

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Colegio de Jurisprudencia**

**LA APLICACIÓN POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA DE  
CONTROL DE PODER DE MERCADO EXTRATERRITORIAL DEL  
DERECHO DE COMPETENCIA ECUATORIANO AL MARCO DE UNA  
ECONOMÍA GLOBALIZADA.**

**José Elías Gallegos Nader**

**Sophía Espinosa Coloma, JDS, Directora de Tesis**

Tesis de grado como requisito para la obtención de título de abogado

Quito, Julio de 2014

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Colegio de Jurisprudencia**

**HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS**

***“La aplicación por parte de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado extraterritorial del derecho de competencia ecuatoriano al marco de una economía globalizada.”***

**José Elías Gallegos Nader**

Dr. Vladimir Villalba  
Presidente del Tribunal

Dra. Sophia Espinosa  
Directora de Tesis

Dr. Dunker Morales  
Informante

Dr. Luis Parraguez  
Decano del Colegio de Jurisprudencia

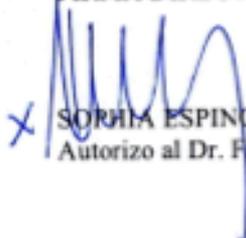
The image shows four handwritten signatures in blue ink, each positioned over a horizontal dotted line. The signatures are: 1. A stylized signature for José Elías Gallegos Nader. 2. A signature for Dr. Vladimir Villalba. 3. A signature for Dra. Sophia Espinosa. 4. A signature for Dr. Dunker Morales. The signature for Dr. Luis Parraguez is not clearly visible, appearing as a faint scribble.

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO  
EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA  
TESINA/TITULO: **La aplicación por parte de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado extraterritorial del derecho de competencia ecuatoriano al marco de una economía globalizada.**

ALUMNO: José Elías Gallegos Nader  
EVALUACIÓN:

1. a) Importancia del problema presentado. El Derecho de Competencia es una rama nascente en el Ecuador, por lo que se requiere profundizar en el estudio y análisis de la norma, con el fin de que su aplicación se dé de la forma más eficiente y en función del bien jurídico protegido. Actualmente, vivimos en una economía globalizada, en donde, prácticamente no existen fronteras, de ahí que la problemática planteada por el estudiante es de gran importancia. De esta manera, el estudio analiza la aplicación extraterritorial del Derecho de la Competencia, tema de alto interés, en razón de que representa problemas que no han sido solventados íntegramente por ninguna nación.
2. b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador. La hipótesis planteada en este estudio es sin dudas interesante y trascendente. El estudiante plantea "la necesidad de regular normativamente la aplicación extraterritorial de la LOCRPM, regulación que estará sujeta a la interconexión de las partes, relevancia y eficacia de la ejecución de la acción." Esto se fundamenta en el hecho de que la normativa actual no establece criterios ni parámetros de regulación suficientes para la aplicación extraterritorial de la norma, lo que genera incertidumbre. El estudiante considera que la determinación de ciertos criterios permitirá que la norma sea aplicada de forma efectiva de darse el caso.
3. c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados. Los documentos empleados son suficientes y pertinentes. El estudiante ha realizado una profunda investigación tanto doctrinaria como jurisprudencial. Cabe recalcar el uso de sentencias fundamentales en el área, mismas que el estudiante ha logrado ubicarlas para realizar el análisis de los textos originales. La investigación realizada para este trabajo es sin duda meritoria y de calidad.
4. d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada). La investigación sigue una estructura consistente y sólida. Los argumentos han sido planteados con claridad y suficiencia. Para la comprobación de su hipótesis el estudiante ha realizado un análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial adecuado. El estudiante realiza un análisis suficiente que le permite identificar los problemas y posibles soluciones ante la problemática planteada.

FIRMA DIRECTOR:



SORHJA ESPINOSA COLOMA, J.S.D.

Autorizo al Dr. Farith Simon a firmar por mí.

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:



-----

Nombre: José Elías Gallegos Nader

C. I.: 1712078201

Fecha: Julio de 2014



*A José Iván y Nazira por su ejemplo.  
A Luis Miguel, Daniel y Juan Martín por ser mis contrapesos.  
A Isabel... mi zen.*

## RESUMEN

La integración de la economía internacional ha sido generada por la cada vez más alta globalización del mundo en el que vivimos. Cada vez la interrelación y la dependencia es mayor a nivel mundial ocasionando situaciones donde los efectos de una conducta generada a miles de kilómetros de distancia puede dar lugar a una distorsión en el mercado ecuatoriano. De esta manera, varias jurisdicciones han desarrollado su normativa de competencia y han extendido la misma para evitar, detener y sancionar los efectos desplegados por conductas generadas fuera de su jurisdicción. Pero esta extensión ha sido limitada por el desarrollo jurisprudencial y normativo, entendiéndose que las limitaciones son necesarias en el correcto y responsable ejercicio extraterritorial de la normativa de competencia.

La Ley Orgánica de Regulación de Control de Poder de Mercado no es una excepción, amparando bajo el artículo 2 la posibilidad de sancionar conductas extranjeras que puedan o produzcan efectos perjudiciales dentro del mercado ecuatoriano. En esta tesina, analizaremos el alcance del artículo 2 de la norma antes mencionada y luego de un análisis de derecho comparado de la jurisprudencia más relevante en el tema, propondré una serie de recomendaciones; ante la imperativa necesidad de una regulación.

## **ABSTRACT**

The international economic integration had been a well-known effect of globalization. The interrelation and dependency in different economies around the globe is higher and stretcher. Producing a distinct situation, where the effects of a conduct can reach and influence a market situated in another continent. Therefore, various jurisdictions had developed different institutions that extend the reach of the jurisdictional prevention, control and sanction of a conduct outside its territory. However, parallel to the deepening of the extension, the limitations had also been strengthen in order to achieve a responsible exercise of extraterritorial jurisdiction.

The Ley Orgánica de Regulación de Control de Poder de Mercado includes the possibility of initiating administrative proceedings to sanction foreign conducts that produce a detriment in Ecuadorian markets. Thus, this dissertation will analyze the scope of the article 2 of the law and by analyzing the uttermost jurisprudence in the subject. Subsequently, I will propose a series of imperative recommendations, which will limit the unavoidable extension of jurisdiction.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>RESUMEN .....</b>	<b>VI</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>VII</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO 1 PRINCIPIOS RECTORES DE LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA JURISDICCIÓN .....</b>	<b>12</b>
1.1 PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD .....	18
1.2 COMITY .....	19
1.2.1 LIMITACIONES DE LA CORTESÍA POSITIVA.....	26
1.2.2 APROXIMACIÓN AL CASO TIMBERLANE.....	26
1.3 CONCLUSIÓN .....	29
<b>CAPÍTULO 2. APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DEL DERECHO DE COMPETENCIA EN ESTADOS UNIDOS .....</b>	<b>29</b>
INTRODUCCIÓN.....	29
2.1 DOCTRINA DE LOS EFECTOS .....	30
2.1.1 APROXIMACIÓN AL CASO :UNITED STATES V. ALUMINIUM Co. OF AMERICA (ALCOA) .....	31
2.2 NORMATIVA AMERICANA .....	36
2.2.1 FOREIGN TRADE ANTITRUST IMPROVEMENT ACT .....	36
2.2.2 RESTATEMENT OF THE LAW THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES .....	39
2.2.3 ANTITRUST ENFORCEMENT GUIDELINES FOR INTERNATIONAL OPERATIONS .....	40
2.3 APROXIMACIÓN AL CASO HARTFORD FIRE INS. CO. V. CALIFORNIA .....	42
2.4 APROXIMACIÓN AL CASO: US v. NIPPON PAPER INDUSTRIES .....	46
2.5 APROXIMACIÓN AL VITAMIN CARTEL: CASO EMPAGRAM S.A v. F.HOFFMAN-LA ROCHE, LTD. ....	48
2.6 CONCLUSIÓN .....	54
<b>CAPÍTULO 3. APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DEL DERECHO DE COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD EUROPEA.....</b>	<b>54</b>
INTRODUCCIÓN.....	54
3.1 TEORÍA DEL “SINGLE ECONOMIC ENTITY” .....	56
3.2 ACERCAMIENTO AMERICANO.....	57
3.3 ACERCAMIENTO DE LA COMUNIDAD EUROPEA .....	61
3.3.1 ACERCAMIENTO A LOS CASOS DYESTUFFS : IMPERIAL CHEMICAL INDUSTRIES LTD.v. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES.....	62
3.3.2 ACERCAMIENTO AL CASO: INSTITUTO CHEMIOTERAPICO ITALIANO S.p.A y COMMERCIAL SOLVENTS CORPORATION v. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES.....	66
3.4 ACERCAMIENTO A LA DOCTRINA DE LOS EFECTOS EN LA COMUNIDAD EUROPEA: WOOD PULP.....	69

3.5 APROXIMACIÓN AL CASO INTEL .....	74
3.6 APROXIMACIÓN AL CASO BOEING/ MCDONNEL.....	77
3.7 CONCLUSIÓN .....	81
<b>CAPÍTULO 4. APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA NORMATIVA DE COMPETENCIA ECUATORIANA .....</b>	<b>82</b>
INTRODUCCIÓN.....	82
4.1 ALCANCE DEL ARTÍCULO 2 DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO .....	84
4.1.1 PROBLEMAS NORMATIVOS.....	92
4.2 DECISIÓN 608 DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES .....	94
4.3 OTROS CONVENIOS SUSCRITOS.....	97
4.3.1 APROXIMACIÓN A LAS CLAUSULAS RELEVANTES DEL ACUERDO ENTRE EL TRIBUNAL DE LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA DE CHILE Y LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE PODER DE MERCADO DEL ECUADOR PARA LA COOPERACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y/O REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO Y SU COMPARACIÓN A OTROS CONVENIOS .....	98
4.3.2 APROXIMACIÓN Y COMPARACIÓN AL TÍTULO VII DEL CONVENIO QUE ESTABLECE UNA ASOCIACIÓN ENTRE LA COMUNIDAD EUROPEA Y SUS MIEMBROS Y LA REPÚBLICA DE CHILE. ....	102
4.3.3 PROBLEMAS ENCONTRADOS .....	103
4.5 CONCLUSIONES/ RECOMENDACIONES .....	112
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>120</b>
<b>PLEXO NORMATIVO .....</b>	<b>124</b>
<b>JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>125</b>

## INTRODUCCIÓN

Las fronteras hoy en día son meras referencias geográficas al momento de definir ciertos mercados. La creciente globalización y los avances tecnológicos han perpetrado su alcance en casi todos los ámbitos comerciales a nivel mundial. La agresividad y exponencialidad de los efectos desplegados por la misma han ido consolidando la alta interconexión entre los operadores económicos, los mercados y los consumidores; relegando a segundo plano la división territorial geográfica de los Estados. Hoy en día, las decisiones pueden ser tomadas a miles de kilómetros de distancia y sus efectos serán propagados casi con la misma velocidad a la cual viajó la toma de decisión. Se pueden realizar reuniones simultáneas en Shanghai, Paris y Quito. La inter-conectividad no solo es una herramienta de negocio si no conduce el tempo a la cual se mueven los mismos a nivel global.

Los operadores económicos en sus planes de crecimiento buscan y buscarán la extensión del alcance de sus productos o servicios, y que mejor que la extensión cruce las fronteras de su domicilio. Ante la constante búsqueda de un crecimiento económico por parte de los operadores, el derecho de competencia ha procurado mantener el equilibrio en los mercados entre todos los operadores económicos, protegiendo al beneficiario final de toda la red comercial; el consumidor. Varios Estados han desarrollado extensa jurisprudencia y norma en el tema, sancionando conductas que hayan distorsionado el mercado, siempre y cuando el operador económico se encuentre dentro de las fronteras del Estado.

Pero en ese preciso momento, donde el crecimiento transfronterizo se materializa y los efectos de los actos que se producen en un determinado lugar se sienten, para bien o para mal, en una serie de distintos lugares; comienza a surgir uno de los problemas más grandes que se han presentado en el derecho de competencia y hasta el día de hoy no se ha logrado un consenso que dirima los mismos. La facultad jurisdiccional del Estado se ve obstaculizada por las fronteras que lo limitan, aun así, a lo largo del último siglo de desarrollo doctrinario y jurisprudencial los estados se encontraron ante la necesidad de expandir el alcance de su facultad jurisdiccional por fuera de su territorio. Evitando de esta manera que las barreras geográficas promuevan la impunidad de la responsabilidad del actor, o en este caso del operador económico.

Aun así, la posibilidad de que el Estado actúe por fuera de su territorio no es sinónimo de facilidad. Por el contrario las complicaciones con las cuales los Estados se encuentran hasta el día de hoy son considerables. Sin embargo, la necesidad de detener y/o sancionar la

conducta que ha sido cometida por fuera del territorio ha sido tomada de distintas maneras a lo largo del desarrollo que se ha producido en la materia. Donde en un principio el sometimiento de a la normativa a un operador económico estaba ampliamente ligada a la amplísima discrecionalidad del órgano regulador, el cual actuaba avasalladoramente y consideraba únicamente sus propios intereses. Acercamiento que a lo largo de los años fue modificándose en dos distintos aspectos: en primer lugar se intentó promover regulaciones en relaciones bilaterales o multilaterales con la finalidad de integrar los intereses de las partes en segundo lugar en caso de ausencia de tratados se previó regular la actuación extraterritorial del órgano regulador aportando una aproximación consensual entre los intereses y los problemas a los cuales las partes se encontraban. De esta manera las regulaciones concebidas en la norma o en la jurisprudencia limitaban la arbitrariedad y envolvían a la causa de una mayor importancia al pasar por los filtros previstos.

La normativa ecuatoriana en su artículo segundo plasma la facultad de sancionar a los operadores económicos nacionales o extranjeros que hayan distorsionado el mercado ecuatoriano. Sin duda es una facultad necesaria en estos tiempos, pero la historia ha demostrado que la regulación es imperativa y por la misma razón consideramos que es absolutamente necesario que existan regulaciones que eviten la completa discrecionalidad de la Superintendencia. Lo cual nos introduce al planteamiento de la hipótesis del presente estudio; la necesidad de regular normativamente la aplicación extraterritorial de la LOCRPM, regulación que estará sujeta a la interconexión de las partes, relevancia y eficacia de la ejecución de la acción.

Con la finalidad de probar la hipótesis planteada dividiré el estudio en 4 capítulos. El primero situará la temática analizando de manera breve los principios rectores que rigen la aplicación extraterritorial de la norma, así como los elementos principales del principio de territorialidad y el desarrollo más relevante que ha tenido. Posteriormente analizaré la institución del *Comity* o cortesía la cual fue concebida para solucionar algunos problemas que surgen en la materia, pero que hasta el día de hoy no ha surtido el efecto deseado, problemática que será materializada en el caso *Timberlane*.

En el capítulo segundo analizaré con detenimiento el desarrollo que ha tenido la temática en Estados Unidos. Sobre todo el alcance de la Doctrina de los Efectos, piedra angular que sostiene la aplicación extraterritorial de la normativa de competencia. El desarrollo de la doctrina será fundamental para sustentar la hipótesis del estudio y la mejor

manera de hacerlo es analizando la jurisprudencia y la norma que en conformidad con el avance del tiempo vieron la necesidad de regular la amplia unilateralidad de la aplicación extraterritorial de la normativa de competencia americana. Para así, sentar las bases de la necesidad inminente de regular el alcance del artículo 2 de la LORCPM.

El tercer capítulo cumple la misma finalidad que el capítulo anterior. El centro del análisis en este caso es el desarrollo de la temática en la Unión Europea, desde la teoría del *Single Economic Entity* hasta el reconocimiento de la Doctrina de los Efectos. De esta manera el análisis de la jurisprudencia es fundamental y sin duda los casos tratados son los más relevantes en el tratamiento de la temática. Los cuales enfatizan una vez más la imperativa necesidad de regular el alcance de la extraterritorial de la normativa de competencia; regulación que promoverá la eficacia de la misma.

Finalmente el cuarto capítulo analiza el alcance de la norma ecuatoriana y de los tratados internacionales más relevantes suscritos en la materia. Demostrando que el alcance de la norma es suficiente para aplicarla extraterritorialmente, pero que la suficiencia no es sinónimo de eficacia. Por lo tanto, logrando verificar la existencia de la necesidad de regular la aplicación extraterritorial de la LORCPM plantearemos una serie de recomendaciones que serán filtros condicionantes, que servirán para evitar conflictos y sobre todo aumentar la eficacia de la ejecución de la norma por parte de la Superintendencia.

## **CAPÍTULO 1 PRINCIPIOS RECTORES DE LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA JURISDICCIÓN**

La jurisdicción es la función estatal destinada a dirimir los conflictos individuales e imponer derecho<sup>1</sup> siendo una de las manifestaciones de la soberanía del Estado la cual ha sido preconcebida para limitar el ejercicio del poder por parte del Estado bajo un espectro territorial, Véscovi amplía lo dicho citando a Calamandrei; quien dice que hay dos distintas facetas: la jurisdicción para producir la norma y la jurisdicción para imponer la norma.<sup>2</sup> La jurisdicción garantiza no solo los intereses de un tercer Estado, pero garantiza la soberanía del Estado limitando la aplicación de decisiones externas, teniendo como finalidad ulterior la pacífica coexistencia entre Estados ante el establecimiento de barreras jurisdiccionales. Límites que se velarán bajo los principios del derecho internacional de la no intervención y la soberanía igualitaria entre Estados.<sup>3</sup>

La extraterritorialidad es la excepción de este presupuesto, la cual faculta jurisdiccionalmente a un Estado al sometimiento a su ordenamiento jurídico de una determinada situación jurídica situada fuera de su territorio. Al interpretar de manera literal el léxico de la extraterritorialidad la cual contempla el ejercicio de la jurisdicción sin ningún tipo de vínculo territorial, es por eso que Ryngaert considera que la extraterritorialidad es un concepto utilizado de manera correcta solo si cumple el presupuesto anterior, el ejercicio de la jurisdicción ante las actividades y bienes de personas jurídicas o naturales que no tengan vínculo territorial alguno con el Estado que vaya a ejercer jurisdicción.<sup>4</sup> Esta precisión del autor será considerada un poco forzada, ya que el concepto doctrinalmente ha sido plenamente utilizado y aceptado, sustentando en los varios títulos que citaré a lo largo de esta investigación.

Tradicionalmente se ha analizado el asunto en disputa desde la perspectiva de la jurisdicción que faculta competencia normativa; la cual esta conferida por una norma, en plena aplicación del principio de legalidad, para facultar la ejecución de determinados actos normativos. De tal manera, que la competencia facultada por norma será expresamente

---

<sup>1</sup> Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Editorial Termis, 2006.pg 99.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Cedric Ryngaert. "Jurisdiction in International Law." *Oxford University Press*. 10/1 (2008), p 6.

<sup>4</sup> *Id.*,p7.

conferida en determinadas circunstancias. Las cuales se denominan como normas de conducta las cuales tienen un carácter permisivo en la realización de ciertos actos.<sup>5</sup>

García-Castrillón contempla la posibilidad de ampliar el análisis a la competencia adjudicataria, la cual considera que están estrechamente relacionadas, pero que de manera excluyente podrían no desplegar el efecto deseado. De esta manera podrá ejercer jurisdicción el Estado que tenga una vinculación y/o afectación más directa frente al asunto<sup>6</sup>. Ampliando lo ya establecido, el Derecho Internacional Público establece que el Estado puede ejercer jurisdicción a su conveniencia, siempre y cuando no exista norma que lo prohíba basándose en principios de territorialidad, personalidad, protección o universalidad. Por el contrario que el Estado no pueda ejercer su jurisdicción a menos que exista norma que expresamente le permita.<sup>7</sup> Actualmente la mayoría de la doctrina y de los Estados sujetan su actuar en la segunda premisa, la cual faculta una actuación excepcional y responsable.

Es indispensable distinguir el concepto de jurisdicción prescriptiva y de aplicación. La primera se define como el pleno accionar competente de un Estado en su propio territorio para investigar y perseguir conductas o crímenes cometidos fuera del mismo.<sup>8</sup> Mientras tanto la jurisdicción de aplicación es el accionar de un Estado en otro para perseguir conductas tipificadas, condicionadas ante una autorización, en respeto a la soberanía del tercer Estado. Fundamentando la primera premisa del caso *Lotus*, un caso penal internacional que ha asentado un sin número de resoluciones judiciales americanas. Estableciendo en primer lugar la posibilidad de legitimar el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial cuando no exista prohibición alguna para hacerlo; por lo tanto el Estado puede establecer normas para las personas, bienes y actos que están fuera de su territorio y abre la puerta a ejercer jurisdiccionalmente estas normas. Estableciendo de igual manera que la soberanía territorial no se ve relacionada ni afectada con la jurisdicción prescriptiva.<sup>9</sup>

El autor amplía el análisis, mencionando la posibilidad de utilizar medios indirectamente territoriales para causar la conducta deseada, acotando, que esta forma de

---

<sup>5</sup>Carmen Otero, García-Castrillón. "El alcance extraterritorial del Derecho de la Competencia y su utilización como medida comercial." *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 212 (2001) cfr. Comanducci, Paolo. "Principios jurídicos e indeterminación del derecho." *Doxa*. 21/2 (1998). pp.208-209.

<sup>6</sup> *Id.*, p 5

<sup>7</sup> Cedric Ryngaert.. "Jurisdiction..." *Óp cit.* p 37.

<sup>8</sup> Isidoro Blanco Cordero. "Jurisdicción Universal". *Revue Internationale de Droit Penal*. 79/10 (2008), p101.

<sup>9</sup> <sup>9</sup> Cedric Ryngaert.. "Jurisdiction..." *Óp cit.* pg7

ejercer la extraterritorialidad podría resultar ser la más efectiva; siempre y cuando existan vínculos sustanciales y sobre todo económicos, abriendo las puertas que han sido cerradas por la extrema mentalidad positivista. Pone como ejemplo el incumplimiento de una norma nacional en el extranjero causando el inicio del aparato jurisdiccional nacional y tal manera que la obligación pecuniaria con el Estado se extinguirá con la enajenación de sus bienes en territorio nacional y hasta se podría ejecutar una prohibición de entrada al territorio nacional.

La competencia de la adjudicación, como la define Ryngaert es la potestad del Estado “... *to adjudicate, to subject persons or things to the process of its courts or administrative tribunals, whether in civil or in criminal proceedings, whether or not the state is a party to the proceedings*”<sup>10</sup> haciendo referencia a la competencia judicial más que al alcance de la norma del Estado. Por lo mismo, el órgano estatal puede tener competencia normativa sobre el asunto en cuestión pero puede no tener competencia adjudicataria en razón de la falta de puntos de conexión necesarios para sentar la debida competencia que llevará a la ejecución de la norma.

Esta resulta una aproximación adecuada al margen del acercamiento de la aplicación de la norma, ya que la ejecución de la misma no es exclusiva de las instancias judiciales, por el contrario la Superintendencia de Control de Poder de Mercado está inmersa en la atribución de conocer y resolver en última instancia sobre las infracciones establecidas en la ley y aplicará las sanciones pertinentes, tal como lo establece el numeral primero del artículo 44 de la Ley.<sup>11</sup> Estableciendo la obligación del Estado a través de la Superintendencia de defender el interés público de mantener el equilibrio en la libertad de mercado y los demás lineamientos y principios aplicables que están claramente expuestos en el artículo cuarto de la ley. Los cuales permitirán delinear un marco de principios aplicables en el control de la Superintendencia, fundamental para perseguir los objetivos que la misma ley ha descrito en fundamento con los principios generales y doctrinarios del Derecho de Competencia.

Aun así, nos encontramos ante una nueva realidad en materia de Derecho de Competencia ya que existirá sin duda una marcada divergencia en políticas de regulación e intereses económicos, haciendo que la competencia normativa no sea suficiente y que exista la necesidad de contemplar la competencia adjudicataria donde de manera esencial las

---

<sup>10</sup> *Id.*, p 8.

<sup>11</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento 555. 13 octubre de 2011. Artículo 44.

autoridades podrán investigar, recolectar evidencia, iniciar procesos y ejecutar sanciones fuera de su territorio, para el cual estaremos bajo la presencia de la institución del *Comity*, la cual será posteriormente analizada.

De tal manera que cuando Estados Unidos se enfrentó a esta problemática emitieron entre algunas normas el *403 of the Restatement (Third) of the US Foreign Relations Law* en la cual establece la necesidad de una razonabilidad jurisdiccional; donde deberá primar un análisis de derecho internacional para considerar si la extensión jurisdiccional es o no es razonable, tomando en cuenta el Estado el cual tendrá la mejor probabilidad de asentar de mejor manera y finalizar el problema. Este lineamiento establece la necesidad de pesar los distintos intereses de un Estado extranjero, para que la Corte pueda tomar en consideración el interés nacional del Estado, en varias formas ya sea en una memo diplomático, *Amicus Curiae* u otros medios oficiales.<sup>12</sup> Tomando en consideración que cuando varios intereses están en conflicto sobre un mismo asunto, existe la posibilidad de que exista un interés de un Estado que pueda ser resuelto de mejor manera y resulte suficientemente satisfactorio en distintas medidas para todas los Estados.

El Ecuador, al recién estar comenzando a aplicar la norma, no existe por el momento caso alguno, que nos permita entender el completo alcance de funcionamiento de la Superintendencia. Pero el propósito de este análisis es tener una clara visión de la dificultad en la aplicación de la norma, cuando se pretende traspasar barreras internacionales que de seguro condicionan la intervención de los Estados al pretender ampliar el alcance de la investigación y de las posibles sanciones. Es por eso que los principios del Derecho Internacional Privado son tan relevantes al contemplar relaciones entre intereses de privados y principalmente de los Estados; en especial el principio de proximidad el cual “ requiere que una cuestión sea cometida a un tribunal que no esté desprovisto de relación con ella”<sup>13</sup> concepto sumamente importante al momento de definir los factores de conexión, los cuales serán determinantes para determinar la proximidad y factibilidad de una decisión plenamente ejecutable. Este tipo de competencia no suele presentar problema alguno, en especial si existe el debido respeto y cuidado en la aceptación y la falta de cuestionamiento de la determinación de la actuación soberana del Estado a través de la autoridad; entendiendo que la soberanía

---

<sup>12</sup> Restatement(Third) of the Foreign Relations Law of the United States § 114(1987)

<sup>13</sup> Paul Lagarde, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”. *R. des C.*196/1 (1986), p.127 citado por Cedric ,Ryngaert.. “Jurisdiction...”*Óp cit.*p14.

aplicada internacionalmente ha sido vislumbrada en un completo ámbito de respeto a la soberanía de terceros Estados, la cual será condicionada de manera excepcional “ solo condicionada por los compromisos voluntariamente adquiridos mediante tratado, planteamiento que justifica las mencionadas excepciones de inmunidad de jurisdicción y de ejecución”<sup>14</sup> Para alcanzar el correcto posicionamiento jurisdiccional es indispensable considerar los puntos de conexión del caso concreto.

El Derecho Internacional Privado ha recogido un método para acercar a la realidad el conflicto en la aplicación de la norma al caso concreto, este servirá como referencia ante la problemática jurisdiccional que han enfrentado las cortes o los órganos de control, estos puntos de conexión son: los personales los cuales se fundamentan en la nacionalidad, los reales, *lex rei sitae*, los cuales están basados en la ubicación de los bienes en un país determinado, los mixtos o procedimentales las cuales siguen el aforismo *locus regit actum* aplicando la competencia del lugar que rige el procedimiento y finalmente los voluntarios.<sup>15</sup> Estos parámetros serán de suma importancia al momento de determinar la factibilidad de la aserción del posicionamiento de la jurisdicción. El acercamiento real al conflicto dará prioridad al momento de ejercer una adecuada y eficaz jurisdicción. Sería absurdo hacerlo cuando el punto conector es débil ya que aumentaría la dificultad de entablar el conflicto jurisdiccional adecuadamente; aumentado la probabilidad de producir efectos claudicantes.

Bajo el principio de nacionalidad el Estado está el derecho de ejercer su jurisdicción a sus nacionales aun cuando están fuera de sus límites territoriales; extendiéndose aun cuando el actor ha rechazado la nacionalidad o si se ha nacionalizado después de cometer el acto sancionado.<sup>16</sup> Existe, aun, una clara división de si concierne o no al derecho internacional, aun así podría nacer un conflicto de intereses entre los Estados sobre el sujeto recayendo completamente en los parámetros que conciernen al Derecho Internacional. Pero existe un problema al momento de determinar la nacionalidad de una corporación multinacional por la naturaleza inmersa de la institución; esta puede variar si tomamos en cuenta el Estado en el cual se fundó, la nacionalidad de los accionistas, ente otras muchas variantes<sup>17</sup>. Estableciendo que una multinacional puede no tener una nacionalidad exclusiva y que las actividades que realiza no están limitadas al territorio de un solo Estados.

---

<sup>14</sup> Carmen Otero García-Castrillón. "El alcance extraterritorial..." *Óp cit.* p 11.

<sup>15</sup> Luis Alfonso Caravaca y Javier Carrascosa Gonzáles. *Derecho Internacional Privado*. Comares, 2009. p 45.

<sup>16</sup> Cedric Ryngaert.. "Jurisdiction..." *Óp cit.* p 8.

<sup>17</sup> *Ibid.*

De esta manera, queda muy clara posibilidad que existan varias jurisdicciones aplicables en un mismo caso, ya que los efectos de una práctica anticompetitiva de una corporación multinacional pueden causar efectos en varios mercados de varios países, la doctrina ha llamado a este fenómeno jurisdicciones concurrentes. Este problema nace cuando normativamente existe la competencia de varios Estados, de esta manera algunos Estados podrán fundamentar las sanciones en base al principio de territorialidad mientras tanto por otro lado habrán Estados que tengan conexiones mucho más fuertes con la práctica que se pretenden sancionar estando en derecho de permitir la conducta sin la regulación a través de la intervención pretendida por terceros Estados.<sup>18</sup>

El Estado en el cual el cartel haya sido formado podrá argüir su derecho a sancionar jurisdiccionalmente, permitir la actuación del mismo o inclusive podría desmantelarlo. Así su jurisdicción prevalecerá sobre la de los otros Estados que se hayan visto afectados por el actuar del cartel. Precisamente este punto propicia los futuros conflictos jurisdiccionales, ya que por un lado estará un Estado el cual permitirá el actuar en correcto uso de su potestad jurisdiccional y por otro lado un Estado que intentará sancionar la misma conducta que ha afectado el mercado en su territorio. ¿Qué es lo que sucederá en ese caso? Como en todo suceso, el Estado que tenga la aplicación más restrictiva y fuerte y sea económicamente relevante e importante para el operador económico prevalecerá. Serán las particularidades, las cuales conjuntamente decidirán el peso de la decisión. Por ejemplo, consideremos un Estado con una economía pequeña y una aplicación extremadamente restrictiva de su normativa de competencia. En el hipotético caso de una sanción que condicione su funcionamiento, su dirección, su giro ordinario de negocio o inclusive su desmantelación o prohibición de realizar ciertos actos, la misma podría tomar la drástica decisión de cerrar cualquier tipo de operaciones en el país o detener el comercio con el mismo. Por otro lado, si consideramos características opuestas, un Estado con una economía a gran escala y realmente significativa para el operador económico con una aplicación normativa restrictiva, el cual dictase cualquier tipo de medida ya mencionada, la misma será aplicada a rajatabla para poder conservar su participación el dicho mercado; siendo la decisión más fuerte del Estado económicamente más importante la que impere en el caso que varias jurisdicciones decidan un mismo asunto. En caso de sanciones económicas, las mismas podrán darse de manera simultánea, es tema de otro análisis si la acumulación de multas podría poner en peligro la supervivencia del

---

<sup>18</sup> *Id.*, p15.

operador económico a escala global. Claro está que en el cálculo de multas se toma en cuenta la economía del operador, en general las ventas del mismo, pero no la gran acumulación que podría darse de forma posterior.

## 1.1 PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

El principio de territorialidad es uno de los pilares de la jurisdicción. El territorio en el cual está enmarcado el Estado otorgará la facultad al mismo de ejercer todas sus facultades, incluyendo el *ius punnendi* a individuos o grupos colectivos que hayan infringido la ley.<sup>19</sup> Una de las razones más lógicas que se despliegan del principio de territorialidad, es la “facilidad” de conectar procesalmente al actor, la conducta y los elementos con el efecto desplegado. Facilidad que se propicia por la competencia que tienen los organismos que se desprenden del Estado en la consecución de las pruebas, investigación y otros elementos necesarios en el proceso.

El principio de territorialidad va más allá de las razones prácticas las cuales lo sustentan. Son los límites a los cuales la ley nacional llega; los límites a los cuales el Estado puede ejercer la totalidad de sus facultades para mantener la sujeción al derecho de todos los individuos que se encuentre. Por esta misma razón el principio de territorialidad ha estado estrechamente ligado con la soberanía del Estado; en el siglo XIX se consideraba que la soberanía era casi absoluta y que la limitación de la territorialidad causaba un serio detrimento de la soberanía de la nación. Posición radicalizada por los nuevos gobiernos independientes de América donde se veía que cualquier influencia externa no solo atacaba la soberanía pero sobre todo atentaba contra su nueva posición política independiente.<sup>20</sup> Tomando en consideración el alcance de la globalización actual podemos aseverar que los grandes carteles y monopolios no operan en un territorio exclusivo. Los efectos pueden extenderse hasta los países más remotos del mapa causando afectaciones de distinta índole en distintos mercados sin la necesidad de haber estado físicamente presente en dicho Estado.

Por lo mismo hay dos acercamientos doctrinarios sobre los efectos de la territorialidad. En primer lugar la territorialidad subjetiva, la cual no concierne en este particular asunto, por la falta de un parámetro adecuado para establecer de una manera

<sup>19</sup> John Yoo, “Federal Courts as Weapons of Foreign Policy” *Hastings International and Comparative Law Review*. (1996), p 754.

<sup>20</sup> Cedric Ryngaert.. “Jurisdiction...” *Óp cit.* p 15.

adecuada el territorio de una persona jurídica que funciona en varios Estados. En segundo lugar, está la territorialidad objetiva la cual establece el inicio de la jurisdicción del Estados bajo el supuesto que la comisión de un acto en el exterior despliegue efectos negativos en el territorio<sup>21</sup>. El inciso primero del artículo dos de la LOCRPM del mercado se basa en este acercamiento el cual fundamenta la Doctrina de los Efectos la cual será analizada posteriormente. Esta visión de la territorialidad ayuda a solucionar el serio problema jurisdiccional que causa la globalización, donde las barreras geográficas muchas veces son meras líneas en el mapa que han dejado de tener la influencia de otros tiempos.

