nuestro país el acreedor de la primera acción de incumplimiento de la Comunidad Andina. En este proceso el Tribunal Andino de Justicia sostuvo que es primordial la “tutela dos principios fundamentales del Derecho Comunitario como son el de la aplicación directa y el de la preeminencia de su ordenamiento jurídico. La preeminencia conlleva la virtud que tiene el ordenamiento comunitario de ser imperativo de modo que cuando se trate de aplicar normas legales a actuaciones jurídicas contempladas en el derecho de integración, deberá acudir al ordenamiento comunitario con preferencia sobre el derecho interno.” El Tribunal además señala que existen “dos obligaciones básicas: una de **hacer**, dirigida a la adopción de medidas que

²⁹ LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, PRIVATIZACIONES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR PARTE DE LA INICIATIVA PRIVADA
Registro Oficial 349 de 31 de Diciembre de 1993.

Art. 1.- OBJETO.- La presente ley tiene por objeto establecer los principios y normas generales para regular:

c) La prestación de servicios públicos y las actividades económicas por parte de la iniciativa privada mediante la desmonopolización, la libre competencia y la delegación de los servicios o actividades previstos en el numeral 1 del artículo 46 de la Constitución Política de la República.

³⁰ Marcos, Francisco. Estudio Comparativo de la Legislación Vigente en el Ecuador y a Nivel de la Comunidad Andina, de Conformidad con las Normas Comunitarias de Política de Competencia. Pág. 17.

aseguren el cumplimiento del Ordenamiento jurídico comunitario; y la otra, obligación de no hacer, a fin de que no se adopten medidas que contraríen u obstaculicen el derecho comunitario.”³¹

Por esto es necesario que se desarrolle un cuerpo normativo que logre regular el tráfico económico, sancionando las conductas que la Decisión comunitaria 608 señala y las que con poco criterio deja afuera, como son las concentraciones económicas. El bien jurídico protegido es el mercado y por tanto los agentes económicos que en el se desenvuelven, es decir el de los comerciantes, productores de bienes y prestadores de servicios. Considero que el consumidor y usuario son importantes dentro del desenvolvimiento del mercado, sin embargo no son lo principal, la autoridad nacional competente deberá tomar en cuenta este aspecto pero no darle primacía en su análisis.

2.2 Defensa de la Libre Competencia

La existencia de un mercado saludable y una libre competencia no solo son necesarios, sino también obligatorios por mandato constitucional y por normas comunitarias derivadas. El mercado debe ser controlado por un organismo del Estado que examine, encause y sancione las prácticas que se desarrollen en el tráfico de bienes y servicios.

2.2.1 Método de Estudio de Casos

El estudio de los casos donde han existido conductas anticompetitivas es un tema de mucha importancia, pues dependiendo de la manera en que se analice estos y las definiciones que se apliquen pueden existir diferentes criterios para juzgar los mismos hechos. La jurisprudencia internacional se ha dividido en dos claras líneas de análisis, la del *rule of reason*-regla de la

³¹ Acción de Incumplimiento de la Comunidad Andina. Caso Ecuador. 1-AI-96 Acápito XI.

razón o mejor dicho de lo razonable y la *per se rule* es decir por sí mismo, taxativa y automática.

La aplicación de uno u otro de los dos métodos referidos esta muy ligada a la naturaleza de la práctica anticompetitiva que se esté estudiando, las cortes de justicia americanas por ejemplo generan lo que se conoce como un *rule of law*, donde se determina una suerte de regla a seguir para casos similares que se susciten posteriormente, sin embargo las reglas pueden ser revisadas en fallos posteriores.

En aplicación de la regla *per se*, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso BROADCAST MUSIC, INC v. COLUMBIA BROADCASTING SYSTEM, donde la empresa fijaba precios determinados al pago de los derechos de autor bajo un sistema de *blanket licenses*, señaló que en principio la fijación de precios es *per se* ilegal bajo los preceptos del *Sherman Act*. Por otra parte, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia Argentina en el caso IMPSAT SA v. LSB en un caso de posición dominante e imposición de precios predatorios ha aplicado la regla de lo razonable para determinar si ha existido abuso de la posición de dominio en el mercado. Así, cada corte u autoridad competente irá señalando el rumbo y la línea en que se van a resolver casos similares.

El método analítico de lo razonable tiene como objetivo la evaluación de los hechos, sus efectos y posibles implicaciones en el mercado relevante donde se han realizado las prácticas anticompetitivas. En el Caso norteamericano ARIZONA v. MARICOPA COUNTY MEDICAL SOCIETY (1982) se determina que es necesaria la existencia de un compilador de datos para que decida si bajo todas las circunstancias del caso existe una práctica que impone una restricción irrazonable sobre la competencia.

La regla permite que la autoridad competente pueda sopesar el beneficio sobre el daño que las actuaciones en estudio generan. Así, actuaciones que prima facie podrían ser consideradas anticompetitivas, por sus efectos podrían ser permitidas, como es el caso de los acuerdos verticales fijación de precios de venta dados en el caso U.S. v. COLGATE & CO. (1919) donde la corte determinó que eran legales pues las actuaciones fueron consideradas justas.

El método *per se*, cuya naturaleza no es analítica, se caracteriza por sancionar las prácticas anticompetitivas por el solo hecho de su ejecución. Este método facilita la sanción de muchas prácticas reiterativas en la fijación de precios o las licitaciones colusorias, entre otras.

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el caso de fijación de precios ARIZONA v. MARICOPA COUNTY MEDICAL SOCIETY (1982), señala que el fundamento de la aplicación de este método para éste tipo de casos se basa en la fe que existe en la competencia de precios como fuerza del mercado.

2.2.2 Conductas Restrictivas a la Competencia

Con miras a esclarecer este tema considero de importancia al menos nombrar los tipos y formas más comunes de prácticas anticompetitivas en que los agentes del mercado suelen incurrir. La normativa de competencia debe controlar los acuerdos que se dan entre las empresas para tratar de limitar los posibles efectos adversos, de ser el caso, que puedan causar los mismos.

Las empresas tienden a asegurar su participación en el mercado y para cumplir con ese fin suelen generar prácticas concertadas entre productores o con sus comercializadores. A este tipo de convenios entre empresas se los ha clasificado en horizontales y verticales.

Los convenios o acuerdos horizontales se dan en empresas dedicadas a las mismas actividades productivas y distributivas, es decir son los que se ejecutan entre competidores para coordinar sus actividades y maximizar beneficios. La característica principal de estos acuerdos es la bilateralidad o multilateralidad de la conducta.

Las prácticas concertadas más comunes entre competidores son la fijación de precios, la licitación colusoria, el reparto de mercados, la limitación de la producción, la limitación de la distribución, la negativa concertada a tratar o negociar, la denegación colectiva de admisión en una asociación, entre otras.³²

Las prácticas anticompetitivas han sido clasificadas dependiendo de sus características. Se llaman horizontales en el caso de que la realicen empresas competidoras, verticales en caso de que se efectúen por empresas de distintos niveles de la cadena de producción o comercialización, conglomerada dada por la unión de empresas que no tienen aparente relación entre sí, y las transnacionales en el caso de que empresas de esta característica unan esfuerzos afectando los mercados tanto del lugar de sus matrices como del lugar de sus sucursales y filiales.³³

A las prácticas horizontales se las puede clasificar dependiendo en la forma en que estas se desarrollan. Así, se considera acuerdo cuando existe intercambio entre las partes, cuando ha existido de por medio un contrato o al menos un simple acuerdo de caballeros o *gentlemen's agreement* como sucedió en el caso ACF Chemiefarma NV v. Comission of the European

³² García, Ernesto. DEL ABUSO DEL DERECHO AL ABUSO DE AL POSICIÓN DOMINANTE. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2002. Pág. 369 y ss.

³³ Polo, Miguel. TEORÍA DEL MODELO SOCIAL EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA. Universidad Javeriana. Colombia, 2002. Pág.205.

Communities (1970) donde ciertas empresas farmacéuticas acordaron realizar prácticas anticompetitivas otorgándose cuotas de mercado y fijando precios. Se considera como práctica concertada a la que se da tácitamente, es decir donde existe una cooperación pero sin acuerdo formal, la empresa actúa como resultado del comportamiento de las otras, sin embargo su actuación afecta significativamente la competencia. Por último, se considera recomendación colectiva a la práctica horizontal que es resultado de la disposición de una agrupación empresarial, la responsabilidad de esta actuación caerá tanto en los participantes como en el ente rector de la disposición, como sucedió en el caso estudiado por la Comisión Europea PASSAT VOLKSWAGEN³⁴ de mediados de 1997.³⁵

Los convenios verticales se dan entre agentes económicos de distintos niveles de producción o distribución. Estas empresas no compiten entre sí, sus acuerdos están encaminados a limitar las relaciones que existen con sus competidores para lograr un efecto determinado en el manejo del mercado.

Las prácticas más conocidas de este tipo de acuerdo son la fijación de precios de reventa que impone el mayorista al minorista, los acuerdos de exclusividad, el reparto del mercado, las ventas condicionadas, entre otras.³⁶

Las concentraciones económicas también son de cerca estudiadas por el derecho de la competencia, y en caso de que estas generen un control desmesurado del mercado, de los factores que en el se desenvuelven y de los demás agentes económicos, deberán ser limitados para mantener de

³⁴ Volkswagen, DO L 262 de 2 octubre 2001.

³⁵ Artigas, Zulmari. ACUERDOS HORIZONTALES. Documento de la Superintendencia para el la promoción y protección de la libre competencia venezolana. Página visitada en noviembre del 2006. <http://www.procompetencia.gov.ve/acuerdoshorizontales.html>

³⁶ Troya, José Vicente. DERECHO DE LA COMPETENCIA. Revista de Derecho Foro, Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2003. Pág. 28

manera saludable al mercado relevante en el que esta operación pueda ser capaz de generar una distorsión.

Estas concentraciones económicas, dadas por pocas empresas que dominan una parte considerable de un mercado, pueden darse de varias maneras como la fusión, absorción, la compra de competidores, la compra de paquetes accionarios, los *joint ventures*, el holding, los fideicomisos, entre otros.³⁷

Por naturaleza, las concentraciones deben ser sancionadas pero sobre todo prevenidas. Las autoridades competentes deben realizar un estudio anterior a la ejecución de la concentración y de no ser posible realizar un estudio ex post y determinar si el mismo afecta de manera grave y directa al mercado relevante en que se desenvuelven las empresas participantes.³⁸

2.2.3 Abuso de Posición Dominante

La naturaleza del sistema económico y de la competencia genera como parte de su normal desarrollo grandes empresas y una de las metas máximas es llegar a obtener el control del mercado en el que desarrollan sus actividades.

La Comisión Europea señaló en el caso *United Brands Co. and United Brands Continental BV v. Comisión* (1978) que “Las empresas poseen una posición dominante cuando tienen el poder de comportarse independientemente, sin tomar en cuenta, de manera sustancial, a sus competidores, compradores y proveedores. Tal es el caso cuando la participación de mercado de una empresa, ya sea en sí misma o combinada con el *know-how*, su acceso a materias primas, capital u otras ventajas

³⁷Ib. Pág. 40.

³⁸ Troya, José Vicente. DERECHO DE LA COMPETENCIA. Revista de Derecho Foro, Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2003. Pág. 41

importantes tal como la propiedad de una marca, le permite determinar los precios o controlar la producción o distribución de una parte significativa de los bienes relevantes. No es necesario que la empresa, para poseer una posición dominante, tenga un dominio total como para privar al resto de los participantes del mercado de su libertad comercial, sino que sea suficientemente fuerte en términos comerciales como para diseñar a voluntad su propia estrategia [...]”³⁹

La sola existencia de posición dominante en un mercado no está penada y su aparición es por decir lo menos normal. Sin embargo de lo cual no es lo más deseable ya que esta conllevaría a la existencia, en términos económicos, de mayores precios y menor producción en el mercado relevante.⁴⁰

El artículo 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea señala que, “Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, la explotación abusiva, por parte de una empresa, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.” Al respecto ha interpretado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, “Declarar que una empresa tiene posición dominante no es por si mismo un reproche sino simplemente significa que, sin tener en cuenta las razones por las que tiene tal posición dominante, la empresa de que se trata tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta impida la competencia genuina [...]”⁴¹.