Teniendo como requisito que la conducta produzca efectos sustanciales en el territorio para que el aparato jurisdiccional comience a engranarse. Este particular tipo de acercamiento al principio de territorialidad otorga una amplia discrecionalidad para perseguir actos cometidos fuera del territorio nacional y por lo mismo debe estar debidamente regulada. Hasta 1997 las cortes americanas restringieron parcialmente la alta discrecionalidad de este principio. Estableciendo como requisito la aprobación o pronunciamiento del Congreso para que autorice la extraterritorialidad de la judicialización en el caso concreto. Pero si el Congreso americano no se ha pronunciado se toma en cuenta una derivación del principio de territorialidad que se lo ha conocido como la territorialidad defensiva; la cual se fundamenta en el supuesto que la necesidad de proteger el Estado de manera amplia incluyendo el mercado, cuando una agencia administrativa controla la compañía y finalmente cuando el acto ha sido deliberadamente cometido fuera del territorio con la finalidad de evadir la justicia y las posteriores sanciones del Estado.<sup>22</sup>

## 1.2 COMITY

*Comity* en inglés o cortesía en español, es una institución que ha detonado controversia al momento de definirla, por lo tanto encontramos una serie de definiciones de distinta índole que nos ayudarán a acercarnos al completo entendimiento de esta institución. Desautels-Stein recoge el primer acercamiento jurisprudencial a esta institución donde el juez Joseph Story reconoce que no es una obligación absoluta ni de mera cortesía hacia la otra parte, pero es el reconocimiento que hace un Estado al otro de ejercer plenamente los actos legislativos, judiciales y ejecutivos de otra nación, respetando los principios de conveniencia

<sup>21</sup> Ellen S. Podgor. "Defensive Territoriality: A New Paradigm for the Prosecution of Extraterritorial Business Crimes.". *The Georgia Journal of International and Comparative Law*. 31/1 (2002), p 10.

<sup>22</sup> *Ibid.*, Pg 10 *cf.* Hilton v. Guyot, 159 U.S. 113, 163–64 (1895).

internacional y los derechos de sus ciudadanos<sup>23</sup> con base en la conveniencia de la resolución. Estableciendo así, el amparo por el cual la institución funcionaría, siendo especialmente importante recalcar el carácter no obligatorio de la misma y la importancia del respeto de buena fe ante un fin mayor, el correcto funcionamiento de las relaciones de los Estados ante un problema.

En el español se conoce al concepto como cortesía, la cual está definida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua como la demostración o acto con que se manifiesta la atención, respeto o afecto que tiene alguien a otra persona,<sup>24</sup> recogiendo de esa manera la esencia de la conducta a un nivel de una relación micro a nivel personal. Extendiendo y concordando la definición con lo recogido con anterioridad, podemos acercarnos a un mejor entendimiento de la real necesidad de satisfacción de la conducta pretendida. Asimismo, la autora recoge también una diversidad de aproximaciones las cuales han sido definidas por el Derecho Internacional siendo estas:

*... as the basis of International law, a rule of International law, a synonym for private International law, a rule of Choice of law, courtesy, politeness, convenient or goodwill between sovereigns, a moral necessity, expediency, reciprocity or "considerations of high International politics concerning with maintaining amiable and workable relationship between nations"*<sup>25</sup>

De la misma manera Gupta lo define como “ *[the]... forbearance in the exercise of legitimate jurisdiction when another sovereign also has legitimate jurisdiction under International law*”<sup>26</sup> en propia traducción del texto es la abstención en pleno ejercicio legítimo de la jurisdicción, cuando otro Estado soberano dispone del mismo derecho jurisdiccional para hacerlo. Estableciendo en conformidad con los anteriores acercamientos , una pauta fundamental para establecer la conducta que genere los efectos deseados; una adecuada convivencia. El autor también menciona que el fundamento principal de esta actuación no es altruista; por el contrario, es practicado para obtener una futura reciprocidad , ya que si un Estado respeta y se abstiene de ejercer su jurisdicción en el asunto controvertido

---

<sup>26</sup> Justin Desautels-Stein. “ Extraterritoriality, Antitrust, and the Pragmatist Style. At War with the Eclectics: Mapping Pragmatism in Contemporary Legal Analysis.” *Michigan State Law Review*. (2007), p 7.

<sup>24</sup> Cortesía en El Real Diccionario de la Lengua <http://lema.rae.es/drae/?val=cortes%C3%ADa>

<sup>25</sup> Justin Desautels-Stein. “Extraterritoriality... *Óp cit.* p 8.

<sup>26</sup> Varun Gupta. "After Hartford Fire: Antitrust and Comity." *Georgetown Law Journal*. 84/4 (1996) pg 2.

buscará la misma conducta de su contraparte cuando lo necesite.<sup>27</sup> Interesantemente el autor describe esta pretensión como “*faith in reciprocity*”<sup>28</sup>, pero además de la reciprocidad que busca el comportamiento también se devela un respeto por los intereses relevantes y sustanciales de otros Estados. Esta definición bastante romántica contrapone directamente los intereses de los Estados, en especial los económicos. Cuando existe un eventual riesgo de detrimento de los intereses económicos de los Estados, la reciprocidad y todo el bienestar que se pretende pasará más allá del segundo plano, manteniendo y preservando los pilares que sustentan los intereses económicos que mantienen la economía de un determinado Estado.

*Organization of Economic Co-operation and Development* ( OECD ) ratifica en el reporte oficial de la institución de 1999, que no se ha definido a la institución del *comity* con la finalidad de no limitar la facultad de acción del Estado y que este pueda definir y limitar sus propias políticas.<sup>29</sup> Esta pragmática decisión de la organización pretende alcanzar más suscriptores, ya que estableciendo conceptos amplios y adaptables a cada realidad se vuelve mucho más factible el acoplamiento de las instituciones propuestas por la organización. La OECD recalca que es una política voluntaria , la cual pretende engraciar los intereses y consideraciones de otros Estados cuando estos han tomado ciertas decisiones al momento de aplicar su propia normativa de competencia; al poseer un carácter voluntario los intereses no serán contrapesados sino serán considerados por el Estado.<sup>30</sup>

De esta manera, la organización ha descrito la conducta que encaja en la acepción propuesta en dos distintas esferas, en sentido negativo y en sentido positivo. De esa manera, podemos entender que la cortesía negativa “*involves a country’s consideration of how it may prevent its law enforcement actions from harming another country’s important interests*”<sup>31</sup> prevaleciendo de esa manera la consideración de los intereses de terceros como fundamento esencial al momento de determinar la competencia. Así La tratadista García- Cano en sus comentarios sobre el acuerdo suscrito entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos relativo a la aplicación de sus normas de competencia señala que se ha comprometido a las partes, bajo la finalidad de evitar posibles conflictos a tener en cuenta los intereses esenciales y sustanciales de la contraparte al momento de aplicar su propio derecho de competencia la

---

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Id.* p 3.

<sup>29</sup> OECD, Organization of Economic Co-operative Development. *Positive Comity Official Report*. 1999. p 2-3.

<sup>30</sup> *Id.*, p 5.

<sup>31</sup> *Id.*, p 6.

cual podría tener un carácter de abstención en la aplicación del mismo<sup>32</sup>. Este punto se lo va a analizar conjuntamente con el caso *Hartford Fire*, donde la Corte consideró que la existencia de un conflicto real normativo entre jurisdicciones era una condición esencial para que la Corte tome en cuenta las consideraciones inmersas en el *comity*.

Mientras la conducta de cortesía positiva involucra según la OECD “... *a country's consideration of another country's request that it open or expand a law enforcement proceeding in order to remedy conduct that is substantially and adversely affecting another country's interests*”<sup>33</sup> manteniendo de esa manera el carácter voluntario de la aceptación de la conducta, pero en la aplicación de la misma la cooperación que se busca debe velar por la expansión del derecho de un Estado a otro; bajo un consenso y apertura óptima para facilitar la misma. García-Cano expande su comentario y dice que consta en el acuerdo como:

... una forma especial de cooperación en relación a las actividades contrarias a la competencia que tengan lugar en el territorio de una de las partes pero que afecten adversamente a intereses de otras. En este caso, la Parte cuyos intereses esenciales se encuentren afectados podrá solicitar a la otra que adopte, con arreglo a su propia legislación, las medidas que procedan en relación a las actividades anticompetitivas que se desarrollan en su territorio”<sup>34</sup>

A este acuerdo se lo considera el primer acuerdo moderno en regular y proponer expresamente a la cortesía como parte fundamental de la relación y cooperación entre Estados, aun así el concepto fue recogido mucho antes de 1991, año en el cual se firmo en acuerdo, en la recomendación de 1979 se establece que :

*[A]ny [requested country] which agrees that enterprises situated on its territory are engaged in restrictive business practices harmful to the interests of the requesting country should attempt to ensure that these enterprises take remedial action, or should itself take whatever remedial action it considers appropriate, including actions under its legislation on restrictive business practices or administrative measures, on a voluntary basis and considering its legitimate interests*<sup>35</sup>

En propia traducción, el Estado al cual se le ha solicitado la aplicación de cortesía y acepta que la compañía situada en su territorio ha realizado prácticas restrictivas que contrarían los intereses del Estado solicitante, deberá intentar que la compañía tome acciones reparatorias o por el contrario deberá tomar las medidas que considere pertinente, incluyendo acciones amparadas en su legislación que remedien la conducta o medidas administrativas, de

<sup>32</sup> Sandra García-Cano. "La cooperación internacional en el ámbito del derecho de la competencia: Especial referencia a las relaciones euroamericanas." *Universidad de Cordova*. 2013. p 6.

<sup>33</sup> OECD, Organization of Economic Co-operative Development. *Positive Comity Official Report*. 1999. p 8.

<sup>34</sup> Sandra García-Cano. "La cooperación..." *Óp cit.* p 9.

<sup>35</sup> OECD, Organization of Economic Co-operative Development. *Positive Comity Official Report*. 1999.pg10

manera voluntaria y considerando sus intereses legítimos. De esta manera, la OECD plantea de manera muy acertada la conducta que los Estados deberán tomar para que así se garantice de cierta forma velar por los intereses protegidos por un determinado Estado con base en el principio de cooperación, evitando la impunidad y el correcto alcance de la norma, dejando atrás los límites territoriales jurisdiccionales en la reparación del daño causado en su mercado. Sin duda, la cortesía pretendida reduce los riesgos de conflictos entre Estados, pero existe otra consideración a tomar en cuenta. La inclusión de la institución en las relaciones de los Estados, considerando que el único documento ampliamente descriptivo del asunto es considerado *soft law*, una mera recomendación de aplicación. De cómo se incluya la institución en el ordenamiento jurídico de cada Estado dependerá la efectividad unilateral en la relación, la cual también estará condicionada por la inclusión y aceptación de la institución en los Estados involucrados.

En 1998 se emitió un suplemento del acuerdo suscrito entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos con la finalidad de especificar y modificar ciertas cláusulas, de esa manera agrega a la cortesía positiva la solicitud de investigar o de remediar la conducta anticompetitiva, solo si el Estado solicitado lo garantiza,<sup>36</sup> extendiendo el carácter del compromiso.

Pero el fondo del suplemento es otro, como lo dice el reporte oficial de la OECD; ya que establece que las partes pueden aceptar que el Estado solicitante pueda diferir o suspender actividades mientras dure la tramitación procedimental del Estado solicitado, aplicando esta provisión con excepción de fusiones. Procurando delimitar el espectro del alcance de esta disposición se ha agregado, que de aplicarse deberá suceder en caso de: que exista un daño sobre los exportadores y no los consumidores del Estado solicitante y ocurran en el territorio del Estado solicitante.<sup>37</sup> El principio rector de la institución es la razonabilidad, la cual fue ampliamente discutida y ampliada por la jurisprudencia americana como lo veremos a lo largo de la investigación. La razonabilidad refleja una visión universalista; la cual explora y matiza las distintas posibilidades en el ejercicio extraterritorial de la norma.<sup>38</sup> Las cortes acuñaron el término de la razonabilidad jurisdiccional, la cual sirve el propósito de obligar a las cortes a que realicen el análisis bajo el principio rector ya mencionado. Procurando actuar

---

<sup>36</sup> *Id.*, p 11.

<sup>37</sup> OECD, Organization of Economic Co-operative Development. *Positive... Óp cit.* p12.

<sup>38</sup> Edward T. Swaine. "The Local Law of Global Antitrust". *Wm & Mary Law Review*. 43/2 (2001), p 752.

considerando el enfoque universalista que pretende el *comity* promoviendo la armonía y reduciendo el riesgo de eventuales conflictos que se pudiesen ocasionar.

Ante esta primera delimitación se contemplan dos otras condiciones que se deberán cumplir: la primera es la correcta y diligente investigación por parte del Estado solicitado y de ser apropiada, la adecuada reparación; en segundo lugar la aceptación de utilizar los recursos apropiados para la obtención de la información necesaria para completar la investigación en un plazo razonable, el cual será signado por las partes.<sup>39</sup>

El aplazamiento o la suspensión de las actividades investigativas por parte de la parte solicitada surte efecto solo si se la ha establecido como una obligación, la cual deberá ser tomada en cuenta como tal en el momento en el cual se configure el conflicto jurisdiccional, de esta manera se ha preferido por motivos prácticos viabilizar las acciones territoriales sustanciadas en pedidos de las autoridades extranjeras. Así, la parte solicitada se abstendrá de iniciar o proseguir; de manera momentánea o definitiva las investigaciones con la finalidad de evitar investigaciones paralelas<sup>40</sup>. Inclinando la balanza a un actuar bastante más práctico, la cual tendrá una preferencia a la utilización de la cortesía positiva en caso de que los Estados Unidos requieran tratar una conducta anticompetitiva desarrollada en territorio de la Unión Europea y que despliegue sus efectos al mercado americano, o vice versa.<sup>41</sup> Según García-Cano el carácter obligatorio del aplazamiento o suspensión se ha visto mermado por la amplia lista de condiciones que se deben cumplir para ejercer a plenitud la disposición, amparándose en que la extensión de requisitos para su aplicación, condicionan la tenencia de todas las condiciones dispuestas. El artículo segundo establece que las condiciones son las siguientes:

2. Las autoridades en materia de competencia de la Parte requirente aplazarán o suspenderán normalmente sus propias medidas de aplicación en favor de las medidas adoptadas por las autoridades en materia de competencia de la Parte requerida cuando se cumplan las siguientes condiciones:

a) las actividades anticompetitivas en cuestión:

- i) no tienen un efecto directo, sustancial y razonablemente previsible sobre los consumidores del territorio de la Parte requirente, o
- ii) si bien tienen tal efecto sobre los consumidores de la Parte requirente, se realizan principalmente en el territorio de la otra Parte y están dirigidas principalmente a dicho territorio;

b) los efectos negativos sobre los intereses de la Parte requirente pueden ser, y es probable que sean, plena y adecuadamente investigados y, en su caso, eliminados o convenientemente corregidos aplicando las normas, procedimientos y medidas correctoras

<sup>39</sup> OECD, Organization of Economic Co-operative Development. *Positive... Óp cit.p12.*

<sup>40</sup> Sandra García-Cano. *La cooperación... Óp cit. Pg 12.*

<sup>41</sup> *Ibid.*

de la Parte requerida. Las Partes reconocen que podría ser apropiado tomar medidas de aplicación por separado cuando las actividades anticompetitivas que afecten a ambos territorios justifiquen la imposición de sanciones en el ámbito de ambas jurisdicciones; y

c) al llevar a cabo sus propias medidas de aplicación, las autoridades en materia de competencia de la Parte requerida se comprometen a:

i) dedicar los recursos adecuados a investigar las actividades anticompetitivas y, en su caso, tomar sin demora las medidas de aplicación apropiadas;

ii) hacer los mayores esfuerzos para utilizar todas las fuentes de información razonablemente disponibles, incluidas aquellas que puedan sugerir las autoridades en materia de competencia de la Parte requirente;

iii) informar a las autoridades en materia de competencia de la Parte requirente, a instancia de éstas o a intervalos razonables, sobre el estado de avance de sus medidas de aplicación y de sus intenciones al respecto, y, en su caso, facilitar a las autoridades en materia de competencia de la Parte requirente, información confidencial pertinente siempre que se haya obtenido el consentimiento de su fuente. La utilización y la divulgación de tal información se regirá por el artículo V;

iv) notificar rápidamente a las autoridades en materia de competencia de la Parte requirente todo cambio en sus intenciones respecto de la investigación o de las medidas de aplicación;

v) hacer los mayores esfuerzos para concluir su investigación y llegar a una solución o iniciar un procedimiento en el plazo de seis meses, o en cualquier otro plazo que establezcan de común acuerdo las autoridades en materia de competencia de las Partes, a partir del aplazamiento o suspensión de las medidas de aplicación por las autoridades en materia de competencia de la Parte requirente;

vi) informar plenamente a las autoridades en materia de competencia de la Parte requirente sobre los resultados de su investigación, y tomar en cuenta la opinión de las autoridades en materia de competencia de dicha Parte, antes de llegar a un arreglo, iniciar un procedimiento, adoptar medidas correctoras o concluir la investigación;

vii) atender cualquier solicitud razonable que presenten las autoridades en materia de competencia de la Parte requirente.

Cuando se cumplan dichas condiciones, la Parte requirente que opte por no aplazar ni suspender sus medidas de aplicación comunicará sus razones a las autoridades en materia de competencia de la Parte requerida.<sup>42</sup>

Estas condiciones, aportan una clara delimitación en el actuar de las partes cuando entren en conflicto, pero también promueven la utilización de la cortesía positiva para evitar conflictos. El beneficio sería mutuo, teniendo en cuenta que la efectividad del ejercicio de la investigación, control y sanción aumentarían, satisfaciendo los intereses de ambas partes en base a la reciprocidad.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Estados Unidos de América sobre observancia de los principios de cortesía positiva en la aplicación de sus normas de competencia. Diario Oficial nº L 173 de 18/06/1998 p. 0028 – 0031.

<sup>43</sup> OECD, Organization of Economic Co-operative Development... *Óp cit.* p 14.

### 1.2.1 LIMITACIONES DE LA CORTESÍA POSITIVA

La OECD menciona algunas limitaciones inherentes a la cortesía positiva. La primera de estas limitaciones se produce si se pretende perseguir una conducta de un sujeto económico que no cause daño en el mercado del país solicitado, el clásico ejemplo es un cartel de exportaciones.<sup>44</sup> El concepto como tal busca evitar la doble investigación de una práctica restrictiva, y esta problemática se acentúa en la protección de los intereses del Estado solicitado, la jurisprudencia americana sentó un precedente que inició un conflicto, *Hartford Fire Insurance Co. Et al. V. California et al*, el cual será analizado con posterioridad.

Otra de las limitaciones es la existencia de una prohibición expresa de compartir información, ante una prohibición normativa expresa no hay mucho que se pueda decir, más que los efectos imprácticos que acarrea; evitando que los intereses de las partes se satisfagan ,restaurando y sancionando el desequilibrio que se ha causado por las prácticas restrictivas realizadas. Por último, se menciona la naturaleza voluntaria de la cortesía. Que contempla dos distintos acercamientos, una limitación o una ventaja.<sup>45</sup> Compartiendo lo mencionado por la OECD el carácter voluntario es una gran limitación si consideramos la falta de obligatoriedad de acción del otro Estado, pero sin duda hay que considerar en base a la soberanía, que el incentivo principal de acción del Estado solicitado debe ser motivado en sus propios intereses. Entrando en una contraposición riesgosa, por un lado fundamentamos la petición en las definiciones un tanto románticas de cooperación recíproca, pero por otro lado nos acercamos a la realidad bastante alejada de lo que busca este principio.

Los intereses económicos de los Estados serán decisores ante la solicitud de un tercer estado, entrando en otro tipo de problema el cual se dirimirá dependiendo de la solidez de la pretensión y de la relación del estado. Incluyendo algunas zonas grises como lo son los distintos medios de presión de que los Estados pueden ejercer para viabilizar la conducta deseada dependiendo de la fuerza de los mismos se verá la eficacia que podrán alcanzar.

### 1.2.2 APROXIMACIÓN AL CASO TIMBERLANE

La Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Timberlane Lumber Co. Vs. Bank of America National Trust & Savings Association* trae a colación un interesante análisis sobre

---

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> *Ibid.*

el ejercicio del *comity*. Con el fin de lograr una adecuada comprensión del caso describiré de manera corta las pretensiones del demandante que alegaron lo siguiente: los directivos del banco, el cual se encuentra en territorio americano y hondureño, conspiraron para prevenir que *Timberlane* coseche madera hondureña y la exporte a Estados Unidos. Beneficiario a compañías en las cuales el banco las financiaba y de cierta manera las controlaba, en otras palabras tenía intereses económicos en dichas compañías. Este accionar, según los demandantes, afectó de manera directa y sustancial el comercio externo de los Estados Unidos.<sup>46</sup> Ante esta pretensión la Corte decidió ejercer jurisdicción extraterritorial en base a un análisis de *comity* y en el precedente del Caso *Alcoa*, el cual lo mencionaré en el próximo capítulo. En primer lugar la Corte consideró que *comity* no consistía en un “test jurisdiccional *per se*”<sup>47</sup> si no como un factor que otorga un nivel de discreción de declinar la jurisdicción en base al interés de preservar una armónica coexistencia con otras naciones<sup>48</sup>. Para esto se realizó un análisis de la norma en conflicto con base en el *Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States*, el cual la define como:

“ *Where two states have jurisdiction to prescribe and enforce rules of law and the rules they may prescribe require inconsistent conduct upon the part of a person, each state is required by International Law to consider, in good faith, moderating the exercise of its enforcement jurisdiction*”<sup>49</sup>

Estableciendo una regla básica de conducta bajo el derecho internacional para evitar y de ser el caso dirimir el conflicto que se cree. Una vez que la Corte determinó la existencia del conflicto jurisdiccional, se deberá analizar los intereses políticos de acuerdo con la política del gobierno. Realizándola bajo la ponderación distintos factores, los cuales serán la base para que en el futuro las cortes analicen para establecer una adecuada y razonable jurisdicción.<sup>50</sup>

*1] the degree of conflict with foreign law or policy, [2] the nationality or allegiance of the parties and the locations or principal places of businesses or corporations, [3] the extent to which enforcement by either state can be expected to achieve compliance, [4] the relative significance of effects on the United States as compared with those elsewhere, [5] the extent to which there is explicit purpose to harm or affect American commerce, [6] the foresee ability*

---

<sup>46</sup> Corte Federal de los Estados Unidos. *Timberlane Lumber Co. v. Bank of Am.* No. 549 F.2d 597.1976. p 1.

<sup>47</sup> John, Byron Sandage. "Forum Non Conveniens and the Extraterritorial Application of the United States Antitrust Law." *The Yale Journal* 94/7 (1985),p 9.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States *citado por* Varun Gupta. "After Hartford..." *Óp cit.* P 4.

<sup>50</sup> *Timberlane Lumber Co. v. Bank of Am.* *Óp cit.* p 12.

*of such effect, and [7] the relative importance to the violations charged of conduct within the United States as compared with conduct abroad.*<sup>51</sup>

Estableciendo de manera muy clara el parámetro de aplicación de la norma al caso concreto. Intentando promover la aplicación del *comity* y sobre todo la consideración del mismo en casos futuros, conjuntamente con la lista de factores que se deben ponderar, a criterio de la Corte, deja muy en claro la intención del precedente que se ha concebido en el caso. Se deberá analizar cuidadosamente la proximidad de los intereses de las partes en cada caso concreto para que se pueda reducir cualquier conflicto que obstaculice el cumplimiento de la norma. Por esta razón es importante, según la Corte, considerar los intereses del gobierno ante las otras naciones, en especial cuando los intereses de los Estados Unidos en este caso son débiles en contraste con el incentivo de mantener una correcta armonía es muy fuerte para iniciar el aparato jurisdiccional de manera extraterritorial.<sup>52</sup> La Corte se abstuvo en este caso por dos consideraciones: en primer lugar considero que por más que el efecto sea substancial y haya perjudicado el mercado americano, el vínculo más estrecho que facilitaba el proceso, incluyendo las partes y pruebas se encontraban en Honduras, y en base al principio *forum non conveniencie* el fuero americano no era el más conveniente. Por otro lado, menciona que en decisiones futuras las cortes deberán abstenerse a ejercer extraterritorialmente su jurisdicción, si al momento de ponderar los valores antes mencionados, estos se inclinan a las consideraciones de cortesía antes que al estricto ejercicio del control y la sanción que faculta la normativa de competencia.<sup>53</sup>

*Timberlane* nos deja una importante proyección de una línea de parámetro propuesta a lo largo del desarrollo jurisprudencial en la materia. Es, la aplicación más armoniosa en lo referente a las relaciones entre los Estados implicados en el caso. La ponderación de los factores de cercanía constituye un primer aviso en la relevancia de los mismos y su directa relación con la eficacia de la decisión. Por otro lado, y de manera importante, la inclusión de factores externos del caso mismo son absolutamente relevantes. Tomando en cuenta que la alta complejidad en la aplicación extraterritorial debe ser cuidadosamente aplicada y como la Corte pretende la institución de la cortesía es la herramienta más útil disponible para evitar conflictos que obstaculicen innecesariamente el desarrollo del caso. En contraposición se encuentra el caso *Alcoa*, el cual será analizado con posterioridad.

---

<sup>51</sup> *Id.*, p 21.

<sup>52</sup> Varun Gupta. "After Hartford..." *op cit.* Pg 4

<sup>53</sup> *Ibid.*

### 1.3 CONCLUSIÓN

A lo largo del primer capítulo hemos analizado brevemente los elementos esenciales que se desprenden de la aplicación extraterritorial de la norma, para así tener claros conceptos inmersos en análisis posteriores. La territorialidad fue el principio rector durante varios siglos, el cual fue superado con la finalidad de evitar que limitaciones geográficas produzcan impunidad en los daños cometidos. Por otro lado la importancia del fundamento legal previo a la aplicación extraterritorial es sumamente importante, por lo cual con fines analíticos se presentó el caso *Timberlane*. Un acercamiento al problema que grafica un lado de la problemática y de manera oportuna introduce la institución del *comity*, la cual es fundamento esencial si se busca una aplicación extraterritorial responsable y efectiva. Verificando de esta manera la necesidad de tomar en cuenta en el análisis anterior al ejercicio extraterritorial los puntos conectores y sobretodo los intereses de terceros los cuales están inmersos en el responsable ejercicio.

## CAPÍTULO 2. APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DEL DERECHO DE COMPETENCIA EN ESTADOS UNIDOS

### INTRODUCCIÓN

La problemática jurisdiccional al momento de aplicar extraterritorialmente la normativa de competencia no es un tema nuevo. Los Estados Unidos se encontraron con este problema a mediados del siglo pasado y sus distintas cortes han entendido y aplicado de diferentes maneras el alcance extraterritorial que podría llegar a tener la jurisdicción americana en estos casos. Fundamentaron el ejercicio del mismo bajo la doctrina de los efectos; en la cual los efectos económicos que producen un daño se han equiparado a los efectos desplegados de una conducta física originada en un Estado que ha sido concluida en otro.<sup>54</sup> Esta justificación comenzó a ganar fuerza y reconocimiento jurisprudencial en varios

---

<sup>54</sup> Maher M. Dabbah. *The Internationalisation of Antitrust*. Cambridge:Cambridge University Press, 2003. p162.

Estados<sup>55</sup> y posteriormente se la utilizaron como fundamento del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, la cual fue expandiéndose y universalizándose .

De esta manera, a lo largo de este capítulo procederemos a analizar los precedentes jurisprudenciales más importantes a lo largo de la historia americana, es de vital importancia considerar que las cortes americanas fueran las pioneras en aplicar la norma de manera extraterritorial. Las cuales se fueron encontrando con obstáculos y críticas que los obligaron a reformar y limitar el alcance de la misma, pero siempre ponderando sus intereses y la protección de su mercado. Aun así, es importante mencionarlos con la finalidad de incorporarlos al análisis fundamental de este trabajo y tomar en cuenta las dificultades a las cuales se enfrentaron para aprender de las mismas.

## 2.1 DOCTRINA DE LOS EFECTOS

La interpretación es uno de los recursos más importantes que tiene el derecho, pero sin duda es el que más conflicto suscita. Las cortes han intentado determinar el alcance del efecto económico el cual ha sido comparado con el derecho penal internacional, siendo éste una de las bases doctrinarias del establecimiento de la jurisdicción en materia de competencia<sup>56</sup>. Pero el principal problema, que ya fue señalado cuando se analizó el *comity*, es la ponderación o no de los intereses de otro Estado y el reconocimiento de un mayor interés ajeno al propio. De esta manera podemos dividir la aserción jurisdiccional en dos principales ramas: en primer lugar el unilateralismo, donde la norma nacional puede y debe ser aplicada sin tomar en cuenta los intereses o puntos conectivos de terceros países y en segundo lugar el multilateralismo; el cual toma en cuenta y pondera la presencia de un mayor interés de un tercer país y a pesar de la existencia del efecto en su territorio, puede aplicar o no la norma nacional después de la ponderación requerida.<sup>57</sup>

El unilateralismo está retratado en el caso *Alcoa*, donde la extensión de la aplicación de la norma nacional cruzó la frontera por primera vez, precediendo a varios otros casos. En distinto matiz y con una hipótesis distinta por la consideración de la inexistencia de un verdadero conflicto entre normas e intereses el caso *Hartford Fire* de igual manera extiende la aplicación, situándolo en otro matiz de la distinción antes mencionada. El exponente del multilateralismo es sin duda alguna el caso *Timberlane* que ya fue analizado con anterioridad. Donde se planteó por primera vez un requisito de *test* en el que se ponderaba la razonabilidad

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Cedric Ryngaert. "Jurisdiction..." *Óp cit.* p 40.

<sup>57</sup> Carmen Otero García-Castrillón. *El alcance extraterritorial del... Óp cit.* P. 29.

de la aplicación extraterritorial de la norma, entrando así en una disyuntiva racional entre la totalidad de los intereses contrapuestos y la certeza de una sanción correctiva a la conducta.

Una de las formas más prácticas de conocer un concepto a detalle es conociendo su historia y la razón detrás de su nacimiento y sus posteriores modificaciones. La relevancia de este ejercicio intelectual comparativo es esencial en el caso ecuatoriano. Ante falta de aplicación, es esencial analizar y comprender los obstáculos que ha tenido la aplicación extraterritorial en países con una cultura jurídica muy fuerte. Ya que la simple enunciación de a posibilidad de ejercer extraterritorialmente la jurisdicción no es suficiente, así lo ha demostrado la historia; donde se ha ido regulando, restringiendo su aplicación a través de la ampliación de los conceptos que rodean a la misma. De esta manera, procederemos al análisis de los casos más relevantes suscitados en las cortes americanas los cuales traerán a colación los problemas reales que ha causado la aplicación extraterritorial en una materia donde varios temas económicos serán intereses primordiales para los Estados, corporaciones y usuarios. Además cada análisis realizado por la corte aportará a nutrir el concepto y sobretodo el alcance de la Doctrina de los Efectos, la cual fue brevemente focalizada en este subtema.

### **2.1.1 APROXIMACIÓN AL CASO :UNITED STATES V. ALUMINIUM Co. OF AMERICA (ALCOA)**

El caso que lo inició todo, el primero en su tipo en materia de competencia. Para dar un mejor entendimiento del análisis del caso , los hechos fueron los siguientes. El gobierno americano inició un proceso sancionatorio a *Alcoa* ( *The Aluminium Co. Of America*) sustentada en la monopolización del lingote de aluminio virgen<sup>58</sup> bajo una interesante y creativa forma de alargar las prácticas anticompetitivas en los Estados Unidos, ya que una compañía canadiense, la cual se denomina *Canadian Co. Aluminium Limited*, adquirió toda propiedad de *Alcoa* situada en el exterior a cambio de acciones de los accionistas de *Alcoa*, para la Corte *Limited* siempre actuó como agente o afiliado de *Alcoa*, aun así lograron una completa separación de cualquier tipo de conexión entre las dos compañías<sup>59</sup>. Pero esto no es todo, *Limited* junto a otras corporaciones de distintas nacionalidades formaron un cartel

---

<sup>58</sup> Cesar Alas García y Rafael Pérez Lorenzo. Diccionario de Siderurgia Español Ingles. Universidad de Oviedo. 2003. P 193.

<sup>59</sup> Corte Circuito de DC. *United States v. Aluminum Co. of America*, No. 148 F.2d 416 . 1945. <http://myweb.clemson.edu/~maloney/424/alcoa.pdf> ( acceso 15 diciembre 2013)

internacional el cual se lo denominó *Alliance*. Acordando entre los suscriptores establecer cuotas de producción para cada uno pero de tal manera que si un miembro excedía su cuota de producción estaba obligado a pagar una regalía a las otras compañías<sup>60</sup>. Causando una desmotivación de producción so pena al pago de esta regalía en forma de multa contractual, la cual causó una escasez de producto en territorio americano ya que *Limited* proveía de producto terminado a *Alcoa*, por ende si *Limited* reducía su producción *Alcoa* sufría de desabastecimiento del producto a ofertar en Estados Unidos.<sup>61</sup>

De esta manera, la relevancia de este caso en el tema discutido se da ante la fijación de responsabilidad por una conducta realizada fuera de la circunscripción territorial que despliegue efectos en el territorio americano. El juez Learned Hand arguyó la resolución diciendo que es irrelevante que el nacimiento del acuerdo sea perfeccionado fuera del territorio, por el contrario el acuerdo puede generar efectos económicos negativos por las conductas realizadas, las cuales pueden ser sancionadas aun si fueren cometidas fuera del territorio, estableciendo:

It is settled law... that any State may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders which has consequences within its borders which the State reprehends; and these liabilities other States will ordinarily recognize.<sup>62</sup>

Además determino un *test*, el cual deberá verificarse antes de ejercer extraterritorialmente la normativa reguladora, en este caso el Sherman Act. Este *test* tiene dos condiciones: la primera condición es que los actos fueron concebidos y realizados con la finalidad de afectar el mercado interno y determinadamente causen una afectación en el mismo.<sup>63</sup> Evidenciando la necesidad de evidencia objetiva del daño, en especial tomando en cuenta la alta dificultad de verificar la intencionalidad que pudo o no pudo haber tenido la conducta.<sup>64</sup> De esta manera las cortes enfocaron la consecución del caso en la evidencia objetiva del daño causado dejando a un lado la intencionalidad de la conducta, la cual, jurisdiccionalmente hablando debería ser considerada en el eventual caso que el efecto desplegado en el territorio sea indirecto y no sea absolutamente substancial.<sup>65</sup> Consideramos

---

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> Christopher Springman. "Fix Prices Globally, Get Sued Locally? U.S Jurisdiction over International Cartels". *The University of Chicago Law Review*. 72/1(2005),p 275.

<sup>65</sup> Varun Gupta. "After Hartford Fire..." *Óp cit.*p 3.

adecuado el acercamiento en el tema de la Corte. La objetividad es sumamente importante en un análisis detallado, la cual se verificará con la mera posibilidad o el daño en sí. La subjetividad en materia económica queda relegada a un irrelevante análisis, los efectos pueden o no tener una intención perjudicial, pero la intención no será la que determine la magnitud ni el alcance del daño. El nexo causal entre el daño y la conducta no se distinguen por su intención, en especial si la restricción es manifiesta.

Aun así, el requisito jurisprudencial requería la verificación de las dos condiciones para legitimar el establecimiento de competencia en la materia o *subject matter jurisdiction* como se la conoce en el sistema anglosajón, la cual es un requisito fundamental para que la Corte pueda hacer pleno ejercicio de la jurisdicción en el caso sobre la materia presentada a través del principio de objetividad territorial, el cual fue claramente retratado con anterioridad. Basta que la conducta haya causado un efecto en el territorio bajo las condiciones específicas señaladas con anterioridad, estará plenamente justificada. El vínculo que sienta la responsabilidad y legitima la acción por parte de la entidad competente está claro. Pero, consideramos que no es adecuado por más que sí sea suficiente. Pero la suficiencia no garantiza la efectividad y la efectividad es lo que vuelve a la acción necesaria y la que ulteriormente justifica la aplicación extraterritorial.