La Decisión 608 de la Comunidad Andina señala en su artículo 9 que, “uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar,

³⁹ United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission of the European Communities. Caso Chiquita Bananas. N° 27/76. 14 de febrero de 1978.

⁴⁰ Mochón, Francisco. PRINCIPIOS DE ECONOMÍA. Mc Graw Hill. Madrid, 1995. Pág. 182

⁴¹ Troya, José Vicente. DERECHO DE LA COMPETENCIA. Revista de Derecho Foro, Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2003. Pág.35.

en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad.”

El derecho de la competencia busca regular esta práctica cuando su ejecución ha generado un real efecto en el mercado. Su estudio y sanción son muy técnicos, por lo que las directrices legales deben ir paralelamente ordenadas a las de un análisis económico técnico.

Así, la determinación de la existencia de un abuso de posición de dominio debe realizarse con base de estudios económicos y de mercado minuciosos que establezcan que determinada empresa tiene una posición dominante en el mercado relevante y que la misma esta ocasionando detrimentos en el mercado geográfico de referencia donde ésta desarrolla sus actividades.

La doctrina y jurisprudencia concuerdan al señalar que el abuso de la posición dominante en un mercado se da, por lo general, por la fijación de precios predatorios, el establecimiento de términos injustos en cuanto a los precios, la negativa a negociar o vender, las negociaciones exclusivas, los amarres comerciales, entre otros.⁴²

2.2.4 Competencia Desleal

Dentro del derecho de la competencia existe una dualidad que es de gran importancia detallar, dado que por lo cercano de los conceptos muchas veces se los confunde y mezcla.

Considero que el término competencia desleal por haber sido utilizado de manera muy general para calificar todo tipo de práctica comercial contraria

⁴² García, Ernesto. DEL ABUSO DEL DERECHO AL ABUSO DE AL POSICIÓN DOMINANTE. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2002. Pág.369.

a las buenas costumbres y buena fe comercial ha abarcado un espectro más grande que tan solo la defensa de la libre competencia.

Es importante entonces distinguir la competencia desleal desde la óptica de la defensa de la competencia de las demás acepciones competencia desleal. La primera está encaminada a la protección de la competencia en un sistema de libre competencia donde el bien jurídico protegido es justamente el mercado. La segunda acepción se refiere a la utilización de medios ilícitos para maximizar beneficios de un agente, los mismos que deberán ser civil o penalmente juzgados. Existe la posibilidad que estas dos categorías tengan un punto de encuentro, cuando los actos competitivos desleales distorsionen o eliminen la competencia.⁴³

La competencia desleal se configura por el empleo de maquinaciones fraudulentas, sospechosas o malévolas con el propósito de desviar en provecho propio la clientela de otra empresa. Su definición siempre está vinculada a los conceptos de buenas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, en fin al normal desenvolvimiento de actividades económicas.

Al respecto la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia del 20 de junio de 2002, publicada en la Gaceta Judicial, Año CIV, Serie XVII, No. 11. Página 3652, señaló:

Se define a la competencia desleal como "todo hecho, acto o práctica contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas". Aclara el mismo precepto legal que. "Para la definición de usos honestos se estará a los criterios del comercio nacional; no obstante cuando se trate de actos o prácticas realizados en el contexto de operaciones internacionales, o que tengan puntos de

⁴³ Polo, Miguel. TEORÍA DEL MODELO SOCIAL EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA. Universidad Javeriana. Colombia, 2002. Pág. 268.

conexión con más de un país, se atenderá a los criterios que sobre usos prevalezcan en el comercio Internacional". Esto significa que para considerar la existencia de competencia desleal habrá que verificar la presencia de acciones contrarias a los usos o costumbres honestos, ya sea usos de carácter nacional o internacional, como corresponda.

El término competencia desleal es normalmente usado tanto para definir actuaciones desleales de comercio como ilícitos perpetrados por empresas en función de su crecimiento comercial. En la mayoría de legislaciones encuentra su esfera de aplicación en lo que se refiere a la propiedad intelectual penando los actos de confusión, de engaño, comparación, de imitación, de explotación de la reputación ajena, de violación de secretos, entre otros.⁴⁴

Esta práctica desleal de comercio es sancionada por el derecho de competencia cuando afecta la libertad de decisión del comprador o del funcionamiento concurrencial del mercado. Para que un acto sea calificado como desleal debe ser cometido en efectiva competencia, debe existir una verdadera situación de rivalidad competitiva, ejerciendo la actividad comercial en la misma o análoga forma. El acto, además de ser indebido, debe ser capaz de producir un daño real, siendo suficiente por lo tanto la probabilidad del daño⁴⁵ y no el daño efectivo para justificar la calificación y la sanción.⁴⁶

⁴⁴Leyva, Delio. DE LAS RESTRICCIONES, DEL ABUSO Y DE LA DESLEALTAD EN LA COMPETENCIA ECONÓMICA. Cámara de Comercio de Bogotá, 1998. Pág. 261.

⁴⁵ La doctrina moderna ha sustentado que es pertinente sancionar la posibilidad inminente de daño en base a un análisis ex ante de los hechos suscitados.

⁴⁶ Polo, Miguel. TEORÍA DEL MODELO SOCIAL EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA. Universidad Javeriana. Colombia, 2002. Pág. 316 y ss.

Las características de la competencia desleal serían entonces; primero, que se trate de un acto desleal; segundo, que tenga fines concurrenciales; tercero, que haya sido ejecutado en el mercado.⁴⁷

⁴⁷ Polo, Miguel. TEORÍA DEL MODELO SOCIAL EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA. Pág. 316.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DEL CASO ECUATORIANO

1. HECHOS DEL CASO BEGAZUAY S.A. (PEPSI) CONTRA EMPROSUR S.A. (COCA-COLA)

La empresa BEGAZUAY S.A., distribuidora desde el año de 1980 de las marcas pertenecientes a Pepsico Inc. (Pepsi, 7 up y Mirinda), embotellaba y distribuía sus productos en el que se conoce como territorio de Cuenca que corresponde a las Provincias de Cañar, Azuay, Morona Santiago y Chimborazo⁴⁸.

En el año de 1991, los entonces nuevos dueños de la empresa, el grupo Roman Ottati, se percataron en su administración que empezaron a escasear las botellas de vidrio y cajas de las botellas retornables por lo que se inicio una investigación al respecto. La investigación develó que la empresa competidora EMPROSUR, en funcionamiento desde 1977, embotelladora de Coca-Cola, Fanta y Sprite entre otras, estaba retirando las botellas vacías de BEGAZUAY de los lugares de expendio, las cambiaba por las suyas o las compraba para luego llevarlas a sus instalaciones para destruirlas.

Estas prácticas comerciales realizadas y confesadas por directivos de EMPROSUR fueron objeto de acciones legales que sin resultado terminaron absolviendo de cualquier responsabilidad civil o penal a la empresa.

⁴⁸ Ver mapa Anexo, Capítulo III 3.2.

2. INSTANCIA JUDICIAL EXISTENCIA O NO DE OBLIGACIÓN

2.1 Primera Instancia

La demanda presentada ante el juzgado sexto de lo civil, presentada por el Señor José Román, presidente y representante legal de la empresa, en el mes de marzo de 1994, se funda en la existencia de un daño causado, real y comprobado fruto de la mala fe comercial del competidor directo de EMPROSUR por lo que se pide indemnice los daños y perjuicios ocurridos por tal conducta.

Los fundamentos de derecho de la demanda son el Artículo 45 de la décimo octava Constitución del Ecuador, vigente en aquel entonces, donde se señala que la economía nacional debe ser de mercado y que se sancionará a cualquier práctica abusiva del poder de mercado que se encuentre. Además los artículos pertinentes a la indemnización por daños y perjuicios del Código Civil, especialmente los artículos 1572⁴⁹, 2214⁵⁰ y 2229⁵¹, de la codificación actual.

La contraparte se excepcionó alegando falta de obligación legal pues aduce que no ha existido norma legal, disposición contractual, acto delictual o cuasi delictual que haya dado nacimiento a tal obligación. Además esgrimen otros argumentos sin importancia para el análisis que nos encontramos realizando.

⁴⁹ Art. 1572.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

⁵⁰ Art. 2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

⁵¹ Art. 2229.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.

El Juez Sexto de lo Civil, una vez trabada la litis, estudia someramente la prueba aportada y la hace parte de su fallo sin darle la merecida relevancia en su estudio y valoración. Se incorporan al proceso las declaraciones testimoniales de los ex trabajadores de EMPROSUR y de propietarios de establecimientos comerciales, además de la declaración ficta del demandado. También se revisaron las fotografías y videos que demuestran los hechos declarados por el actor.

En la sentencia el Juez determina que la competencia desleal sí es fuente de obligaciones, en virtud de que se encuentra entre las fuentes de las obligaciones el hecho de inferir daño a otra persona, y que por tanto, el hecho que se ha puesto a conocimiento de la administración de justicia, sin embargo de no haber calificado como delito penal, sí es una práctica de desleal competencia que tiene como propósito causar daño. Además, se declara que el actor sí tiene derecho aunque no fueran suyas al momento de su destrucción las botellas obtenidas por la Coca-Cola.

Por ende, la sentencia determina que sí existe un daño ocasionado por parte de EMPROSUR y que este está obligado a resarcir el daño emergente y lucro cesante fruto de su conducta desleal de comercio.

2.2 Corte Superior de Justicia

La Cuarta Sala de la Corte Superior de Cuenca, el 9 de noviembre del 2000, con base a las pruebas aportadas, determina en su fallo que las prácticas a que se refiere la demanda no son fuente de obligación con base a los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil, pues considera que el romper botellas que fueron legalmente cambiadas o compradas no constituye delito pues no está tipificado en el código Penal y tampoco constituye cuasidelito ya que existe voluntad expresa de realizarlo.

La sentencia además señala que con base al Artículo 24 de la Constitución Política vigente (1978), para asegurar el debido proceso, “Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley.”

2.2.1 Voto Salvado

El Dr. Darwin Muñoz, magistrado de la Corte Superior de Justicia, en su voto salvado, hace un análisis similar al del juez de primera instancia, y determina la existencia de una obligación por que existe daño real aunque no exista delito penal. Refiriéndose al fallo 437-96 de la Corte Suprema de 3 de junio de 1997, menciona que quien ha inferido daño, ya sea por negligencia o malicia, a otro está obligado a la indemnización.

Además señala que el concepto de “Competencia Desleal” es ampliamente prohibido, así lo hace la Carta Magna en su Artículo 45 como también el Convenio de la Haya de 6 de noviembre de 1925, del que el Ecuador es miembro. Esta actividad ilegal es punible y es el juez, en este caso, quien debe sobre la base de la responsabilidad delictual o aquiliana sancionarla.

2.3. Corte Suprema de Justicia

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en su sala de conjueces permanentes del área de lo civil y mercantil, el 31 de mayo de 2006, en este caso no casa la sentencia. En la parte pertinente a la existencia o no de una obligación hace una diferenciación importante cuando señala que el cuasidelito existe cuando no ha obrado sobre la conducta estudiada ningún estímulo humano, a diferencia del delito culposo donde sí existe la presencia del imputado y por supuesto de su negligencia.

Para ilustrar indica “si cae un vidrio desde el décimo piso de un edificio, mientras alguien manipula ese vidrio y al caer produce un daño, responde por delito culposo, mas si el vidrio cae, causa iguales daños y quien ocupa el inmueble en ese décimo piso se encuentra ausente, responde por los daños, sobre la base de la figura jurídica esencialmente civil que es el cuasidelito.”

El máximo tribunal señala que la falta de pruebas de la existencia de malicia o negligencia en las actuaciones de EMPROSUR determina la inexistencia de obligación alguna a reparar daños y perjuicios.