La Corte estableció de manera relevante el *test* ya mencionado, el cual amparó la base del desarrollo jurisprudencial en la materia, ya que revirtió el precedente jurisprudencial de la territorialidad.<sup>66</sup> Dando el primer paso y la razón de las cortes americanas para aplicar de manera extraterritorial la norma, claro que existió un serio problema; la amplitud de las condiciones requeridas causaba ambigüedad la cual fue aprovechada para pretender ampliar el espectro de aplicación de su norma a niveles inconcebibles años atrás, en los cuales existía una presunción casi irrefutable de territorialidad. Aun así, la ambigüedad ya mencionada dejó más interrogantes que certezas, causando controversias en la aplicación del precedente establecido. Una de estas dudas fue la materialización del alcance del efecto. La lógica en la cual se envolvió la decisión fue la racionalización de que el 90% de participación en el mercado probablemente es un monopolio, el 60% es dudoso y el 33% no es<sup>67</sup> el cual sirvió como guía en el reconocimiento de la constitución de una posición dominante en el respectivo mercado relevante, la cual fue precedente fundamental para el establecimiento de el requisito

---

<sup>66</sup> *Id.*,p4.

<sup>67</sup> Spencer Waller. "The Story of Alcoa: The Enduring Question of Market Power, Conduct, and Remedy in Monopolization Cases". *Antitrust Stories* (2007)p 135.

de la substancialidad, el cual deberá verificarse ante la posible aplicación extraterritorial de la norma.<sup>68</sup>

No obstante, como claramente lo establece la doctrina, la participación dominante en un mercado no constituye una ilegalidad, serán los actos interrelacionados que despliegue la posición en el mercado la que catalogue el verdadero efecto de la conducta<sup>69</sup> La dificultad aumenta cuando las distancias geográficas están obstaculizadas por barreras limítrofes, aun así las conductas realizadas no solo distorsionaron el mercado, si no lo adaptaron a su verdadera necesidad, tomando en cuenta la alta demanda del aluminio en tiempos de guerra. La clara exclusión de la competencia a la minas de bauxita constituyeron acto restrictivo suficiente para una sanción doméstica, pero la gravedad de la distorsión se dio en la fijación de precios a través de un cartel internacional cuyo alcance ya fue analizado con anterioridad.

La importancia del análisis que desprende del caso es fundamental. Tomando en cuenta que la Corte necesito limitaciones a un ejercicio extraterritorial. Limitaciones dentro de un espectro bastante amplio; pero limitaciones al fin. La substancialidad analizada no deja de socavar preguntas sobre su alcance, tanto así que los fallos posteriores discutieron ampliamente el alcance del mismo y aun así deja más de una pregunta abierta. De igual manera constituye una herramienta eficaz en la vinculación del efecto y la conducta, tomando siempre en cuenta que el ejercicio extraterritorial debe ser ejercido bajo un carácter extraordinario. Grandes motivos serán los que determinen la eficacia del mismo, los mismos que verificarán la idoneidad del ejercicio. Idoneidad relacionada a la eficacia, ya que el daño debe ser también lo suficientemente substancial para iniciar el aparato jurisdiccional. Ante la cual, análisis complementarios deben ser tomados en cuenta.

La naturaleza del mercado desplegará características únicas del mismo, las cuales fueron detenidamente analizadas por la Corte. Siendo determinantes para conectar el daño con los operadores y sobre todo con la conducta. Muchas veces la conducta en sí misma no restringe el mercado; si no todas las características internas y externas del mercado serán las que determine la afectación. Tomando en consideración que los mercados reaccionan de manera muy distinta. En este caso, las características del mercado del acero virgen fueron determinantes para envolver a la conducta de un manifiesto carácter restrictivo. La conducta causó escasez y la escasez de un producto tan influyente como el acero virgen pudo haber

---

<sup>68</sup> Mark S. Popofsky. "Extraterritoriality in U.S. Jurisprudence". *Competition Law and Policy*. (2008) p. 2430.

<sup>69</sup> Spencer Waller. "The Story of Alcoa..." *Óp cit.* p 141.

tenido efectos mucho más graves en un Estado que crecía al ritmo de su construcción y que su economía creció de manera considerable con la reconstrucción Europea después de los estragos que causó la Segunda Guerra mundial.

Es por eso que consideramos importante el análisis del mercado y la sensibilidad del mismo ante un daño o la substancialidad del daño en sí. Puntos que recaen con fuerza al momento de justificar la extraterritorialidad. En especial si la unilateralidad es el camino optado por el Estado. De esta manera el vínculo que se ha substanciado entre el operador y el efecto justifica será suficiente para iniciar el aparato extraterritorial, tomando en cuenta todas las implicaciones que conlleva. En especial los conflictos de intereses que no han sido considerados, pero que serán indispensables en el análisis extraterritorial en años posteriores. El primer *test*, es la primera regulación necesaria. Por lo mismo el legado del caso sirvió como punto referencial en el desarrollo de la temática posterior.

La novedad de la aplicación causó controversia y el alcance la decisión fue catalogado como intrusivo por distintos Estados, los cuales categóricamente rechazaron la conducta e inclusive emitieron normativa para protegerse.<sup>70</sup> La cual fue oficialmente refutada por distintos países los cuales estaban consternados por las posibles intrusiones a su soberanía y causaría conflictos inmediatos en la estricta aplicación del precedente consagrado en *Alcoa*, por haber ignorado los principios de la cortesía<sup>71</sup>. Varios casos llegaron a las cortes pretendiendo el mismo fin, pero las cortes alrededor de todo el país causaron una confusión mayor en la aplicación del precedente. Mientras algunas cortes intentaron refinar el principio otras la redefinieron y otras por el contrario ni siquiera la tomaron en cuenta<sup>72</sup>

Es importante tener en cuenta el alcance de la aplicación para determinar la proyección de la misma. De manera muy concreta, la Corte sostuvo enfáticamente que la afectación directa y substancial del mercado americano causado por la conducta del cartel conformado en el extranjero era legítimamente sancionable bajo el Sherman Act. Consideramos importante comparar los dos extremos de aplicación extraterritorial que hemos visto; por un lado el caso *Timberlane* y por *Alcoa*.

---

<sup>70</sup> Mark S. Popofsky. “ Extraterritoriality in U.S. Jurisprudence”. *Óp cit.p* 2432.

<sup>71</sup> John H. Shenefield “Thoughts on Extraterritorial Application of the United States Antitrust Laws”. *Fordham L. Rev.* 52/1 (1983),p 362

<sup>72</sup> Edward L. Rholl. “ Inconsistent application of the extraterritorial provisions of the Sherman Act: a judicial response based upon the much maligned “effects” test”. *Marquette Law Review.* 73/3 (1990), p 442.

Pero a su vez, la línea de consideración de la Corte estuvo centrada en el daño, la conexión casual y la sanción. Fue una misma línea argumentativa, de comienzo a fin; fundamentando el accionar de la Corte. Por otro lado, en el caso *Timberlane*, el cual ocurrió algunos años después, el acercamiento de la Corte es completamente contrario al utilizado en *Alcoa*. La intención de lograr un fallo menos controversial y unilateral predominó. El simple hecho de sentar un precedente que obligue a ponderar los intereses externos es un gran avance, en especial si se la encausa en la institución del *Comity*.

De esta manera podemos, de manera clara sentar claramente los parámetros opuestos de aplicación que tuvo la Corte. Desde el lado más agresivo, en *Alcoa*, hasta el lado más laxo. No hay que dejar de lado los hechos que los distinguen, pero aparte de eso; el razonamiento en el cual están envueltos las decisiones son las que nos hacen poder proyectar los límites de la aplicación.

## 2.2 NORMATIVA AMERICANA

### 2.2.1 FOREIGN TRADE ANTITRUST IMPROVEMENT ACT

Antes de analizar el siguiente caso, es fundamental traer a colación la normativa que el Congreso americano se vio obligado a promulgar el *Foreign Trade Antitrust Improvement Act* ante las dudas que generó la inconsistente interpretación de las cortes relativo a la aplicación extraterritorial del derecho de competencia. La cual modificó el alcance del *Sherman Act*, estableciendo lo siguiente:

6a. Conduct involving trade or commerce with foreign nations

This Act [15 U.S.C. §§ 1 et seq.] shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations unless—

(1) such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect—

(A) on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on import trade or import commerce with foreign nations; or

(B) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and

(2) such effect gives rise to a claim under the provisions of this Act, other than this section.

If this Act applies to such conduct only because of the operation of paragraph (1)(B), then this Act shall apply to such conduct only for injury to export business in the United States.<sup>73</sup>

De manera muy clara el FTAIA logra por un lado agregar un condicionante fundamental a la aplicación del *Sherman Act* a toda forma de comercio que no sea de

---

<sup>73</sup> Federal Trade Antitrust Improvement Act( 1982) artículo 6.

importación. Ante esta premisa, agrega otra condición al *test* implementado por el juez Hand en el caso *Alcoa* ante cualquier conducta por fuera de la actividad de importación; la conducta debe ser como lo establece el primer numeral citado con anterioridad; tiene que ser directa, sustancial y razonablemente previsible. Los cuales tienen que estar siempre presentes, interpretando el léxico literal las comas por las cuales está dividida la oración obliga a que las tres condiciones se satisfagan de manera incluyente.

La primera condición a la cual la conducta está sujeta es que tiene que estar directamente relacionada la conducta con el efecto negativo dañoso que genere, sin duda este es el principal punto conector en el cual se fundamentará el ejercicio de la jurisdicción.<sup>74</sup> Excluyendo de esta manera a los efectos *minimis* que pueden causar un daño a un individuo de manera indirecta.<sup>75</sup> Tiene que existir una conexión real, la cual será fácilmente determinable en compañías que actúen en la circunscripción territorial en el cual se realice la investigación. Pero la dificultad aumenta cuando las barreras geográficas se van ampliando ya que se deberá demostrar la conexión específica causal de la o las conductas realizadas en el exterior y la afectación real de la misma en el mercado, ya sea un aumento concertado de precios o una exclusión gradual en el mercado entre varios otros ejemplos.

La segunda condición que debe cumplirse es el grado sustancial del efecto desplegado. Para lograr calcular fehacientemente si el efecto es o no sustancial se deberá calcular el mercado relevante en primera instancia, de esto dependerá la situación y el grado de impacto de la conducta. Una vez establecido el mercado relevante el análisis será fundamentado en mera lógica; el cálculo no toma en cuenta la cuantificación del número de afectados, no importa si es uno o si son millones lo que importa es el porcentaje del mercado que fue afectado. Podrán existir casos en los cuales existe un duopolio en un mercado en particular y la afectación o exclusión de un competidor bastará para causar daños en la competencia la cual causará daños posteriores en el mercado. En contraste la afectación puede haber estado dirigida y haberse sentido por millones de individuos, pero estos podrán no constituir una porción significativa del mercado relevante; no cumpliendo con la condición de la sustancialidad. No hace falta mucha profundidad en el conocimiento en el campo económico

---

<sup>74</sup> Richard W. Beckler y Matthew H. Kirtland. "Extraterritorial Application of U.S Antitrust Law: What is a "Direct, Substantial and Reasonable Foreseeable Effect" under the Foreign Trade Antitrust Improvement Act?". *Texas International Law Journal*. 38/11 (2003).p 3

<sup>75</sup> *Ibid.*

para poder afirmar que será determinante el cálculo del mercado relevante para determinar si la conducta produjo efectos sustanciales en el mercado.

Frente a la tercera condición se abre una puerta a la discrecionalidad de los jueces o de las autoridades que analizarán el caso detalladamente. Al momento de referirnos a una razonable previsión se aproximará al carácter preventivo de la magnitud de los efectos desplegados por la conducta. De tal manera, que los efectos negativos causados por la conducta sancionada de una manera previsible fueron catalizados por aquella de manera intencional. No existirá sorpresa alguna, en especial sobre las conductas que se conoce que son perjudiciales para la competencia y los mercados de tal manera que el perfeccionamiento de la conducta buscaría de manera exclusiva causar el daño deseado o pretendido otorgando un sentido subjetivo al mismo. Las cuales han sido señaladas por la jurisprudencia americana y la normativa relevante aplicable así como han sido parte de la normativa promulgada en otros países que han adoptado el Derecho de Competencia.

El FTAIA no eliminó a la institución del *comity*, bajo una profunda lectura fueron cuidadosos de no mencionarla ni hacer mucha referencia a la misma. Gupta dice que la *ratio* fue el de dejar las arcas abiertas a los jueces para decidir cómo van a aplicar el derecho extraterritorial teniendo como herramientas de uso varios métodos que servirán para dirimir distintos conflictos en distintas hipótesis, manteniendo así la esencia de la flexibilidad del *common law* y ofreciendo la oportunidad que las cortes vayan moldeando los principios objetivos de los cuales se legislaron para ir dirigiendo la conducta decidora de las cortes a una posible congruencia bastante más cercana.<sup>76</sup> Concordamos con este acercamiento que tiene el autor, ya que sería contraproducente cortar la esencia del sistema anglosajón, la cual sin duda mermaría la agilidad y la riqueza legal que emana. Pero por otro lado es entendible la concepción de encaminar las decisiones, sobre todo para evitar futuros conflictos jurisdiccionales, es por eso que la legislación debe ser acatada como una directriz la cual ayudará a evitar dichos conflictos y como ya vimos con anterioridad; los conflictos jurisdiccionales pueden producir conflictos políticos, diplomáticos y económicos a un Estado y por esta misma razón es esencial que se reduzca el radio de alcance de la aplicación extraterritorial.

---

<sup>76</sup> Varun Gupta. "After Hartford Fire..." *Óp cit.* P 4.

## 2.2.2 RESTATEMENT OF THE LAW THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES

Con la finalidad de ampliar una vez más el alcance del entendimiento de las condiciones que se deben cumplir el American Law Institute en Washington crea el *Restatement of the Law the Foreign Relations Law of the United States*<sup>77</sup> el cual hace énfasis en el ejercicio razonable de la jurisdicción, estableciéndola como una regla del Derecho Internacional<sup>78</sup>. Razonabilidad que pretendió incorporar en las decisiones de los jueces ante la imperativa necesidad de reconocerlo la necesidad de tomarlo en cuenta para obtener fallos más congruentes al momento de iniciar de manera extraterritorial la jurisdicción, estableciendo distintas hipótesis las cuales servirán como puntos de conexión que deberán ser ponderados para justificar de razonable el ejercicio de la jurisdicción; estableciendo un grado de objetividad a la decisión de los jueces la cual regula y delimita una vez más el ejercicio jurisdiccional del Estado.

De esta manera, reconoce en el literal c del numeral primero de la sección 403 la doctrina de los efectos, estableciendo que *“a state has jurisdiction to prescribe law with respect to 1(c) conduct outside its territory that has or is intended to have substantial effect within its territory”*<sup>79</sup> La sección 415 la cual trata de manera específica la aplicación del derecho de competencia, estableciendo y justificando en el numeral primero la competencia jurisdiccional de cualquier acuerdo que restrinja el mercado americano o cualquier conducta o acuerdo que la restrinja y haya sido completada de manera significativa serán sujetos a la jurisdicción americana sin importar la nacionalidad o el lugar de las partes hacia el acuerdo o la conducta.<sup>80</sup> Concordando con el fundamento territorialista que predominó en un principio, siendo este el principal punto conector causal. Los siguientes dos puntos son especialmente importantes en la aplicación extraterritorial, ya que tanto el numeral segundo y tercero están sostenidos por la doctrina de los efectos ; mientras el numeral segundo establece que cualquier acuerdo o conducta realizada afuera del territorio americano que intencionalmente este dirigida a restringir el mercado o afectar el mercado serán sujetos a la jurisdicción americana. En el mismo sentido, el numeral amplía una nueva hipótesis estableciendo que:

---

<sup>77</sup> Con anterioridad el mismo instituto promulgo dos versiones anteriores de este documento, en las cuales el principio rector era territorial, el cual como vimos en el capítulo uno era considerado una presunción .

<sup>78</sup> Restatement(Third) of the Foreign Relations Law of the United States(1987)artículo 403

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> Restatement(Third) of the Foreign Relations Law of the United States(1987)artículo 415

3. Other agreements or conduct in restraint of United States trade are subject to the jurisdiction to prescribe of the United States if such agreements or conduct have a substantial effect on the commerce of the United States and the exercise of jurisdiction is not unreasonable.<sup>81</sup>

Mientras los dos numerales anteriores delimitaron el espectro de aplicación de la normativa, se vuelve a ampliar de manera absoluta la aplicación. Sustenta el ejercicio de la jurisdicción en el grado de substancialidad de afectación en el mercado estando condicionado a que el ejercicio de la misma se ausente de razonabilidad, la cual está ampliada en la sección 403 ya citada con anterioridad.

### **2.2.3 ANTITRUST ENFORCEMENT GUIDELINES FOR INTERNATIONAL OPERATIONS**

En 1988 se promulgó *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* la cual fue revisada y actualizada en 1995 por las agencias competentes. Las cuales tienen como objeto proveer de guías a las compañías que manejen negocios internacionales incluyendo de igual manera conductas de compañías extranjeras además de las guías de manejo a los asuntos, políticas y procesos que serán determinantes al momento de ejercer la jurisdicción de manera extraterritorial.<sup>82</sup> Después de un sin número de críticas de otros países a la aplicación intrusiva extraterritorial americana de su normativa de competencia, de manera expresa en la sección 2 subsección 9 establece que una de las metas a conseguir es el de promocionar la cooperación entre los Estados Unidos y otros Estados para reducir cualquier posible tensión que pudiese causar el inicio de procedimientos investigativos.<sup>83</sup> De manera acertada se extiende lo dicho en la sección subsiguiente donde establece que en los procedimientos donde la contraparte este domiciliada en un país donde exista un acuerdo cooperativo y de asistencia, se buscará trabajar conjuntamente con el organismo competente del Estado suscriptor del convenio para lograr resultados más eficaces y evitar conflictos<sup>84</sup>. De manera adecuada establece el convenio como uno de los fines del mismo el trabajo en conjunto, entendiendo así la realidad; la dificultad de la aplicación unilateral de la norma sin la adecuada cooperación.

---

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> U.S. DEP'T of Justice & Federal Trade Comm'n, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1995) artículo 2.9

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> *Ibid.*

Por otro lado, en concordancia con el FTAIA nuevamente establece la legitimidad jurisdiccional americana sobre la conducta; sin importar el lugar de comisión o la nacionalidad de las partes involucradas, bajo la condición que hayan sido concebidas para causar o si de hecho causaron un daño substancial en el mercado americano.<sup>85</sup> Ampliando el alcance de la norma al comercio exterior, no solo al comercio de importación el cual afectaba directamente al consumidor americano en su territorio, pero expande el alcance de protección al mercado de exportación americano, amparándolo bajo la protección normativa americana. El documento ofrece ejemplos para lograr un completo entendimiento de la intención del mismo, los ejemplos ilustrativos D y F contemplan una afectación en el mercado de exportación americano, estando condicionada la conducta ante el carácter directo, sustancial y razonablemente previsible del inicio del proceso americano; considerando la cooperación entre organismos para lograr un proceso más eficaz.<sup>86</sup> También se clarifica una situación que me parece bastante interesante. Bajo un nuevo ejemplo ilustrativo muy oportuno de la agencia, sitúa el comercio indirecto dirigido a territorio americano, donde bajo una figura compleja de comercio el producto es transferido varias veces a distintas compañías para confundir y complicar el rastreo de la conducta de manera directa con el principal causante de la misma. De esta manera, concibe que sin importar el medio comercial ajeno a la venta directa, de existir un daño bajo las condiciones antes estipuladas será responsable de comprobarse la cadena de distribución o acuerdo vertical.<sup>87</sup>

Es interesante ver como en un país donde su sistema jurídico se ampara en la flexibilidad e interpretación de sus cortes para la producción de las normas que regularán la conducta, encontraron necesario producir más de una norma o en este caso una guía de aplicación ante una conducta que ha causado bastante polémica. Por más que la flexibilidad del sistema anglosajón sea una de las mayores virtudes del mismo, creando el derecho necesario para dirimir una serie de conflictos, la falta de una absoluta precisión para tratar todos los elementos necesarios en los conflictos produce una ambigüedad y esta ambigüedad produce incongruencia en la aplicación del derecho en todo el sistema inferior de cortes. Esta necesidad de regular la interpretación y dirigirla por un solo camino para lograr una congruencia aceptable hace indispensable la regulación adecuada de la misma. Si en un

---

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> U.S. DEPT of Justice & Federal Trade Comm'n, Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations ( 1995) artículo 3.122

<sup>87</sup> *Ibid.*

sistema de *common law* se necesitó regular normativamente el ejercicio jurisdiccional de la norma, el peso de la necesidad es considerablemente mayor en un sistema positivista, donde el principio de legalidad será el principio rector de actuación y la limitación de la actuación será el principal causante del éxito o el fracaso en la aplicación concreta de la medida, evitando así romanticismos aplicativos casi ilusos en una realidad muy ajena a la que la norma ecuatoriana establece. Este tema será ampliado en su debido momento, bajo un análisis completo de derecho comparado para encontrar el mejor camino para una aplicación eficaz de la norma.

### **2.3 APROXIMACIÓN AL CASO HARTFORD FIRE INS. CO. V. CALIFORNIA**

Nuevamente para poder comprender de mejor manera el caso en cuestión, procederemos a mencionar brevemente los hechos. En este caso diecinueve distintos Estados presentaron esta demanda junto a accionantes privados, alegando que varias compañías aseguradoras y reaseguradoras americanas encabezadas por *Hartford Fire* conspiraron forzando a aseguradores primarios, los cuales son los que tienen una relación de venta directa con el consumidor, a cambiar las condiciones del seguro estándar de CGL por sus siglas en inglés ( *Commercial General Liabilities*).<sup>88</sup> Para la Corte fue importante analizar el giro de funcionamiento del negocio de seguros par establecer el grado de presión ejercido por los demandados: en primer lugar existe una necesidad de soporte financiero de una compañía sólida externa sobre un portafolio de seguros y en segundo lugar la necesidad de obtener re-seguros de las mismas compañías que los respaldaban. Pudiendo comprender el funcionamiento de este negocio, es fácil determinar la forma por la cual se ejercieron los actos denunciados los cuales fueron determinantes para el cambio de las condiciones.

La Corte comienza nota y distingue que la conducta externa tenía intención de producir un daño en el mercado americano, que de hecho se produjo y fue substancial.<sup>89</sup> La Corte se reusa a utilizar el *test* enfocado en las reglas de *comity* expresadas en el caso *Timberlane* y enfoca su análisis en una pregunta fundamental; la existencia o la ausencia de conflicto de una norma nacional con una norma extranjera. La Corte de manera acertada dice

---

<sup>88</sup> *Hartford Fire Ins. Co. v. California*, 509 U.S. pg 772 (1993).

<sup>89</sup> *Id.*, p 780.

que no existe conflicto alguno ya que en primer lugar un individuo puede y deberá cumplir las regulaciones impuestas por los dos Estados. Además, los demandados domiciliados en Londres estaban cumpliendo la norma británica por lo cual no existe un conflicto jurisdiccional. Por más que alegaban la falta jurisdiccional y la imposibilidad del estricto cumplimiento de ambas regulaciones la Corte se inclinó por lo siguiente: ya que la norma británica no obligaba ni hacia indispensable aquella actuación aun estando dentro del marco legal regulatorio, se encontraban en obligación de acatar y cumplir la normativa del país afectado por su conducta, por lo tanto no había impedimento alguno ante la aplicación extraterritorial de la normativa de competencia.<sup>90</sup>

La limitación teórica que se planteó conceptualmente al entendimiento de lo que constituye un conflicto normativo es sumamente importante, ya que excluye a la institución del *comity* del análisis extraterritorial y otros aspectos fundamentales en la aplicación del mismo, los cuales son necesarios en una globalidad de Estados que se encuentran bajo la interconexión de un mercado global.<sup>91</sup> Estableciendo una única cuestión al momento de entablar el *Jurisdictional Rule of Reason*, la mera existencia de un conflicto normativo entre los Estados.<sup>92</sup> De manera importante Roger Alford considera que todo otro elemento se vuelve irrelevante, pero que si su aplicación es adecuada se evitaría conflictos entre los Estados, en especial entre los Estados Unidos y la Unión Europea, dada la eventual reciprocidad a la cual las partes se verán obligadas a respetar.<sup>93</sup>

Frente a esta decisión se modificó el alcance de su predecesor *Timberlane*, condicionando la aplicación de los requisitos expuestos ante la existencia de un verdadero conflicto jurisdiccional, donde exista la concurrencia de jurisdicciones sobre el mismo conflicto.<sup>94</sup> La intención de la Corte de establecer una vez más que el verdadero *test* que se deberá analizar es el test de los efectos de *Alcoa* y su ampliación legislativa. La Corte fundamentó partes el análisis del verdadero conflicto en el *Restatement Third of Foreign Law* que ya fue citado con anterioridad, ampliando lo dicho encontró que es fundamental

---

<sup>90</sup> *Id.*, p 798.

<sup>91</sup> Roger P. Alford. "PostScript- The Extraterritorial Application of Antitrust Laws: A PostScript on Hartford Fire Insurance Co. V. California". *Virginia Journal of International Law*. 34/3 (1998), p 223.

<sup>92</sup> *Id.*, p226.

<sup>93</sup> *Ibidem*.

<sup>94</sup> Justin Desautels-Stein. "Extraterritoriality, Antitrust, and the Pragmatist Style. At War with the Eclectics: Mapping Pragmatism in Contemporary Legal Analysis." *Michigan State Law Review*. (2007), p 530.

establecer el fundamento jurisdiccional antes de comenzar el análisis del *comity*<sup>95</sup>. Una forma de establecer la jurisdicción un poco intrusiva, ya que las reglas del *comity* protegen la soberanía y la relación estable de los Estados; de manera lógica debería ser tomada en cuenta antes de cualquier posterior análisis para evitar conflictos jurisdiccionales. Ampliando lo dicho, consecuencia de relegar el análisis del *comity* hubiese causado su desuso en caso de que el precedente hubiese sido aplicado con posterioridad de manera literal. Ya que no será necesario, ni relevante ante la inexistencia de un verdadero conflicto normativo, descartando a la institución mismo en el ejercicio extraterritorial de la norma.<sup>96</sup>

Por otro lado complementando su análisis y su punto de vista, la mayoría ponderó el daño producido en el mercado y a la competencia causado por la conducta realizada por sobre el posible conflicto que causaría la extensiva aplicación de su normativa. Sentando un precedente bastante fuerte, con un carácter hasta persecutorio ante cualquier conducta que cause un daño sustancial al mercado o a la competencia y que concurren los otros dos requisitos preestablecidos, la directa causalidad entre la conducta y el efecto y la previsibilidad del efecto de la conducta preestablecida. De esta manera, la Corte sustenta su fallo y sentando su parámetro más extensivo jurisprudencialmente, ampliando así el límite de aplicación extraterritorial a un extremo bastante conflicto.

Está claro como ya lo aseveramos que la mayoría no encontró conflicto alguno, pero el Juez Scalia en su *dissent* critica el acercamiento de la mayoría y sostiene que es inimaginable encontrar que el ejercicio de la jurisdicción americana en territorio británico por la alta regulación que tiene la empresa de seguros. Además critica enfáticamente la mal interpretación del *Restatement Third* por que el entiende de manera clara un evidente surgimiento de un conflicto en especial donde afirman que solo existe un conflicto jurisdiccional cuando la norma americana cumplida constituye una violación en otro país<sup>97</sup> siguiendo esta lógica se provocaría el inicio de conflictos innecesarios con otros países en especial con sus aliados comerciales<sup>98</sup>. Scalia en su *dissent* pone en perspectiva un asunto que a la mayoría de la Corte al parecer no se le paso por la mente. Las consecuencias económicas de la aplicación extensiva y hasta intrusiva de su norma de competencia.

---

<sup>95</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos *Hartford Fire Ins. Co. v. California*, No. 509 . 1993.p 801

<sup>96</sup> Roger P. Alford. “ PostScript- The Extraterritorial...” *Óp cit.*p 230.

<sup>97</sup> *Id.*, p 820.

<sup>98</sup> *Ibid.*

De una manera lógica, existe un claro conflicto el momento de querer sancionar a un individuo que está actuando conforme el derecho de su Estado, existe una clara yuxtaposición de intereses los cuales crean conflicto. La Corte prescindió del análisis de *comity* en este caso, el cual a mi forma de entender el caso hubiese sido más oportuno; en especial concordando con la legislación americana que exige un análisis razonable frente a la aplicación extraterritorial de su jurisdicción, razonabilidad que se debe medir en la real confrontación de intereses y de puntos de conexión, justificando así la decisión, cualquiera que fuere en la consideración y ponderación de los distintos intereses. Con una sola finalidad, evitar conflictos innecesarios para que los conflictos necesarios estén justificados en la excepcionalidad ante la necesidad de reparar el daño sustancial que se produjo en el mercado.

Ante esta decisión americana el gobierno británico normativamente protegió a su industria de una nueva decisión americana. En 1980 promulgó el *British Protection of Trading Interests Act* el cual amparaba tres distintas hipótesis de protección, siempre y cuando no exista algún tratado de colaboración recíproca, . La primera, permitía al gobierno negar las solicitudes u órdenes judiciales si estas amenazaban o causaban un daño a los intereses comerciales británicos. Además extendía esta negativa a la producción de documentos o información de cortes extranjeras y no permitiría bajo ningún concepto la práctica probatoria si estas violaban su jurisdicción y por ende su soberanía.<sup>99</sup> En segundo lugar, prohibía la aplicación de sentencias extranjeras que contenían sanciones por daños que se desprendían de una práctica anticompetitiva.<sup>100</sup> Finalmente, contemplaba la recuperación del monto no compensatorio por el cual fue sentenciado por daños a favor del accionante a través de los bienes del beneficiario del pago.<sup>101</sup>

Esta medida la tomó el gobierno para prevenir una futura intromisión en su jurisdicción del gobierno americano tomando en cuenta tres principales razones: la intrusión del gobierno americano en su soberanía , la posibilidad de permitir y sancionar por *trebble damages* de accionantes privados y la intención de las cortes americanas de considerar al *comity* como medio<sup>102</sup>. Es entendible la reacción, el Estado debe proteger sus intereses y los intereses de sus ciudadanos en especial si no estaban cometiendo infracción alguna bajo sus

---

<sup>99</sup> Protection of Trading Interests Act, Reino Unido (1980) artículos 1-8.

<sup>100</sup> *Ibid.*

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> Tina J. Kahn, "The Protection of Trading Interests Act of 1980: Britain's Response to U.S. Extraterritorial Antitrust Enforcement", *Northwestern Journal of International Law and Business*. 2/2 (1980), p 492.

propias normas, es por eso que encontraron la manera de evitar un nuevo conflicto en esta temática. Por otro lado, en parte es completamente contraproducente analizando la decisión desde una perspectiva global.

Hemos sido repetitivos al momento de sostener que los efectos de una conducta se expanden en una forma no prevista en años anteriores, y es entendible bajo el condicionamiento histórico de 1980 la aplicación de esta norma. Aun así, esta expresa protección es contraria a la protección del consumidor del mercado global, las empresas británicas se podrían permanecer impunes ante una conducta anticompetitiva con efectos globales, y en la actualidad no son solo los Estados Unidos los que aplican su normativa extraterritorialmente.

## 2.4 APROXIMACIÓN AL CASO: US v. NIPPON PAPER INDUSTRIES

En este particular caso, encontramos una extensión particular de la jurisdicción extraterritorial. Siendo el primer caso en el cual se extendió la responsabilidad penal por fuera del territorio americano. Los hechos del caso fueron los siguientes: *Nippon Paper industries Co. Ltd.* Concertó en Japón una fijación de precios para papel de fax en el mercado americano, donde el precio fijado iba a ser menor hasta llegar al consumidor americano para asegurar el éxito en el negocio. *Nippon Paper Industries Co. Ltds.* Supervisaba que la inflación del precio en toda la cadena de distribución, encajando esta conducta en una restricción irrazonable del mercado causando efectos substancialmente adversos en el mismo.<sup>103</sup> El Departamento de Justicia americano, inició un proceso penal en este caso tomando en cuenta que la conducta de los participantes del acuerdo era ilegal bajo la normativa japonesa. El gobierno japonés presento dos *Amicus* en dos distintos momentos en el proceso, su posición fue firme, la extensión de la norma americana invadía la norma japonesa y violaba la jurisdicción y soberanía de su nación. Buscando así persuadir a la Corte que la mejor forma de manejar el conflicto era bajo la cooperación bilateral.<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos. *U.S. v. Nippon PaperIndus. Co.* No. 944 . 1995.p 55.

<sup>104</sup> Brief of Amicus Curiae for the Gov't of Japan at 2-3, *Nippon Paper Industries, Co. v. U.S.* (S.Ct. 1997). Citado por Mark A.A., Warner. "Restrictive Trade Practices and the Extraterritorial Application of the U.S Antitrust and Trade Legislation". *Northwester Journal of International Law and Business.* 19/2 (1999), p. 335.

El accionante, el gobierno americano no pudo probar la existencia de la fijación de precios en el acuerdo vertical el cual alegaban ante la Corte Distrital, distintos problemas procedimentales y sustantivos fueron determinantes para obstaculizar su cometido, en especial porque en materia penal se requiere un nivel exitoso de prueba más alto que en las acciones civiles o administrativas. Aun así la Corte considero que la conducta debía ser vista de una manera distinta, proponiendo un *per se plus test*<sup>105</sup> añadiendo al tradicional y bien utilizado test de los efectos un requisito adicional, el gobierno debía probar el efecto sustancial demostrando una conexión de determinante afectación al mercado americano.<sup>106</sup> Esta afectación no fue sustancial, considerando que la participación japonesa en el mercado americano era solo del 30%, además el 70% restante del mercado que lo componía la industria americana amenazaron formalmente el inicio de medidas antidumping, las cuales estaban podían reducir su participación en el mercado.<sup>107</sup> Por falta de pruebas la Corte Distrital decidió que la acción no era procedente, pero estableció de manera muy clara la posibilidad, si concurren todos los requisitos, de extender la responsabilidad penal de la normativa de competencia extraterritorialmente.

Uno de los mayores problemas que se ha encontrado con este precedente ha sido la falta de limitación que la misma Corte no previó al momento de tomar esta decisión.<sup>108</sup> La correcta y responsable limitación del ejercicio de las potestades conferidas a los órganos competentes son garantía de un Estado responsable, evitando de esa manera abusos en la ejecución del derecho. Según el autor, la Corte solo tomó en cuenta la mitad del problema; la obstaculización territorial de sancionar conductas substancialmente dañosas. Se podría considerar que la lejanía territorial podría constituir un pedestal de inmunidad<sup>109</sup>, por lo tanto en ciertos casos el Estado estaría en la obligación de ejercer de manera extraterritorial la norma. Pero el riesgo de abuso de la extensión criminal de la jurisdicción es grande y riesgoso elevando el riesgo de conflictos internacionales entre Estados, en especial tomando en cuenta que los Estados Unidos no pueden pretender alterar la política económica de otras naciones, bajo el elevado de riesgo de una persecución penal . De esta manera, una vez más la evidencia

---

<sup>105</sup> *U.S. v. Nippon PaperIndus. Co. Óp cit.* p. 48.

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> *Íd.,p 50.*

<sup>108</sup> Elliot Sulcove. "The Extraterritorial Reach of the Criminal Provisions of the U.S Antitrust Laws: The Impact of the United States v. Nippon Paper Industries". *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*. 19/4 (1998),p 1093.