3. Análisis del juzgamiento

El proceso estudiado ha generado en los juzgadores básicamente dos líneas de pensamiento, una primera donde el daño que generan las prácticas desplegadas por EMPROSUR de competencia desleal son fuente de obligaciones, defendida por el Juez de primera instancia y el voto salvado de la Corte Superior de Justicia, y otra donde la existencia de daño comercial no determina que haya existido un delito o cuasidelito que de nacimiento a una obligación, mantenida por el voto de mayoría de la Corte Superior de Justicia.

Mi opinión es concurrente con la primera línea mencionada, considero que la existencia de daño que ha sido generado de manera deliberada es fuente de obligación civil. Al respecto, es necesario el análisis que consta a continuación, para determinar si las normas vigentes al momento de la infracción son suficientes para sancionar estas prácticas desleales de comercio y así sustentar nuestra posición.

La Constitución vigente al momento de los hechos en su artículo 45 manda:

“La organización y funcionamiento de la economía deberá responder a los principios de eficiencia y justicia social, a fin de asegurar a

todos los habitantes una existencia digna, permitiéndoles, al mismo tiempo, iguales derechos y oportunidades frente a los medios de producción y de consumo.

El desarrollo, en el sistema de economía de mercado, propenderá al incremento de la producción y tenderá fundamentalmente a conseguir un proceso de mejoramiento y progreso integral de todos los ecuatorianos. La acción del Estado tendrá como objetivo hacer equitativa la distribución del ingreso y de la riqueza en la comunidad.

Se prohíbe, y la Ley reprimirá, cualquier forma de abuso del poder económico, inclusive las uniones y agrupaciones de empresas que tiendan a dominar los mercados nacionales, a eliminar la competencia o a aumentar arbitrariamente los lucros.”

Además, la Constitución de 1978, en cuanto a la validez y aplicabilidad de los tratados internacionales en su artículo 94 señala que:

Las normas contenidas en los tratados y demás convenios internacionales que no se opongan a la Constitución y Leyes, luego de promulgados, forman parte del ordenamiento jurídico de la República.

El Convenio de París fue celebrado el 20 de marzo de 1883 y revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958 y en Estocolmo el 14 de julio de 1967, ratificado por el Ecuador el 22 de junio de 1999, establece el principio de represión de la competencia desleal en las prácticas y costumbres comerciales determinando en su artículo 10bis que:

“1) Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal.

2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial [...]”

Ahora bien, la Coca-Cola (EMPROSUR) al comprar o cambiar botellas de su principal competidor Pepsi (BEGAZUAY) con el único fin de destruirlas, imposibilitando que este último las pueda reenvasar, solo busca disminuir la capacidad de competir y disputar el mercado de gaseosas. La utilización de botellas retornables es una práctica común y generalizada en este negocio, las embotelladoras cuentan con que la mayoría de las botellas vendidas sean devueltas para continuar con el ciclo reenvasamiento mientras las botellas se encuentren en buen estado. El valor de las botellas es un costo que se va amortizando con varias transacciones, por lo que su pérdida masiva afecta directa y gravemente a las finanzas de la compañía.

Es claro entonces que Coca-Cola realizó actos que iban en contra de la costumbre comercial que imperaba y que ésta misma practicaba. El romper botellas de su competidor directo, que canjeaban o compraban a los detallistas, con una maquina comprada con ese único objetivo, tenía un fin obvio y que *prima facie* es considerado una práctica desleal de comercio.

Del estudio de los hechos es claro que la práctica está prohibida por la Constitución Política y por los tratados internacionales, por ser desleal y por que en ella se denota un claro abuso de la posición de dominio en el mercado cuencano donde las empresas desarrollaban sus actividades. Es primordial entonces determinar si la misma puede ser objeto de una demanda civil de indemnización de daños y perjuicios.

El Artículo 1453 del Código Civil determina que, las “obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los

cuasicontratos; ya a consecuencia de un **hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona**, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.” (Las negrillas son propias) Es decir se hace referencia explícita a los contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos, y es aquí donde nace el problema de juzgamiento a los hechos.

La Corte Superior, en su voto de mayoría, determina que no hay delito pues las actuaciones ya fueron juzgadas en un proceso penal donde se determinó que no hay ningún tipo penal en el que se subsuman las actuaciones en cuestión. Además determina que no hay cuasidelito pues en los hechos no existe negligencia que es elemento fundamental para la configuración del mismo, por tanto no existe fuente obligacional.

En mi opinión, en concordancia con la expresada por el Juez de primera instancia y el voto salvado de la Corte Superior, que la existencia de un daño demostrado es una indudable fuente de obligaciones. El demandante no logró sustentar su posición debidamente, ya que falló de manera rotunda en diferenciar el delito civil del delito penal.

Sabemos que los hechos no pueden ser entendidos como cuasidelictuales por que fueron realizados deliberadamente. Como sabemos los cuasidelitos son los actos que causan daño sin la voluntad del agente que lo perpetra. Su concepto esta íntimamente ligado a la concepción de culpa y negligencia, muchos autores consideran que se encuentra en un estado intermedio entre el dolo y la fuerza mayor.⁵²

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia de 29 de agosto de 2001, publicada en la Gaceta Judicial serie

⁵² ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Tomo V. pag167

17 No 7, al respecto de los cuasidelitos anotó que "Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito". Además determinando sus características señaló que son una de las fuentes de las obligaciones por ser hechos ilícitos, que es cometido sin intención de dañar, es decir con culpa, y de estos nace la obligación de indemnizar a la víctima por el daño sufrido, obligación que debe entenderse como la manera de reparar dicho daño.

En este momento es de primordial importancia señalar y diferenciar el delito penal del delito civil, al respecto Arturo Alessandri señala que lo que caracteriza a los delitos civiles es la producción de daño cause o no este una pena, mientras el penal esta caracterizado por la existencia de pena haya o no daño.⁵³

Hay casos entonces donde un hecho puede ser delito penal y no civil, para ilustrar este autor señala que, "así ocurre cuando el hecho ilícito causa daño y no tiene señalada pena dentro del Código Penal u otra ley. Este caso es frecuente en la práctica ya que en materia penal no hay interpretación de la ley por analogía; en Derecho Civil basta que exista daño para que nazca la responsabilidad."⁵⁴

La doctrina en cuanto a responsabilidad civil ha venido evolucionando su concepto subjetivista de daños, donde era necesario establecer causalidad directa entre el daño y la intención de realizarlo, por una teoría que a partir de las teorías de Josseland ha visto un total giro a la objetivación donde lo primordial es determinar el daño real.⁵⁵

⁵³ Alessandri, Somarriva y Vodanovic. Derecho Civil, Tomo Segundo. Conosur Ltda. Santiago, 1991. Tomo II, Pág. 392

⁵⁴ Ib. Pág. 393.

⁵⁵, Messina, Graciela. La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica. Abeledo-Perrot, Bs.Aires 1997 Pág. 270.

El romper las botellas del competidor, después de haberlas canjeado o comprado con el único objetivo de destruirlas, no es delito penal pues tal actuación no se ajusta a ningún tipo determinado por el Código Penal. Si es, sin embargo, un delito civil, que desde toda perspectiva ha generado un menoscabo que tanto subjetivamente como objetivamente buscó causar un daño y lo logró. El Código Civil en su Artículo 2229 señala que, “por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.” Como hemos visto las actuaciones comerciales de Coca-Cola han generado un daño y por tanto esta obligado a repararlo.

De igual forma, estas actuaciones configuran lo que en doctrina se conoce como abuso del derecho dado que si bien es cierto que EMPROSUR tiene libre derecho a hacer con lo que le pertenece lo que desee, esta libertad esta limitada por el fin social y económico del ejercicio del derecho a la propiedad.

Al respecto el Tribunal Andino de Justicia en su a interpretación prejudicial 20-IP-97, caso CAROLINA (Gaceta Oficial No. 35 de 14 de julio de 1998) señala:

"La buena fe o bona fides al lado de otros conceptos como el de equidad, la sanción del abuso del derecho y del enriquecimiento sin justa causa, constituye uno de los principios generales del derecho que como tal debe informar no sólo las relaciones contractuales sino cualquier actuación en la vida de relación. Se trata de un **postulado sin excepción** alguna que, en cuanto principio, es exigible a toda persona y en el que se legitima el reproche a cualquier conducta que de él se aparte. Es un concepto con vocación universal, pero dinámico en cuanto responde a los esquemas éticos, políticos y sociales de cada momento histórico.

En esa dirección Carlos Fernández Sessarego sostiene que, “el acto abusivo, que se sustenta originariamente en un derecho subjetivo, es un acto ilícito en la medida en que, a través de una conducta antisocial –o una omisión de la misma naturaleza-, se transgrede un genérico deber jurídico recogido normativamente por el ordenamiento positivo y que, como tal, se halla presente en todas las situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial”⁵⁶.

En el mismo sentido, con base al Artículo 93 del Código Político entonces vigente, que declara que el sistema procesal será un medio para la realización de la justicia, al Artículo 2229 del Código Civil que manda a todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona a ser reparado por ésta y al Artículo 2214 del mismo cuerpo legal que determina que, “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización”, considero que este ejercicio abusivo del derecho debe ser considerado como un ilícito civil y por tanto debe ser juzgado y sancionado.

⁵⁶ Sessarego, Carlos Fernández. ABUSO DEL DERECHO. Ed.Astrea. Bs. Aires, 1992. Pág. 139.

CAPÍTULO III

DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE DE LAS BEBIDAS GASEOSAS

1. MERCADO RELEVANTE

El término mercado relevante se utiliza para definir a un mercado determinado por producto y posición geográfica en el momento en que ocurrieron los eventos. Este concepto es utilizado para poder realizar todo análisis de competencia en cuanto a los bienes o servicios que se encuentren en litigio.⁵⁷

Al respecto en el año de 1997 la Unión Europea emitió una comunicación relativa a la definición de *mercado de referencia* donde explicó que, “La definición de mercado tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva” Además determinó que el “mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos” y que “mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia”⁵⁸

La Autoridad Reguladora de la Competencia de Jersey (Estados Unidos), considera que la delimitación del mercado de referencia no siempre es

⁵⁷ García, Ernesto. DEL ABUSO DEL DERECHO AL ABUSO DE AL POSICIÓN DOMINANTE. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002. Pág. 392.

⁵⁸ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia .Diario Oficial n° C 372 de 09/12/1997 Pág. 5-13

cuestión sencilla. Para ilustrar que los límites de un mercado no son siempre obvios se pregunta ¿un productor de colas compite en el mercado de bebidas saborizadas, en el de bebidas carbonatadas, en el de bebidas no alcohólicas, o algún otro mercado? Explica que la clave está en estudiar a los productos que más cercanos sustitutos son.⁵⁹

Así el mercado relevante o de referencia de un producto se lo establece analizado la existencia de una posible sustitución en la demanda del producto o servicio, así como también en la oferta. En definitiva, el mercado relevante es el lugar donde un producto o servicio determinado compite directamente con sus adversarios comerciales.⁶⁰

La posibilidad de sustitución del producto o servicio en la demanda existe cuando el consumidor puede escoger entre una variedad de productos para satisfacer su necesidad. En cuanto a la posibilidad de sustitución del producto o servicio en la oferta debemos observar si los oferentes podrían si es necesario o conveniente cambiarse de bien elaborado fácilmente a uno similar o pueden ofrecerlo en áreas distintas a aquella en la que operan habitualmente.

Es importante además determinar si la decisión del consumidor se ve afectada por la ubicación geográfica del oferente, es decir si su consumo esta condicionado a una ubicación geográfica específica.

Para esclarecer los conceptos de sustitución en la oferta y sustitución en la demanda es pertinente ejemplificar las dos posibilidades. De esta manera y para introducirnos al tema que nos incumbe supongamos que por el cambio en un factor de mercado, como puede ser escasez o elevación de precio, los

⁵⁹ Autoridad Reguladora de la Competencia de Jersey. JCRA'S GUIDELINE. Página visitada en noviembre de 2006. <http://www.jcra.je/pdf/050808%20Competition%20guideline.%20Cartels.pdf>

⁶⁰ Comisión Nacional de la Competencia Argentina. Caso YPF agosto de 1999. Pág. 28

consumidores dejan o se ven imposibilitados de consumir colas, entonces existen variados productos sustitutos como agua, jugos naturales, té helados, entre otros para remplazarlas. En el caso de la sustitución de la demanda, supongamos que la demanda de enlatados de salmón aumenta, entonces los productores de atunes podrían volcar sus esfuerzos a la producción de enlatados de salmón para competir en ese segmento de mercado.