<sup>109</sup> *Ibid.*

es clara. El caso planteado constituye una forzada y hasta exagerada extensión del ejercicio extraterritorial de la jurisdicción<sup>110</sup>. La falta de evidencia sustancial del caso evidenciaba una manifiesta exageración en la presunta responsabilidad del imputado. Aun así, está claro que la limitación al ejercicio de la misma es indispensable aun así tomando en cuenta la, cada vez más alta, influencia comercial de los actores de los distintos mercados globales.

La responsable y bien fundamentada aserción de responsabilidad penal en el campo es completamente legítima y válida. A través de la erradicación de los límites territoriales se evita la impunidad y se promueve el responsable ejercicio comercial. Aun así, es un claro ejemplo de la prevalencia de la norma del Estado más fuerte y un claro indicio que nos lleva a concordar con el planteamiento de la armonización de la normativa de competencia. Aun así, la Corte delineó un importante camino que sirvió en casos futuros, donde se logró determinar la responsabilidad de altos ejecutivos de Canadá, Francia, Alemania, México, Suiza entre otros países. Ejemplos hay muchos, por ejemplos a dos altos ejecutivos de *Ucar International* cumplieron su condena en prisión y pagaron multas por sobre el millón de dólares<sup>111</sup> de igual manera el ex presidente del directorio de *Sotheby's and Christie's Auction houses*, Alfred Taubmann fue condenado a una multa de 7.5 millones de dólares y a un año de prisión<sup>112</sup> entre varios otros. El Estado americano ha incrementado las multas y el tiempo de prisión que sancionan las conductas anticompetitivas, sumando la aplicación extraterritorial de su normativa a carteles internacionales se ha incrementado el atractivo de una política de *leniency* o cooperación. Donde el Estado ofrece amnistía penal a todo involucrado con la práctica dañosa, limita el monto de daños a los que la compañía puede ser sancionada excluyendo, a cambio de una cooperación la exclusión de los temidos *trebble damages*.<sup>113</sup>

## **2.5 APROXIMACIÓN AL VITAMIN CARTEL: CASO *EMPAGRAM S.A v. F.HOFFMAN-LA ROCHE, Ltd.***

Este es un caso especial, ya que fue parte de varios procesos que sancionaron a un cartel multinacional vitamínico que produjo daños por sobre las decenas de billones de dólares a nivel global. En este caso varios demandantes de varios países incluyendo el

---

<sup>110</sup> *Id.*,p 1094.

<sup>111</sup> Paul Robert "Expanding Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Laws: What Are the Borders?" *International Law Practicum*. (2003),p 16.

<sup>112</sup> *Id.*,p 20.

<sup>113</sup> *Ibid.*

Ecuador, unidos bajo el vínculo de Procter & Gamble y sus subsidiarias o ramas domiciliadas en varios países presentaron una demanda en contra de varias y enormes compañías productoras de vitaminas y sus distintos productos, tales como Hoffman-La Roche, Lonza, BASF, Eisai, Takeda Chemical Industries y Daiichi Pharmaceutical Company a los cuales se les acusó de fijación de precios, división de mercado y la fijación de cuotas de venta de las ventas de vitaminas, premezclas de vitaminas y bultos de vitaminas en el mercado global.<sup>114</sup> La particularidad de este caso, el cual fue punto central del análisis realizado por las cortes que vieron el proceso, fue que todos los demandantes eran extranjeros los cuales pretendían sumas estratosféricas de reparación de daños, amparado en *trebble damages*, los cuales triplican la suma de la pérdida o del daño causado en el cálculo del monto reparativo de los daños causados, en este caso por el cartel multinacional vitamínico.

Ante el punto central en la cadena procesal apelativa americana las cortes confrontaron y enmendaron el análisis central. Mientras la Corte Distrital de DC encontró que en base al FTAIA no existía una conexión entre el daño causado al mercado americano y el daño posterior a los demandantes, entendiendo que el FTAIA excluye de la protección del *Sherman Act* toda conducta del mercado *non-import* y el comercio con otros países si cumplen las condiciones que están ya fueron establecidas en este capítulo. De manera interesante encuentra la existencia del daño en el mercado americano, como lo hicieron los otros procesos pero no encuentra que los daños causados en jurisdicciones ajenas estén conectados, si son efectos considerados domésticos, punto necesario para que la Corte provea de su jurisdicción para amparar su pretensión.<sup>115</sup>

La Corte de Apelación revierte la decisión de la Corte distrital y centra la discusión en la legitimidad de la pretensión cuando la conducta ha causado un daño en el mercado americano e internacional, tomando en cuenta que la causa de la pretensión del demandante es el efecto causado en el extranjero. De esta manera, la Corte se pregunta si existe un daño suficiente en el mercado americano fundamentado y justificado bajo el amparo del *Sherman Act* ante el efecto causado en el exterior.<sup>116</sup> Dirimiendo el problema la Corte sitúa su posición en la legítima aserción de competencia de la Corte en esta materia, estableciendo que:

...permits suits by foreign plaintiffs who are injured solely by that conduct's effect on foreign commerce." *The anticompetitive conduct itself must violate the Sherman Act and the*

---

<sup>114</sup> Empagran, 315 F.3d 338 (D.C. Cir. 2003) p 3.

<sup>115</sup> Alvin K. Klevorick and Alan O. Sykes. "United States Courts and..." *Óp cit.* p 314.

<sup>116</sup> *Ibid.*

*conduct's harmful effect on United States commerce must give rise to "a claim" by someone, even if not the foreign plaintiff who is before the court.*<sup>117</sup>

De esta manera, la Corte encuentra justificada la aserción de la competencia de la Corte, de manera lógica, ante la conducta ilegal ante el *Sherman Act* que cause un daño dentro y fuera de la frontera territorial. Limitando de esa manera una apertura de actores extranjeros que sienten sus pretensiones en la reparación cuantiosa americana del daño causado en el extranjero.<sup>118</sup>

En última instancia la Corte Suprema a través de *certiorati*, considera que el daño que afecto a los demandados fue independientemente causado de los efectos dañinos que fueron causados en los demás mercados, incluyendo el mercado ecuatoriano. De esta manera, considera que el FTAIA no encaja en este caso, ya que la pretensión está únicamente fundamentada en el daño causado en el extranjero.<sup>119</sup> Requiriendo de esta manera un evidente nexo que legitime la aserción jurisdiccional de la Corte, así el único vínculo que se encontró fue que las distintas distorsiones fueron causadas por la misma conducta, aun así no fue suficiente.

Ampliando la Corte en un extensivo análisis con dos puntos fundamentando la no aplicación del FTAIA, la primera ya mencionada; y la segunda referente al *comity* y el respeto a la soberanía de los demás países. La Corte al parecer dejó atrás la mentalidad oficialista y persecutoria sesgada que presentó en el caso *Hartford Fire*, la principal diferencia es que en este caso los demandantes no eran americanos y que la reparación al mercado americano ya estaba ejecutada. Aun así la Corte considera que es primordial tomar en cuenta el alcance de la decisión y que no existe razón alguna para que la legislación americana en materia de competencia suplante la de otros países, ya que estos serán plenamente razonables para proteger al consumidor como mejor crean, en especial si la conducta es realizada en su territorio y si los efectos de compañías extranjeras afectan a su consumidor<sup>120</sup>, cada uno de

---

<sup>117</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos. *F. Hoffman- LaRoche Ltd. V. Empagram*. No. 124 S.Ct. 2359. 2004. Citado por Klevorick, Alvin K. and Alan O. Sykes. "United States Courts and..." *Óp cit.* P 10.

<sup>118</sup> La Corte Suprema cita tres distintos casos de instancias menores en los cuales la corte se declaró competente para sancionar daños de un accionante extranjero por una conducta realizada en el extranjero. Ver: *imken Roller Bearing Co. v. United States*, 341 U. S. 593, 595 (1951), *United States v. National Lead Co.*, 332 U. S. 319, 325ñ328 (1947), *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U. S. 106, 171ñ172 (1911)

<sup>119</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos. *F. Hoffman- LaRoche Ltd. V. Empagram*. No. 124 S.Ct. 2359. 2004.p 7.

<sup>120</sup> *Id.*, p 8.

los países tendrá que regular y sancionar al gestor de la conducta por los efectos y el daño causado bajo sus propios parámetros.

Además la Corte reconoce que no quiere desarrollar fallos que interfieran con la soberanía de otros países, es por eso que considera que la normativa promulgada como el FTAIA tuvo como principal fin el de tomar en cuenta los intereses legítimos de otros Estados y así procurar que los potenciales conflictos de leyes en diferentes naciones trabajen conjuntamente, para encontrar una armonía necesaria en el comercio internacional.<sup>121</sup> La Corte decide que con base en la interdependencia del daño en el extranjero con el daño local no encaja bajo la protección del FTAIA y además señala que la Corte de apelaciones no trató un argumento de los demandantes y por lo mismo devuelve el expediente para que se tome el argumento del demandado y que el fallo sea consistente con la opinión emitida.

La Corte de manera acertada analiza la afectación a la soberanía de otros países, por lo que cuidadosamente establece de manera clara su postura y condiciona a la proximidad del daño que se ha producido en territorio americano. Volviendo de cierta manera al fundamento del *comity* el cual no fue analizado a profundidad por ninguna de las cortes, ya que decidieron ampliar distintos puntos que a su parecer fueron los centrales en el caso.<sup>122</sup> Pero de igual manera, en especial la Corte Suprema toma en consideración las raíces del *comity*. No con el acercamiento romántico con el que la doctrina lo concibió de la fe en la posible futura reciprocidad; pero en el sentido básico de respeto en conformidad con el derecho internacional y la soberanía de cada estado.

Por otro lado Alvin K. Klevoric y Alan O. Sykes profesores de la facultad de derecho de las universidades de Yale y Stanford respectivamente, identifican un fin ulterior que la Corte debió haber considerado al momento de sentar un precedente moderno en la jurisprudencia americana. Ellos ven que el control y las sanciones por conductas anticompetitivas en el resto del mundo, con salvedades, es laxo o nulo motivando a carteles multinacionales a actuar y tratar de desprender efectos anticompetitivos en países donde podrán salir impunes o aiosos, por esta misma razón las cortes americanas deberán aceptar este tipo de casos, donde accionantes extranjeros pueden iniciar el aparato jurisdiccional americano en contra de cualquier acto restrictivo a nivel mundial, para así desmotivar económicamente las conductas de grandes corporaciones multinacionales , considerando que

---

<sup>121</sup> *Ibid.*

<sup>122</sup> *F. Hoffman- LaRoche Ltd. V. Empagran .Óp cit.p 15.*

el calculo de los daños en las cortes americanas es alto e incluso puede ser estratosférico.<sup>123</sup> Bajo la muy aceptada posición de la Escuela de Chicago, donde considera que el deber primordial del derecho de competencia es la protección y la maximización del bienestar del consumidor, donde las cortes no deberán tener discreción alguna al momento de ponderar el bienestar del consumidor frente al beneficio social de preservar PYMES ante el poderío de las grandes compañías.<sup>124</sup> Este punto de vista, bastante distanciado al que tomo la Corte, es importante considerarlo, pero con sumo cuidado. Mi posición respalda al tomado por la Corte, siempre se deberá tomar en cuenta y preservar la relación entre estados respetando la soberanía del Estado, siempre y cuando estemos bajo la hipótesis presentada en el caso.

En contraposición la Corte decidió no permitir la inclusión ni la legitimad de *trebble damages actions* en situaciones donde el único nexo es la afectación de una misma conducta en distintos territorios, la implicación de la sola aceptación iba a detonar una oleada de acciones en las cortes americanas obviando los mecanismos de defensa de los otros Estados.<sup>125</sup> Es interesante analizar el argumento planteado por el demandante, el cual pretendía estar bajo el amparo de la jurisdicción americana. Alegaron que el nexo se da en la medida que el incremento de precio en Estados Unidos causa un efecto dominó en el mercado global, siendo el mercado americano la piedra angular que sostenía la fijación de precios en el resto de los mercados.<sup>126</sup> Fundamentando su pretensión en la teoría económica del arbitraje,<sup>127</sup> en la cual se establece que cuando que se trata de bienes fungibles la oportunidad de arbitraje eliminará la diferencia de precio entre Estados evitando eliminando la posibilidad de una conspiración mundial.<sup>128</sup>

Popofsky establece que la facilidad de interrelacionar partes en un mercado global resta la eficacia persuasiva del nexo necesario y cuando el vínculo no es directo como en el caso, la teoría no alcanza a fundamentar el nexo, implantando así el requisito de un nexo cercano al asunto.<sup>129</sup> Por otro lado Springman, considera la naturaleza del acuerdo, tomando en cuenta la definición de mercado global en primera instancia, el cual permite a un determinado proveedor competir con otro en una venta específica sin importar la localización de ninguno

---

<sup>123</sup> Alvin K. Klevorick. and Alan O. Sykes. “United States Courts and...” *Óp cit.* P 331.

<sup>124</sup> Varun Gupta. “After Hartford Fire...” *Óp cit.* P 11.

<sup>125</sup> Mark S. Popofsky. “ Extraterritoriality in U.S. Jurisprudence”... *Óp cit.*p. 2436.

<sup>126</sup> *F. Hoffman- LaRoche Ltd. V. Empagran*... *Óp cit.*p 37.

<sup>127</sup> ver Tomas Bjork. “ Arbitrage Theory in Continuous Time” *The Economic Journal.*(2000) ,110.

<sup>128</sup> Mark S. Popofsky. “ Extraterritoriality in U.S. Jurisprudence”. *Óp cit.*p 2440.

<sup>129</sup> *Ibidem.*

de los elementos. En el mercado global de vitaminas, el costo del transporte era relativamente económico en comparación con el volumen de producto transportado, por lo mismo era indispensable conglomerar un cartel lo suficientemente influyente en el mercado para que el precio supra-competitivo repele los efectos del arbitraje.<sup>130</sup> Considero que uno de los efectos latentes en el mercado global es la interrelación en varios niveles de operadores, productos, suministros y todo otro elemento que lo constituye. Aun así, comparto la negativa de la Corte al no ejercer jurisdicción por sobre los daños efectuados otras jurisdicciones. Las cortes americanas de ninguna manera deberán suplantar la jurisdicción de Estados en plenas facultades y capacidades de hacerlo. Por más que no se analizó la institución de *comity* a profundidad, se falló en conformidad con las reglas básicas del mismo tomando en cuenta otras implicaciones que al parecer de la Corte ponderaban sobre el resto.

Por otro lado, el Estado Americano consciente y de acuerdo con el daño causado en el mercado americano inició un proceso por el cual el COJ en mayo de 1999 consiguió que F. Hoffman- La Roche se declare culpable por varias conductas de conspiración entre las que incluyen una acuerdo constante de fijación de precios, establecimiento de cuotas de ventas y repartición de mercado por un periodo de entre 5 a 10 años dependiendo del producto. Esta conducta global afecto, como lo establece la sentencia analizada mercados en distintos países, por lo cual la COJ multó a la compañía por 500 millones de dólares, a BASF AG por 225 millones de dólares, a *Takeda* por 72 millones de dólares, a *Eisai* por 40 millones de dólares, a *Daiichi* por 25 millones de dólares y a *Lonza* por 10.5 millones de dólares<sup>131</sup>. Además entre los organismos de la Unión Europea, Canadá, Australia y Corea recolectaron más de 855 millones de euros sin contar las decenas de acciones privadas las cuales consiguieron sumas por sobre los 2 billones de dólares<sup>132</sup>. Los números desestiman en parte la propuesta anterior, ya que los efectos causaron daños en una lista más extensa de países los cuales no iniciaron procesos por varias razones, que no tenían legislación para hacerlo o su aparato no alcanzo a proteger sus intereses. Aun así demuestra que los países que se han organizado formal y legalmente en derecho de competencia pudieron imponer cuantiosas multas y así resarcir daños ocasionados por efectos desplegados de conductas anticompetitivas.

---

<sup>130</sup> Christopher Springman. "Fix Prices Globally, Get Sued Locally?..." *Óp cit.* p 275.

<sup>131</sup> Paul Robert D. "Expanding Extraterritorial Application." *Óp cit.* P 2003.

<sup>132</sup> Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Petitioners at 2, *Empagran*, 542 U.S. 155 (No. 03-724), 2004 WL 234125. Citado por Alvin K. Klevorick y Alan O. Sykes. "United States Courts and..." *Óp cit.* P 313.

## 2. 6 CONCLUSIÓN

A lo largo del capítulo analizamos ampliamente el alcance de la doctrina de los efectos, la cual ha sido consagrada como la piedra angular de la justificación de la aplicación extraterritorial de la norma de competencia. El desarrollo que nos deja la jurisprudencia americana es sumamente importante, ya que ha planteado y ha resuelto de cierta manera problemas que han sido obstáculos en la protección del mercado interno americano. El fin ulterior de la protección normativa es el bienestar del consumidor y las barreras geográficas no han sido impedimento para protegerlo. Aun así, el desarrollo ha obligado que la unilateralidad sea casi descartada y seriamente criticada. Existen otros puntos que deberán ser tomados en cuenta en el análisis, los cuales son sin duda limitaciones que se han encontrado oportunas para el correcto, responsable y eficaz ejercicio extraterritorial de la norma. Limitaciones que debieron ser consagradas normativamente, eso dice mucho sobretodo en el sistema anglosajón donde la flexibilidad del sistema es lo que lo mueve y fortalece. Dejándonos un punto a tomar en cuenta en capítulos posteriores, la necesidad de limitar normativamente el ejercicio extraterritorial. Limitaciones que deberán condicionar y buscar la efectividad en la protección del bien jurídico protegido.

## CAPÍTULO 3. APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DEL DERECHO DE COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD EUROPEA

### INTRODUCCIÓN

La Comunidad Europea está envuelta en una tipicidad única de funcionamiento, por la naturaleza misma en la que fue concebida. Uno de los principales objetivos del desarrollo de la misma, fue la de establecer un mercado común; en el cual de manera colectiva, los estados miembros promoverán armónicamente el desarrollo de actividades económicas que aumenten la calidez de vida de todos lo que son parte de la comunidad.<sup>133</sup> De esta manera, con el pasar del tiempo se fue perfeccionando la integración del mercado común, a través de una sistemática eliminación de barreras entre Estados; que permitan el establecimiento de un solo mercado que con el pasar del tiempo se procurará transformar en un mercado interno.<sup>134</sup> Para poder conseguir de manera exitosa esta finalidad, es necesario que los Estados miembros liberen cualquier tipo de barreras que puedan restringir el ingreso de un nuevo competidor de

<sup>133</sup> Tratado de Roma. (1957). Artículo 3.

<sup>134</sup> Maher M. Dabbah "The Internationalisation..." Óp cit.p. 87

un Estado miembro, pero también hay que controlar exhaustivamente las conductas restrictivas que pretendan hacerlo.

Precisamente en el último punto es donde el Derecho de Competencia es esencial, por su utilización como una herramienta mucho más amplia que proteger los bienes jurídicos establecidos; como lo son el bienestar del consumidor. Pero es una herramienta necesaria para lograr desarrollar e integrar el mercado de los países miembros en un mercado interno que comprenda la totalidad de los países miembros.<sup>135</sup> De cierta manera los Estados miembros condicionan su independencia económica con una finalidad ulterior, ya sea la fortaleza que su moneda única pueda proporcionarles o la apertura de las barreras geográficas que integren mercados más amplios, volviéndolos más atractivos para la industria europea, entre muchas otras.

La base legal del derecho de competencia comunitario se fundamenta en la teoría general de la misma, la cual está recogida en el capítulo primero, tercera parte del Tratado de la Comunidad Europea, el cual tiene 9 artículos especialmente relevantes y aplicables. Aparte de normativa están tres regulaciones que complementan el alcance de la norma.<sup>136</sup> Esta serie de normas buscan mantener equilibrado el mercado; el extenso mercado comunitario, cuyo motivo será precautelar el bienestar del consumidor del mercado interno comunitario. Es un claro ejemplo de la tan anhelada internacionalización armónica del derecho de competencia, la cual ha sido planteada como una de las más probables soluciones a la problemática que genera la concurrencia de distintas jurisdicciones<sup>137</sup>. Esta internacionalización se ha basado en el marco institucional de la Comunidad.

En primer lugar la Comisión Europea, cuya competencia centralizada supranacional fue esencial para que genere confianza en los estados miembros a través de la regulación uniforme que garantice los fines propuestos, en especial la integración de un mercado interno comunitario. De la mano está la Corte de Justicia, la cual se ha encargado de extender el alcance de la normativa de competencia de la comunidad y a través de sus fallos ha

---

<sup>135</sup> *Ibid.*

<sup>136</sup> Se encuentran la Regulación 17/62EC, Regulación 4064/89EC y la Regulación de Fusiones y Escisiones. Por otro lado está el *European Economic Area Agreement*, en el cual ha pretendido normar de manera paralela el mercado económico de sus suscribientes, los cuales en su mayoría eran países situados en Europa central y del oeste.

<sup>137</sup> Andrew T. Guzman. "Is International Anitrust Possible?", *New York University Law Review*. 73/5(1950), p. 10.

materializado los objetivos antes ya mencionados de la comunidad<sup>138</sup>, a través de la jurisprudencia que ha emitido. Pero de manera interesante, se ha visto como las cortes nacionales han comenzado a aplicar el derecho de competencia en sus propios territorios, actuar promovido por la Corte de Justicia, la cual ha buscado un completo desarrollo cooperativo entre las cortes con la finalidad de la comunidad. Aun así, la Corte ha tenido la competencia de tratar casos significativamente más grandes, que afecten a la generalidad del mercado comunitario.

A lo largo de este capítulo analizaremos el alcance del *Single Economic Entity*, doctrina esencial en la aplicación extraterritorial de la normativa comunitaria para luego analizar los casos más representativos, comparándolo con la aplicación de la teoría en las cortes americanas. Finalmente analizaré el caso que reconoció la doctrina de los efectos en la Comunidad Europea luego de varios años de duda y ambigüedad en el tema. Para así comprender el alcance del fundamento de la misma en la aplicación de la normativa fuera del territorio y sobretodo las dificultades que se originaron de la misma.

### 3.1 TEORÍA DEL “SINGLE ECONOMIC ENTITY”

La Corte de Justicia Europea utilizó la doctrina de la unidad económica para fundamentar sus fallos extraterritoriales, en los cuales extendió la flexibilidad de la misma, para poder sancionar las conductas anticompetitivas. Por décadas la Corte se negó a aplicar la doctrina de los efectos en sus fallos.

La *International Accounting Standard Board* define a la Unidad Económica como “*The identification of controlled companies ( subsidiaries) is based on the notion of control, defined as the power of govern the financial and operating policies of an enterprise so as to obtain benefits from its activities.*”<sup>139</sup> Añade que el control se presume cuando la compañía madre es la titular de más de la mitad del derecho de votación de la compañía<sup>140</sup>, aun así se ha condicionado, para la organización una serie de condiciones que deberán cumplirse para que se determine a unidad económica de un grupo de compañías, estas son:

---

<sup>138</sup> Maher M. Dabbah “The Internationalisation...” *Óp cit.* p. 95.

<sup>139</sup> Giulio Cainelly e Iacabucci Donato. “Business Groups and the Boundaries of the Firm.” *Management Decision*. 49/9 (2007, p. 1565.

<sup>140</sup> *Ibid.*

1. *Power over more than one half of the voting rights by virtue of an agreement with other investors;*
2. *Power to govern the financial and operating policies of the other enterprise under a statute or another type of agreement;*
3. *Power to appoint or remove the majority of the members of the board of directors; and*
4. *Power to cast the majority of votes at a meeting of the board of directors*<sup>141</sup>

Estos nexos que se han considerado han sido parte del análisis al cual se han remitido las cortes para establecer la existencia de un grupo económico que posea este carácter. Pero han ampliado las condiciones para establecer la influencia en la conducta en el mercado con base en el control, las cuales serán mencionadas en los respectivos análisis que presentaré a lo largo de este capítulo.

Tenemos que considerar la existencia de un doble carácter de interpretación. En primer lugar se la ha considerado como una excepción ante las cortes, para escudarse ante las pretensiones de la contra parte o reducir considerablemente las sanciones. Por otro lado, se la ha interpretado como el medio para extender el alcance de la norma y relacionar corporaciones o grupos económicos frente a la conducta anticompetitiva de una de sus subsidiarias. Por más que las cortes americanas prefirieron utilizar el acercamiento de excepción del mismo, la realidad causó cambios interpretativos en la interpretación de la jurisprudencia, en especial si entendemos la magnitud del alcance de la ingeniería societaria la cual es utilizada por las corporaciones o grupos económicos multinacionales con el fin de extender el alcance de su producto a distintos mercados.

### 3.2 ACERCAMIENTO AMERICANO

El concepto nació en las cortes como una exclusión a la aplicación del *Sherman Act*, la cual argüía que era ilógico que un compañía parte de una unidad económica conspire contra sí misma, necesitando de una entidad ajena para constituir una conspiración que perjudique a la competición y por ende al mercado.<sup>142</sup> La excepción que excluía de prácticas anticompetitivas a las entidades que encajen en el precepto fue considerada *per se* por algunos años, donde la sola pertenencia a una unidad económica bastaba para obtener una inmunidad ante los efectos percibidos por el resto de la totalidad económica a la cual eran parte.<sup>143</sup> La Corte Suprema se pronunció y razonó con base en principio del *rule of reason* los

---

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> *Vide.* Copperweld Corp. v. Independence Tube.

<sup>143</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos. *American Needle, Inc v. National Football League*. No. 560 . 2010.p 2-3.

siguientes casos, abriendo las puertas a una sanción ante una unidad económica. Analizaré dos de estos significativos casos más adelante, pero antes para conservar la congruencia lógica analizaré brevemente un sonado caso reciente, el cual involucra a la NFL y a los equipos que la comprenden.

La NFL es un *joint venture* formado e integrado por los 32 equipos profesionales conformados, los cuales acordaron una cesión de sus derechos de propiedad intelectual en 1963 a *NFL Properties*, para que de forma no exclusiva licencie los derechos cedidos. En diciembre del 2000 modificaron el carácter de la cesión bajo un carácter exclusivo de licencia, una de las cuales concedieron a *Reebok*. La cual estaba concedida con anterioridad a *American Needle*, por lo tanto demandó que el acuerdo entre todas las partes antes mencionadas violaba manifiestamente el *Sherman Act*.<sup>144</sup> La NFL se excepciona de la pretensión del demandante diciendo que conforma una unidad económica y en estricta aplicación del precedente fijado en *Cooperweld* su conducta se encuentra bajo inmunidad al *Sherman Act*.<sup>145</sup> La Corte Suprema rechaza el establecimiento de la unidad económica, entre sus razones analiza que en este caso no existe control alguno que nace de la fuente obligacional del contrato suscrito<sup>146</sup> esta distinción es importante ya que distingue el control que se desprende de la titularidad accionaria y el contractual, rechazando la posibilidad que el control contractual pueda generar una unidad económica. Finalmente establece que entre los 32 equipos que conforman la NFL existe una distinción de intereses económicos, por los cuales compiten entre sí. Causando que no exista presencia alguna de las condiciones necesarias para considerarlo como una unidad económica, por lo tanto reenvía el caso a la Corte inferior para que, conforme a esta opinión reformule la decisión.<sup>147</sup>

Esta primera aceptación de la unidad económica establece un principio económico importante, un miembro de una organización no puede conspirar con sí misma. De manera lógica se requiere la presencia de otra parte con intereses contrapuestos para cumplir con el requisito necesario para ser sancionado por la conducta prohibida en el *Sherman Act*. Esta consideración de la otra cara de la moneda en la aplicación de esta doctrina nos introduce al siguiente punto, donde bajo los mismos presupuestos de control y de intereses contrapuestos se crea una vinculación para responsabilizar a la compañía madre de la conducta de sus

---

<sup>144</sup> *Ibid.* p. 4.

<sup>145</sup> *Ibid.*

<sup>146</sup> *Id.*, p. 6.

<sup>147</sup> *Ib.*,p. 16-17.

subsidiarias, conducta que ha generado efectos perjudiciales en el mercado, en sus competidores y por ende en los consumidores.

La discusión no es nueva, en 1948 la Corte Suprema americana se pronunció al respecto donde ratificó el correcto ejercicio de la jurisdicción a una corporación, fundamentando la decisión en que la constante supervisión de la matriz, en este caso Scophony en el Reino Unido a Scophony of America situada en Nueva York y su titularidad de la participación accionario en la misma fueron suficientes para ejercer jurisdicción americana a la casa madre británica Scophony. La compañía inglesa licencio patentes con tres corporaciones americanas , incluyendo Scophony of America, donde existió una restricción territorial, entre otras que causaron daños en el mercado.<sup>148</sup>

Esta conexión se establece de una manera lógica, sin descartar la posibilidad al momento de encontrar una gran dificultad para establecerla. Aun así, hay varios indicadores que señalan el camino al momento de establecer la conexión. Si la compañía madre ejerce un control sustancial de las operaciones de sus subsidiarias, si controla un porcentaje sustancial de las acciones, los altos directivos fueron puestos por la compañía madre y si controla el precio de sus productos.<sup>149</sup> Existen un sin número más de condiciones que permitirán conectar la conducta con la compañía madre, y en este particular caso el control de la compañía domiciliada en el Reino Unido fue determinante para hacerle.

En la misma línea en el caso U.S v. *Watchmakers of Switzerland Information Center inc.* se aplicó bajo la misma línea la normativa. En el cual el centro de información carecía de independencia de la compañía madre. En este caso dos compañías Suizas se dividían la posesión accionaria de la misma. De esta manera, la Corte encontró que los actos de la subsidiaria la cual era una mera extensión de sus dueños, actuó en conformidad con lo ordenado por los mismos; determinando así que los actos realizados eran atribuidos a sus dueños, por ende la responsabilidad era de los mismos<sup>150</sup>. Esta necesidad de verificar la condición de *alter ego* nace de la falta de independencia; el cual es el punto conector esencial en estos dos casos, por lo mismo de establecer este vínculo, todo efecto anticompetitivo

---

<sup>148</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos. *United States v. Scophony Corporation*. No. 68 S.Ct.855. 1948.

857.

<sup>149</sup> *Id.*, p 863.

<sup>150</sup> Corte Federal de los *United States v. Watchmakers of Switzerland Information Center. Inc* . No. 25 F.R.D.203. 1954. p 203.

desplegado será vinculado a la compañía madre; fundamentando así la aserción de jurisdicción a la compañía responsable administrativamente, civil e inclusive penalmente.

El razonamiento de las Cortes de manera similar se sentó en tres puntos esenciales, los cuales de confirmarse ratificarían la responsabilidad de la compañía madre ante la conducta de sus subsidiarias. En primer lugar el control de la compañía madre a la subsidiaria, desprendiendo del mismo dos distintos modos de actuar, que desprenden del control que a su vez han sido desprendido de la titularidad accionaria que facultará la misma.<sup>151</sup> Dependerá de los estatutos que conformaron la compañía el establecimiento del tipo de control, que puede ser el direccionamiento de la subsidiaria, el posicionamiento de los directivos que posean facultades de direccionamiento y mando y toda acción positiva que requiera una acción para dirigir a la misma. Por otro lado, el control faculta la autorización de actuar de la subsidiaria la cual podría ser negada; dejando un control negativo en ese preciso caso. Pero, el dominio de las acciones de la subsidiaria no siempre serán utilizadas para obtener un dominio completo del actuar de la misma. Por esta misma razón se deberá ver, caso por caso, la independencia o no de la subsidiaria ante la corporación o grupo económico que sea parte. Independencia que deberá ser reflejada en el manejo de la dirección de la compañía, es cierto que podrán existir magnas dificultades para distinguir la independencia de un completo control. De esta dificultad se desprenden los siguientes puntos de análisis que proporcionarán más herramientas para determinar el fallo.

Complementando en segundo grado el análisis está la contraposición de intereses propios del negocio.<sup>152</sup> En este punto se puede explorar más la independencia o la falta de la misma que desprende el control, ya que será analizado de una manera más amplia, tomando en cuenta el giro del negocio y los intereses que desprenden del mismo. Por lo tanto si el giro ordinario de negocio de la subsidiaria puede ser manejado de manera completamente independiente a la empresa madre, habrá definitivamente independencia suficiente para considerar que los intereses son ajenos; pero si el giro del negocio es uno solo y absolutamente dependiente se considerará la conexión económica necesaria para establecer que por los actos de la subsidiaria será responsable la compañía madre. Finalmente, el tercer

---

<sup>151</sup> Richard A. Booth. "Partnership Law and the Single Entity Defense". *Stanford Journal of Law, Business & Finance* .18/1 (2012), p 62.

<sup>152</sup> Mathew Schmitten. "Antitrust's Single-Entity Doctrine: A Formalistic Approach for a Formalistic Rule." *Columbia Journal of Law and Social Problems* Doctrine: A Formalistic Approach for a Formalistic Rule. *Columbia Journal of Law and Social Problems*.46/1 (2012), p 97.

punto de análisis es la potencialidad de competencia o complemento de la subsidiaria en el mercado frente a la compañía madre.<sup>153</sup>

Una vez más, este punto focaliza el análisis de la independencia, tomando en cuenta los intereses a los cuales la subsidiaria se debe regir y sobre todo dejando a un lado la importancia fáctica del control sobre la subsidiaria, ya que sería ilógico que ambas compañías compitan en el mismo segmento del mercado, desperdiciando recursos para obtener una utilidad compartida. De esta manera, estos tres puntos se han discutido para poder responsabilizar por una conducta realizada a la compañía que la ideó, pudiendo compararla con el actor intelectual de un delito el cual por la naturaleza misma del acto quiso dividirse para poder evadir la responsabilidad. Complementando con lo dicho por la jurisprudencia americana, pasaré a analizar y comentar el acercamiento que la Corte de Justicia Europea ha tenido en relación al tema.

### **3.3 ACERCAMIENTO DE LA COMUNIDAD EUROPEA**

En el territorio que comprende la Comunidad Económica Europea se ha interpretado esta doctrina de una manera bastante más amplia, para que así constituya la piedra angular de la aplicación de su normativa de competencia al su mercado comunitario. Esta amplitud, se fundamenta de manera similar a la interpretación americana; la cual fundamenta la decisión de responsabilizar a compañías madres o a cabeceras de grupos económicos por la conducta de sus subsidiarias. Pero para que se considere a la conducta de la subsidiaria parte de la unidad económica que determine el vínculo entre sí, se deben tomar dos principales factores, los cuales constituyen de manera similar a la americana el control y conductas variables del mercado.<sup>154</sup> Eliminando así la excepción de la separación de la personalidad jurídica como irrefutable para conectar la conducta y los efectos dañosos que produjo la misma, considerando sobre todo la falta de independencia decisoria de su propia conducta en el mercado. Por eso se deberá analizar de manera detallada todo tipo de conexión existente entre las dos compañías, ya sean económicos, organizacionales o legales.<sup>155</sup> Exigiendo una influencia sobre la conducta de la subsidiaria, ya sea el presupuesto de ventas, el

---

<sup>153</sup> *Id. p. 99.*

<sup>154</sup> Daniela Chirita. "The analysis of market dominance and restrictive practices under German antitrust law in light of EC antitrust law". *European Competition Journal*. 4/2 (2008), p 422.

<sup>155</sup> Mathew Schmitten "Antitrust's Single-Entity..." *Op cit.* p 103.

establecimiento de márgenes o de costos, el flujo de caja entre muchas otras actividades que serán propias del giro del negocio.<sup>156</sup>

De manera similar, las condiciones están fundamentadas en la misma esfera de pensamiento americano; y de esa manera sería difícil pensar que el control accionario sería el único condicionante para ejercer la influencia necesaria en la conducta. Pero no siempre es así, pudiese cambiar la figura legal por la cual se maneja la división estructural de la compañía madre e incluso los agentes comerciales o afiliados podrían incurrir en una conducta anticompetitiva bajo la influencia de la compañía de la cual representan sus productos o servicios, sin estar en una posición de adquisición por parte de la misma, condicionando la conexión y la categorización de unidad económica a la existencia de interacciones directas que pudiesen ser desplegadas o no del control accionario pero que sean relaciones verticales influyentes.<sup>157</sup> En segundo lugar se requiere que la conducta que se realice en el mercado carezca de independencia. Queriendo decir que no tenga la libertad decisoria para establecer sus propias políticas y acciones en un mercado determinado<sup>158</sup>, diferenciando así del control interno de la compañía que requiere el primer condicionante.

### **3.3.1 ACERCAMIENTO A LOS CASOS DYESTUFFS : IMPERIAL CHEMICAL INDUSTRIES LTD.v. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES**

Este podría ser considerado como el precedente más importante en la aplicación extraterritorial de la norma utilizando la doctrina de la unidad económica . Una vez más, con la finalidad de entender mejor el análisis de la Corte, brevemente mencionaré los hechos del caso. La Comisión inició investigaciones sobre el incremento de precios de *dyestuffs* en tres distintos momentos en un periodo entre 1964 y 1967 a más de 50 compañías, por un presunto acuerdo de incremento de precio de 15,8 y 12 por ciento en el lapso antes mencionado , de las cuales tres estaban domiciliadas en el Reino Unido y en Suiza, por ende fuera del mercado común europeo ;*Imperial Chemical Industries, Geigy y Sandoz*. Las cuales plantearon una acción de nulidad a la decisión y a la multa de 50,000 *units of account*.<sup>159</sup>

La Corte trató dos puntos sustanciales en su fallo, en primer lugar la determinación del daño causado por la práctica concertada y en segundo lugar, la determinación de la

---

<sup>156</sup> *Ibid.*

<sup>157</sup> *Id.*, p 107.

<sup>158</sup> *Ibid.*

<sup>159</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Imperial Chemical Industries Ltd. V. Comission of the European Communities*. No. 48-69/72. 1972..p 623.

jurisdicción de la comisión a un acto realizado afuera del territorio del mercado común que desplegó efectos dañosos en el mismo. Los distintos actores de esta operación coordinaron sus actos cuidadosamente, para que no sea considerado un convenio formal, evitando así verificar la conducta de un acuerdo el cual tenga efectos catastróficos en la prueba del litigio, aun así bajo la legislación comunitaria está prohibido coordinar el curso de acción referente al incremento de precios y eliminar cualquier tipo de obstáculo que prevenga el éxito de la operación concertada.<sup>160</sup>

El primer punto se lo demostró de manera muy concreta, ya que se determinó que el incremento de precios fue sistemático, el incremento en ciertos Estados del mercado común iba a detonar en un efecto dominó en otros Estados, ya que los incrementos de precios posteriores fueron realizados para compensar el incremento en otros productos del portafolio y en otros Estados los cuales no sufrieron incremento alguno<sup>161</sup>. La cooperación entre los operadores en los distintos mercados se vio probada materialmente en las comunicaciones, en las cuales se notificaba, con un razonable periodo de tiempo, el incremento que el producto iba a sufrir, con la finalidad de que los operadores económicos preparen la logística y los detalles propios de cada mercado para aplicar el incremento<sup>162</sup>; La Corte llegó a la conclusión de que bajo las características del mercado del producto y el comportamiento que desarrollaron las empresas, existió una cooperación en la concertación de prácticas destinadas a incrementar el precio del producto y por lo tanto violaba la normativa comunitaria.<sup>163</sup> Aun así, se reconoce que cualquier tipo de conducta paralela que conlleve la misma finalidad será suficiente para verificar la conducta prohibida<sup>164</sup>. Para Mann las prácticas concertadas requieren una identidad de conciencia de las intenciones y un idéntico actuar,<sup>165</sup> es decir que la cooperación debe ser evidente, en especial la finalidad de la misma, ya que todos los operadores al actuar de una determinada manera, en este caso elevar sistemáticamente los precios del producto, buscan aumentar las ganancias de una manera injustificada y contraria al mercado.

---

<sup>160</sup> Case Notes. “Extraterritorial Application of Antitrust Legislation in the Common Market: “The Dyestuffs Cases””. *The Columbia Journal of Transnational Law*. 12/1 (1973).p 173.

<sup>161</sup> Imperial Chemical Industries Ltd. V. Commission of the European Communities. *op cit.* p. 624.

<sup>162</sup> *Id.*, p 627.

<sup>163</sup> *Ibid.*

<sup>164</sup> *Ibid.*

<sup>165</sup> Francis A. Mann. “The Dyestuffs Case in the Court of Justice of the European Communities”. *The International and Comparative Law Quarterly*. 22/1 (1973).p 38.

De todas maneras hay que tomar en cuenta un elemento esencial del mercado, los operadores tienen la libertad de fijar el precio que ellos consideren apropiado sin efectuar ninguna conducta que esté prohibida por la normativa de la legislación en la cual opere. De esta manera la espontaneidad tiene un peso importante en la determinación de la ilegalidad de la conducta, pero este elemento fue descartado después de que la Corte haya obtenido la conclusiva prueba de la comunicación entre los distintos operadores. Hubiese sido distinto si la naturaleza misma del mercado hubiese actuado de esa manera, constituyendo a la espontaneidad como el elemento fundamental de excepción de la investigación.<sup>166</sup>

Se establecieron tres distintos factores claves para entrelazar la conducta y descartar la espontaneidad de la misma. El tiempo en el cual se produjeron fue vital, ya que en el incremento de precio se pudo establecer un patrón, de tiempo, incremento y producto. Incrementos que fueron alternados para no desatar sospecha alguna. Los mercados fueron *compartmentalized*, es decir fueron divididos organizacionalmente en distintas maneras, pero el incremento de precio fue idéntico y el incremento ocurrió en todos los productos relacionados con *dyestuffs*.<sup>167</sup> Mann considera por más que los elementos fueron suficientes para probar una parcialidad del alcance de los efectos, ya que por más que el paralelismo es evidente, una sanción de esta clase debe racionalizarse detenidamente en especial considerando que algunos de los actores no se encuentran bajo la jurisdicción comunitaria.<sup>168</sup> La aseveración expuesta es considerable y es parte de las observaciones a la aplicación extraterritorial de la norma de competencia en lo referente a la substancialidad de la situación.

Consideramos de esa manera que las pruebas deben ser absolutamente conclusivas y la relación de las mismas con la naturaleza del mercado deberá ser clara. Considerando especialmente la dificultad probatoria de este tipo de acuerdos, descarto que la espontaneidad sea un elemento considerable, a nuestro parecer no existe espontaneidad alguna en la conducta del operador económico, lo que se debería haber analizado es la justificación de la conducta. Es decir que los distintos operadores deberán justificar el incremento de precio y la investigación de la entidad competente, en este caso la Comisión de la Comunidad Europea, deberá enfocarse en determinar si hubo o no justificación desde la base de la cadena de distribución y producción y de no encontrarse esa justificación, encontrar en que parte de la cadena se produjo el acuerdo, el segundo punto fue ampliamente cubierto en el análisis.

---

<sup>166</sup> Francis A. Mann. "The Dyestuffs Case in the Court of..." *Óp cit.* p 39.

<sup>167</sup> Imperial Chemical Industries Ltd. V. Commission of the European Communities. *Óp cit.* p. 627.

<sup>168</sup> Francis A. Mann. "The Dyestuffs Case in the Court of..." *Óp cit.* p 42.

El segundo punto es esencial para el desarrollo del tema del capítulo, el cual inicia con la siguiente pregunta ¿el convenio de Roma obliga a Estados no signatarios? Es decir, puede ejercer la jurisdicción la Comisión de la Unión Europea a Estados fuera de la misma. La Corte, teóricamente se encontraba en una encrucijada, mientras medios externos proponían la adopción de la doctrina de los efectos otra rama no concebía la racionalidad de la pregunta, con base en los principios universales del derecho internacional privado<sup>169</sup> Mientras los demandados alegaron la inexistencia de la jurisdicción de la comisión por la supuesta inexistencia de conexión al efecto, ya que no habían realizado venta alguna dentro de la comunidad y son entidades distintas, existiendo una división corporativa ya que sus subsidiarias se encontraban dentro de la comunidad, manejando así el negocio.<sup>170</sup> La contraparte alegaba que su jurisdicción se encontraba fundamentada en la relación entre la compañía madre situada en el extranjero y sus subsidiarias, tomando esto cuenta debería responsabilizar a la compañía madre.<sup>171</sup>

La Corte basó su decisión en la misma línea, estableciendo que la sola división de personalidad jurídica no es lo suficientemente conclusiva para excluir a la compañía madre de la conducta de la subsidiaria, considerando que la falta de autonomía de la subsidiaria por el control ejercido por la compañía madre fue determinante para conducir la conducta concertada en el mercado común, estableciendo así la conexión entre la subsidiaria y la compañía madre; en especial tomando en cuenta la alta estructuración de las compañías grandes la cual la convierte en parte de una sola unidad económica por lo tanto la responsabilidad de la conducta de la subsidiaria la asume la compañía madre.<sup>172</sup>

Anteriormente señalamos que la conexión entre la conducta y el efecto es substancial, bajo la doctrina de la unidad económica la dependencia debe constituir la totalidad de la conexión bajo los distintos parámetros ya señalados, convirtiendo de esa manera en irrelevante la separación jurídica entre los operadores responsabilizándolos por la misma. En especial tomando en cuenta que I.C.I poseía la mayoría o todas las acciones de sus subsidiarias, sería atípico pensar que este factor es neutral, considerando la alta dependencia de las subsidiarias a la empresa madre de sus subsidiarias y mayor aun de los agentes comerciales, cada elemento es parte de una red y uno de los elementos característicos, además

---

<sup>169</sup> Case Notes. “ Extraterritorial Application of Antitrust Legislation...” *Óp cit.p.* 42.

<sup>170</sup> Imperial Chemical Industries Ltd. V. Comission of the European Communities. *Óp cit.p.* 629.

<sup>171</sup> *Ibid.*

<sup>172</sup> *Id.*, p 661.

de la dependencia entre sí de las partes es el nivel de influencia.<sup>173</sup> Es fundamental considerar que en la mayoría de casos cada parte que constituye un grupo económico trabajará para conseguir los intereses generales del mismo, en otras palabras, mayor utilidad en el ejercicio económico. Por esa razón, es inconcebible que miembros directamente relacionados afecten los intereses del otro, se estarían auto-infligiendo daño, en especial si la participación accionaria es el vínculo que las une. Habrá excepciones, como siempre las hay, pero la lógica manda a establecer lo dicho a menos que el fin sea distinto.

Como ya lo vimos con anterioridad la relación a la cual la Corte hace referencia se basó en: la conexión accionaria entre las compañías demostrando que las compañías extranjeras era dueñas mayoritarias de la totalidad o la mayoría de la participación accionaria. La influencia decisiva en el establecimiento de precios de las subsidiarias.<sup>174</sup> De esta manera la Corte se pronunció frente a la aplicación extraterritorial, pero de manera relevante utilizó como base una argumentación distinta a la doctrina de los efectos, protegiendo así a su mercado comunitario.

### **3.3.2 ACERCAMIENTO AL CASO: INSTITUTO CHEMIOTERAPICO ITALIANO S.p.A y COMMERCIAL SOLVENTS CORPORATION v. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES**

De igual manera, algunos años más tarde la Corte Europea volvió a aplicar extraterritorialmente la normativa de competencia extraterritorialmente, ratificando así lo dispuesto en el caso anterior. Este caso versa sobre el abuso de posición dominante *Instituto Chemioterapico Italiano* que funcionaba como subsidiaria de la empresa americana *Comercial Solvents Corporation* en la venta de ethambutol, un químico base para el tratamiento de la tuberculosis, a un laboratorio italiano llamado *Laboratorio Chémico Farmaceutico Giorgio Zoja S.P.A.* Los productores de ethambutol decidieron producir un producto compuesto de ethambutol que logrará satisfacer las necesidades de sus clientes. *Zoja*, luego de suspender la compra de ethambutol, pretendió volver a adquirir el producto, pero se le negó la venta por lo cual denunció la conducta a la comisión.<sup>175</sup> La Corte estableció que la corporación americana tenía el monopolio mundial de la materia prima

<sup>173</sup> Francis A. Mann. “The Dyestuffs Case in the Court of...” *Óp cit.* p 48.

<sup>174</sup> Imperial Chemical Industries Ltd. V. Comission of the European Communities. *Óp cit.* p. 661.

<sup>175</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A y Commercial Solvents Corporation v. Commission of the European Communities*. Casos conjuntos No. Cases 6 y 7/73. 1973.p 226.

necesaria para producir ethambutol y que no existía sustituto alguno para este producto químico. Esta situación obligó a la Corte a utilizar la doctrina de las facilidades esenciales para fundamentar la conducta restrictiva que causó la distorsión en el mercado. <sup>176</sup>

En primer lugar la Corte determinó que el operador americano ostentaba la posición dominante de ethambutol mundialmente y que su subsidiario italiano actúa restrictivamente, negando la venta del mismo. Determinando posteriormente que la imposibilidad de sustituir el producto lo constituía en una facilidad esencial, la cual la define como la facilidad o infraestructura necesaria para que los demás operadores económicos presten el servicio o provean del bien a sus consumidores. Por lo mismo, cuando el operador económico que ostente esta posición y niegue el acceso a la misma o acuerde el acceso en términos menos favorables que los que pone a su propia disposición sitúa a su competencia en una posición desfavorable<sup>177</sup> configurando así una conducta que distorsiona el mercado afectando no solo a su competencia, pero también a los consumidores del mercado delimitado. De manera interesante la Corte también establece lo siguiente:

*There is a duty on the dominant undertaking not to take any action which will result in further disruption. That is so even if the latter's action make, or are primarily intended to make, its operations more efficient<sup>178</sup>*

Configurando una obligación de, en este caso proveer, el producto indispensable para que la cadena siga intacta. Aun así, según lo dicho por la Corte si la suspensión del mismo conlleva una posterior mayor eficiencia. Considero que la lógica de la Corte pondera el equilibrio del mercado por sobre un bien mayor, castigando cualquier intento de mejora si se ostenta de una posición dominante y exclusiva de un servicio o infraestructura esencial. El mercado muchas veces puede ser muy sensible a cambios de esa naturaleza, por lo tanto de cierta manera entiendo la lógica de la Corte. Es preferible, a su parecer, evitar cualquier riesgo de afectación.

A lo largo de los distintos casos la jurisprudencia europea ha identificado varios elementos que verifican la presencia de esta doctrina: el primer elemento es que el proveedor se rehúse a proveer de un producto determinado con la finalidad de excluir a su competidor de los mercados ancilares, el segundo elemento es el rechazo de proveer como contramedida de

---

<sup>176</sup> *Ibid.*

<sup>177</sup> Angelo Castaldo y Antonio Nicita. “ Essential Facility Access in Europe: Building a Test for Antitrust Policy”. *Review of Law & Economics*. 3/1 ( 2007),p 89.

<sup>178</sup> Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A y Commercial Solvents Corporation v. Commission of the European Communities. *Op cit.*p 228.

un ataque destinado a reducir los intereses comerciales dominantes, el tercer elemento es el rechazo de proveer repuestos y finalmente el rechazo de proveer el o los productos con la finalidad de excluir a su competencia del mercado.<sup>179</sup> Está claro que debe existir una negativa de provisión de un bien o un servicio esencial, pero para ampliar el desarrollo de otros factores esenciales que se deben verificar para determinar la irrupción a la obligación establecida por la doctrina, Castaldo y Nicita establecieron un práctico *test*, cuyas condiciones deben cumplirse por orden, y deben ser cumulativas. La principal condición es la existencia de una posición dominante de un operador económico sobre una infraestructura o bien en un *Downstream market*,<sup>180</sup> es particularmente importante que se verifiquen estos dos presupuestos. Ya que la posición dominante será determinante para que la conducta sea restrictiva. Posteriormente se deberá verificar la injustificada y efectiva negativa de provisión; la injustificación económica es fundamental la cual se materializará es una negativa literal o en la fijación de un precio excesivo del producto o servicio. Subsiguientemente, debe existir la posibilidad de proveer el bien o servicio, bajo un único condicionante el dueño de la misma no debe perjudicar su propia necesidad de consumo para satisfacer la necesidad de su competencia. Después, se deberá tomar en cuenta la esencialidad de la facilidad, la cual constituye la indispensabilidad de la misma para proveer del producto o del servicio final, es decir que sería imposible producir el producto o servicio final sin el mismo.<sup>181</sup> Finalmente la facilidad no puede ser duplicada, en dos distintos sentidos; ya sea física o técnicamente imposible o que los factores necesarios que deberían emplearse para duplicarla sean inviables y excesivos económicamente.<sup>182</sup>

De esta manera la Corte no solo encontró un abuso indirecto a los consumidores por la falta provisión a *Zoja*, extendió el alcance de la conducta a los consumidores que adquirirían productos que contenían este químico en el mercado. De esta manera la Comisión arguyó bajo el precedente antes establecido la responsabilidad de los actos de *Instituto Chemioterapico Italiano* a la corporación americana por las siguientes razones: en primer lugar la corporación

---

<sup>179</sup> Alison Jones y Brenda Sufrin. *Competition Law: Text, Cases and Materials*. Nueva York. Oxford University Press. 2004 *citado por* Angelo Castaldo y Antonio Nicita. “Essential Facility Access in Europe: Building a Test for Antitrust Policy” *Óp cit.* p 88.

<sup>180</sup> Lo componen las etapas de producción, desde la recolección y procesamiento de materias primas hasta la venta *vide* Leslie M. Marx y Greg Shaffer. “Upfront Payment and Exclusion in Downstream Markets”. *The RAND Journal of Economics*. 38/3 (2007), p.824.

<sup>181</sup> Angelo Castaldo y Antonio Nicita. “Essential Facility Access in Europe: Building a Test for Antitrust Policy” ... *Óp cit.* p102.

<sup>182</sup> *Id.*, p 101-102.

americana tenía la mayoría de acciones de la compañía italiana, en segundo lugar los directivos de la corporación americana constituían la mitad del directorio de la compañía italiana, en tercer lugar el compañía italiana constaba como subsidiaria en el reporte anual de la corporación americana y finalmente la compañía italiana acató la prohibición establecida por la corporación americana a sus subsidiarias de vender materia prima utilizada en la elaboración de ethambutol.<sup>183</sup> De esta manera la Corte determinó que *Instituto Chemioterapico Italiano y Comercial Solvents Corporation* actuaron como una unidad económica sobre *Zoja*, considerando los puntos que las vinculaban.<sup>184</sup>

Los puntos señalados con anterioridad constituyeron prueba suficiente para verificar la cercanía de los dos operadores. Una de las características más importantes en el establecimiento de una vinculación es la capacidad de injerencia en las decisiones de la otra. Todos los hechos mencionados con anterioridad son suficientes para determinar la cercanía y la influencia de *Comercial Solvents* a su subsidiaria italiana.<sup>185</sup> Si bien el operador americano no poseía la absoluta totalidad de las participaciones de su la subsidiaria italiana, el porcentaje del 51% es suficiente para condicionar y dirigir el control de la misma. En especial considerando el poderío de la compañía madre en el mercado global. A mi parecer la aserción extraterritorial de la norma en este caso se facilitó con la clara vinculación de los operadores además la conducta restrictiva estaba afectando gravemente al mercado, ya que *Zoja*, sin ethambutol, no podía producir ni ofertar al mercado ningún producto que derivaba del mismo, la cual podría causar una eventual desaparición en el mercado al estar en una posición de desventaja causada por su competidor.

### **3.4 ACERCAMIENTO A LA DOCTRINA DE LOS EFECTOS EN LA COMUNIDAD EUROPEA: *WOOD PULP***

Por varias décadas la Corte europea se abstuvo de fundamentar la legitimidad de la jurisdicción extraterritorial de la Comisión en la doctrina de los efectos, por más que habían casos que exigían el análisis de la misma. Prefiriendo aplicar y flexibilizar la doctrina de la unidad económica para responsabilizar al actor domiciliado fuera de la frontera europea. Ante esta situación finalmente en 1988 la Corte se pronunció en la serie de casos que estaba

---

<sup>183</sup> Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A y Commercial...*op cit.*p 228.

<sup>184</sup> *Id.*,p 254.

<sup>185</sup> *Ibid.*

conociendo la Corte en referencia al cartel formado, y trae a colación en su análisis el principio de la objetividad territorial para ejercer jurisdiccionalmente la extensión del artículo 85 del Tratado de la Comunidad Europea, estableciendo que se puede ejercer jurisdicción con base en el efecto económico desplegado en el mercado comunitario.<sup>186</sup>

Los principales actores fueron compañías domiciliadas en Estados Unidos, Canadá y Finlandia las cuales producían pulpa de madera clorificada y sulfatada, la cual es utilizada como materia prima para la fabricación de papel. Ninguna de estas tenía agentes comerciales o subsidiarios en el territorio comunitario, negociaban directamente con sus distintos portafolio de clientes<sup>187</sup> En primera instancia, la comisión luego de una larga investigación encontró que existió un acuerdo, en el cual se concertaron los precios de venta del producto a través de *The Pulp, Paper and Paperboard Association of the United States*; la cual estableció una recomendación de precios a las compañías que eran parte de la misma, las cuales acataron y las ejecutaron. Una de las consecuencias de esta masiva aceptación del precio fue que todos los números del proceso se transparentaron. Es decir, no existía ningún secreto entre los competidores de todos los costos necesarios para producir y para vender, ya que todos obtenían el mismo precio por el producto. Los productores además concertaron un libre intercambio de información, la cual estaba a cargo de dos compañías *The Information Clearinghouse and Trust Company*, las cuales cumplían la función de alimentar la base de datos y de proporcionar la información a nuevos productores<sup>188</sup>

La comisión determinó que la conducta colusoria es evidente: “*Evidence of collusion was found in parallel conduct which, on proper market and economic analysis, could not be explained as independently determined behavior a narrow oligopoly*”<sup>189</sup> el intercambio transparente de información fue determinante para que la eficacia de la competencia disminuya, los costos estaban tan claros que la fijación de precio fue inminente. Cuya conducta produjo una evidente colusión y una clara y directa afectación en el mercado comunitario<sup>190</sup>.

---

<sup>186</sup> “European Economic Community Law. The Territorial Scope of Application of EEC Antitrust Law- the Wood Pulp Judgment, joined cases 89,104,114,116,117 y 125-29/85”. *Harvard Law Review*.30/1 ( 1989),p 196.

<sup>187</sup> *Ibid.*

<sup>188</sup> *Ibid.*

<sup>189</sup> Commission Decision 85/202, supra note 3 citado por el artículo “European Economic Community Law: The Territorial Scope of Application of EEC Antitrust Law- the Wood Pulp Judgment, joined cases 89,104,114,116,117 y 125-29/85. “*Harvard Law Review*.30/1 (1989).p 197.

<sup>190</sup> *Ibid.*

La Corte Europea revirtió parcialmente la resolución de la comisión centrando su análisis en dos partes: la primera parte analizó la conducta de los productores de pulpa de madera y en la segunda parte analizó cuidadosamente el alcance de la norma en esta particular situación. Para poder comprender el análisis que realizó la Corte, es fundamental entender en primer lugar la naturaleza de la situación. Las características mismas del mercado de la pulpa de madera posicionaron un oligopolio entre los productores, situación que desprendía una serie de particularidades. En un oligopolio “ *each undertaking recognizes that its best Choice depends upon the choices its rivals make...considering undertakings are acutely conscious that their actions will affect other rivals and prompt a response*”<sup>191</sup> determinando así una interdependencia entre los competidores en el mercado la cual se convierte en necesaria para que funcione a la medida de las intenciones de los operadores. En una pericia requerida por la Corte, se estableció que la transparencia y la naturaleza oligopolística del mercado causaron una lenta reacción a las condiciones cambiantes del mismo, cuando publicaban los precios.<sup>192</sup> Todos estos factores envolvían al mercado en una serie de efecto dominó, considerando que la demanda era mayor a oferta, el incremento de precio de un competidor iba a asegurar el incremento de precio de todos los competidores.<sup>193</sup> De esta manera se estableció que la conducta paralela no es suficiente para fundamentar la totalidad de las sanciones establecidas por la Comisión. Es más se deberá analizar la existencia de una conducta colusoria.<sup>194</sup> Descartando así que la comunicación que informaba por adelantado los precios no constituía en sí una conducta colusoria, si no el efecto se desprendía de la naturaleza del mercado. De esta manera el autor propone tres elementos que deberán ser tomados en cuenta para el establecimiento de una conducta concertada: Debe existir comunicación recíproca entre los actos realizados, la comunicación debe hacer una mención expresa a la conducta que se pretende conducir y los efectos previstos por la misma debe ser la de reducir o eliminar la falta de certeza entre el comportamiento de las partes.<sup>195</sup> De esta manera queda claro que la mera presencia de una conducta paralela no es suficiente para determinar la colusión de la misma, hay una serie de factores que se deberán verificar para determinar la misma. De esta

---

<sup>191</sup> Gerwin van Gerven y Eburne Navarro Varona. “ The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices”. *Kluwer Law International Journal*. 31/2 (1994),p 576.

<sup>192</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Osakeyhtiö y otros v. Comisión de la Comunidad Europea*. Casos conjuntos C-89/85, C104/85, C116/85, C-117/85 y C125/85 al 129/85. 1993

<sup>193</sup> Gerwin van Gerven y Eburne Navarro Varona. “ The Wood Pulp Case...*Óp cit.*p585.

<sup>194</sup> *Id.*,p 598.

<sup>195</sup> *Id.*, p 600.

manera la Corte solo ratificó las sanciones de los operadores en los cuales existía la reciprocidad.

El segundo punto que la Corte Europea consideró fue en relación a la problemática jurisdiccional, donde la doctrina de la unidad económica iba a no encajar en la conducta ya que varias compañías no tenían ningún desprendimiento de la personalidad jurídica en la comunidad, ya sea subsidiaria o agente; por lo tanto la sanción iba a recaer únicamente en las compañías que cuenten con alguna conexión, más allá de la simple venta de producto, en territorio comunitario. De esta manera la Corte, casi de manera obligada y sutil analizó el artículo 85 del tratado de la comunidad el cual aplica a prácticas restrictivas que puedan o hayan afectado el comercio entre Estados miembros, aun si las asociaciones o los actores de la conducta estén domiciliados afuera de la comunidad<sup>196</sup>. Bajo este presupuesto se amparó la aserción extraterritorial de la norma bajo la siguiente lógica: determinando de esta manera la legitimidad jurisdiccional en base a la interpretación del artículo 85 bajo el condicionante vinculatorio de la implementación, es decir que la jurisdicción es legítima y está fundamentada en el vínculo del lugar donde se implementaron los efectos.<sup>197</sup> Distanciándose del reconocimiento de la doctrina de los efectos como tal pero usando el mismo concepto de la misma<sup>198</sup>, para tener la libertad de moldear la aplicación de la misma a su necesidad sin tener que utilizar el criticado desarrollo americano.

Mientras los afectados americanos alegaban una y otra vez el principio de la no intromisión, el *comity* y la protección de su industria por el *Web-Pommerade Act*, la comisión y posteriormente la Corte fueron cortantes, al concluir que la conducta a la cual incurrieron no nació de obligación alguna de la normativa americana por lo tanto el efecto que generó el acto fue intencionado a producirlos.<sup>199</sup> Este mismo argumentó fue utilizado en el caso *Hartford Fire* en el mismo lapso de tiempo el cual se produjo este caso. Ante esta similitud se realizó un análisis comparado en la aplicación extraterritorial de los dos sistemas, llegando a una interesante conclusión: las cortes americanas han aplicado de igual manera su jurisdicción a conductas restrictivas pactadas o realizadas en el exterior y que han perjudicado sustancialmente al mercado americano bajo las condiciones que ha establecido su

---

<sup>196</sup> Tratado de Roma(1957) artículo 85.

<sup>197</sup> *Osakeyhtö y otros v. Comisión de la Comunidad Europea*.

<sup>198</sup> James J. Friedberg. "The Convergence of the Law in an Era of Political Integration: The Wood Pulp Case and the Alcoa Effects Doctrine". *The University of Pittsburgh Law Review*.52/2 (1991), p14.

<sup>199</sup> "European Economic Community Law..."*Óp cit.* p 198.

jurisprudencia y su normativa, de esta manera es razonable que la Corte la ejerza bajo parámetros circunstanciales similares, de tal forma que cuando el FTC fue consultado en estricto cumplimiento de las recomendaciones de la OECD, no se realizó objeción alguna al proceso, ni a la extensión de la jurisdicción realizada<sup>200</sup>.

Como ya lo establecimos con anterioridad, la Corte analizó el principio de la objetividad territorial, reconociendo de cierta forma la doctrina de los efectos; aun así fue sutil al momento de aceptarla expresamente dada la resistencia general que tuvo la aplicación de la misma.<sup>201</sup> Estableciendo la legitimidad de la misma al implementar acuerdos anticompetitivos fuera del territorio comunitario pero vendiendo los productos a compradores dentro del mercado.<sup>202</sup> Esta sutilidad en el lenguaje genera de igual manera los mismos efectos que la doctrina de los efectos, extiende la jurisdicción ante la condición de un vínculo causal entre la conducta y el efecto. Pero, la Corte tuvo que diferenciar la serie de vínculos para determinar si ratificaba o no las sanciones, las cuales fundamento bajo la lógica de las comunicaciones recíprocas. Una vez que se estableció el vínculo y la colusión en la conducta se analizó en primer lugar la intención materializada en la formación del acuerdo y en segundo lugar la implementación del acuerdo y la substancialidad del daño. El resultado fue determinado, dado que más del 60% de la producción mundial de la pulpa de madera se encontraba en los territorios de las contrapartes y además la comunidad importaba alrededor del 75% de la pulpa de madera de los países productores, cuyas compañías a través de la asociación creada habían concertado los precios del producto.<sup>203</sup> Por otro lado la intencionalidad entra en un campo más subjetivo del análisis. ¿Cómo se la debería interpretar? La Corte arguyó que el acuerdo en sí estaba destinado a producir los efectos en el territorio de la comunidad y siendo suficiente para constituir fundamento para el ejercicio de la jurisdicción<sup>204</sup> de tal manera condicionaron bajo estos dos presupuestos su propio *test*.

Consideramos que la intencionalidad de la conducta debe ser interpretada bajo la realidad expansiva de los efectos. La intencionalidad muchas veces puede ser un resultado de obviedad, considerando sobre todo el alcance en el mercado que tendrá el producto. De esa

---

<sup>200</sup> *Ibid.*

<sup>201</sup> James J. Friedberg. "The Convergence of the Law ..." *Óp cit.* p16.

<sup>202</sup> Alison Himelfarb. "The International Language of Convergence: Reviving Antitrust Dialogue between the United States and the European Union with a Uniform Understanding of "Extraterritoriality"". *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*. 17/4 (1996), p. 1002.

<sup>203</sup> *Ibid.*

<sup>204</sup> *Id.*, p. 16.

manera, la conducta paralela solo debe ser considerada como un indicio de un actuar colusorio. En este particular caso se dividió la conducta de todos los implicados y se logró determinar la existencia o no de la colusión en cada uno de los casos particulares. Cuando se lo comprobó el resultado perjudicial era inminente. Comparando al condicionamiento establecido por las cortes americanas, la razonable previsibilidad encaja en el mismo espectro del análisis. Volviendo a la interpretación de este caso, era absolutamente previsible el efecto que iba a desplegar la conducta y el territorio en la cual iba a ser percibido. De esta manera, por más que la Corte prefirió no sentar un precedente expreso, en el cual se reconozca de la doctrina de los efectos, lo modificó muy sutilmente. El cual encajaba a la perfección ante la necesidad de aplicación del mismo, ya que como lo he repetido más de una vez, la doctrina de la unidad económica no podía ser estirado para satisfacer la necesidad de la Corte; en especial por el precedente negativo que hubieran causado motivando a los futuros carteles a evitar cualquier tipo de vínculos con el territorio comunitario aparte del de la venta directa o indirecta fuera de su territorio, para evitar sanciones de prácticas restrictivas sancionadas por la normativa comunitaria.

### **3.5 APROXIMACIÓN AL CASO INTEL**

Este caso es relevante porque grafica ejemplarmente la situación ideal de sanción por varias jurisdicciones a conductas de un operador económico que ostenta la posición dominante en un mercado relevante global. Vamos a analizar la resolución de la Comisión de la Unión Europea, ya que la conducta se multiplicó de igual manera en otros lugares y finalmente mencionaremos las consecuencias finales que otras jurisdicciones tomaron. Los hechos del caso son los siguientes: Intel el mayor productor de microchips comparte menos del 20% del mercado de los semiconductores con AMD, un chip que regula la conexión de un conductor a un insulador en las computadoras. Esta división nace de un contrato de la IBM a estas dos compañías con la finalidad de diversificar la provisión del chip X86.<sup>205</sup> Pero en el periodo 2002 a 2007 la Comisión encontró que Intel incurrió en varias conductas que restringieron y afectaron seriamente el mercado global incluyendo el mercado comunitario, considerando que Intel posee más del 70% del mercado global y comunitario.<sup>206</sup>

---

<sup>205</sup> Comisión Europea. Decisión no. COMP/C-3/37.990-Intel. 13 de mayo 2009

<sup>206</sup> *Ibidem*.

En la primera conducta Intel ofrecía *rebates* a los fabricantes de computadoras por la compra de un determinado presupuesto, el cual siempre era superior al 85%. Por ejemplo si la compañía Hewlett Packard adquiría al menos el 95% del *hardware* que ofrecía, Intel pagaba el rebata, cuyos números son confidenciales en la decisión, El diccionario de marketing de Oxford lo define como “ *the return or refund of part of the price paid for a product or service*”<sup>207</sup> y ha comenzado a tener un desarrollo literario en las últimas décadas considerando la delgada línea que separa la conducta de ser una herramienta efectiva que aumenta la eficiencia incentivando mayores ventas y las restricciones que produce en el mercado al ser una forma no lineal de fijación de precio<sup>208</sup> Intel ofrecía rebates a los fabricantes más grandes de computadores a nivel mundial, entre ellos: HP, Lenovo, Acer, Dell y Nec. Pero fue considerado como una conducta restrictiva que desplegaba efectos exclusionarios en el mercado. Para que la conducta sea considerada exclusionaria es necesario en primer lugar entender el efecto retroactivo que genera. El proveedor fija un volumen de ventas en un periodo de largo plazo, suele ser de un año, ante el cumplimiento de del presupuesto se ofrecerá un premio, el cual puede ser en dinero o producto. Por lo tanto es absolutamente necesario que se cumpla el presupuesto establecido para ser reconocido por el proveedor, otorgando al cliente, en otras palabras un beneficio por cumplimiento de ventas el cual será materializado en un descuento en la transacción total y en mayores utilidades. .