Una vez determinado el mercado relevante según el producto es necesario ubicarlo geográficamente. La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia Argentina en el caso YPF (1997), señaló que para determinar el mercado geográfico relevante se debe evaluar la posibilidad efectiva que poseen los consumidores de trasladar su consumo hacia otras áreas geográficas, la ponderación que los empresarios dan a dicha posibilidad a efectos de tomar decisiones, y el costo y tiempo que insume a los consumidores el traslado de su abastecimiento hacia áreas alternativas.

Es trascendental señalar que todos los mercados tienen sus peculiaridades y por eso deben ser estudiados íntegramente para determinar los límites geográficos y de producto de los mismos. Por ejemplo, el mercado de los autos usados en el Ecuador no limita zonas específicas y muchas veces el comprador puede viajar largas distancias para obtener el auto deseado; por otra parte el mercado de la bebidas gaseosas sí esta limitado zonalmente, así un mismo producto puede ser envasado y distribuido por diferentes empresas en todo el país, la falta de acceso a un producto no genera impacto de escasez en los consumidores ya que existe una basta gama de productos sustitutos en el mercado, verbigracia la falta de Fanta en una tienda puede ser subsanada por un producto considerado idéntico como es la Cola Mas, Mirinda o Crush.

2. IMPORTANCIA DE LA DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

La competencia desleal y la posición de dominio en un mercado pueden ser prácticas que afectan el normal y saludable desarrollo de la competencia. Como sabemos, siendo el mercado el afectado por estas prácticas, es justamente éste el que debe ser estudiado para determinar si los hechos materia de la demanda deben ser corregidos y sancionados.

Como vimos en el capítulo anterior, el abuso de posición dominante en el mercado está dado por el uso desmedido del poder que tenga una empresa para poder comportarse independientemente a sus competidores, compradores y proveedores. La sola existencia de una posición de dominio en el mercado no es razón para sancionarlo.

Para poder establecer la existencia del abuso es necesario determinar en primer lugar si las partes son competidoras, proveedoras o compradoras. En el primer caso analizaremos cuales son los productos en competencia o mejor dicho los que son sustitutos unos de otros y determinaremos los límites geográficos en que se delimita tal oferta. En los otros dos casos estudiaremos cuales son las condiciones favorables o desfavorables en las que trabaja el proveedor o en las que se encuentra el comprador.

Este estudio es esencial para que el infractor pueda ser juzgado, si no se determina que las empresas envueltas en el litigio desarrollan sus actividades en el mismo mercado de referencia entonces la práctica no puede ser juzgada dentro de la esfera del derecho de la competencia.

La Superintendencia para la promoción y protección de la Libre Competencia Venezolana en el caso Pepsi Co. v. Embotelladoras (1996) señaló que para determinar si un monopolista hipotético está en posición de

ejercer poder de mercado, es necesario evaluar las probables respuestas de la demanda de los consumidores a un aumento de precios. Los consumidores podrían hacer improductivo un aumento de precios, cambiándose a otros productos o comprando el mismo bien producido por empresas en otras localidades. La naturaleza y magnitud de estos dos tipos de respuestas de demanda determina el objeto del mercado producto y del mercado geográfico respectivamente.

En la misma resolución, la Superintendencia venezolana, al determinar lo que se considera posición de dominio anota, “No obstante, si bien es cierto que el poder de mercado es el principal indicio para determinar la existencia de una posición dominante, hay otros elementos que ayudan a reforzar la posición dominante tales como las barreras a la entrada, el desarrollo tecnológico, y el acceso a la fuente de financiamiento, entre otros.”

En el Ecuador esta práctica desleal de mercado fue presuntamente ejercida por la empresas la Favorita, mejor conocida como SuperMaxi, y Mi Comisariato, cuando en el año de 1997 la cadena de Supermercados chilena Santa Isabel incursionó en el mercado nacional y encontró barreras de entrada pues no podía negociar con los proveedores que necesitaba para poder ofrecer el servicio que quería de manera competitiva. La falta de legislación de competencia desde luego limitó la posibilidad de iniciar acciones legales y el litigio se focalizó en publicaciones de prensa que buscaron limitar y desmentir estas prácticas.

El diario Hoy recogió estos acontecimientos y describe la inquietud que generaba la llegada de esta nueva competidora, luego detalla los incidentes

que llegaron hasta nivel diplomático y que se conocieron como la guerra de los supermercados⁶¹.

En cuanto al juzgamiento de la competencia desleal, dentro de la esfera del derecho de la competencia, la importancia de la determinación del mercado relevante se encuentra en demostrar que la empresa infractora es competidora de la empresa afectada y que las prácticas desleales afectaron a todo el mercado geográfico relevante. Es decir, se debe demostrar que las empresas infractoras se han beneficiado directamente de las pérdidas que las prácticas de competencia desleal les han ocasionado a las productoras de los bienes o servicios víctimas de ellas y además se debe determinar que este beneficio lesionó al mercado de referencia.

⁶¹ Reportajes del Diario Hoy.

SANTA ISABEL AFINA DETALLES

Quito. 10 feb 97. La cadena de supermercados chilena Santa Isabel abre sus puertas en Ecuador el próximo 10 de abril, buscando captar 60 por ciento de mercado disponible y marcando la competencia con las dos grandes cadenas Supermaxi y Mi Comisariato. Su intención es apuntar al mercado que todavía compra en tiendas y mercados, más del 50 por ciento de la población ecuatoriana.

SANTA ISABEL SE FRUNCE

Quito. 23 sep 97. Ayer, mientras el embajador de Chile en el Ecuador, Jorge Burgos, abordaba en Cancillería lo que parece ser el inicio de un conflicto comercial, el principal diario chileno, El Mercurio, publicaba en sus páginas detalles de la guerra de proveedores entre los supermercados locales Supermaxi y Mi Comisariato y la multinacional chilena del ramo, Santa Isabel. Burgos analizó la problemática como un ítem más dentro de una agenda de temas bilaterales pendientes, pero El Mercurio se hizo eco de la protesta por "presiones para alzar precios y situaciones impropias de un sistema de libre y sana competencia" que serían aplicados contra Santa Isabel por sus rivales en el país. Al parecer, las inversiones chilenas en el Ecuador, de 75 millones de dólares hasta ahora, y con amplias perspectivas de crecimiento, corren riesgo, porque los ejecutivos del supermercado quieren contarles a sus compatriotas cómo atraviesan conflictos "con sus competidores locales".

SUPERMAXI DICE NO

Quito. 24 sep 97. Ayer, la telenovela comercial "guerra de los supermercados" tuvo su tercer capítulo. Y Supermaxi dio su versión: una mala estrategia está provocando el fracaso de la empresa chilena Santa Isabel, multinacional de 200 locales en cuatro países de América Latina que, aparentemente, tiene un grueso traspié después de tres semanas de abierto su primer local en Ecuador.

Al menos esa es la versión del presidente ejecutivo de Supermercados La Favorita, cabeza de Supermaxi, que, ante las acusaciones de los ejecutivos de Santa Isabel, se ve decidido a colocar a su rival con la soga al cuello: recalca que la empresa nacional no ha ejercido presiones sobre los proveedores con el fin de dejar las perchas vacías de productos nacionales al local de la cadena chilena.

Es primordial señalar que este criterio no es generalizado. Así “la doctrina española ha establecido que no es necesario que exista una relación de competencia entre las partes para que pueda tener lugar una práctica de competencia desleal, en el sentido de que si bien el efecto final será un daño sobre la competencia en el sector en el cual participa el agente económico que está siendo objeto de la competencia desleal, no necesariamente aquel que sea el causante de la misma debe ser competidor directo, toda vez que pueden mediar intereses de otra índole distintas al del negocio principal del afectado”⁶².

Considero que esta divergencia de criterios se encentra en la definición misma de esta práctica. Como se señalo en el primer capítulo, la competencia desleal es un término que ha sido usado para conceptualizar un espectro muy amplio de acciones durante la historia del derecho, pero en esta exposición hablamos de la competencia desleal que es provocada por un competidor del mercado de referencia y cuyas actuaciones generan sus efectos directamente en el desenvolvimiento de éste. Por esto la importancia de determinar que las empresas envueltas son competidoras para poder juzgarlas bajo el marco de las normas de competencia.

Las demás actividades consideradas como competencia desleal, como por ejemplo las que determina el artículo 285 del a Ley de Propiedad Intelectual en virtud del cual, “se consideran actos de competencia desleal, entre otros, aquellos capaces de crear confusión, independiente del medio utilizado, respecto del establecimiento, de los productos, los servicios o la actividad comercial o industrial de un competidor” serán juzgadas por las demás normas que las sancionen, en este caso la Ley de Propiedad Intelectual.

⁶² Pepsi Co. v. Embotelladoras Venezuela (1996). 2.5. Competencia Desleal

La importancia de esta distinción yace en el alcance que tiene el marco jurídico y en especial las sanciones que pueden proporcionar las normas de competencia en comparación con las civiles donde la sanción se limita al cobro de daños y perjuicios.

3. MERCADO RELEVANTE DE LA PEPSI Y COCA-COLA EN EL ECUADOR

Para ilustrar de mejor manera los conceptos que se han revisado considero pertinente estudiar el mercado geográfico relevante de la Coca-Cola y la Pepsi en cuanto a los hechos del caso estudiado en el capítulo anterior, para que en el posterior análisis podamos sustentar el capítulo final⁶³.

Recapitulando, en el año de 1993, en la ciudad de Cuenca, se suscitaron algunos actos de competencia desleal y de abuso de la posición dominante en el mercado, entre las empresas embotelladoras de Coca-Cola y Pepsi. La empresa Pepsi empezó a tener serias dificultades para mantener su negocio debido a que la Coca-Cola destruía sus botellas y cajas después de comprarlas o canjearlas a los detallistas.

El mercado de las bebidas no alcohólicas es de gran importancia para la economía nacional. Se ha calculado que este negocio mueve al menos 280 millones de dólares anualmente, cifra que va en aumento exponencial. El consumo de estos productos masivos a crecido desde el año 2001 al 2006 de la cantidad de 60 litros de consumo anuales a 68 litros por ecuatoriano promedio.⁶⁴

⁶³ Dado que no fue posible conseguir datos que estrictamente se circunscriban al mercado geográfico de referencia de las empresas que son parte del litigio estudiado se usarán datos nacionales para el análisis. Además se usaran datos actuales en los casos que no haya sido posible obtener los datos de la fecha en que se desarrollaron los hechos. La información ha sido obtenida de fuentes confiables, y su respaldo es documentado.

⁶⁴ Revista Ekos. Julio de 2006. Pág. 32.

En un acercamiento rápido podemos decir que en cuanto al producto los dos refrescos, también llamados bebidas carbonatadas pues son productos obtenidos por disolución de anhídrido carbónico en agua potable que luego son adicionados sustancias naturales o artificiales para otorgarle sabor y además añadirle cualidades aromáticas, se encuentran dentro del mercado de las bebidas no alcohólicas. Su oferta geográfica esta determinada por la empresa que las embotella y los alcances de su distribución.

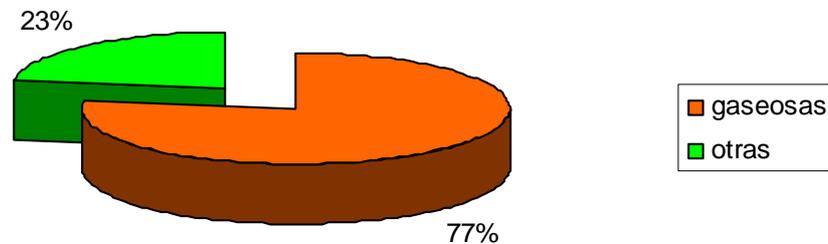
3.1 Determinación del Mercado por Producto

Las colas, en un primer acercamiento al tema, pueden ser sustituidas por otras bebidas no alcohólicas como son los jugos naturales, las bebidas de deporte y energizantes, los tés helados y las aguas naturales y minerales.

Comerciales como el de el jugo Tampico, a mediados de los noventa, donde se hacía burla de las personas que consumían colas; o comerciales que hacen referencia a las colas en comparación con bebidas consideradas como más sanas buscan equiparar o colocar estos productos como sustitutos directos de las colas.

Sin embargo, con base a los datos otorgados por la consultora Pulso Ecuador y para delimitar de mejor manera nuestro análisis, es importante señalar que el 77% del mercado de bebidas no alcohólicas esta ocupado por colas y el 23% restante el resto de bebidas, por lo que considero que el mercado de las colas debe ser estudiado de manera autónoma a el de las demás bebidas.

Ecuador



Las características de los demás productos y la amplia gama de colas existentes en el mercado han determinado que las bebidas no alcohólicas estén divididas en dos claros mercados. Así, el consumo de las colas no se ve afectado por los cambios de precios de las demás bebidas no alcohólicas y la falta de una marca de cola no hace que el consumidor medio busque un sustituto en las demás bebidas no alcohólicas dado que existe una amplia gama de colas en el mercado para suplir tal carestía.

Como ya se señaló, “La clave está en estudiar a los productos que más cercanos sustitutos son”⁶⁵. Es por esto que para determinar el mercado de referencia de Pepsi y Coca-Cola solo se estudiará a las colas que existen en el mercado nacional.

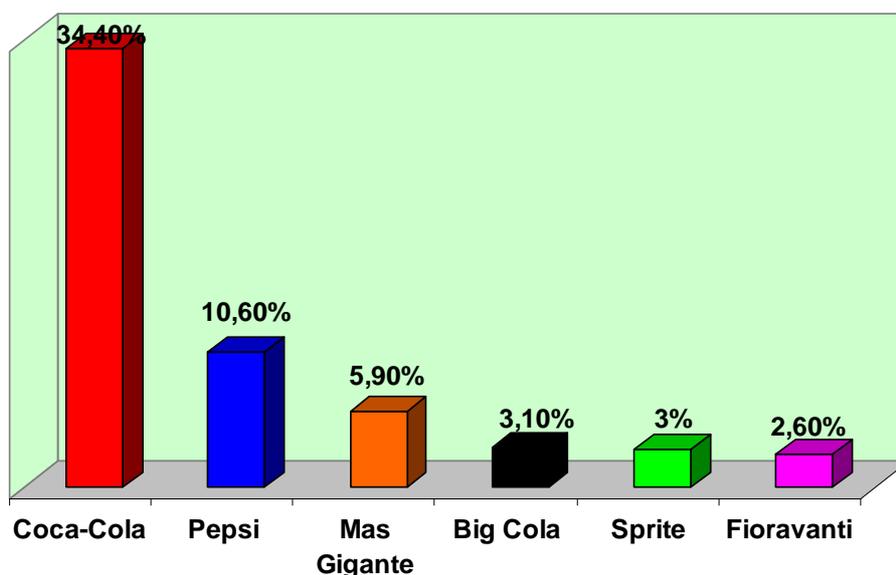
El mercado de las colas es a su vez dividido entre el de las colas negras, blancas y de colores. Las dos bebidas estudiadas son justamente parte de las colas negras y sustituto directo la una de la otra. Las dos colas tienen básicamente los mismos ingredientes, pues son producidas con agua carbonatada, miel de maíz alta en fructosa, cafeína, ácido cítrico y saborizantes naturales.

⁶⁵ Autoridad Reguladora de la Competencia de Jersey. JCRA’S GUIDELINE. Página visitada en noviembre de 2006.

Su afán competitivo es por lo menos uno de los más conocidos del mundo y su tenacidad por mantener y aumentar su espacio en el mercado se ha mantenido desde la aparición del reto Pepsi⁶⁶ en los años 70's. En Cuenca la Coca-Cola trabaja desde el año de 1977 y la Pepsi trabajó desde el año de 1980.

Las empresas más importantes en el Ecuador son la Ecuador Bottling Company EBC, productora de Coca-Cola, Fanta, Sprite, Fioravanti e Inka Cola; la Ecuatoriana de Refrescos productora de Pepsi, 7 Up, Cola Mas y Gallito; AJECUADOR productora de Big Cola, First y Oro; Tesalia Springs Company, productora de Quintuples y Negrita.

Dentro de las colas negras, la más consumida en el Ecuador por una amplia diferencia es Coca-Cola, seguida por Pepsi y Big Cola con las demás colas negras. Este tipo de gaseosas ocupan 50% del mercado nacional, el 40% es para las blancas, naranjas y rosadas y el 10% para las amarillas.



⁶⁶ El reto pepsi consistía en vendarles los ojos a los concursantes para que decidan de manera imparcial que cola les gustaba más, Coca-Cola o Pepsi. Pepsi ganaba la mayoría de retos, esto le dio gran crecimiento en el mercado.

En cuanto al consumidor medio no es posible establecer ningún tipo de diferenciación entre los consumidores de los diferentes tipos de "Bebidas" por edad, estrato social o sexo.⁶⁷

En relación a los precios, estos son homogéneos, sin embargo publicidad y promociones si tienen gran efecto en el consumidor medio. Las empresas invierten ingentes cantidades de dinero en publicidad y promociones para aumentar sus ventas.

Las colas producidas por EBC y la Ecuatoriana de Refrescos, entre estas Pepsi y Coca-Cola, mantienen estrecha relación con los restaurantes y bares, siendo las que más se venden en este tipo de establecimientos. Estas colas son identificadas por los consumidores con diferentes locales de comida, por ejemplo de Mc Donald's, Burguer King, Domino's Pizza y Papa John's sirven las marcas de Coca-Cola; KFC, Taco Bell, American Deli y las Menestras del Negro sirven las marcas de Pepsi.

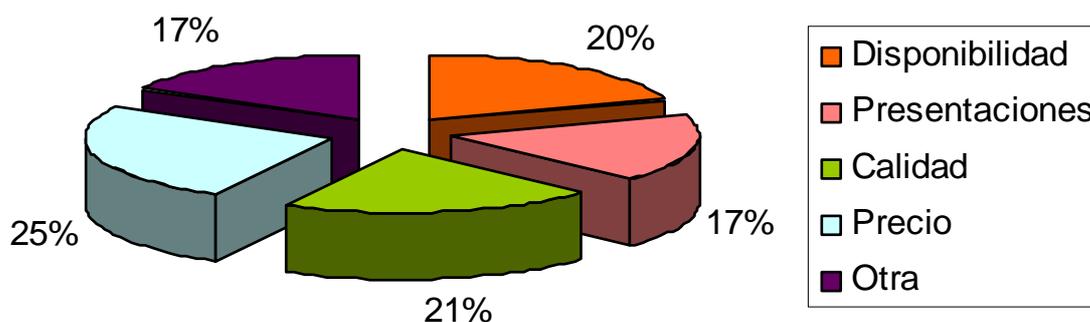
Sin embargo de esta común alianza entre las mencionas colas y los lugares de expendio de comida, el consumidor considera que todas las colas son buenas para acompañar las comidas y para servir en fiestas.

Esta claro entonces que por sus características comunes la Pepsi, Coca-Cola, las colas blancas, las colas de sabores y las colas amarillas no poseen atributos especialmente diferentes que las hagan distintas unas de las otras. A pesar de que se las puede colocar en categorías diferentes nos es claro que son todas las colas sustitutos de las otras.

⁶⁵Referencia obtenida del análisis de mercado realizado en el caso Pepsi v. Coca-Cola Venezuela. En un caso de características similares. 3.3.1.1.1. Perfil del consumidor de Bebidas

En el estudio de mercado realizado por la Superintendencia de la Competencia Venezolana en el caso Pepsi v. Coca-Cola se ha señalado que los incrementos o descensos en el ritmo de demanda de las colas negras poseen como contrapartida movimientos contrarios en la demanda de los refrescos de sabores.

En un estudio de mercado realizado por la empresa Pulso Ecuador se ha determinado que las cuatro razones más importante para escoger uno u otro de los productos es en primer lugar su precio, luego su disponibilidad, su calidad y presentación.



Es claro entonces que en el mercado de las colas la competencia esta dada primordialmente en la accesibilidad directa al producto, quien no llega al lugar de expendio no compete, y de poco le sirven las preferencias y fidelidad que tengan con su marca los compradores.

Así el mercado en estudio, una vez estudiadas las variables presentadas, es el de "LAS COLAS".

No cabe la examinación de la sustituibilidad por el lado de la oferta pues las prácticas anticompetitivas afectaron directamente a BEGAZUAY, no limitaron entonces la concurrencia de otras en el mercado de referencia, sin embargo de sí haber afectado el saludable desarrollo de este mercado.

3.2 Determinación del Mercado Geográfico

En el caso de las bebidas gaseosas su oferta está determinada a la empresa embotelladora que las comercializa y el alcance que esta tenga para llegar a los diferentes puntos de la región.

La Unión Europea en su comunicación sobre la fijación del mercado relevante bien anota que se debe obtener una primera idea de las dimensiones del mercado geográfico basándose en indicaciones generales. Se debe observar los indicadores relativos a la distribución de las cuotas de mercado, así como también de las partes que el concurren y de sus competidores. Además se debe prestar atención a un análisis preliminar de la fijación y las diferencias de precios a escala nacional.⁶⁸

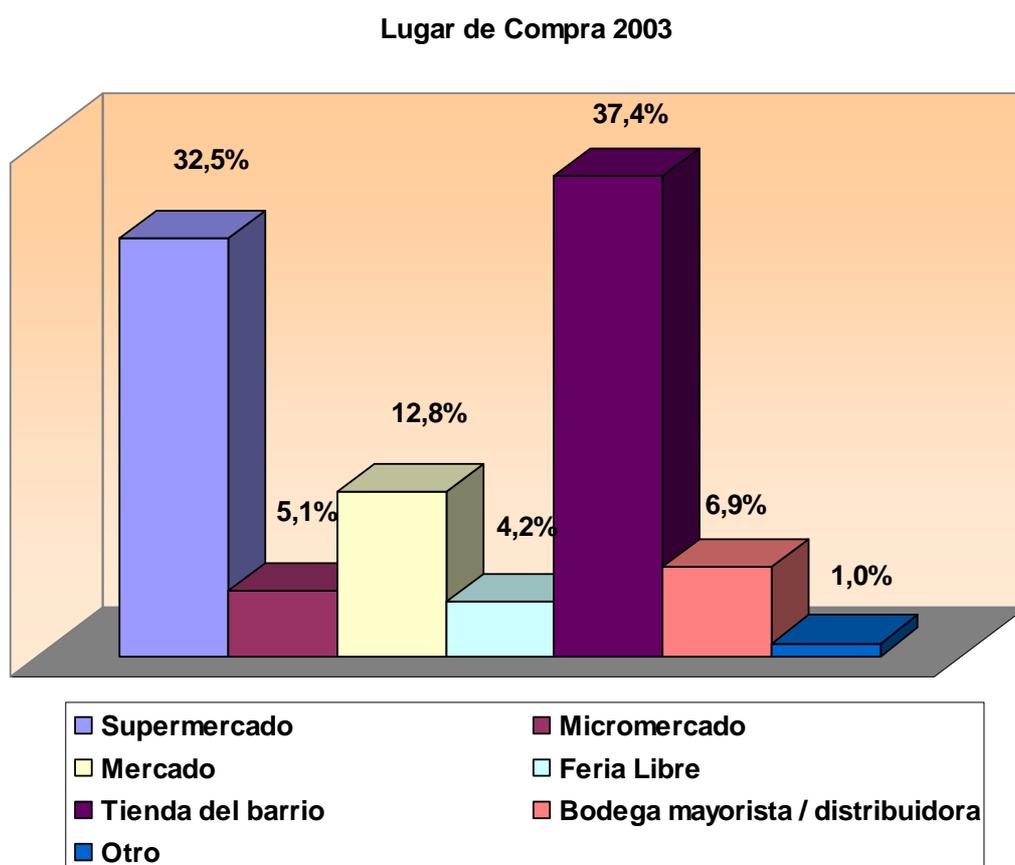
Geográficamente el mercado nacional esta dividido por 6 regiones: Región Quito, Región Guayaquil, Región Austro, Región Costa Norte, Región Sierra Norte y Región Costa Sur.