Pero, para que se desplieguen efectos exclusionarios la firma dominante, en este caso Intel, debe tener una sustancial porción del mercado para que los rivales no puedan competir con la totalidad de los requerimientos de los compradores. De esta manera, para que el competidor pueda compensar con la pérdida del efecto retroactivo del *rebate*, tendrá que ofrecer descuentos muy grandes en ventas considerablemente pequeñas.<sup>209</sup> La magnitud del *rebate* es sin duda un elemento importante a considerar, tomando en cuenta que el mercado comunitario consistía en el 30% del mercado global y la cifra se situaba en los 38.834 billones de dólares, por lo mismo luego de una sencilla operación matemática las ventas de Intel a nivel global y considerando la posición dominante en el mercado del 70%, podemos suponer que los *rebates* en el mercado comunitario eran calculados por sobre los 6 billones de dólares, una cifra

---

<sup>207</sup> Charles Doyle. “ Rebate”. *A Dictionary of Marketing*. Oxford University Press. 2011. <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199590230.001.0001/acref-9780199590230-e-1487> ( acceso 17/04/2014)

<sup>208</sup> Gianluca Faella. “ The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates” *Journal of Competition Law & Economics*. 4/2 ( 2008),p 377.

<sup>209</sup> *Id.*, p 379.

titánica; suficientemente importante para distorsionar cualquier tipo de mercado. Pero los efectos no se detienen ahí, ya que reducen de manera considerable la competencia entre marcas en las tiendas causando así un incremento de precio al cambiar la percepción elástica de la demanda del consumidor<sup>210</sup> Los efectos perjudicarán al mercado y por ende perjudicarán al consumidor, ya que la libertad de escogencia se verá seriamente afectada; ya que es condicionada en etapas anteriores de la cadena limitando el acceso o expansión en el mercado de AMD por los efectos exclusionarios que desplegaron los *rebates*.

La segunda conducta que realizó Intel fue la de interferir directamente en la relación de su competidor y sus proveedores, pagando a los proveedores HP, Hacer y Lenovo, para que pospongan o cancelen la provisión de ciertos productos como: el *desktop*, la computadora portátil diseñada por ADM. Además condicionaron a los distribuidores que se relacionaban con el consumidor a que ofrezcan los productos que contenían partes de su competencia solo al sector más pequeño del mercado o inclusive condicionaban cualquier tipo de ofrecimiento y venta de aquellos productos. Ante todos estos actos y considerando la naturaleza y el tamaño del mercado se fijó una multa de 1.6 billones de euros y se ordenó el cese inmediato de las conductas señaladas en la decisión<sup>211</sup>.

Pero eso no fue todo, Intel realizó la misma conducta en distintos Estados en los cuales se ensamblaban o distribuían grandes cantidades. Por un lado el *American Antitrust Institute* presentaba el caso ante la FTC( *Federal Trade Commission*) la cual alega un daño por prácticas anticompetitivas de más de 30 billones de dólares en el mercado global.<sup>212</sup> Por otro lado su exclusivo competidor *American Micro Devices* también presentó una demanda privada<sup>213</sup>. Pero el asunto aun no se termina, el órgano estatal Japonés de competencia ( *Japanese Fair Trade Commission*) inició una investigación sobre la conducta de Intel, disputa que fue transada confidencialmente, el South Korean Fair Trade Commission no se quedó atrás estableciendo una multa por 26 millones de dólares a Intel.. Finalmente el Fiscal General del Estado de Nueva York inició investigaciones a las alegaciones ya conocidas y finalmente el Gobierno Federal de los Estados Unidos presentó una demanda a la compañía

---

<sup>210</sup> *Id.*,p 380.

<sup>211</sup> Comisión Europea. Decisión no. COMP/C-3/37.990-Intel. 13 de mayo 2009

<sup>212</sup> Nicholas Confessore, *Cuomo Subpoenas Intel over Antitrust Accusations*, NY times Jan 11, 2008 en c3 citado por Katherine, Mason Jones. "Federalism and Concurrent Jurisdiction in Global Market: Why a Combinatin of National and State Antitrust Enforcement is a Model for Effective Economic Regulation." *Northwestern Journal of International Law & Business* 30/2 ( 2010).p 288.

<sup>213</sup> *Vide.* Intel Corporation, Petitioner v. Advances Micro Devices Inc. 542 U.S. S. Ct.(2004)

de tecnología. Todo esto sin tomar en cuenta la *class action* presentada a la misma compañía sobre el mismo chip.<sup>214</sup> Aun así cada uno de los actores investigó y sancionó a Intel bajo su propia esfera de normativa de competencia. Mason Jones considera que la extrema complicación en la persecución de sanciones en distintas jurisdicciones no complica el pleno y correcto ejercer del derecho de competencia, más bien presenta beneficios considerables; pero abre la puerta a un control más racional y efectivo por parte de las autoridades.<sup>215</sup> Estas acciones sin duda son ejemplificativas, tomando en cuenta la magnitud del daño causado en el mercado global, los carteles internacionales antes de conducir actos con efectos manifiestamente restrictivos considerarán la opción de sanciones de esa magnitud en distintas jurisdicciones.

### **3.6 APROXIMACIÓN AL CASO BOEING/ McDONNEL.**

Ante la necesidad de una internacionalización global de los grandes mercados regionales, varias compañías han decidido fusionarse por distintos motivos. Pero, siempre, siendo uno de los principales catalizadores para tomar esta decisión económica; la expansión del alcance del negocio en nuevos mercados o en mercados donde ya ha existido una presencia de marca anterior. Ante esta situación y bajo las regulaciones del derecho de competencia vigentes, con el fin de evitar concentraciones económicas que mermen la competencia en un mercado determinado, los distintos instrumentos normativos han requerido una solicitud de aprobación entregada por los interesados, la cual será analizada y en el caso de no existir posibilidad alguna de una concentración económica perjudicial se aprobará la misma. El proceso en el cual se determinará la posterior aprobación es un mero análisis económico de la determinación del mercado y la factibilidad de la masiva concentración económica de los solicitantes, tomando en cuenta las circunstancias específicas que rodean la fusión.

Boeing decidió adquirir a la compañía productora de aviones McDonnell Douglas (MDC), por lo que presentó la documentación requerida a los entes competentes en Estados Unidos y en Europa. Por un lado la FTC, aprobó sin mayor discusión la adquisición

---

<sup>214</sup> Nicholas Confessore, *Cuomo Subpoenas Intel over Antitrust Accusations*, NY times Jan 11, 2008 en c3 citado por Katherine, Mason Jones. "Federalism and Concurrent Jurisdiction in Global Market: ..." *Óp cit.* p 289.

<sup>215</sup> Katherine, Mason Jones. "Federalism and Concurrent Jurisdiction in Global Market: Why a Combinatin of National and State Antitrust Enforcement is a Model for Effective Economic Regulation." *Northwestern Journal of International Law & Business* .30/2 ( 2010)

de Boeing la cual, según el análisis realizado no presentaba ningún riesgo de afectación del mercado ante la adquisición. Pero, tres días después la Comisión Europea, en base el acuerdo EEA declaró que la adquisición causaba una concentración en el mercado común europeo bajo el amparo del artículo tercero de la normativa de Regulación de Fusiones <sup>216</sup>. La Comisión determinó que el mercado relevante en este caso era el mercado global, tomando en cuenta la magnitud de la presencia de Boeing en el mismo y sobretodo que la Comunidad Económica Europea aporta con el 30% de la demanda a la industria; por lo tanto la operación tiene una importante alcance que repercutirá en el mercado global y europeo<sup>217</sup>.

Son dos los principales objetivos que la normativa comunitaria pretende alcanzar regulando fusiones, en primer lugar el limitar los riesgos que se desprenden del abuso de la posición dominante, en un espectro comunitario, como por ejemplo el establecimiento de barreras a nuevos operadores que quieran ingresar en el mercado.<sup>218</sup> En Segundo lugar los que se desprenden de la libertad de competencia en relación a las oportunidades y a las elecciones y acceso a proveedores y mercados. <sup>219</sup> Aun así, considero que el primer objetivo de cierta manera cubre todo el espectro de riesgo que se pretende evitar. Al prevenir concentraciones masivas el riesgo de la injerencia negativa en el mismo es mayor. Se ha definido a la posición dominante como:

*A position of economic strength enjoys by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to its appreciable extent independently of its competitor, its customers and ultimately of the consumers<sup>220</sup>*

Limitando cualquier tipo de acumulación de la participación en el mercado relevante evitando monopolios y sobre todo cualquier tipo de conducta que pueda influenciar negativamente en el mercado dada la posición dominante del operador económico, el riesgo constituye un elemento lo suficientemente fuerte para negar o condicionar la operación. Por otro lado, en un mercado globalizado las fusiones de los grandes operadores económicos pueden amenazar varios mercados en distintas jurisdicciones, precisamente eso fue lo que ocurrió en este caso. La situación del mercado europeo era distinta al mercado americano, por

---

<sup>216</sup> Caso No. IV/M.877- Boeing/McDonnell Douglas. 1997. p 1.

<sup>217</sup> Caso No. IV/M.877- Boeing/McDonnell Douglas. 1997. p 4.

<sup>218</sup> Paul Callister. “ December 1989 European Community Merger Control Regulation: A non EC Perspective”. *Cornell International Law Journal*. 24/ 1( 1991),p 112.

<sup>219</sup> *Id.*, p 113.

<sup>220</sup> Hoffman- La Roche & Co. V. Commission. Ct. J. Rep 461. Citado por Alvin Klevorick y Alan Sykes. “ Unites States Courts ...” *Óp cit.*p 317.

lo cual las respectivas entidades competentes observaron bajo una perspectiva distinta la misma operación.

La comisión analizó de manera detenida las implicaciones económicas de las circunstancias de la operación, haciendo referencia de manera especial a tres puntos muy precisos. En primer lugar cuantificó la demanda europea de aviones, estableciendo que si el crecimiento de la demanda se mantiene a los niveles actuales el valor potencial presupuestado del mercado europeo asciende a los 307.5 billones de dólares constituyéndose entre el 28 y 30 por ciento de la demanda del producto.<sup>221</sup> En segundo lugar se analizó la división del mercado por parte de los competidores en el mercado, la cual después de la operación, la compañía resultante de la fusión iba a poseer la porción del mercado equivalente al 70% de los distintos subsegmentos del mercado. El segundo punto es fundamental para el análisis, por distintas razones: la competencia del mercado determinado iba a reducirse a dos competidores, un competidor americano y el segundo competidos europeo, constituyendo una posición dominante en el mercado especialmente tomando en cuenta los acuerdo exclusivos de provisión que realizó a largo plazo que Boeing suscribió con American Airlines, Delta y Continental<sup>222</sup>. En tercer lugar hace mención al beneficio que adquirirá Boeing al adquirir la participación de MDC en la investigación y elaboración de aviones y su respectiva tecnología en contratos militares y espaciales del gobierno americano. Según la comisión se iba a generar una ventaja competitiva ante el desarrollo tecnológico requerido en el campo militar, la cual pudiese ser transferida y utilizada en la elaboración de aeronaves comerciales<sup>223</sup>.

Ante la negativa, de la solicitud presentada por los interesados, se inició un proceso de negociación en el cual el gobierno americano a través del Congreso presentaron su opinión al respecto, la cual en resumidas cuentas pretendía preservar la integridad de la aprobación del FTC y de los intereses de la compañía americana.<sup>224</sup> De manera especial se criticó la falta de aplicación del tratado signado entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de 1991<sup>225</sup>. Pero existe un antecedente que no ha sido muy divulgado, el cual preconcebiría a la estricta

---

<sup>221</sup> *Id.*, p 5.

<sup>222</sup> *Id.*, p 7

<sup>223</sup> *Id.*, p 21

<sup>224</sup> Brian Pech. "Extraterritorial Application of Antitrust Law and the U.S.-EU Dispute over the Boeing and McDonnell Douglas Merger: From Comity to Conflict". *San Diego Law Review*.35/1 (1998) , p 1167.

<sup>225</sup> De manera importante hay que recalcar lo establecido en el capítulo primero, en relación al *comity*, donde el alcance del mismo fue extendido y facilitado en el acuerdo que signaron de manera posterior las dos partes. Aun así, las críticas no faltaron ante la reducida cooperación.

decisión de la Comisión como reciproca ante el tratamiento casi similar que obtuvo la fusión *Ciba-Giegy/Sandoz*, la cual fue aprobada por la comisión, pero fue seriamente observada por el FTC.<sup>226</sup> El tratamiento reciproco siempre será determinante al momento de analizar una conducta determinada, es lo que se ha materializado en los distintos tratados internacionales de cooperación que los Estados han signado a lo largo de la historia, al tratar de reducir el riesgo de volatilidad en la conducta del mismo para preservar y garantizar de cierta forma la seguridad que otorga la previsión. Pero, así como se ha determinado reciprocidad positiva en una serie de casos, también existen casos como este donde la interrogante queda a la vista. Nunca, el acto será motivado expresamente como tal, pero será determinante al momento de analizar la totalidad de las circunstancias que conllevaron a la precisa conducta.

La negociación condujo a que Boeing realice una serie de cesiones de sus intereses que condicionarán la aprobación de la operación, entre las cuales constan: el mantenimiento de la separación legal de las dos compañías por un lapso de 10 años, manteniendo los intereses económicos de las mismas por separado. Boeing no suscribirá ningún acuerdo adicional de exclusividad hasta agosto del 2007 y no aplicará la cláusula de exclusividad de los acuerdos ya signados. En relación a la ventaja competitiva obtenida por los contratos militares y especiales del gobierno americano, Boeing licenciará de manera no exclusiva todo patente generado del desarrollo requerido para el cumplimiento de los contratos bajo una regalía razonable y bajo la misma figura licenciará todo *blocking patent*. Por otro lado, presentará a la Comisión un informe detallado de todo proyecto por un lapso de 10 años. Finalmente no utilizará su posición en el mercado para ejercer influencia impropia sobre sus proveedores.<sup>227</sup> En nuestra consideración queda muy claro el objetivo perseguido por la Comisión Europea ya que consideró que la operación potencialmente creaba una posición dominante la cual a su vez posicionaba a sus competidores en una seria desventaja competitiva la cual iba a deteriorar la competencia del mercado relevante. Tomando en cuenta la magnitud de dinero que mueve la industria de fabricación de aeronaves cualquier tipo de desventaja se verá reflejada en un valores con varios ceros, pudiendo causar daños irreparables.

Quedan tantos puntos claros como dudas, después de este controversial caso. Es muy clara la distinta determinación de los entes de control. Como ya lo he repetido varias veces, el

---

<sup>226</sup> Brian Peck. "Extraterritorial ..." *Óp cit.* p1169.

<sup>227</sup> Comisión Europea. Caso No. IV/M.877- Boeing/McDonnell Douglas. 1997. pp. 34-37.

mercado global está cada vez más integrado y la consolidación de grupos económicos multinacionales potencia la concentración de las mismas, facilitando la aserción de conductas restrictivas a la competencia. Aun así, la identificación de la potencialización de la facilidad de conducir estas prácticas dependerá de donde se lo mire, claramente el FTC consideró una operación común sin ningún potencial riesgo en el mercado americano. Pero, por otro lado el riesgo fue muy elevado para la Comisión, tomando en cuenta que el participante minoritario del mercado, determinando era una compañía europea y sobretodo la afectación al mercado europeo, el cual cumple una función significativa en la consolidación de la demanda en el mercado.

Como consta en la decisión, existió cooperación entre la Comisión y el Departamento de Justicia americano, pero los puntos que fueron remitidos a la Comisión versaban en el posible carácter perjudicial en el campo de defensa americano ante la prohibición de la fusión. Presumo que la Comisión ponderó el interés de la conservación del equilibrio del mercado frente a la posible afectación al sector de defensa americano, tomando en cuenta la magnitud económica del mismo. Aun así, no creo que existió una adecuada cooperación entre las dos entidades; una de las posibles causas podría ser la falta de desarrollo que había tenido el tratado que enmendó el signado entre las partes en 1991. El cual esclareció varios interrogantes en referencia al *comity*, por otro lado el carácter a modo de recomendación y no obligatorio del mismo abre las puertas a conflictos que se pretendieron evitar con el mismo. De esta manera, la cooperación sería la adecuada cuando ambas partes inicien investigaciones bajo el mismo espectro de intereses.

Por otro lado, encontramos lógico y sobre todo correcto en el desarrollo económico que provocarán las conductas que expandan sus efectos en varios mercados. Las compañías multinacionales no deben tomar en cuenta el espectro micro de sus efectos, en especial cuando el efecto es tan amplio. Deberían, considerar la implicación en la participación más relevantes de los mercados en los cuales están presentes, antes de efectuar cualquier conducta la cual podría perjudicar a los mismos. Desarrollando así un manejo responsable económico y dirigencial de la compañía, el cual sobre todo evitará consecuencias negativas en el negocio.

### **3.7 CONCLUSIÓN**

A lo largo de este capítulo analizamos ampliamente el desarrollo de la aplicación extraterritorial de la normativa comunitaria, la cual comenzó distanciándose del acercamiento

americano. De esta manera la teoría de la unidad económica comenzó siendo la piedra angular que fundamentaba la aplicación extraterritorial de la norma comunitaria. La cual legitimaba la vinculación de subsidiarias, agente o cualquier tipo de relación entre compañías basándose en el control de una a otra, para responsabilizar de manera adecuada al real responsable. De manera sumamente importante, el desarrollo comunitario nos introduce al otro lado de la moneda en la aplicación extraterritorial, las cuales se vieron matizadas en la estrecha vinculación que era necesaria para aplicar de manera extraterritorial la norma.

Pero el desarrollo de la teoría encontró obstáculos, los cuales no pudieron ser superados por la teoría en sí. De esta manera, la doctrina de los efectos, la cual fue ampliamente rechazada tuvo que ser aplicada con modificaciones. A manera de conclusión, la tipicidad a la cual la Comunidad Europea está inmersa plantea una serie de beneficios en la aplicación extraterritorial de la misma, los cuales se desprenden de la unión la cual genera poder y presión, como fue matizado y graficado en el caso Boeing. La cual nos deja sin duda una serie de consideraciones que beneficiarán un correcto ejercicio extraterritorial de la jurisdicción. De igual manera y siendo el pilar de la temática de la investigación, la necesidad de verificar limitaciones es absolutamente necesaria, en especial si se pretende un correcto ejercicio tomando en cuenta los intereses de terceros para conjuntamente proteger un consumidor que cada vez es más vulnerable a las injerencias restrictivas internacionales, donde la interrelación del mercado global es tan estrecha que ni las conductas, ni los efectos están aislados por barreras geográficas.

## **CAPÍTULO 4. APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA NORMATIVA DE COMPETENCIA ECUATORIANA**

### **INTRODUCCIÓN**

A lo largo de los capítulos anteriores se sentó el fundamento para la aplicación extraterritorial de la normativa a través de los casos más representativos. En especial considerando la importancia de la absoluta comprensión de la dimensión de los efectos que despliega la globalización; sobre todo, en la cada vez mayor integración de los mercados que se cohesionan en la formación de un mercado más global. Ante este inconfundible hecho, el Ecuador debe estar preparado para afrontar los retos que causa la globalización, en especial en materia de competencia. Por esta misma razón es necesario analizar la LOCRPM conjuntamente con su reglamento para lograr entender el pleno alcance de la misma, ante una

inminente aserción extraterritorial de la jurisdicción para evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos pretendiendo así conseguir la eficiencia en los mercados y sobre todo el bienestar general de los consumidores<sup>228</sup>, sobre todo considerando que el ser humano es el sujeto y el fin del sistema económico, como lo reconoce el artículo cuarto de la ley antes mencionada.

Ante este reconocimiento que establece uno de los principales lineamientos en la aplicación de la norma, es esencial que los obstáculos procesales que encontrará el Ecuador al momento de pretender aplicar extraterritorialmente su normativa no sean determinantes para evitar una eficaz protección del bien jurídico protegido por la normativa de competencia. Es función del Estado anticiparse a los posibles conflictos y situaciones que podrían emerger; no son nuevos, han venido ocurriendo y solucionando y discutiendo después del fin de la segunda guerra mundial ante la resolución del caso *Alcoa*.

Ante esta situación el Ecuador se encuentra frente a una ventaja teórica, incluso frente a los vecinos de la región, donde somos el último Estado que promulgó una normativa de competencia. Colombia en 1959 promulgó la ley de Competencia de Colombia la cual fue reformada y ampliada en 1992 y en el 2009 para adaptarse a regular de una manera más eficaz las prácticas restrictivas que han ido evolucionando a la par de la economía.<sup>229</sup> En Perú en 1991 se promulgó el decreto legislativo No.701<sup>230</sup>, en Chile en 1973 se promulgó la Ley de Defensa de la Libre Competencia<sup>231</sup>, en Brasil en 1962 se promulgó la primera normativa de competencia la cual fue modificada en 1994 con el Plan Real del gobierno de turno.<sup>232</sup> En teoría el desarrollo que han tenido nuestros vecinos debería ser tomado en cuenta seriamente. Dada la estrecha similitud que poseen los sistemas jurídicos, sin menoscabar ni excluir la importancia del avance jurisprudencial práctico de la aserción extraterritorial de la norma, la única forma de materializar las pretensiones y dejar a un lado las presunciones es ejerciendo. Aun así, la falta de un precedente relevante en esta materia no es un impedimento alguno para establecer una guía de funcionamiento que evitar obstáculos en la protección del bien jurídico protegido. No debemos esperar a obtener un primer resultado negativo para comenzar a

---

<sup>228</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 555. 13 de octubre, 2011. Artículo 1.

<sup>229</sup> OECD, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos. *Examen inter-pares: derecho y política de la competencia en Colombia*. 2009.p 17.

<sup>230</sup> OECD, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos. *Examen inter-pares: derecho y política de la competencia en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú*. 2007.p 453.

<sup>231</sup> *Id.* p 221.

<sup>232</sup> *Id.* p 115.

reformular y regular de manera expresa el funcionamiento de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado en la materia. Debemos señalar y sobretodo regular el ejercicio de la misma ante condicionantes que obliguen a una motivación lógica racional, siguiendo la línea que estableció el pensamiento americano. De esta manera, en el presente capítulo, analizaremos el alcance del artículo segundo de la ley antes mencionada, seguido por el establecimiento de la competencia de la Superintendencia. Posteriormente haré una comparación de los eventuales y más probables problemas que la Superintendencia se encontrará al momento de ejercer la jurisdicción de manera extraterritorial, proponiendo soluciones basadas en la integración cooperativista de los Estados frente a un mismo problema.

#### **4.1 ALCANCE DEL ARTÍCULO 2 DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO**

El artículo segundo de la ley antes mencionada consagra el ámbito de aplicación de la misma, estableciendo:

Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.

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

La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos.<sup>233</sup>

De la importancia del artículo segundo se desprenden 3 elementos fundamentales a la aserción extraterritorial de la jurisdicción ecuatoriana, los cuales serán complementados por disposiciones que regulan conductas específicas. El primer elemento está consagrado en la parte inicial del primer enunciado, donde limita la aplicación de la norma a los operadores económicos. Consideramos, que el legislador de manera acertada estableció de una manera amplia y general a los actores económicos, para poder interpretar y adaptar la futura realidad económica a la norma sin tener que enmendarla. De esta manera, se procede a enunciar las principales figuras que ejercen y aportan al movimiento de la economía nacional. El segundo

---

<sup>233</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.2001. artículo 2 .

elemento, de manera expresa considera que los operadores económicos que **realicen sus actividades económicas fuera del país** están de igual manera sometidos a la regulación de la norma, concordando de esa manera con la igualdad consagrada en el artículo noveno de la constitución, el cual concuerda con literal a del artículo 3 de la decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones<sup>234</sup>. Estableciendo así un trato igualitario sin importar la nacionalidad o el domicilio del mismo.

En tercer lugar, se consagra de manera expresa la doctrina de los efectos, condicionando los elementos antes mencionados "... en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos que produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional."<sup>235</sup>. La importancia de la consagración de la doctrina de los efectos es fundamental y retrata la *ratio legis* del articulado. La necesidad de normar por fuera de las barreras jurisdiccionales marcadas por el territorio ecuatoriano. La competencia de la Superintendencia sin duda se amplía, los cuales consideramos que no son suficientes para el correcto ejercicio extraterritorial. La amplitud podría resultar contraproducente en la aplicación extraterritorial, en especial si no está regulada. Por lo mismo consideramos que el legislador solo tomó en cuenta una parte del desarrollo temático a nivel doctrinario y jurisprudencial internacional. Ya que la aplicación unilateral fue superada varias décadas atrás, cuya posible solución será retratada con posterioridad en la presente tesina.

Pero la importancia de la consagración va mucho más allá, es un primer paso donde normativamente el Estado a través de la Superintendencia blindo y protege al consumidor ecuatoriano de todo acto que pueda o afecte el mercado. Es interesante como la mera posibilidad de un daño es suficiente para sancionar la conducta, por más que se podría entrar en un terreno altamente subjetivo, al no existir daño manifiesto, económicamente es altamente beneficioso para la economía de mercado evitar cualquier tipo de desequilibrio, en especial cuando el desequilibrio amenaza a desplegar efectos que de manera muy difícil pueda ser reestablecido; el ejemplo más claro es cuando la existencia misma de la competencia de un mercado delimitado se vea directamente propiciada por la conducta del actor económico. Inclusive, siguiendo el lineamiento ya mencionado en la introducción, el

---

<sup>234</sup> **Artículo 3.-** La aplicación de la presente Decisión, y la legislación interna de competencia de cada uno de los Países Miembros que resulte aplicable conforme a ella, se basarán en los principios de:  
a) No discriminación, en el sentido de otorgar un trato igualitario a todas las personas naturales o jurídicas en la aplicación de las normas de libre competencia, sin distinción de ningún género;

<sup>235</sup> *Ibid.*

cual consagra al ser humano como el sujeto y el fin del sistema económico. De esta manera, el Estado está en la obligación de proteger en primera instancia y sobre toda ponderación al ser humano. Esta protección tradicionalmente, estuvo condicionada a los límites territoriales geográficos del Estado, pero el desarrollo de la normativa de competencia contempló la excepción de la aplicación extraterritorial de la misma, evitando que la territorialidad sea un obstáculo para la protección del mercado y por ende como fin ulterior del bienestar del consumidor.

La norma nos obliga a interpretar las condiciones que limitan el alcance de esta disposición, estas condiciones están inmersas en las distintas conductas descritas y sancionadas en la norma. Pero antes de analizarlas es sumamente importante tomar en consideración el artículo tercero de la norma, el cual consagra de manera expresa una interpretación real al caso concreto, estableciendo un parámetro de interpretación de y aplicación de la norma a un *Rule of Reason*. Esta primacía de la realidad, será fundamental y tendrá dos dimensiones muy marcadas.

Pero, a su vez la norma establece prácticas que serán sancionadas por el mero hecho de verificarse, como lo establece el artículo 11 en lo relevante a los acuerdos restrictivos y en conformidad con el artículo 8 del reglamento. Creando una manifiesta inconsistencia en la interpretación de los hechos en el caso concreto. Por una lado, se establece que el parámetro interpretativo de la norma será el *Rule of Reason*, el cual vela por ponderar todos los factores que rodean la situación para poder determinar la presencia o no de una conducta que restrinja el mercado, en otras palabras se verá las implicaciones que despliegue el efecto antes del efecto por sí solo, de manera aislada. Lo cual, hubiese sido un importante avance en la materia en la nueva norma ecuatoriana. Pero, aun así, se consideró relevante imponer presunciones absolutas a ciertas prácticas y acuerdos restrictivos. Consideramos que es absolutamente contraproducente establecer hoy en día una serie de presunciones en especial por que se ha visto, a lo largo de los años y de la jurisprudencia analizada; que los efectos se despliegan de distintas maneras por un sin número de factores propios de los distintos mercados. De esta manera, si se consideran a las presunciones por sobre los verdaderos y reales efectos desplegados por una conducta, se estarían dejando por fuera factores necesarios al momento de configurar el verdadero alcance de la conducta. Resultaría inadmisibles que se cree una desproporción sancionatoria basada en una presunción.

La Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado ( LOCPM) observa, regula y sanciona en el caso pertinente cinco conductas específicas: el abuso de poder de mercado, los acuerdos y prácticas restrictivas, la concentración económica y las prácticas generales. Consideramos que no existe suficiencia plena en la fundamentación de la consagración de la doctrina de los efectos. Es importante que la norma reconozca su uso, pero para poder aplicar la norma extraterritorialmente la regulación de la aplicación de la misma tiene que configurarse bajo un espectro extraordinario, y por lo mismo minuciosamente condicionado. Por lo mismo, procederemos a analizar las distintas conductas reguladas por la ley, para establecer los parámetros contemplados, antes de proponer las soluciones adecuadas ante los problemas que ocurrirán.

En la sección segunda de la LOCPM el legislador detalladamente ha descrito normativamente las circunstancias en las cuales se configurarán las causales para sancionar el abuso del poder del mercado. La norma define al poder del mercado como “... la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado.”<sup>236</sup> Esta capacidad no será sancionada a menos que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia; estos efectos podrán ser desplegados por las conductas enunciadas en el artículo 9 de la norma, las cuales determinarán de una manera objetiva la injerencia en el mercado del operador económico. Integrando los conceptos encontrados en esta sección conjuntamente con el artículo 2, podemos extraer la siguiente conclusión. El Artículo 2, como ya lo vimos con anterioridad, establece la aplicabilidad de las sanciones encontradas en la norma ante una conducta que cause un efecto perjudicial en el mercado. Ante esta situación encontramos el artículo 8 establece:

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

a. Su participación en ese mercado, **de forma directa** o a través de personas naturales o jurídicas vinculadas, y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o **de restringir, en forma sustancial**, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder.<sup>237</sup> ( las negrillas son mías)

La referencia es directa a lo establecido en *la* doctrina desarrollada inmediatamente después de *Alcoa*. Asumiendo que la posición dominante despliega efectos directos y sustanciales. Si el efecto es sustancial o no será determinado a través del tamaño de la

<sup>236</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.2011. artículo 7.

<sup>237</sup> *Id. Artículo 8*

afectación ante la delimitación del mercado relevante. La cual será determinada a través de un ejercicio económico y econométrico. Por más que se trate de un análisis económico en su mayor parte, ha habido una dificultad al momento de definir con exactitud que abarca una afectación sustancial. Como vimos con anterioridad en el análisis de *Alcoa*, donde se utilizó una tabla porcentual para determinar la incidencia del operador económico en el mercado. Línea que ha sido seguida por las cortes americanas a la cual se ha sumado el tamaño del mercado afectado.<sup>238</sup>

En un intento de definirlo en propias palabras, una afectación sustancial es aquella que tenga la suficiente influencia para cambiar el flujo proyectado del mercado. El cambio puede ser beneficioso o perjudicial, el cual es materia de otro análisis. Pero es fundamental que distorsione la naturaleza típica que ha venido sucediendo en el mercado. Por otro lado, al establecer que la participación debe ser directa o a través de un tercero condiciona la necesidad del establecimiento de un vínculo directo del actor, la conducta y el efecto, como lo analizamos a profundidad en el capítulo segundo. El legislador encontró óptimo describir las posibles conductas, con la finalidad de ejemplificarlas. Son 23 conductas, dentro de las cuales están la fijación de precios predatorios, la venta condicionada, atada injustificada entre otras.

En la misma línea el artículo 11 prohíbe y sanciona todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela y en general todo acto en cualquier manifestación que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, o afecte negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general. Inmediatamente después enumera las distintas conductas que desplegarían los efectos negativos que se estarían sancionando. Configurando un condicionante fundamental, la investigación deberá conectar de manera directa al actor económico con la conducta para que el efecto sea atribuido directamente al responsable. Hay que considerar lo dispuesto en el artículo 8 del reglamento donde establece una presunción de prácticas restrictivas, las cuales de configurarse serán sancionadas, así de simple. Estas son las siguientes:

1. Fijen de manera concertada o manipulen precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambien información con el mismo objeto o efecto.
2. Repartan, restrinjan, limiten, paralicen, establezcan obligaciones o controlen concertadamente la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios.
3. Repartan de manera concertada clientes, proveedores o zonas geográficas.
4. También están sujetos a la presunción establecida en este artículo los actos u omisiones,

---

<sup>238</sup> Richard W. Beckler y Matthew H. Kirtland. "Extraterritorial Application of U.S Antitrust Law: What is a "Direct, Substantial and Reasonable Foreseeable Effect"*op cit.p 4.*

acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.<sup>239</sup>

La norma consagra ciertas excepciones, las cuales deberán cumplir tres condiciones: que permita a los consumidores o usuarias participar de forma directa de la ventaja, que no impongan restricciones que no sean indispensables para la consecución de los objetivos y que no otorgue a los operadores económicos la posibilidad de eliminar una parte sustancial de los productos o servicios. Todas estas condiciones pretenden mejorar la producción y distribución de bienes, las cuales a la larga beneficiarán al consumidor final.

La falta de condicionamiento a la sanción de los acuerdos restrictivos, nos dice que la verificación de la existencia será suficiente para sancionarlos ante la prohibición expresa de todo acuerdo que contenga alguna disposición que haya sido mencionada con anterioridad. Pero como nos ha demostrado la historia jurisprudencial estas condiciones no son suficientes si se quiere aplicar la extraterritorialidad de la norma de manera unilateral como ocurrió en el caso *Hartford Fire*. Consideramos que el condicionamiento debe ser estricto al momento de ejercerla, condiciones que estableceré más adelante.

El segundo enunciado del artículo dos consagra la doctrina del *Single Economic Entity*, de manera particular, estableciendo que :“Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.”<sup>240</sup>

De manera clara, la norma señala en congruencia con lo expuesto en el capítulo segundo la necesidad de sancionar al responsable de la conducta, el cual podría estar escudado por los límites geográficos territoriales. Pero, ¿cuáles son los parámetros de vinculación? Ni la ley ni el reglamento hace referencia expresa a esta situación pero de manera indirecta por más que estén expresamente dirigidos a la regulación de concentración económica se establecen varias pautas de vinculación que nos podrían ayudar a prever la lógica que utilizará la superintendencia al momento de materializar este concepto, los cuales están recogidos en los literales d y e del artículo 14, los cuales establecen:

---

<sup>239</sup> Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Decreto Ejecutivo 1152. Publicado en Registro Oficial 697. 7 mayo, 2012. Artículo 8.

<sup>240</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.2011.artículo 2.

Art. 14.- Operaciones de concentración económica.- A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de actos tales como:

- d) La vinculación mediante administración común.
- e) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico.<sup>241</sup>

Con la finalidad de ampliar el entendimiento de vinculación conforme a la normativa ecuatoriana, nos remitimos al artículo 7 del Reglamento de la LOCPM el cual instituye que los criterios de vinculación serán los mismos que han sido establecidos en el título XX de la Ley de Mercado de Valores y la normativa del Consejo Nacional de Valores, haciendo una expresa referencia a la utilización de estos criterios a lo referente a la concentración económica. De igual manera y con la finalidad de lograr un entendimiento lógico de la referencia del concepto en la normativa proseguiré mencionando la definición del concepto del artículo 191 de la Ley de Mercado de Valores, la cual establece:

Art.191. Para efectos de esta Ley se considera empresas vinculadas al conjunto de entidades que, aunque jurídicamente independientes, **presentan vínculos** de tal naturaleza en su propiedad, administración, responsabilidad crediticia o resultados que hacen presumir que la actuación económica y financiera de estas empresas está guiada por los **intereses comunes**, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o respecto de los valores que emitan.

El C.N.V., mediante norma de carácter general determinará los criterios de vinculación por **propiedad, gestión o presunción**.