En aquel entonces el mercado nacional estaba dividido por varias compañías embotelladoras y su territorio de trabajo estaba estrictamente delimitado para que puedan trabajar cada una sin entorpecer el trabajo de la otra.

En nuestro caso sabemos que las empresas que son parte en este litigio, EMPROSUR Y BEGAZUAY, concurrieron en el mercado del Austro, específicamente en las provincias de Cañar, Azuay, Morona Santiago y Chimborazo.

⁶⁸ U.E. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia .Diario Oficial N° C 372 de 09/12/1997. Pág. 5 -13

De los estudios de mercado realizados por la empresa Pulso Ecuador sabemos que los consumidores no trasladan su consumo a otro mercado geográfico por la falta de una marca de cola, lo acostumbrado es comprar el producto en el lugar más cercano, de manera más precisa la mayoría compran el producto en supermercados y micromercados.



Por último es importante señalar que en este mercado no existe ingerencia alguna de productos importados de otros países u otras zonas geográficas.

Por esto nuestro mercado geográfico de estudio será lo que se conoce como el mercado del AUSTRO.



3.3 Delimitación Temporal del Mercado

La delimitación temporal es esencial para el juzgamiento de los actos anticompetitivos. Al respecto Ernesto Rengifo García, en su libro del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante, señala que los casos de protección de la libre competencia necesitan de una determinación del tiempo o lapsos de tiempo en que la conducta se suscitó.⁶⁹

La Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado relevante, en la normativa comunitaria europea, en materia de competencia señala que, “La diferente perspectiva temporal considerada en cada caso podría llevar al resultado de que se definan distintos mercados geográficos para los mismos productos según que la Comisión examine un cambio en la

⁶⁹ García, Ernesto. DEL ABUSO DEL DERECHO AL ABUSO DE AL POSICIÓN DOMINANTE. Universidad Externado de Colombia. Bogota, 2002.Pág.44.

estructura de la oferta, como, por ejemplo, la creación de una concentración o de una empresa en participación de carácter cooperativo, o cuestiones relativas a determinados comportamientos pasados”⁷⁰.

En el caso estudiado sabemos que las prácticas se dieron por el lapso de tiempo de aproximadamente de cuatro años, desde mediados de 1991 hasta que se iniciaron las acciones legales en marzo de 1994. Durante estos años existió una sistemática desaparición de envases y jabs lo que obligó a BEGAZUAY S.A. a incurrir en altos gastos para la reposición de estos activos.

4. POSICIÓN DE DOMINIO DE COCA-COLA EN EL MERCADO

Como se señaló, la posición de dominio del mercado se determina verificando la capacidad de la empresa para ejercer una influencia considerable en el mercado, de manera independiente, sin tener en cuenta y sin que se lo impidan sus competidores, compradores, distribuidores o proveedores. Sin embargo también se debe examinar la existencia de otros elementos como las barreras de entrada, el desarrollo tecnológico, el acceso a fuentes de financiamiento, entre otros.

EMPROSUR es una embotelladora de colas y trabaja en el mercado geográfico del Austro. En este mercado además compite de manera importante la empresa embotelladora de Pepsi. Las dos compañías basan sus ventas en la efectividad que tiene sus medios de distribución.

La distribución del producto se realiza por lo que las compañías del medio llaman canales de distribución, estos están divididos por el tipo de cliente, pues de esta forma tienen gente especializada para atender las necesidades de cada uno de ellos.

⁷⁰ U.E. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia .Diario Oficial N° C 372 de 09/12/1997. Pág. 5

Existen el canal de víveres, por medio del cual se abastece a tiendas y micro mercados; el de comidas y bebidas, con el que se distribuye el producto a todos los restaurantes y locales de comida rápida; el canal educación, por medio del cual se llega a todos los colegios, escuelas, universidades, institutos, etc.; el canal varios, con el cual se distribuye el producto al transporte, hospedaje, entretenimiento, recreación, venta al paso, vending machine (máquinas dispensadoras de colas), etc.; y por último el canal cuentas claves, por medio del cual se distribuye a todos los clientes que por su monto de compra o por su potencial aumento en su volumen de ventas justifican una atención más personalizada como por ejemplo sucede con el SuperMaxi, Burguer king o KFC.

De hecho la compañía EMPROSUR, embotelladora de Coca-Cola, la marca más importante y consumida del Ecuador, poseía mayor cobertura y mayor porcentaje del mercado en aquel entonces.⁷¹

Hoy en día las diferencias siguen siendo grandes aunque ha existido entrada de nuevos competidores importantes y el apareamiento de otros productos ampliando el mercado por el lado de la oferta.

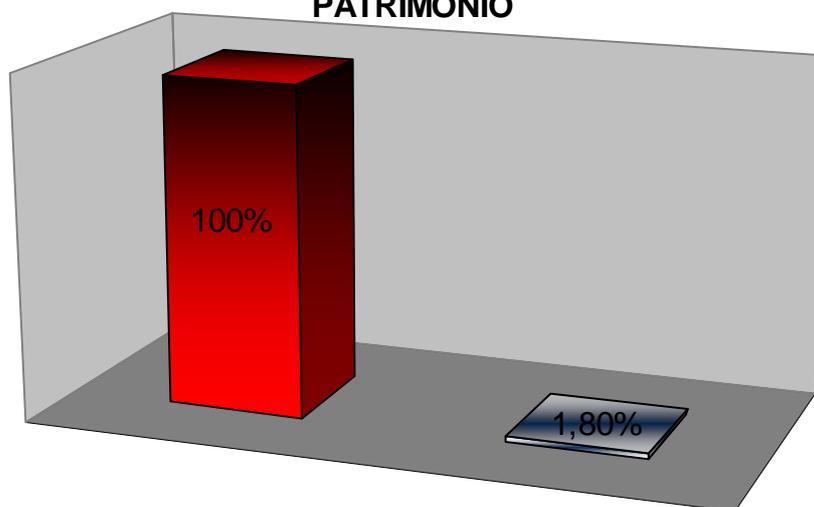
RAZÓN SOCIAL	VENTAS 2005	VENTAS 2004	VENTAS 2003	TOTAL ACTIVO 2005	PATRIMONIO 2005
ECUADOR BOTTLING COMPANY CORP.	\$ 171.245.305	\$ 160.568.649	\$ 170.668.857	\$82.436.087,04	\$33.466.244,62
ECUATORIANA DE REFRESCOS S.A. ECUREFSA	\$ 13.207.412	\$ 14.139.222	\$ 26.939.752	\$7.140.751,28	\$601.724,26

⁷¹ Datos obtenidos del Señor José Román, presidente de BEGAZUAY al momento de la infracción hasta su quiebra, en el mes de noviembre de 2006.

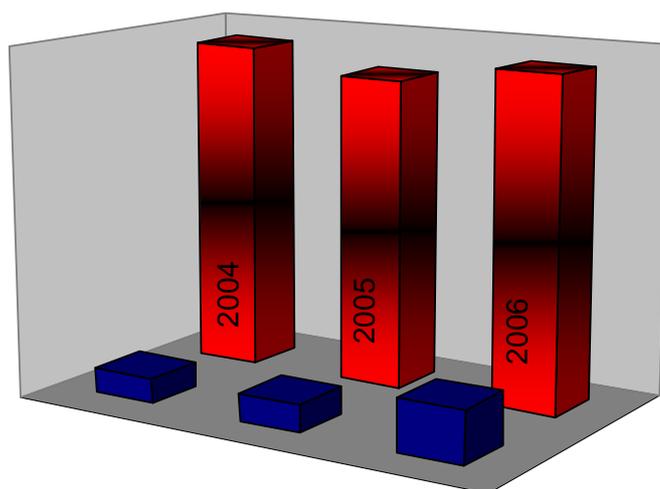
Las ventas de la EBC, en los últimos tres periodos contables, superan entre 6 y 7 veces a las ventas realizadas por su competidora directa. De igual manera sucede con los activos y el patrimonio de la EBC donde las diferencias son gigantescas.⁷²

Coca-Cola & Pepsi

PATRIMONIO

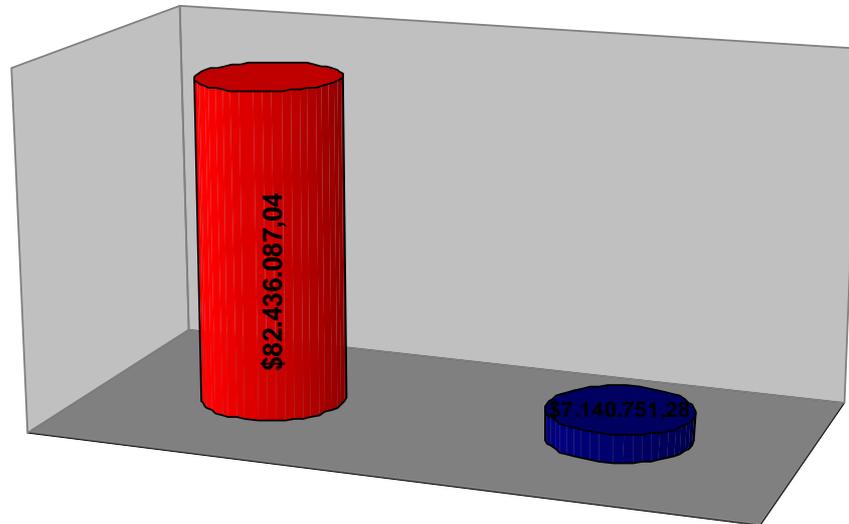


VENTAS COCA-COLA & PEPSI



⁷² Datos obtenidos de Mónica Vergara, representante de la revista de análisis económica EKOS, en el mes de noviembre de 2006.

TOTAL ACTIVO



La clave de la competencia en éste mercado esta en cubrir la necesidad del producto que tiene los vendedores, que en aquel entonces y por la misma idiosincrasia del mercado eran los detallistas.

No es claro entonces, con base a los números reales que hemos revisado, que EMPROSUR poseía una posición de dominio en el mercado de las colas en la zona geográfica conocida como Austro.

CAPÍTULO IV

APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA ANDINAS EN EL CASO PEPSI v. COCA-COLA

El estudio detallado del caso nos ha permitido ver de manera clara que los actos realizados por la compañía EMPROSUR S.A. fueron desde todo punto de vista desleales e injustos. Sin embargo, existieron opiniones diversas en los juzgadores, lo que finalmente no permitió que las actuaciones sean sancionadas pues no existe mayor conocimiento sobre esta materia. Sobre todo, no existe una legislación que pueda sancionar debidamente estas actuaciones anticompetitivas, es decir que pueda castigar a los infractores más allá de la imposición de un pago pecuniario e imponerles obligaciones y restricciones que permitan mejorar las condiciones de competencia en el mercado objeto de estudio.

1. JUZGAMIENTO Y SANCIÓN DEL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE Y DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL MERCADO CON BASE A LA DECISIÓN ANDINA 608 Y 616

A partir del 15 de julio del 2005, con la expedición de la Decisión 616⁷³ es aplicable en el Ecuador la Decisión 608 referente a la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina. La Decisión 608 entrañaba un error en su texto, daba un plazo de tiempo al Ecuador para que decida aplicarla y se señalaba que su vigor dependería de la publicación de la misma en el Registro Oficial de Ecuador. Como sabemos el derecho comunitario es de aplicación directa y por tanto es solamente necesaria la publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

⁷³ Artículo 4.- La Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina entrará en vigencia, para la República del Ecuador, a partir de la publicación de la presente Decisión en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. (publicada 25 de julio de 2005)

La Decisión comunitaria 608 presupone la existencia de una autoridad nacional que permita la aplicación de la normativa andina y viabilice los estudios realizados por el Comité Andino de Defensa a la Libre Competencia. La mencionada autoridad y una ley interna lamentablemente aún no existen, por lo cual esta Decisión es actualmente inaplicable en el Ecuador, sin embargo, la manera en que estas van a redactarse o funcionar es intrascendente para nuestro análisis pues como sabemos las normas derivadas, de derecho comunitario, son de aplicación directa e inmediata.