El C.N.V., fijará la forma, contenido y periodicidad de la información que deberán remitir las empresas vinculadas a fin de difundirla al mercado. ( el subrayado es mío)<sup>242</sup>

La norma establece tres criterios de vinculación, la propiedad, gestión y presunción agregando de manera general lo subrayado en el primer enunciado la necesidad de que existan intereses comunes, criterio que fue analizado en el capítulo tercero. De igual manera, nos remite a las resoluciones del Consejo Nacional de Valores, las cuales amplían los criterios de vinculación. De todos los criterios descritos en la norma uno en particular tiene una directa conexión con la importancia de determinar la injerencia de influencia significativa de una compañía a otra, la cual está definida por la norma como la capacidad de intervenir en las decisiones de políticas administrativas, financieras y operativas en una o un grupo de

<sup>241</sup> *Ibidem*.

<sup>242</sup> Ley de Mercado de Valores. R.O Suplemento 215. 22 de febrero 2006.

personas jurídicas.<sup>243</sup> Esta injerencia determinará el control de un grupo económico como se lo establece en la resolución No. CNV-008-2006 donde la existencia de influencia, ya sea, de manera directa o indirecta, determine la gestión o las decisiones de designar o remover a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno incluso si la entidad influyente no cuenta con más de mitad de los derechos a voto.<sup>244</sup>

Entrando al campo pertinente de la concentración económica, donde la norma obliga a notificar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado cuando exista un cambio o toma de control de uno o varios operadores económicos en actos como: la fusión, la transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante la adquisición de forma directa o indirecta de cualquier tipo de derecho sobre acciones o participaciones de capital que proporcionen una influencia sustancial en las políticas económicas o de gestión de la compañía, la vinculación de una administración en común o cualquier otro acuerdo que transfiera los activos de un operador económico proporcionando el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración de la misma.<sup>245</sup>

La Superintendencia determinará si la concentración económica crea, modifica o refuerza el poder de mercado; ante esta situación podrá denegar la operación o condicionarla, inclusive podrá determinar la desconcentración o la toma de cualquier otra medida que considere pertinente si la operación se concretó sin notificación previa.<sup>246</sup> La norma establece dos condicionantes para la notificación en el artículo 16: en primer lugar que el volumen de negocios supere lo establecido por la Junta de Regulación, la cual estableció que en las concentraciones que involucren instituciones del sistema financiero y del mercado de valores se deberá superar el monto de 3.200.000 remuneraciones básicas unificadas (RBU), las que involucren entidades de seguros y reaseguros 62.000 RBU y las demás 200.000 RBU<sup>247</sup>. El otro condicionante se sustenta en la hipótesis de un incremento del 30% del posicionamiento del operador económico en el mercado relevante o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido.

---

<sup>243</sup> Resolución del CNV No. CNV-008-2006. Publicada en el Registro Oficial Especial no. 1. 8 marzo 2006. Artículo 2.

<sup>244</sup> *Id.* Artículo 6.

<sup>245</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.2011.artículo 14.

<sup>246</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.2011.artículo 16.

<sup>247</sup> Resolución No.002 de la Junta De Regulación De La Ley Orgánica De Regulación Y Control Del Poder De Mercado .Publicado Registro Oficial 132.27 noviembre 2013.

La Superintendencia en agosto del 2013 emitió una resolución, en la cual se pronuncia y autoriza una compra de acciones de operadores económicos domiciliados en Chile. MetLife Inc. adquirió acciones ordinarias de BBVA S.A y *American Depositary Shares* de AFP Provida S.A e indirectamente AFP Génesis. La Superintendencia consideró tres asuntos primordiales, en primer lugar la operación ocurrió en Chile, en segundo lugar MetLife Inc. no opera en el mercado ecuatoriano y en tercer lugar AFP Génesis opera en el mercado ecuatoriano. Tomando estas consideraciones en cuenta se pudo concluir que la participación de AFP Génesis iba a mantenerse sin importar el desenlace de la operación, la razón principal de la misma; la no afectación al número de competidores en el mercado relevante de la administración de fondos de inversión.<sup>248</sup> Por lo dicho se autorizó la operación de concentración económica, estando amparada en la norma y sobretodo en un análisis lógico donde al no haber una real ni posible alteración perjudicial en el mercado se autorizó la misma.

#### **4.1.1 PROBLEMAS NORMATIVOS**

La normativa ecuatoriana, como ya lo planteamos con anterioridad abre las puertas a la aplicación extraterritorial. Es necesario, a nuestro parecer consagrar presupuestos fuertes y extraordinarios, que regulen la aplicación extraterritorial de la norma y que sea un último recurso para proteger al mercado a sus consumidores. Por lo mismo hay una serie de problemas que se desprenden de la mera consagración de la posibilidad; problemas que afectan directamente a la efectividad de la aplicación extraterritorial.

La norma es suficiente para que sea aplicada de manera extraterritorial, pero acaso la suficiencia es lo óptimo. Consideramos que la respuesta es negativa, la suficiencia en este caso está lejos de garantizar una óptima efectividad. En especial tomando en cuenta los problemas que Estados mucho con herramientas de presión más fuertes al nuestro se han encontrado, donde obstáculos ajenos a los propios son los que matizarán la eficacia de la aplicación. Hemos visto y sido efusivos en decir que la aplicación unilateral de la norma de competencia no es el camino adecuado. Al existir intereses ajenos, los cuales están protegidos por barreras de principios soberanos y jurisdiccionales el problema es mayor. El primer problema procedimental va de la mano con la recolección de información, la cual es completamente necesaria al momento de encaminar el éxito o no de la operación. La

---

<sup>248</sup> Superintendencia de Control del Poder de Mercado. MetLife Inc. Exp. Nro. 003-SCPM-CRPI-2013. 2 de agosto de 2013.

Superintendencia no tiene jurisdicción ni coacción alguna para recolectar pruebas de operadores económicos en el extranjero, por sí sola se quedará a la espera de la cooperación y de la voluntad del operador económico. Pero la comunicación que se ve graficada en la problemática investigativa se verá reflejada en toda comunicación oficial entre la Superintendencia y el operador económico, quedando a la merced de la dilatación del exhorto, procedimiento que será explicado con posterioridad.

Por otro lado, la barrera jurisdiccional limita la aplicación de la norma en todo su espectro, ya que existirá por la misma razón anterior una gran dificultad, la cual fronteriza con la imposibilidad en la ejecución de medidas preventivas. Herramientas sumamente eficaces al momento de detener o evitar un daño mayor en el mercado. En la misma línea la ejecución de la sanción también enfrenta la misma problemática. Estos son los mayores problemas que enfrentará la Superintendencia al momento de aplicar la norma extraterritorialmente, sobre todo si no limita la misma. Una vez más somos enfáticos al decir que la regulación enviste de fuerza a la decisión, mientras más rigurosa sea, más extraordinaria será la medida. La cual será considerada y analizada bajo otra lupa por autoridades extranjeras. La regulación debe ser expresa, se deberán cumplir una serie de requisitos que serán los que habiliten y sobretodo legitimen la aplicación extraterritorial de la norma. Además, deben estar jerarquizadas, es decir que será indispensable el cumplimiento del primer condicionante para permitir una continuación.

El primer condicionante será que el acto o el acuerdo o la conducta deberán producir o probablemente producir efectos substanciales en el mercado ecuatoriano. La substancialidad no solo debe ser analizada porcentualmente por la posición dominante del mismo. Se deberán tomar en cuenta factores sobre la naturaleza del mercado, sus particularidades y sobretodo su sensibilidad. La sensibilidad de la afectación se retratará en la implicación del efecto en el consumidor final. Sustentando este punto en la siguiente pregunta ¿cuál es el efecto de la aplicación o la inaplicación de la norma? pregunta que obliga a ponderar sobre la verdadera necesidad de evitar, detener o reparar el daño. La substancialidad responderá la pregunta de la urgencia. Además, hay que tomar en cuenta que el individuo perjudicado necesitará de la resolución de la superintendencia o la sentencia en última instancia para que los daños causados a sí mismo sean reparados.

Por otro lado, tiene que ser directo. El vínculo debe estar claro entre el efecto y el operador que lo condujo, de esta manera se legitima la responsabilidad en la cual el operador

se ve envuelto. Una vez que se hayan verificado estas condiciones, se deberá tomar en cuenta la factibilidad del ejercicio extraterritorial. Ponderando de esta manera los intereses y sobretodo la posibilidad de la efectividad de la acción. Para la cual no solo se tendrán que analizar los puntos de conexión, los cuales serán sumamente importantes al momento de recolectar información o de ejecutar sanciones o medidas preventivas. Mientras más estrecho sea el vínculo del Estado y del operador mayor será la oportunidad de alcanzar una plena eficacia. De esta manera, se tendrá que tomar en cuenta, si el operador posee bienes en el Ecuador o en su contrario cualquier tipo de vínculo que ayude a la Superintendencia a ejercer medidas de presión que asistirán a aumentar la eficacia de la acción.

Finalmente, es sumamente importante considerar los intereses de los Estados. De esta manera, la filtración ponderable de las condiciones anteriores será lo que legitime y justifique el análisis de intereses, en el cual las herramientas de negociación serán mayores si la solicitud esta investida de fuerza y de legitimidad extraordinaria. Pero para graficar la problemática que envuelve la cooperación, que ha sido desarrollada con la finalidad de mantener intereses satisfechos y trabajar conjuntamente para proteger al consumidor evitando que las barreras geográficas obstaculicen la misma, analizaremos los convenios más relevantes en la temática regional y del Ecuador.

## **4.2 DECISIÓN 608 DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES**

De manera positiva podemos ver que el Ecuador no está en un certero camino normativo. Por más que la LORCPM tiene un poco más de dos años de vigencia se han suscrito contados tratados internaciones en el tema, los cuales pretenden solucionar los problemas que ocasiona la aplicación extraterritorial de la norma. Algunos criticarán la inaplicabilidad del mismo, pero el simple hecho que el órgano competente suscriba este tipo de convenios, nos transmite la importancia de tener claras las reglas del juego en el crítico momento en el cual se decida aplicar la norma de manera extraterritorial. Analizaré tres distintas figuras que regulan de manera distinta las relaciones del Ecuador en el tema: en primer lugar la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, el modelo estándar de convenio suscrito entre el Ecuador y otras naciones y ante la inminente suscripción del tratado de libre comercio con la Unión Europea el análisis de la posible cláusula que contenga el mismo.

El artículo 2 consagra el objeto, el cual es, la protección y promoción de la libre competencia en el territorio que comprende los países miembros de la comunidad. Con este fin las regulaciones que contienen el documento serán aplicados conjuntamente con la legislación interna para lograr una eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores. Dentro de los artículos 7 y 8 señala las conductas restrictivas sancionadas por la decisión, dentro de las cuales están los acuerdos y las conductas de abuso de poder de mercado que limiten, impidan y distorsionen el mercado, los cuales van de la mano con la legislación interna ecuatoriana. Pero, sin duda lo más interesante y relevante para el tema se comienza a desarrollar en el artículo 5, el cual establece:

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

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

Las demás situaciones no previstas en el presente artículo, se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros.<sup>249</sup>

Se reconoce de manera expresa la doctrina de los efectos, estableciendo que es la condición primordial de vinculación entre la conducta de un operador económico establecido en uno o varios países miembros o no miembros de la Comunidad Andina. El reconocimiento de la aplicación de la misma a países no miembros es una opción importante, sobre todo reconociendo la importancia de la aplicación de la norma bajo la consigna de la excepción del principio de la territorialidad. En este caso estaríamos hablando de una aplicación extraterritorial un poco más elevada, en el sentido jerárquico. La Comunidad Andina la comprenden Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú; por lo tanto el territorio de los países miembros se extiende, bajo los parámetros regulatorios de la comunidad, a la totalidad de los miembros. Por lo tanto la aplicación a un miembro ajeno a la misma comprendería una aplicación extraterritorial de las normas de la comunidad, de igual manera que sucede en la Comunidad Europea, donde la integración de la economía y los mercados generó los efectos que se pretendieron desplegar de cierta forma y en cierto matiz en la Comunidad Andina.

Este símil resulta beneficioso al momento de entender la *ratio* de la Decisión. Donde se facultó a la Secretaria General la competencia de investigar de oficio o a solicitud de las autoridades nacionales competentes o de los organismos internacionales de integración de los Estados miembros o de cualquier interesado a las conductas que pudieran restringir

---

<sup>249</sup> Decisión No. 608. Comunidad Andina de Naciones (1995)

inadecuadamente la competencia en el mercado. Al facultar la competencia Supranacional de la Secretaria General se estarían solucionando los problemas que conlleva la aplicación extraterritorial de la norma, pero solo en procesos que involucren a operadores económicos en los Estados miembros; la aplicación de la misma en procesos dirigidos a operadores económicos que se encuentren en Estados no miembros de la Comunidad Andina se encontrarían una vez más con la problemática que he señalado a lo largo de esta tesis. De igual manera, no existe ningún parámetro de regulación, ni de consideración de la misma, la sola referencia a la aplicación de la legislación nacional para complementar a la decisión no es suficiente, si tomamos en cuenta la legislación ecuatoriana la cual analizamos con anterioridad. Por lo mismo las recomendaciones que realizaré posteriormente resultarían útiles cuando la Secretaria General decida ejercer plenamente la facultad conferida en la presente decisión.

Aun así, artículos regulan de manera interesante la relación entre la autoridad y los operadores en la investigación misma de la causa. El artículo 16 de la misma resolución confiere, a la Secretaria General o a la autoridad competente en las investigaciones que nazcan de la decisión, la facultad de exigir la exhibición de documentos de todo tipo, la citación e interrogación de los representantes, empleados o personas relacionadas con el operador económico, la realización de inspecciones en los locales de los operadores económicos. Una vez que se ha realizado la investigación y se ha procedido con forme al procedimiento establecido en los artículos subsiguientes, la Secretaria General está legitimada para multar al operador económico por una suma que no exceda el 10% del valor de los ingresos totales brutos correspondientes al ejercicio económico del año anterior y para disponer el cese de la conducta restrictiva y establecer medidas correctivas o condiciones que permitan al operador económico seguir conduciendo la conducta bajo parámetros que precautelen el bienestar del consumidor y el equilibrio del mercado.

Una vez que se haya establecido la sanción, la ejecución de la misma se lo hará bajo el amparo del artículo 35 de la misma decisión, donde se establece la responsabilidad de los gobiernos de los estados miembros donde el operador económico mantenga su principal centro de negocios para ejecutar las medidas cautelares o definitivas. Considero que se redactó de manera muy cuidadosa el artículo ya que habla se responsabilidad y no de obligación, donde la distinción se fundamenta en el rigor al momento de exigir el cumplimiento de la misma. La responsabilidad de la ejecución, de cierta manera, libera de

severidad al cumplimiento de la decisión. Ante la cual según el artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina faculta al ente creado a adoptar las medidas necesarias, restricción o suspensión de beneficios a los Estados miembros de la comunidad, para presionar el cumplimiento de la obligación.<sup>250</sup> La distinción del léxico es fundamental, en el artículo 27 sí se habla de obligación, por lo tanto se puede exigir el cumplimiento de la misma, pero acaso el parámetro es el mismo cuando se establece la responsabilidad del Estado miembro.

### 4.3 OTROS CONVENIOS SUSCRITOS

Ante la necesidad de clarificar las relaciones de cooperación con otros Estados la Superintendencia ha suscritos varios convenios, los cuales tienen distintos propósitos. Por ejemplo el convenio suscrito con la Autoridad de Competencia de la República Francesa trata y promueve una cooperación de capacitación entre los funcionarios de los órganos competentes<sup>251</sup>. Por otro lado el convenio suscrito con Chile trata de manera profunda la relación de los estados en la investigación y cooperación de conductas anticompetitivas, el cual analizaré con posterioridad, considerando que Chile es un importante socio comercial del Ecuador y también considerando que es domicilio de una de las compañías más grandes de aviación de América Latina, Lan Chile, más aún con la fusión de la compañía chilena con la compañía brasilera Tam. De igual manera se han suscrito convenios con Uruguay, Grecia, Túnez, España, Argentina, México y la UNCTAD. De igual manera, analizaré el artículo referente a la cooperación en materia de competencia, el cual está en el contenido del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Chile y la Unión Europea. La importancia de esta cláusula se da ante la inminente suscripción del Ecuador del mismo tratado y la similitud, que de seguro, se mantendrá.

---

<sup>250</sup> Tratado de la Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (28 mayo de 1996) artículo 27.

<sup>251</sup> Acuerdo de cooperación técnica entre la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de la República del Ecuador y la Autoridad de Competencia de la República de Francia. ( 31 de julio de 2013)

#### **4.3.1 APROXIMACIÓN A LAS CLAUSULAS RELEVANTES DEL ACUERDO ENTRE EL TRIBUNAL DE LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA DE CHILE Y LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE PODER DE MERCADO DEL ECUADOR PARA LA COOPERACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y/O REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO Y SU COMPARACIÓN A OTROS CONVENIOS<sup>252</sup>**

El convenio suscrito entre los dos estados tiene un principio rector esencial, la cooperación que se materializa con el dialogo. De esta manera el convenio pretende que los órganos competentes del Ecuador y de Chile trabajen conjuntamente para que así se minimice el impacto de cualquier diferencia que surja de los intereses de los Estados en la aplicación de la normativa respectiva, diseccionando la misma a la aplicación extraterritorial de la norma de un Estado a otro. El diálogo que se ha buscado se manifiesta en la notificación de las partes en circunstancias específicas entre las cuales están: la aplicación extraterritorial de la norma; en especial cuando exista una necesidad de aplicar medidas correctivas sobre conductas que desplieguen efectos restrictivos en el mercado en una de las partes, las fusiones y adquisiciones nacionales y en las que una o varias partes sean compañías constituidas en otro país, estableciendo así el domicilio de la compañía.<sup>253</sup>

Ante este requerimiento el numeral 2 del artículo 4 describe los factores que se deben considerar antes de aplicar extraterritorialmente la norma. En el capítulo primero trate la importancia de los puntos de conexión al momento de aplicar extraterritorialmente la norma y la necesidad de establecer parámetros objetivos para reducir la posibilidad de conflicto y aumentar la eficacia de la protección del bien jurídico protegido por la norma. El primer factor que se debe considerar es el efecto de la coordinación sobre la capacidad de las partes para conseguir los objetivos de aplicación de la ley, este punto es muy claro; el objetivo del derecho de competencia, el cual está materializado en el artículo 1 de la LORCPM es conseguir y preservar la eficiencia en los mercados, el comercio justo, el bienestar general de los consumidores y usuarios, con la finalidad de conseguir un sistema económico social, solidario y sostenible. La doctrina, en especial la Escuela de Chicago consagra que el fin ulterior del derecho de la competencia es el ser humano en su faceta de consumidor, así no

---

<sup>252</sup> Acuerdo entre el Tribunales de la Defensa de la Libre Competencia de Chile y la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de la República del Ecuador (15 de noviembre 2012)

<sup>253</sup> *Id.* Artículo 3.

nos distanciamos del verdadero fin del mismo, el cual consta como objetivo del derecho de competencia como tal.<sup>254</sup>

El segundo factor a considerar es las distintas capacidades de las partes en la obtención de información necesaria para llevar a cabo actos de aplicación de la ley, de manera cortés y relacionando el análisis al ya hecho en el capítulo uno sobre la cortesía, la capacidad de la parte será fundamental para conseguir la eficiencia del fin de la norma, pero esta debe ser respetada por la otra parte; por lo cual la cooperación es fundamental para sostener el factor. En tercer lugar, se ponderará la eficacia de acción de un Estado sobre otro, otorgando un beneficio a la parte que pueda actuar de manera más eficaz frente al problema. La eficacia de la misma se centra en la cercanía del Estado al problema, en concreto, el lugar en el territorio donde comenzó la conducta. El cuarto factor se basa en la reducción de costos de las partes y las personas sujetas a la aplicación de la misma, tiene referencia y vinculación directa con la cercanía al conflicto al igual que el factor anterior.

La eficacia de la solución dependerá de igual manera con la facilidad del proceso y los costos del mismo, mientras se facilite y economice el proceso la solución de seguro será más pronta y más eficaz. La cual se relaciona directamente con el último factor, la ponderación de las ventajas de la coordinación, dentro de las cuales están la eficacia y la pronta solución; las cuales protegerán de mejor manera al bienestar del consumidor. De igual manera el numeral cuarto trabaja la hipótesis de aplicación concurrente de la norma, donde se necesitará de una autorización expresa de las personas que proporcionaron la información confidencial para que sea utilizada en otro proceso en otro Estado. Se podría considerar que se conformaría un obstáculo la autorización de la entrega de la información confidencial, pero la LOCPM en su artículo 48 previene este inconveniente, manifestando que si un operador económico o persona negare, dificultare o impidiere el acceso a la información se le revertirá la carga de la prueba. En este caso, la negativa de la autorización podría ser considerada como la manifiesta voluntad de dificultar el acceso a la información<sup>255</sup>; de manera lógica el operador no querrá la consecuencia determinada por la norma.

Es importante tomar en cuenta que no existe una uniformidad en el tratamiento de la información confidencial, la cual a nuestro parecer debería regirse no solo por parámetros mínimos de cooperación, pero los parámetros necesarios a los cuales las partes encuentren la

---

<sup>254</sup> Varun, Gupta. "After Hartford Fire..." *Óp cit.* P 13.

<sup>255</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.2011.artículo 48 .

mayor utilidad para alcanzar el fin del mismo. Distanciando del convenio analizado el convenio suscrito con la autoridad competente Española<sup>256</sup>, no autoriza el intercambio de información que se ha recolectado en un proceso no culminado o impugnado.<sup>257</sup> De esta manera, se está inhabilitando la posibilidad de una investigación conjunta y paralela a un mismo operador económico por una misma conducta. Coartando la disponibilidad de herramientas fundamentales en la investigación. El problema no será inmediato, pero saldrá a la luz en el preciso momento en el que la Superintendencia pretenda realizarla.

Ampliando el entendimiento de lo dicho, el artículo quinto regula de cierta manera la cooperación entre Estados, sobre todo bajo el supuesto que un Estado solicite a otro que inicie un proceso investigativo de actos que desplieguen efectos perjudiciales en el Estado solicitante. Esta hipótesis no excluye la aplicación extraterritorial de un Estado, por el contrario la cooperación se centra en la necesidad de la aplicación de la norma de la manera más eficaz posible para que los efectos se detengan. Aun así, es tan solo una solicitud la cual tendrá que ser considerada y realizada conforme a la discrecionalidad del Estado solicitado. Este importante punto, el cual no genera obligación alguna entre Estados fue centro de discusión en el capítulo uno. Ante la posibilidad eventual de la creación de un conflicto de intereses en la aplicación de la norma, el convenio también hace referencia al mismo. Si un Estado considera que un interés está siendo afectado deberá informar de manera oportuna al otro Estado, pero este interés deberá estar consagrado y respaldado en el ordenamiento jurídico del Estado. Considero interesante el condicionante expuesto en el artículo 6, ya que así se previene el incorrecto ejercicio de influencias por parte de terceros. La economía la mueven los operadores económicos y muchas veces los intereses de los operadores económicos pudiesen influir en las decisiones de los Estados; de esta manera al condicionar la legítima motivación normativa se estaría limitando a que el Estado precautele sus legítimos intereses que han sido consagrados en la norma.

Después de aproximarnos a los puntos más relevantes que regulan las relaciones que tendrán los Estados al momento de buscar una cooperación en la aplicación extraterritorial de la norma y la investigación que motivará la misma, podemos llegar a las siguientes

---

<sup>256</sup> Convenio de colaboración entre la Comisión Nacional de la Competencia(España) y la Superintendencia de Control del Poder de Mercado(Ecuador) para la cooperación técnica entre ambas autoridades(2 de abril de 2013)

<sup>257</sup> En lo particular, nada de lo dispuesto en el presente Convenio obligará a la CNC a facilitar información sobre procedimientos de aplicación de la Ley... en tramitación o sometidos a revisión jurisdiccional.

conclusiones. Por un lado se establecen factores, los cuales proporcionarán una ayuda al momento de analizar la correcta decisión al momento de ejercer extraterritorialmente la jurisdicción. Pero el grado de subjetividad del mismo dificulta la previsión de la decisión. Por otro lado y como lo hemos visto en la práctica del mismo, la subjetividad que puede desarrollar una unilateralidad en la aplicación de la norma de seguro causará malestar y el malestar de un Estado se manifestará en la retaliación o en la falta de cooperación del mismo al momento de ejecutar la sanción impuesta, considerando que no exista vínculo material alguno en el Estado sancionador. Por lo mismo se deberá analizar de manera cuidadosa la decisión que se tomará y hay que tener en cuenta que el hecho que exista un convenio no garantiza la armónica relación cooperativista de los Estados, por lo mismo se requieren factores más objetivos y de mayor fuerza para evitar los posibles conflictos.

Por otro lado la diversidad de distintas cláusulas en una materia similar evita la evasión de conflictos causando un revuelo en la normativa aplicable a nivel mundial. Hay que tomar en cuenta que el bienestar del consumidor deberá primar por sobre cualquier otro interés que emerja en la aplicación de la norma. Ante esta aseveración Andrew Guzmán , plantea una particular visión; el bienestar del consumidor global. Una y otra vez a lo largo de este trabajo he mencionado la importancia de considerar al mercado de manera global y las afectaciones que las distintas influencias pudiesen generar.<sup>258</sup> De esta manera, el autor exhorta a las naciones a velar por el bienestar del consumidor global tomando en cuenta todos los posibles obstáculos que se pudiesen generar debe primar esta finalidad ulterior<sup>259</sup> Si tomamos en cuenta esta lógica aseveración podemos afirmar que la falta de congruencia en la negociación de los mismos causa un potencial perjuicio al consumidor al obstaculizar innecesariamente la aplicación normativa por fuera del territorio. Por lo tanto no es solo necesaria la regulación; si no es indispensable. Ante lo cual nos encontramos con el numeral cuarto del artículo sexto del convenio suscrito con la República Argentina<sup>260</sup>; el cual establece una serie de factores que se deberán considerar en caso de que un Estado decida aplicar la norma de manera extraterritorial, los cuales se asemejan al anteriormente analizado Restatement (Third) americano.

---

<sup>258</sup> Andrew T. Guzman. "Is International Anitrust Posible?" *Óp cit.* p 1529.

<sup>259</sup> *Ibid.*

<sup>260</sup> Acuerdo entre la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la República Argentina y la Superintendencia de Control del Poder de Mercado del Ecuador para la cooperación en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia y/o regulación y control del poder de mercado. (2012) artículo 6.

Se abre una interrogante ante esta cláusula ¿ cuál es el parámetro mínimo que el Ecuador pretende establecer en sus convenios? Tomando en cuenta la incongruencia en estas cláusulas fundamentales. Es inaudito que la falta de estos parámetros en los otros convenios pudiesen ser los principales obstáculos para la aserción de la norma. Más allá de un análisis netamente jurídico, los factores obligan a las entidades competentes a tomar en cuenta factores primordiales, los cuales se han visto necesarios en el desarrollo extraterritorial del derecho de competencia. Con esta obviedad , es absurdo que se pretenda mantener en la ambigüedad este tipo de convenios, la falta de claridad perjudica únicamente a la parte solicitante, la cual debería actuar velando por los intereses de su consumidor. Ante esta problemática propondré una solución en la parte final del capítulo

#### **4.3.2 APROXIMACIÓN Y COMPARACIÓN AL TÍTULO VII DEL CONVENIO QUE ESTABLECE UNA ASOCIACIÓN ENTRE LA COMUNIDAD EUROPEA Y SUS MIEMBROS Y LA REPÚBLICA DE CHILE.**

La aproximación y el entendimiento del alcance de lo dispuesto por las partes en lo referente a la cooperación y relación de las mismas en asuntos de competencia es esencial, ante el inminente acuerdo que el Ecuador celebrará con la Comunidad Europea, que sin llegar a ser un Tratado de Libre Comercio será un Acuerdo Comercial el cual, podría incluir una cláusula similar.<sup>261</sup> Las similitudes con el Acuerdo expuesto con anterioridad son varias, en la generalidad de las pretensiones de los mismos. Pero de manera importante, la primera diferencia es substancial. En el artículo 174 el literal b) señala que se debe notificar a la otra parte “ *[if] relates to restrictions on competition which are liable to have a **direct and substancial effect in the territory of the other Party...*** ( las negrillas son propias)”<sup>262</sup> en contraste con el acuerdo anterior, donde las condiciones que se establecieron para la notificación de la otra parte resultan bastante amplias, el presente recalca y condiciona que los efectos deben ser directos y sustanciales. Limitando de esta manera la inoportuna notificación. No está de más repetir que la consideración de la substancialidad dependerá del cálculo de la limitación en el mercado relevante. Otra de las diferencias marcadas es el trato de la

<sup>261</sup> Ecuador espera firmar acuerdo comercial con la UE a inicios de 2014. El Universo. 29 noviembre 1013. <http://www.eluniverso.com/noticias/2013/11/29/nota/1848801/ecuador-espera-firmar-acuerdo-comercial-ue-inicios-2014>

<sup>262</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.2011.artículo 174.

información confidencial de los entes competentes. En el convenio se establece que para mantener una transparencia entre las partes, las mismas proporcionarán información confidencial la cual utilizaron en procesos que culminaron en una sanción; la cual será tratada como tal y preservada dentro de la normativa aplicable de cada Estado en lo referente a la confidencialidad. La transparencia y la voluntad de esta decisión es el de facilitar la obtención de la información, evitando cualquier tipo de obstáculos que dilatarán el proceso.

El convenio expuesto con anterioridad condiciona la entrega de la información a una autorización, so pena de un posible revestimiento de la carga probatoria. Por otro lado, volviendo a la similitudes, el convenio expresamente enfatiza el dialogo por medio de las notificaciones y de igual manera mantiene la discrecionalidad del Estado solicitado a actuar como crea conveniente, dentro de su competencia.

El artículo 179 por un lado blinda y protege la designación o preservación de monopolios públicos o privados que estén apegados a la norma de los Estados suscriptores. Pero por otro lado, el Comité de la Asociación creado por el convenio deberá asegurarse que no se creen ni se mantengan ninguna medida que pueda distorsionar el comercio de bienes o servicios entre las partes, en especial a lo referente a derechos exclusivos otorgados a empresas públicas o privadas por el Estado. De esta manera, las partes se comprometen, bajo la regulación del Comité, a no conceder ningún beneficio que afecte el comercio entre las partes, principalmente porque los intereses de una de las partes se verá afectado. Por otro lado, sería contraproducente y hasta sería contrario a la doctrina de los actos propios; ya que el Estado se ha comprometido y ha consolidado un convenio de cooperación para proteger al consumidor, el cual se verá afectado directa o indirectamente cuando el Estado distorsione el mercado comercial a través de las medidas que conceda. Tomando esta consideración en cuenta, es fundamental que la Superintendencia comience a mantener una congruencia en los convenios que a futuro suscribirá y deberá seguir, a mi parecer las recomendaciones que realizaré con posterioridad.

### **4.3.3 PROBLEMAS ENCONTRADOS**

Las distinciones encontradas en los convenios expuestos, exponen otro problema. Al focalizar la cooperación bilateral ante la falta de consenso multilateral solo se está expandiendo el alcance del problema. Ya que las soluciones planteadas regularan la conducta bilateral, estableciendo parámetros mínimos de funcionamiento en las relaciones de dos

países; las cuales no están aisladas del comportamiento de la totalidad del mercado global. Aun así es un primer paso a una integración de parámetros mínimos; pero el conflicto será únicamente solucionado con una integración y armonización de la normativa de competencia a nivel global<sup>263</sup>. De esta manera se evitarían conflictos sustantivos de la norma, como en el caso *Boeing/McDonnell*, donde el diferente tratamiento a una misma situación de dos distintas jurisdicciones origina un conflicto. Está claro que cada país está en la libertad de sancionar conductas de distinta manera, pero bajo una concientización de una economía globalizada es ideal conseguir una armonización evitando que la norma más fuerte sea la que prevalezca en estos casos. Este problema que debe ser tratado y solucionado en un complicado consenso global es uno de los varios problemas que los Estados se encuentran al momento de sancionar carteles internacionales.

Andrew Guzmán ha encontrado, luego de varios análisis económicos, una conclusión particularmente relevante a la problemática planteada:

...a country that can apply its laws extraterritorially will under regulate anticompetitive behavior if it is a net exporter and over regulate such behavior if it is a net importer.<sup>264</sup>

Según el autor, la influencia del aparato productivo económico será relevante para determinar el desarrollo de la normativa de cada Estado. Consideramos que es muy lógica esta conclusión, ya que el bienestar del consumidor dependerá de la procedencia de los bienes ofrecidos en el mercado.<sup>265</sup> De acuerdo a esta premisa y tomando en cuenta la realidad ecuatoriana la cual tiene un déficit de la balanza comercial no petrolera de 1020 millones de dólares al cierre del último trimestre del 2013, nos dice que el Ecuador es un país que importa mucho más de lo que exporta; lo cual no es novedad alguna para ninguna persona medianamente informada de la economía del Ecuador.<sup>266</sup> Por lo tanto según la conclusión del autor, el Ecuador será un país que sobre regule las conductas anticompetitivas dada la naturaleza misma de la economía. Pero a lo largo de estos años, de manera supuestamente sistemática se ha pretendido cambiar la matriz económica del Ecuador aumentando la producción nacional para que la sociedad y el suministro de bienes en el mercado no

<sup>263</sup> Jürgen Basedow. "International Antitrust: from Extraterritorial Application to Harmonization." *Louisiana Law Review*. (2000) 60/4, p 1043.

<sup>264</sup> Andrew T. Guzmán. "Is International Antitrust Possible?" *Óp cit*, p 1520.

<sup>265</sup> Para graficar la ecuación ver tabla I. En Andrew T. Guzmán. "Is International Antitrust Possible?" *Óp cit* p 1521.

<sup>266</sup> Banco Central del Ecuador. *La economía ecuatoriana tuvo un crecimiento anual de 4,9% en el tercer trimestre de 2013*. <http://www.bce.fin.ec/index.php/boletines-de-prensa-archivo/item/385-la-econom%C3%ADa-ecuatoriana-tuvo-un-crecimiento-anual-de-49>. (acceso en 13/02/2014)

dependan exclusivamente de la importación. Abriendo las puertas a la siguiente reflexión: la Superintendencia deberá considerar este muy razonable argumento para aplicar extraterritorialmente la norma, tal vez, cuando este en capacidad de ejercer la jurisdicción de esa manera la matriz productiva obligue a considera la influencia del aparato económico en el desarrollo de la norma. Por otro lado, esta es una de las principales razones por las que globalmente los Estados no han logrado obtener un armónico desarrollo de la normativa en competencia, dada la falta de congruencia en los aparatos económicos de los distintos Estados.<sup>267</sup>

La UNCTAD ha encontrado varios retos que los países en vías de desarrollo se encontrarán al momento de sancionar carteles internacionales, tomando en cuenta que Brasil ha sido el Estado más activo en los últimos diez años, con 10 procesos investigativos que han concluido en sanción<sup>268</sup>. Aun así, se han presentado varios problemas que se han presentado en otras regiones y el Ecuador entra en esta categoría, por lo cual es sumamente importante abordar de manera preventiva estos problemas en la medida de la posibilidad real de la misma. El primer problema planteado se basa en el reconocimiento de los carteles internacionales e inicio de las investigaciones correspondientes.

Hay dos posibles hipótesis para hacer frente a esta dificultad: el conocimiento de la existencia de conductas anticompetitivas sancionadas de carteles internacionales por otras jurisdicciones suele ser la principal detonante del inicio del proceso sancionador, así como sucedió con el Cartel de las Vitaminas en el cual la sanción por parte de los Estados Unidos detonó una serie de sanciones por otros Estados afectados. Las decisiones definitivas de los órganos competentes serán oportunos para comenzar investigaciones, pero el obstáculo probatorio podría condicionar el éxito del proceso, problemática que abordare posteriormente. Por otro lado, ha sido exitosamente recomendado el reconocimiento de indulgencia o el compromiso de cese<sup>269</sup>, como lo ha consagrado la normativa ecuatoriana<sup>270</sup>. Denotando que

---

<sup>267</sup> *vide*. Tabla I en Andrew T. Guzmán. “Is International Anitrust Possible?”... *Óp cit.* p 1521.

<sup>268</sup> UNCTAD, Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. “prácticas anticompetitivas transfronterizas: los retos para países en desarrollo y las economías en transición”. 19 abril 2012. p 5.

<sup>269</sup> *Id.*, p 6.

<sup>270</sup> Art. 89.- Compromisos.- Hasta antes de la resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el o los operadores económicos investigados, relacionados o denunciados podrán presentar una propuesta de compromiso por medio del cual se comprometen en cesar la conducta objeto de la investigación y a subsanar, de ser el caso, los daños, perjuicios o efectos que hayan producido, que produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores sus prácticas anticompetitivas.

existe la facilidad de negociar voluntariamente ante el reconocimiento del daño causando, evitando así costos innecesarios que eventualmente llegarán a una sanción inminente. De manera obvia, existirá por parte del solicitante un análisis previo de sus intereses los cuales podrán llegar a dos decisiones: la primera es la presentación de la solicitud y la segunda la dilatación del eventual proceso. De esta manera dependerá de la política del cartel ante sus intereses la adopción de esta medida.

Una vez que se ha decidido comenzar la investigación existe un gran problema si no existe la presencia física del cartel o en su defecto una sucursal o filial de la misma y aun así la organización misma del cartel suele estar distanciada del actor en dicho territorio, tomando en cuenta las oficinas regionales o globales de la institución. Ante esta situación la recolección de pruebas de dificulta constantemente<sup>271</sup>, es verdad que la legislación ecuatoriana contemplo un eficaz medio de presión para que las compañías investigadas colaboren con la misma, la reversión de la carga de la prueba. Aun así la administración competente, en este caso la Superintendencia pierde eficaces mecanismos de investigación, como lo es la inspección sin previa notificación a los establecimientos con la finalidad de revisar libros, registros y cualquier otro documento pertinente a la investigación<sup>272</sup>.

De todos modos existen otras vías por la cual la administración podrá esclarecer sus dudas recolectando pruebas. La cooperación informar entre organismos competentes siempre será una importante herramienta que aportará la ayuda y la documentación correspondiente a la entidad que solicite de la cooperación, no hay donde profundizar este tipo de cooperación, sobre todo por el carácter informal de la misma. Por otro lado, bajo un carácter más formal existe la dificultad de llevar el procedimiento de una forma rápida y eficaz, en especial si no contamos con la ayuda de convenios que traten de manera específica las relaciones entre los órganos de competencia de los distintos Estados. Sobre todo en dos temas específicos que serán determinantes en sobrellevar el proceso: el tratamiento de la información confidencial y el traslado de la información requerida. La información confidencial que será necesaria para

---

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene la facultad de suspender los términos y plazos del trámite hasta por ciento veinte días término para llegar a un compromiso, suspendiéndose los demás plazos previstos.

La propuesta de compromiso será aprobada, modificada o rechazada hasta en el término de cuarenta y cinco días, que decurren desde la fecha de presentación de la propuesta.

<sup>271</sup> UNCTAD, Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. “ prácticas anticompetitivas transfronterizas...” *op cit.* p 7.

<sup>272</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.2011. artículo 49.

determinar la certeza de las alegaciones que detonaron la investigación es delicada, y la misma deberá ser tratada como tal.<sup>273</sup>

La UNCTAD considera que dependerá del tratamiento de la información confidencial el éxito de los procesos de los países en vías de desarrollo, en especial cuando la investigación está dirigida a un cartel que ya ha sido previamente sancionado por otra jurisdicción bajo la misma conducta. Inclusive, trae a colación que varias investigaciones culminan en acuerdos de cese o indulgencia dando fin a la investigación y a la recolección de información que podría ser útil en las investigaciones de las entidades competentes de los países en vías de desarrollo<sup>274</sup> Como ya lo mencioné con anterioridad, Brasil ha tenido una considerable actividad en la aplicación extraterritorial de su normativa de competencia, sobre todo a carteles que fueron sancionados por las entidades competentes americanas y europeas, considerando sobre todo la magnitud del mercado brasilero y la importancia de la misma en la economía mundial. En la investigación de la entidad competente brasilera al cartel de las vitaminas, el cual ya fue expuesto con anterioridad, fue determinante la cooperación con la entidad competente americana y canadiense, considerando que existía solo un convenio de cooperación suscrito con Estados Unidos. La cooperación canadiense bastó en la guía de investigación que FAZENDA debía llevar a cabo y las similitudes que se encontraron en la investigación con otra investigación que se llevó a cabo al cartel de la lisina.<sup>275</sup> Por otro lado FTC colaboró con la información que el convenio le permitía exponer y sobretodo colaboró con la determinación del domicilio de los importantes miembros del directorio responsables de la conducta realizada.<sup>276</sup>

La importancia de un tratamiento adecuado a la información confidencial será fundamental para que la investigación se lleve a cabo de manera oportuna y eficaz. Así lo devela el artículo noveno del convenio suscrito entre las entidades competentes del Ecuador y de Chile, siguiendo el parámetro mínimo ideal de cooperación propuesto por la OECD donde será condicionada la entrega de información confidencial siempre y cuando no este expresamente prohibido por el ordenamiento jurídico y este en completa sinergia con los

---

<sup>273</sup> El artículo 3 del Reglamento a la LORCPM establece que la Superintendencia establecerá un instructivo para su tratamiento en el marco de la Constitución y la ley.

<sup>274</sup> UNCTAD, Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. “Prácticas anticompetitivas transfronterizas” *Op cit.*p7.

<sup>275</sup> OECD, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos. *Hard Core Cartels: Recent Progress and Challenges Ahead.* 2003.p 27.

<sup>276</sup> Mariana Tavares de Araujo. *The Brazilian Experience on International Cooperation in Cartel Investigation.* Noviembre 2002. p 8.

intereses de la parte solicitante.<sup>277</sup> La importancia de la información a la investigación sin lugar a duda alguna debe ser relevante, siendo necesaria para poder finalizar o continuar la investigación. Aun así, materializando la realidad ecuatoriana ante la falta de un instructivo me remitiré a la Recomendación del Consejo respecto a la cooperación entre los Estados miembros sobre prácticas que afectan el comercio internacional de la OECD. La cual recomienda que los Estados miembros compartan tres distintas categorías de información: en primer lugar la información que se encuentra en los archivos de la entidad competente, en segundo lugar la información obtenida a través de una cooperación anterior con un tercer Estado y finalmente la información pública.<sup>278</sup>

La OECD ha visto que se suele compartir la información de la tercera categoría considerando que la mayoría de ordenamientos jurídicos prohíben la entrega de información confidencial obtenida en investigaciones. Pero con la finalidad de cooperar ante un fin común, ante esta prohibición, las agencias se han visto envueltas en cooperaciones que incluyen las estrategias de investigación utilizadas, las evaluaciones de testigos entre otros. De manera interesante, ante la falta de especificación expresa del límite que permite compartir o no cierta información, se han planteado la siguiente pregunta, ¿ante esta falta de regulación se puede compartir inferencias y conclusiones sin compartir información confidencial?<sup>279</sup> La respuesta se fundamenta en el principio de legalidad, el cual exige que la entidad competente ejerza las facultades que han sido conferidas por la ley. En el caso ecuatoriano la LORCPM remite al reglamento de la ley, el cual envía a un instructivo aun inexistente. Aun así, la ley en el artículo 41 señala tres distintas categorías de información: confidencial, reservada y secreto las cuales deberán ser señaladas en el instructivo. Aun así, sin ser repetitivo es importante recordar que bajo la figura de la cooperación informal, se puede compartir sin ningún problema de manera extraoficial cualquier tipo de información que ayude a la investigación, sin tener un carácter vinculante u oficial, tan solo un mero direccionamiento.

Por otro lado de manera formal, refiriéndome netamente al proceso investigativo que deberá llevarse a cabo la Superintendencia deberá utilizar a figura del exhorto para hacerlo. Durante el proceso el formalismo y el apego a la norma es fundamental para conservar la

---

<sup>277</sup> OECD, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos. *Hard Core Cartels ... Óp cit. p 38.*

<sup>278</sup> OECD, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos. *Recommendation of the Council Concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade* . 1995. p 15.

<sup>279</sup> OECD. *Hard Core Cartels ... Óp cit. p 39*

integridad del proceso y no recaer en nulidades procesales que podrían haber sido fácilmente evitadas. Así lo manifestó David Sperber que evidenció que la Superintendencia envió la notificación de investigación dirigida al representante de una compañía domiciliada en el exterior por Correos del Ecuador<sup>280</sup>. Esta situación evidencia la falta de conocimiento formal que pudo haber tenido el funcionario encargado de hacerlo. Sobre todo considerando que la figura del exhorto ampara la comunicación procesal entre autoridades con la única finalidad de extender el vínculo formal entre las partes y considerando la inexistencia de un convenio que regule la relación entre las autoridades competentes en materia de derecho de competencia. La Superintendencia tendrá que utilizar esta herramienta para notificar al presunto responsable del acto investigado, como lo manda el artículo 54 de la LORCPM. Contemplo dos distintos supuestos a los cuales se enfrentará la Superintendencia cuando deba notificar a una o varias compañías por la investigación correspondiente a conductas sancionadas por la ley.

El primer supuesto es si la Compañía tiene una filial o sucursal en el país, facilitando el problema en estricto cumplimiento del artículo dos; el cual contempla la teoría del *Single Economic Entity*. De esta manera, la notificación se realizará a la sucursal o filial legitimando el actuar bajo la vinculación de las mismas, bajo las condiciones ampliadas con profundidad en el capítulo anterior. De esta manera, toda comunicación y traslado de documentación se la deberá realizar a través de la filial o sucursal repitiendo nuevamente la importancia de la reversión de la carga de la prueba en caso de que no se proporcione la información solicitada. Por otro lado, cuando no exista conexión física alguna con el territorio ecuatoriano, la autoridad deberá proceder a exhortar cualquier tipo de comunicación o solicitud que la autoridad competente envíe. Para esto se deberá utilizar a la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores para que proceda a enviar la documentación a la Embajada o al Consulado Ecuatoriano para que finalmente envíe a la persona que deberá conocer el asunto o a la Autoridad Competente Extranjera para que proceda con el requerimiento.

Sin duda un proceso largo y tedioso que dilatará el proceso e inclusive el costo del traslado de la documentación. Por otro lado, como ya lo he dicho con anterioridad las inspecciones físicas han resultado ser de gran ayuda para esclarecer las presunciones en las investigaciones, las cuales a menos que no exista cooperación de la entidad competente en el

---

<sup>280</sup> David Sperber. Entrevista personal. 27 enero 2014.

otro Estado, no podrán ser llevadas a cabo. Recalcando nuevamente que la cooperación es esencial para lograr que las investigaciones a carteles internacionales sea exitosa y así proteger los objetivos e intereses de la norma.

Una vez emitida y notificada la resolución de la Superintendencia, la contraparte posee medios de impugnación los cuales se amparan en el artículo 173 concediendo legitimidad sufriente para impugnar el acto administrativo en vía administrativa y judicial. Los Recursos administrativos que contempla la norma son: recurso de reposición, recurso de apelación y recurso extraordinario de revisión, los cuales deberán seguir los plazos indicados en los artículos correspondientes de la norma, los cuales concuerdan con la Ley Contenciosa Administrativa. Por otro lado los recursos en sede judicial de una resolución será el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, el cual solo tendrá efectos suspensivos de las medidas correctivas si se cauciona el 50% del valor de las establecidas, el procedimiento será conforme a la norma anteriormente citada.

#### **4.4 PROPUESTA DE UNA CORTE DE COMPETENCIA GLOBAL**

Una de las soluciones planteadas a lo largo de los últimos años, ha sido la de crear una corte que ventile toda disputa en materia de competencia, solucionando la dificultad que ha presentado la correcta aplicación de la normativa de competencia. Unos presionaban a que la *World Trade Organization* (WTO) tome la iniciativa de lograr un consenso suficiente para legitimar la misma entre sus miembros,<sup>281</sup> tomando así el ejemplo de lo que sucedió con la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) la cual creó instancias extrajudiciales especializadas que ventilan disputas en la materia, bajo una cláusula contractual.<sup>282</sup> Por más que la naturaleza de vinculación no sea exactamente la misma, será un categórico ejemplo que determina la legitimidad jurisdiccional ante un conflicto.

La necesidad de la propuesta de una corte global se da conjuntamente con la propuesta de una armonización normativa global en materia de competencia. Como lo hemos visto a lo largo de la investigación, los distintos sistemas normativos, las distintas sanciones y sobre todo la distinta interpretación de cada norma causa que se complique aun más la aplicación

---

<sup>281</sup> Anu Bradford. “ International Antitrust Negotiations and the False Hope of the WTO”. *Harvard International Law Journal*. 48/2 (2000), p 384.

<sup>282</sup> OMPI, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Reglamentos de Arbitraje y Mediación de la OMPI*.  
[http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/arbitration/446/wipo\\_pub\\_446.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/arbitration/446/wipo_pub_446.pdf) ( acceso en 10/3/2014)

extraterritorial de la norma. Existen dos posibles alternativas en el cumplimiento de la armonización, así lo señala Eleanor Fox. En primer lugar, la primera opción es la creación de un código global de competencia y una entidad supranacional jurisdiccional. El código global debe ser explícito en todo aspecto, debe estar lo suficientemente bien escrito para que contemple y ampare toda posible posibilidad bajo su regulación. El problema, como bien lo dice la autora es que los Estados solo aceptarán un código general, en especial los Estados Unidos. Dado su patrón político, no limitarán su jurisdicción bajo ningún concepto.<sup>283</sup>

Utópicamente sería la decisión ideal, la cual solucionaría varios problemas que se han presentado en la actualidad. En especial luego de la eventual y debatida creación de una norma global en la materia, que sea lo suficientemente vinculante entre las partes que la suscriban, las cuales tendrán como fin ulterior la protección del mercado y del consumidor global. Aun así la razón por la cual no se ha podido consolidar este tipo de iniciativa está resumida en lo dicho por Daniel Drezner:

*When great Powers act in concert, there will be effective policy harmonization... When the great Powers fail to agree, policy convergence of a sort take place. The increasing returns to scale of regulatory harmonization will lead powerful actors to compete for as many allies possible, leading to strong policy convergence, but at multiple nodes.*<sup>284</sup>

La segunda opción planteada es la armonización. Dada la dificultad de la aceptación de un código global, la solución se ampara en la creación de parámetros normativos iguales en los Estados. Fox, dice que idealmente una comisión preparará guías para que mediante el *soft law* sean aplicadas. La autora dice que la mayor cantidad de conflictos, no se dan por la aplicación distinta de la norma, por el contrario, la distinta interpretación de palabras claves son las causantes de las divergencias jurisdiccionales entre estados.<sup>285</sup> Aun así, existen dos problemas fundamentales, los cuales se repiten en cada una de las posibles soluciones referentes a cualquier tipo de integración normativa global: la falta de compromiso por parte de los Estados y el establecimiento de los límites de la norma, los cuales crean una serie de inmunidades y excepciones de aplicación.<sup>286</sup>

---

<sup>283</sup> Eleanor Fox. "Toward World Antitrust and Market Access". *The American Journal of International Law*. 9/1 (1997)p 15.

<sup>284</sup> Daniel Drezner. "Globalization, Harmonization, and Competition: The Different Pathways to Policy Convergence". *European Public Policy Journal*. 12/5(2005),p 842.

<sup>285</sup> Eleanor Fox. "Toward World Antitrust and Market Access" *Op cit.*p 17.

<sup>286</sup> Jurgen Basedow. "International Antitrust..." *op cit.*,p 1040.

Aun así, el ejemplo retratado por Fox, en un interesante símil de la propuesta de armonización con el sistema comunitario europeo. Considerando, sobre todo el camino al que tiende el mercado global, la eliminación de barreras y obstáculos que limiten el libre comercio. Estableciendo que la efectividad del sistema dependerá directamente en la aceptación de la norma y de el sistema investigativo y sancionador por parte de los estados miembros.<sup>287</sup> El mercado global tiende a la liberalización de las barreras y obstáculos entre sí. Por lo mismo, es indispensable que se busquen soluciones que amparen efectivamente los problemas causados por la globalización de los mercados y la aplicación extraterritorial de la norma de competencia de varios Estados. Ante la inminente ineffectividad de las propuestas anteriores, nace una nueva propuesta más “amigable” con los intereses de los Estados. La creación y conformación de una relación de alta cooperación entre Estados a través de tratados bi o multilaterales. Los cuales tienen el mismo fin que las propuestas anteriores, pero son aplicadas en un espectro micro. Facilitando de esta manera la negociación y ejerciendo la suficiente presión para precautelar los intereses propios. Es vital, que los tratados a negociarse sean más vinculantes y traten la problemática que nace de la aplicación extraterritorial a profundidad, o por lo menos fijen guías básicas de interpretación de conceptos, sanciones y procesos. Evitando sobre todo la generalidad y la ambigüedad con la que hasta el día de hoy, la gran mayoría de convenios han sido concebidos. Deben comenzar a tratar temas de fondo y deben ser precisos, sobre todo en lo referente a la armonización que se pretende. Idealmente, llegará un día, donde habrán estándares mínimos suficientes que serán interpretados de igual manera por las partes que los han suscrito y llegarán a ser ampliamente reconocidos por la comunidad internacional, causando una armonización más extensa; la cual podría ser el final del camino para facilitar la sujeción de los operadores económicos globales a una normativa globalmente armónica y reconocida.

#### **4.5 CONCLUSIONES/ RECOMENDACIONES**

La alta y profunda interconexión de los operadores económicos en la desarrollada economía, local, regional y global han causado que la normativa evolucione. Para que así las fronteras geográficas y políticas no sean barreras que eximan de responsabilidad a los operadores económicos que operen fuera de las mismas y generen efectos a través de sus conductas que perjudiquen de una u otra forma al mercado nacional. A lo largo del presente

---

<sup>287</sup> Eleanor Fox. “Toward World Antitrust and Market Access” *op cit.* p 17.

trabajo investigativo, a través de un minucioso análisis comparado de la jurisprudencia más relevante de Estados Unidos y la Unión Europea hemos visto claramente la consistente repetición de la problemática que causa la amplia aplicación extraterritorial de la normativa de competencia ante la actual necesidad de aplicarla. Constituyendo varias preguntas, las cuales fueron el centro del análisis en varias ocasiones en la investigación, la cual será presentada en una serie de preguntas. ¿la necesidad de aplicar la norma de manera extraterritorial es suficiente? ¿deberán ser tomados en cuenta otros intereses en el momento de aplicarla? ¿debe estar regulada la aplicación extraterritorial de la norma? ¿la armonización regional es viable? Una serie de preguntas que a lo largo de la historia jurisprudencial se plantearon al momento que encontraron que la aplicación extraterritorial de la norma no era un asunto tan sencillo como lo hicieron parecer.

De manera afirmativa, sí, es absolutamente necesaria la aplicación extraterritorial de la LORCPM. Considerando la magnitud y la naturaleza misma de la economía actual, la alta interconexión de los mercados causado por la especialización de los mismos ha llevado a que se cree una dependencia entre distintos mercados, Estados, operadores económicos, entre otros para satisfacer por completo las necesidades de los consumidores. Y la LORCPM no ha sido la excepción, ya que contempla la posibilidad de aplicar extraterritorialmente la misma en caso que una conducta de un operador económico extranjero despliegue efectos que restrinjan al mercado ecuatoriano. Reconociendo expresamente las dos doctrinas que han fundamentado la aserción extraterritorial; la doctrina de los efectos y la doctrina del *Single Economic Entity*. Pero consideramos que la aplicación extraterritorial de la norma debe ser excepcional, por lo tanto es indispensable que la amplitud con la cual fue concebida sea regulada de forma reglamentaria.

Esta competencia, otorgada por la norma, abre la puerta a un sin número de problemas a los cuales la Superintendencia se va a encontrar en el momento que ejerza la misma. ¿Qué parámetro será utilizado? ¿Cuáles serán los intereses que primarán? ¿Habrá algún condicionamiento más específico en la regulación de la aplicación extraterritorial de la misma? A manera de conclusión estas son las preguntas que la investigación nos ha conducido a responder. Y la respuesta una vez más delata la necesidad de regular la aplicación extraterritorial de la norma, con una sola finalidad; que la aplicación de la misma sea eficaz.

Hemos demostrado, a través del análisis jurisprudencial realizado que es igual de necesario regular la aplicación de la LORCPM como la aplicación extraterritorial en sí. Su complementación crea una dependencia la cual está condicionada a la eficacia que ocasionará la misma. Por otro lado, contribuyendo a la necesidad de interconexión de los agentes estatales para cubrir eficazmente el mercado global, se ha visto la necesidad de suscribir una serie de tratados bilaterales los cuales buscan un actuar basado en la coordinación, cooperación y co-participación en la búsqueda de un mismo fin, evitando cualquier tipo de conducta o acción que restrinja el mercado, local, regional, o global. Pero la redacción de los tratados suscritos ha sido tan vaga, general y sobretodo en forma de recomendación; que no ha aportado nada significativo en la solución de los problemas a los cuales se han enfrentado los agentes estatales que han aplicado extraterritorialmente su normativa de competencia. Considerando que la armonización entre Estados de la normativa es sin duda la solución más atractiva a la problemática que suscita la aplicación extraterritorial de la norma de competencia.

Douglas Melamed, de la *Antitrust Division of the U.S Department of Justice* estableció de manera muy acertada una importante observación en el campo, “*we live in a global economy, however, we do not live in a global state*”<sup>288</sup>. La cual grafica de manera profunda la problemática y sobretodo la dificultad de lograr una completa armonía jurídica global en el tema. Por más que sea la solución más obvia, es sin duda la más difícil, lindando ante lo imposible. La falta de compromiso de Estados económicamente fuertes es sin duda la principal debilidad de la consecución del fin. Ni la OECD, ni la OMC han podido hacerlo, por más que ha sido propuesta una y otra vez. El pragmatismo que irradia un código mundial es una utopía, y ante la imposibilidad actual de lograr un consenso alguno en el tema, es necesario que se busque una armonización en lo referente a la norma. De esta manera se realizará una serie de recomendaciones que aportarán a aumentar la eficacia de la aplicación extraterritorial de la norma, tomando en cuenta varios factores, los cuales abordarán tres temas puntuales: la importancia de la correcta negociación de tratados bi o multilaterales en el camino a la armonización, el fortalecimiento de la CAN y finalmente la reglamentación de filtros que condicionen y garanticen el carácter excepcional que debe tener la aplicación extraterritorial de la LORCPM como última y única instancia en la solución al problema.

---

<sup>288</sup> Douglas Melamed. “International Antitrust in an Age of International Deregulation.” *George Mason Law Review Symposium: Antitrust in the Global Economy*, en 10 de octubre. Disponible en 1997 <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/1234.pdf>

A lo largo de los últimos años el Ecuador ha suscrito una serie de convenios de cooperación con distintas naciones alrededor del mundo. Tomando en cuenta la historia jurisprudencial es fundamental comenzar a negociar convenios en la materia con los domicilios de los principales actores económicos a nivel mundial de los mercados más relevantes y sensibles para el Ecuador. Ejemplos como, Estados Unidos, China y Brasil, la Comunidad Europea, entre otros. La suscripción de estos convenios no solo proporcionará una amplia puerta de intercambio y cooperación entre las autoridades para la investigación, sino ayudará a precaver el equilibrio del mercado ecuatoriano protegiendo al consumidor, sancionando a los operadores económicos que han afectado de una u otra manera al mercado ecuatoriano.

Bajo la línea propuesta por Eleanor Fox, concordamos que la armonización e integración jurisdiccional es la solución ideal a los conflictos suscitados por la aplicación extraterritorial de la normativa de competencia. Aun así, dada la actual dificultad de consolidar la misma, los convenios suscritos deberán ser el primer paso a una armonización entre Estados. Es importante que la Superintendencia guarde congruencia en la negociación de todos los tratados, así será como se materialice la consolidación de la armonización propuesta.

Se deberá establecer una guía mínima de entendimiento de la interpretación de la norma, estableciendo las reglas del juego en la interpretación y aplicación de la misma. Los Estados que suscriban el convenio deberán estar en la misma página. Nos acogemos y proponemos lo que ha sido ya propuesto en el convenio de cooperación entre Chile y la Comunidad Europea. Los cuales establecen una Comisión, la cual estará compuesta por miembros de los dos Estados y será la responsable de crear un ambiente armónico en la relación de las partes. Sin duda un avance en lo referente a la armonización.

Además, es indispensable que se incluyan los siguientes puntos en los convenios que se suscribirán. En lo referente al intercambio de información confidencial entre entes estatales, se deberá establecer una directa relación a la investigación conducida y la obligación de la protección del carácter confidencial como si fuese información propia. De esta manera las puertas de la cooperación se abrirán y rendirán los frutos deseados, considerando que la Superintendencia será la mayor beneficiaria de un abierto intercambio de información confidencial útil en las investigaciones que se realizarán; tomando en cuenta que la mayoría de grandes e importantes investigaciones se han realizado en jurisdicciones con

mayor cultura jurídica en materia de competencia, sobre todo los Estados Unidos y la Unión Europea.

Consideramos que el trabajo en conjunto es el pilar del éxito de la relación, en caso que se materialice la Comisión en el convenio, será la que trabajará en conjunto con las entidades estatales para preservar la armonía de la decisión y del trabajo. En caso que no se materialice la Comisión, las entidades estatales deberán trabajar en conjunto, evitando de esta manera divergencias en la aplicación de la norma, guardando la muy deseada armonización y solución del problema original. De esta manera los actos administrativos emitidos guardarán congruencia y concordancia con los intereses y ordenamientos jurídicos de las partes, resultando en inevitable la aceptación y reconocimiento directo de los actos administrativos por parte de las entidades estatales, evitando así el tedioso exhorto.

Es necesario que se materialice la efectiva cooperación entre las entidades estatales. Uno de los mayores obstáculos es la recolección de pruebas. Es por esto que el trabajo en conjunto y armónica es tan importante, los actos emitidos contarán con la aprobación de las partes, por lo mismo deberán ser aceptados y ejecutados como propios.

Idealmente, en lo referente a la investigación de carteles globales, deberá ocurrir una integración de intereses de las entidades estatales interesadas, a manera de comparación lo que sucede en los *class actions* americanos. Cuando una agencia estatal tenga conocimiento de la existencia de un *global hardcore cartel*, se notificará globalmente a las demás agencias para que se involucren en el proceso, según su interés. Varias agencias estatales se unirán y trabajaran en conjunto y simultáneamente recolectarán información pertinente en varias jurisdicciones a la vez y de manera ideal, elaborarán sanciones armónicas, congruentes, viables; que amparen y satisfagan los intereses fundamentales del derecho de competencia, protegiendo la libertad del mercado y al consumidor en última instancia. La armonización es una de las soluciones globales más obvias y sin duda alguna esta recomendación ayudará significativamente a aumentar la aceptación de la misma de una manera pragmática.

El Ecuador conjuntamente con los miembros de la CAN deberán incentivar y activar la facultad de la Secretaria General de conocer y resolver casos en la materia. La Unión Europea es el ejemplos más claro, del correcto funcionamiento de entidades supranacionales. El pleno funcionamiento de comunidades regionales económicas benefician a la investigación, sanción, presión y ejecución de sus medidas y solucionan parcialmente el problema extraterritorial, dentro de los límites de la comunidad, claro está. Además la CAN

deberá promulgar una código común para los Estados miembros, el cual armonizará la normativa comunitaria entre los Estados miembros.

Una vez que la CAN se haya fortalecido en materia de competencia. Siguiendo con el ejemplo de la Unión Europea, el fortalecimiento de la CAN brindará a las decisiones un mayor peso a nivel global. Ya que los mercados están integrados, se comenzaría a pensar en las implicaciones que tienen distintas conductas en el mercado regional. La colaboración entre las entidades gubernamentales y la Secretaria General, serán de gran importancia, nuevamente siguiendo el ejemplo de la Unión Europea.

Cuando se haya consolidado la CAN en la materia, la misma deberá negociar tratados de cooperación con otros países y comunidades económicas. Bajo las mismas condiciones que se establecieron con anterioridad. Sin lugar a duda, la CAN tendrá un mayor peso en la negociación, tomando en cuenta que el volumen del mercado integrado es mayor a cualquiera de los Estados miembros. La mera unión de intereses consolidará un mayor peso institucional, el cual podrá llevar al inicio de investigaciones en gran escala y en sanciones de la importancia de la realizadas en el Cartel de las Vitaminas y el caso Intel.

El Ecuador deberá ser miembro activo y uno de los mayores interesados en el fortalecimiento de la CAN en la materia, es el Estado que más será beneficiado en la integración de intereses en materia de competencia. Por un simple factor, el tamaño del mercado ejerce influencias en los posibles compromisos de cese y en el cumplimiento de las condiciones establecidas por las sanciones realizadas. En este caso, la unión hace y consolida de manera exponencial la fuerza. De esta manera la CAN tendrá un mayor protagonismo con el paso del tiempo en la materia. Logrando institucionalizar los intereses regionales en la materia, velando y protegiendo de esta manera a los Estados más pequeños, siendo el Ecuador aquel Estado.

Finalmente, se deberá reglamentar específicamente los siguientes puntos en el reglamento de aplicación de la LORCPM: El efecto desplegado en el mercado ecuatoriano deberá estar directamente interrelacionado con un operador económico domiciliado en el exterior, el efecto desplegado deberá ser substancialmente restrictivo para el mercado ecuatoriano, la aplicación extraterritorial de la norma deberá ser la única acción viable y efectiva para detener o impedir que el efecto siga restringiendo al mercado ecuatoriano.

La conducta debe ser analizada bajo el *rule of reason*, por más que la conducta esté tipificada como una ilegalidad *per se* en la LORCPM. De esta manera, se podrá apreciar la

magnitud y substancialidad o no de los efectos desplegados o por desplegarse y la necesidad de detener o impedir que los efectos causen un daño en el mercado ecuatoriano.

Sobre todo se deberá considerar tres puntos fundamentales: en primer lugar la interconexión de las partes, la relevancia y la eficacia de la acción.

En lo referente al primer punto, el efecto desplegado por la conducta debe ser directo y sustancial. Será fundamental que la Superintendencia logre demostrar claramente la relación entre el efecto desplegado y el operador económico causante del mismo. La determinación de la substancialidad es esencial. La misma deberá medirse por la capacidad de influenciar un cambio lo suficientemente grande para cambiar el giro ordinario de la naturaleza del mercado.

Consideramos que la previsión razonable contemplada en la jurisprudencia y doctrina americana no es necesaria, puesto que la intención de la dirección de la conducta no debe ser considerada como un requisito fundamental para la verificación de las condiciones necesarias para la aplicación extraterritorial de la norma. Como mucho, debe ser tomada en cuenta a forma de agravante al momento de considerar la sanción.

La relevancia de la acción es un punto crucial, es absolutamente necesario que se analice de manera clara las consecuencias de la aplicación extraterritorial de la norma o la inaplicación de la misma. De esta forma se podrá materializar la verdadera necesidad de la aplicación extraterritorial de la norma y la eficacia de sus efectos en el mercado.

En lo referente a la eficacia de la acción, se deberá considerar el grado de cercanía con el domicilio del operador económico investigado. Por esta misma razón, las propuestas de cooperación mencionadas con anterioridad son tan importantes. La cooperación aumentará la cercanía de la Superintendencia a la investigación. Las mismas ayudarán a incrementar el grado de eficacia de la acción, siempre y cuando se hayan verificado las condiciones anteriores: el efecto debe ser directo y sustancial y la acción en sí misma es la única medida disponible para detener o impedir que una determinada conducta restrinja el mercado ecuatoriano.

Deberá existir una certeza absoluta que la aplicación extraterritorial de la norma sea la única manera de impedir o detener la conducta que pueda o afecte el mercado ecuatoriano. Primando la libertad y equilibrio en el mercado antes que las estratosféricas multas que se pudiesen recolectar. Pero, sobre todo, se deberá consolidar la cooperación y la actuación de otras agencias gubernamentales en la sanción de conductas extranjeras. Un trabajo en

conjunto y coordinado será siempre la mejor opción para detener o impedir que efectos restrictivos se desplieguen en el mercado ecuatoriano.

Trabajamos bajo el presupuesto que la Superintendencia seguirá suscribiendo convenios de cooperación, por lo tanto a futuro la hipótesis disponible será de trabajar frente a situaciones que ya contemplen convenios cooperativos entre los Estados. De esta manera, si el efecto puede ser detenido por acción del Estado en el cual se encuentra el operador económico, se deberá preferir la influencia positiva del proceso del Estado extranjero antes que una arremetida jurisdiccional extraterritorial; acción fundamentada en la cortesía.

Por último, es importante tomar en cuenta que la Superintendencia recién ha comenzado a emitir resoluciones en conformidad con la norma. Por lo tanto, es fundamental mencionar que se concentrará como es debido en el control y regulación de los operadores económicos domiciliados en el Ecuador que distorsionen el mercado. Pasarán algunos años hasta que la Superintendencia decida analizar la influencia extranjera a menos que la distorsión causada por un operador económico extranjero sea substancialmente considerable.

De todas maneras, consideramos que las propuestas realizadas son de vital importancia. La Superintendencia no deberá esperar a un fallido intento para ponerse a pensar en la importancia de este punto. Es solo cuestión de tiempo, pero ¿debemos esperar a que los necesitemos para incorporarlos? Esperemos que no.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alford, Roger P. . “ PostScript- The Extraterritorial Application of Antitrust Laws: A PostScript on Hartford Fire Insurance Co. V. California”. *Virginia Journal of International Law*. 34/3 (1998).
- Banco Central del Ecuador. *La economía ecuatoriana tuvo un crecimiento anual de 4,9% en el tercer trimestre de 2013*. <http://www.bce.fin.ec/index.php/boletines-de-prensa-archivo/item/385-la-econom%C3%ADa-ecuatoriana-tuvo-un-crecimiento-anual-de-49>. ( acceso en 13/02/2014).
- Basedow, Jürgen. “International Antitrust: from Extraterritorial Application to Harmonization.” *Louisiana Law Review*. 60/4(2000).
- Beckler, Richard W. y Matthew H. Kirtland. "Extraterritorial Application of U.S Antitrust Law: What is a "Direct, Substantial and Reasonable Foreseeable Effect" under the Foreign Trade Antitrust Improvement Act?". *Texas International Law Journal*. 38/11 (2003).
- Blanco Cordero, Isidoro. "Jurisdicción Universal". *Revue Internationale de Droit Penal*. 79/10 (2008).
- Booth, Richard A. “Partnership Law and the Single Entity Defense”. *Stanford Journal of Law, Business & Finance* .18/1 (2012).
- Bradford, Anu. “ International Antitrust Negotiations and the False Hope of the WTO”. *Harvard International Law Journal*. 48/2 (2000).
- Cainelly, Giulio e Iacabucci Donato. “Business Groups and the Boundaries of the Firm.” *Management Decision*. 49/9 (2007).