Al respecto el profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 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.”⁷⁴

La aplicabilidad directa de las normas de derecho comunitario se deriva de las normas positivas de su ordenamiento. El Tratado de la Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, codificado en la Decisión 472, en vigencia desde el 25 de agosto de 1999, en su primer capítulo manda que “Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas”⁷⁵. Además las normas del derecho comunitario andino “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.”⁷⁶ Para lo cual los países miembros estarán obligados a “adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el

⁷⁴ Tribunal Andino de Justicia. TESTIMONIO COMUNITARIO. Quito, 2004. Pág. 235.

⁷⁵ Artículo 2

⁷⁶ Artículo 3

cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”⁷⁷.

Es pertinente entonces determinar si en aplicación de la Decisión 608, sobre lo cual no han existido ningún caso hasta el día de hoy, los actos ejercidos por la empresa cuencana EMPROSUR S.A. constituirían abuso de la posición dominante en el mercado y competencia desleal, si se hubieran suscitado en el 2005.

En ese sentido, en concordancia con lo ya señalado, el artículo 9 de la Decisión señala que se entenderá que un agente económico tiene posición de dominio en el mercado relevante, cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad.

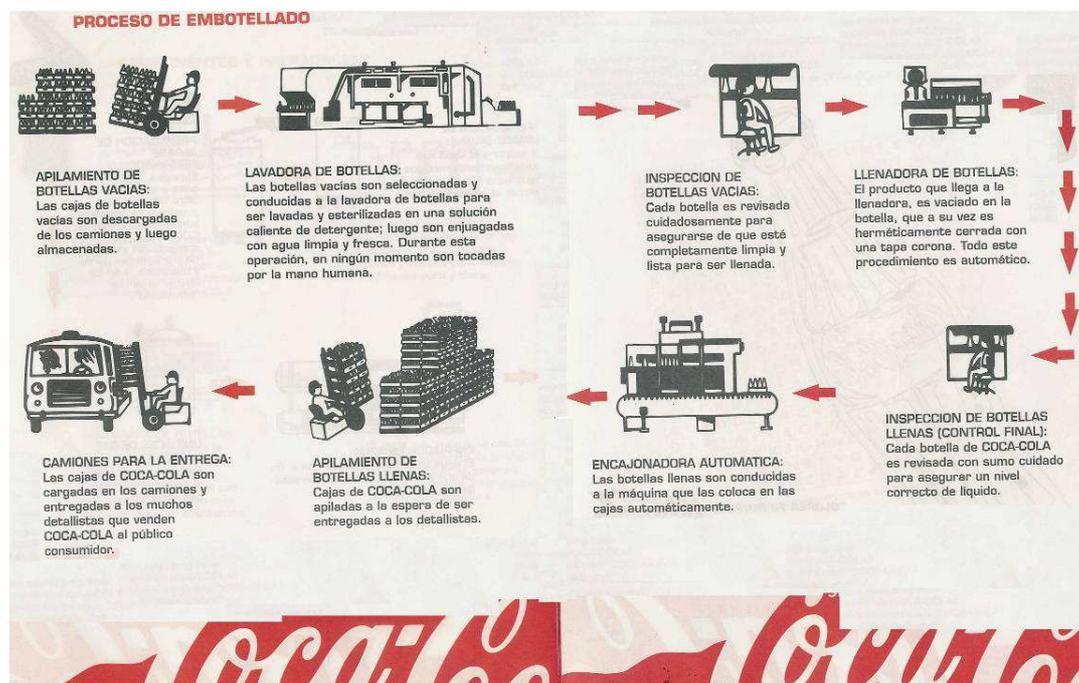
Ahora bien, esta posición de dominio se puede tornar abusiva cuando gracias a ésta se excluya la permanencia de otro competidor alterando el normal desenvolvimiento del mercado, sin embargo de lo cual no se debe dejar de evaluar los posibles efectos beneficiosos que generen estas prácticas.⁷⁸

El artículo 8 de la Decisión, en su literal g, determina que se presumirá que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado las conductas que impidan o dificulten la permanencia de competidores en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

⁷⁷ Artículo 4

⁷⁸ García, Ernesto. DEL ABUSO DEL DERECHO AL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002. Pág.397.

El romper la botellas, de la empresa competidora, es una práctica abusiva excluyente, si se la realiza sabiendo que las botellas tienen un costo mayor al valor de venta al público, que su precio se amortiza y tiene sentido de ser pagado únicamente si las botellas son re utilizadas, que en ese sentido su empresa tiene realizada una gran inversión en maquinaria de lavado de botellas que ya han sido consumidas y devueltas, como consta del gráfico del proceso de embotellado entregado por Daniela Donoso Coordinadora del Centro de Información al Consumidor de Ecuador Bottling Company Corp.- EBC.



El precio actual de una botella de vidrio de la Coca-Cola de un litro un cuarto es aproximadamente 50 centavos de dólar, el contenido tiene un costo aproximado de 12 centavos, el embotellarlo⁷⁹ tiene un costo de 22 centavos y su precio de venta al público es de 60 centavos. Basados en estos números vemos que el costo real de la botella de Coca-Cola es 84 centavos, valor superior al que se vende al público, por lo que es evidente

⁷⁹El proceso de embotellamiento consta de la recolección, lavado, inspección, llenado, encajonamiento y control de calidad.

la necesidad de rebasarlas al menos por dos ocasiones para recupera lo invertido.⁸⁰

El informe pericial, entregado por los peritos dentro del juicio, determina que durante el periodo de la infracción la empresa BEGAZUAY tuvo que incurrir en la compra de 186.209 envases y 105.091 jabs, lo cual significó la perdida del 45% de la capacidad de distribución de la empresa aún con las cuantiosas compras que se realizaban. Los cálculos realizados por los peritos señalan perdidas de hasta 336.000 dólares.⁸¹

El poder de mercado de Coca-Cola no esta únicamente determinado por su participación dominante, la cual es innegable, sino también por las barreras de permanencia que puede imponer a sus competidores sin que estos las puedan repeler ni contrarrestar⁸².

Esta barrera fue aplicada en contra de BEGAZUAY dejándola sin la posibilidad de competir en los canales de distribución de mayores rubros. Los detallistas tampoco pueden hacer nada en contra de estas prácticas ya que requieren cubrir una necesidad de dotación del producto de manera oportuna y suficiente.

El mercado se vió afectado por la salida de un competidor importante pues finalmente solo la competencia genera eficiencia en el mercado, igualmente por que estas prácticas desalientan la incursión de otras empresas pues el mercado no permite la libre concurrencia. Desde ningún punto de vista los

⁸⁰ Datos obtenidos, por intermedia persona, del Señor Pablo Mucarsel Gerente Comercial de EBC.

⁸¹ Informe pericial entregado por Bolívar Iñiguez Ponce al Juez Sexto de lo Civil del Azuay de 27 de abril de 1995.

⁸² La Súper Intendencia de Industria y Comercio Colombiana, con resolución 27463 del 27 de agosto del 2001, en el caso INDUGA, determino que el abuso de la posición dominante dentro de un mercado puede ser determinado si se demuestra que los competidores y consumidores no pueden repeler el acto abusivo.

actos realizados por la empresa EMPROSUR pueden producir un beneficio al mercado relevante, es más, estas prácticas lo han mal logrado.

Considero que los datos estudiados dejan claro que la empresa EMPROSUR, embotelladora de Coca-Cola, impidió la permanencia de BEGAZUAY en el mercado, por razones diferentes a la eficiencia económica, abusando de su posición de dominio.

En cuanto a la sanción de estos actos desde la perspectiva de la competencia desleal, considero que también deben ser juzgados dentro de la esfera del derecho de la competencia ya que tuvieron un efecto directo en el mercado. Además por que no es coherente que se puedan o deban dividir las acciones en civil y de competencia.

El artículo 7⁸³ de la Decisión 608, en sus literales b y d, determina que se presume que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, los actos tengan el propósito de restringir la oferta y que busquen impedir la permanencia de competidores en el mercado.

Como ya se demostró, los actos de EMPROSUR lograron restringir la oferta de colas en el Ecuador y de hecho lograron también la posterior quiebra de BEGAZUAY.

2. COMPROMISOS, MEDIDAS CAUTELARES Y SANCIONES

Considero que este tema es crucial, la posibilidad de que las empresas presuntamente infractoras puedan realizar compromisos con la Secretaría General de la CAN y que los agentes económicos afectados puedan pedir

⁸³ Artículo 7.- Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:
b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;
d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado;

la imposición de medidas cautelares son medulares en la línea de permitir un breve arreglo de las imperfecciones suscitadas en un determinado mercado. Además, la existencia de una verdadera sanción de competencia, más allá del pago de daños pecuniarios, evaluando el mercado y determinando que prácticas deben ser cambiadas y cuales deben ser vigiladas en función de mantener el mercado de manera saludable, es imprescindible.

2.1 Compromisos

La Decisión 608⁸⁴ trae consigo la peculiaridad de permitir al agente económico, presunto infractor, la posibilidad de presentar un compromiso voluntario, a la Secretaría General, donde se obligue a terminar con la conducta objeto de la investigación, donde además deberá determinar de manera puntual la manera y plazos en que va a realizarlo.

⁸⁴ Artículo 27.- Si dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha de publicación de la Resolución que da inicio a la investigación, el agente económico reclamado ofrece un compromiso voluntario con arreglo al cual conviene en cesar la conducta objeto de investigación.

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

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

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

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

Artículo 29.- De aceptarse un compromiso, la Secretaría General requerirá a las partes comprometidas que suministren trimestralmente información relativa al cumplimiento del mismo y que permita la verificación de los datos pertinentes. En caso de incumplimiento en el suministro de información o en la ejecución de los compromisos, la Secretaría General, mediante Resolución motivada, reiniciará el proceso de investigación y aplicará medidas cautelares, sobre la base de la mejor información disponible.

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

De ser aceptado el compromiso por la Secretaría el infractor tendrá que informar trimestralmente sobre el cumplimiento de su compromiso. Cabe además la posibilidad de que el compromiso sea revisado si las condiciones del mercado relevante han cambiado de manera sustancial.

Una experiencia similar se ha tenido en la Unión Europea, con base a lo que se conoce como *comfort letters* donde mediante un arreglo informal la Comisión puede dar por terminado el caso si las partes en el litigio así acuerdan en base a la carta entregada por el infractor.⁸⁵

El instrumento andino es aún más beneficioso, de ser inteligentemente ocupado por las empresas infractoras, estas pueden eludir la imposición de las multas y el incurrir en grandes gastos procesales. Para el mercado también se presenta como una ventaja pues va a ser ágilmente atendido y los posibles efectos nocivos que existan mitigados.

2.2 Medidas Cautelares

Lo graves y urgentes que pueden ser las infracciones de competencia imponen la necesidad de que exista la posibilidad de que estas puedan ser detenidas oportunamente para que no causen más daños, hasta la emisión de la resolución, que los ocurridos hasta aquel momento.

La Secretaría General, con base a lo determinado en la Decisión 608⁸⁶ y los hechos del caso, deberá determinar el alcance y duración de la suspensión

⁸⁵ Craig, Paul. EU LAW. TEXT, CASES AND MATERIALS. Oxford, 1998. Pág.1011.

⁸⁶ Artículo 31.- En cualquier momento del trámite o de la investigación, la parte solicitante podrá solicitar a la Secretaría General, el establecimiento de medidas cautelares. La Secretaría General podrá exigir el establecimiento de una caución, contracautela o garantía para el otorgamiento de dichas medidas.

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

de la presunta infracción, así como también podrá imponer medidas diferentes encaminadas a proteger el mercado. Estas medidas, dadas en base a las competencias legales, deben cumplir con la característica de su naturaleza cautelar y temporal.

2.3 Medidas Correctivas y Sanciones

La Decisión 608 en su artículo 34⁸⁷ determina que si se constata una infracción la Secretaría General podrá disponer:

- El cese inmediato de la conducta restrictiva.
- La aplicación de medidas correctivas y/o sancionatorias
 - Cese de la práctica en un plazo determinado.
 - Imposición de condiciones u obligaciones determinadas.

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

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

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

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

⁸⁷ Artículo 34.- Si el resultado de la investigación constata una infracción a los artículos 7 u 8, la Secretaría General podrá disponer el cese inmediato de la conducta restrictiva y, de ameritarse, la aplicación de medidas correctivas y/o sancionatorias.

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

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

La Resolución de la Secretaría General, en los casos en que establezca multas, deberá indicar el monto, la forma, oportunidad y lugar de pago. La multa será hasta un máximo del 10 por ciento del valor de los ingresos totales brutos del infractor, correspondiente al año anterior a la fecha del pronunciamiento definitivo.

- o Imposición de multas de hasta un máximo del 10 por ciento del valor de los ingresos totales brutos del infractor.

El cese de la conducta restrictiva es quizás la medida correctiva más esperada por las empresas afectadas. Ésta, cimentada con el motivado criterio de la Comisión, puede tener la característica de temporalidad o inmediatez.

Existen, no obstante, infracciones cuya sanción debe ir más allá del cese inmediato o gradual de la práctica anticompetitiva. Es esta posibilidad justamente lo que hace *sui generis* a las sanciones en el derecho de la competencia. La posibilidad de imponer sanciones de hacer es, por decir lo menos, el aspecto determinante a la hora de buscar que este sea el marco regulatorio bajo el cual se quiere sancionar una práctica contraria al normal desarrollo de un mercado saludable.

Las condiciones u obligaciones que se impongan deben ser encaminadas a la reconstitución de un mercado saludable. Estas deben ser técnica y meticulosamente estudiadas para que en su afán de regularizar un mercado no lo vayan a afectar aún más.

En este respecto es pertinente mencionar el acuerdo de Coca-Cola y la Unión Europea, del 22 de marzo del 2005, donde la preocupación de la Comisión respecto a los abusos de la posición de dominio en el mercado, por parte de esta empresa, determino la imposición de un amplio acuerdo. En este acuerdo se señalo que es obligación de la Coca-Cola cambiar las prácticas comerciales donde se aproveche de su posición de dominio en el mercado de referencia. Ya no podrá establecer cláusulas de exclusividad a sus compradores, también deberá eliminar los descuentos de precios ligados a ventas, desligar las ventas de su marca Coca-Cola de la distribución del resto de sus marcas más débiles, y por último deberá permitir, en los casos

en que no haya otro refrigerador al alcance en el lugar de expendio que sea otra que la que Coca-Cola colocó, que el 30% de su capacidad total pueda ser utilizada por productos de otras empresas.

Para determinar la magnitud de las sanciones es necesario que se considere, la gravedad, el nivel y los efectos de los daños de ocurridos, el beneficio obtenido, la conducta procesal de las partes, la dimensión del mercado afectado, entre otras variables.

En cuanto a imposición de multas es importante señalar que en principio estas “se imponen a las empresas y no a sus directivos”⁸⁸. Su finalidad es disuadir a los agentes económicos de cometer prácticas anticompetitivas. Estas deben además respetar la característica de proporcionalidad y equidad como instrumento de política de competencia.

La Decisión 608 determina que las multas no podrán exceder el límite del 10 por ciento del valor de los ingresos totales brutos del infractor del año anterior a la fecha del pronunciamiento definitivo.

⁸⁸ Calvo, Alfonso. MERCADO ÚNICO Y LIBRE COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA. ED. COLEX. Madrid, 2003. Pág. 290.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Para concluir, debo señalar que éste acercamiento al derecho de la competencia, de manera especial a la competencia desleal y el abuso de posición dominante, con base en el caso Pepsi v. Coca-Cola, nos ha permitido develar la imperante necesidad ecuatoriana de tener una legislación adecuada para el control de las prácticas anticompetitivas. El Ecuador, por mandato constitucional, debe promover una economía de mercado donde se impulse la libre competencia y se sancione las prácticas anticompetitivas y distorsionadoras del mercado. El derecho civil nacional no logra abarcar temas de esta índole dejando en indefinición y en impunidad en muchos casos a actuaciones que no solo deben ser sancionadas sino además controladas y limitadas.

Es importante tomar en cuenta que los sistemas jurídicos deben ser eficaces y eficientes pues estos están en continua competencia, las posibilidades que se pueden presentar en otras legislaciones a posibles inversionistas y sus negocios son situaciones que hay que tomar muy en cuenta. Tan importante como la protección de los derechos humanos en un estado social de derecho es también la de protección del mercado y la limitación de prácticas comerciales desleales, no solo por los efectos que éstas pueden tener en un mercado, sino también, por la incidencia que finalmente tienen en el desarrollo de un país.

El derecho comunitario andino ha buscado establecer una base homogenizadora en cuanto al tema, sin embargo considero que esta no es suficiente ni ha abarcado todos los tópicos que debería. Ha dejado fuera sin razón alguna al control de las fusiones empresariales siendo esta una pieza medular en la defensa de la competencia y el control del mercado. La falta de autoridad competente, para el juzgamiento de estos casos, en Ecuador y

Bolivia ha dificultado enormemente un avance real a nivel regional, sin embargo Perú, Venezuela y Colombia han logrado importantes progresos en el control de la competitividad de sus mercados internos.

Los abogados y jueces nacionales, en el proceso estudiado, demostraron como los conceptos de competencia desleal y protección al libre mercado son muy poco conocidos y entendidos. Así, muchas veces citan en sus alegatos y fallos convenios *anti dumping* cuando este concepto pertenece a otra rama del derecho y sirve para controlar y sancionar otro tipo de actividades. Además existe un impreciso estudio del derecho internacional y comunitario, para 1994 cuando se presentó la demanda se pudo haber pedido la aplicación de la decisión andina 285 con base al principio de aplicación directa del derecho comunitario, cimentando la petición además en el principio de tutela judicial efectiva presentando la demanda al juez ordinario dado que es este el que debe resolver los casos que no tiene ningún tramite especial.

Para el juzgamiento de las prácticas anticompetitivas es de importancia el desarrollo de una base legal nacional que adopte los lineamientos que la doctrina y jurisprudencia internacional han ido fijando. El manejo de una casuística en este tema es esencial ya que las resoluciones que se tomen pondrán en alerta a los empresarios sobre las actuaciones que no pueden ser realizadas. Conjuntamente es imprescindible la creación de una autoridad nacional, la cual considero debe formar parte de la Superintendencia de Compañías por su experticia en el manejo de compañías y porque la inversión en la creación de esta unidad no le significarían al estado un gran esfuerzo económico.

La determinación del mercado relevante es primordial para el juzgamiento de las prácticas anticompetitivas, al respecto la autoridad nacional competente deberá ser conformada por un cuerpo técnico, jurídico y

económico instruido en este tema, se deberá hacer uso de expertos en el mercado donde se haya realizado la infracción.

Considero que la competencia desleal, en el caso de que cause efectos directos en el mercado, debe ser juzgada bajo el marco jurídico del derecho de la competencia, aprovechando así las sanciones que éste posee. Son justamente los compromisos y las restricciones que se imponen a las empresas lo que hace posible que las éstas cambien sus conductas comerciales en provecho de los proveedores y consumidores afectados.

BIBLIOGRAFÍA

Abanto, Manuel. EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA. Ed.SM. Perú, 1997.

Acción de Incumplimiento de la Comunidad Andina. Caso Ecuador. 1-AI-96 Acápito XI.

Acosta, Alberto. LIBRE COMERCIO, MITOS Y REALIDADES. Ed. ABYA YALA. Quito, 2004

Alessandri, Somarriva y Vodanovic. DERECHO CIVIL, Tomo Segundo. Conosur Ltda. Santiago, 1991.

Artigas, Zulmari. ACUERDOS HORIZONTALES. Documento de la Superintendencia para el la promoción y protección de la libre competencia venezolana. Página visitada en noviembre del 2006.
<http://www.procompetencia.gov.ve/acuerdoshorizontales.html>

Atilio, Alterini. TEMAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL. Ediciones argentinas. Bs.Aires, 1995.

Autoridad Reguladora de la Competencia de Jersey. JCRA'S GUIDELINE. Página visitada en noviembre de 2006.
<http://www.jcra.je/pdf/050808%20Competition%20guideline.%20Cartels.pdf>

Bingam, Anne. IMPORTANCIA DEL DERECHO ANTITRUST EN EL CUIDADO DE LA SALUD. Departamento de Justicia de los Estados Unidos de Norte América. <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/0114.htm>
Visitada en noviembre del 2006.

Calvo, Alfonso. MERCADO ÚNICO Y LIBRE COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA. ED. COLEX. Madrid, 2003.

Cevallos, Victor. LIBRE COMPETENCIA DERECHO DE CONSUMO Y CONTRATOS. Ed. Jurídica del Ecuador. Quito, 2001.

Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia .Diario Oficial n° C 372 de 09/12/1997.

Craig, Paul. EU LAW. TEXT, CASES AND MATERIALS. Oxford, 1998.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Ed.Drisky. Bs. Aires, 1999.

García, Ernesto. DEL ABUSO DEL DERECHO AL ABUSO DE AL POSICIÓN DOMINANTE. Universidad Externado de Colombia. Bogota, 2002.

Graciela, Messina. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA ERA TECNOLÓGICA. ABELEDO PERROT. Bs. Aires, 1997.

Immenga, Ulrich. EL MERCADO Y EL DERECHO. Ed.Triant lo Blanch. Valencia, 2001.

La Súper Intendencia de Industria y Comercio Colombiana. Resolución 27463 del 27 de agosto del 2001, en el caso INDUGA.

Leyva, Delio. DE LAS RESTRICCIONES, DEL ABUSO Y DE LA DESLEALTAD EN LA COMPETENCIA ECONÓMICA. Cámara de Comercio de Bogota. Santa Fe de Bogota, 1998.

Marcos, Francisco. Estudio Comparativo de la Legislación Vigente en el Ecuador y a Nivel de la Comunidad Andina, de Conformidad con las Normas Comunitarias de Política de Competencia. 2006.

Mochón, Francisco. PRINCIPIOS DE ECONOMÍA. Mc Graw Hill. Madrid, 1995.

North, Douglas. EL ASCENSO DEL MUNDO OCCIDENTAL 1500^1700. www.cepchile.cl/dms/archivo_1851_1170/rev34_north.pdf. Visitada en noviembre de 2006.

Polo, Miguel. TEORIA DEL MODELO SOCIAL EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA. Universidad Javeriana. Colombia, 2002. <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-13.pdf>
Visitada en noviembre de 2006.

Ripon College. ANTITRUST. Página visitada en noviembre del 2006. <http://www.ripon.edu/Faculty/bowenj/antitrust/stdoilnj.htm>

Sessarego, Carlos Fernández. ABUSO DEL DERECHO. Ed.Astrea, Bs. Aires, 1992.

Smith, Adam. AN INQUIRY INTO NATURE AND CAUSES OF THE WEALTH OF NATIONS. Reimpresión de Obras Completas, tomo IV. Aalen, 1963

Stiglitz, Joseph. EL MALESTAR EN LA GLOBALIZACIÓN. Ed Taurus. Argentina, 2002.

Troya, José Vicente. DERECHO DE LA COMPETENCIA. Revista de Derecho Foro, Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2003.

Wikter, Jorge. DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA EN EL TLCAN. Ed. Porrúa. Mexico D.F. 2003.

ANEXOS

DEMANDA

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

**SENTENCIA DE
PRIMERA
INSTANCIA**

**SENTENCIA DE LA
CORTE SUPERIOR DE
JUSTICIA**

VOTO SALVADO

**SENTENCIA DE LA
CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA**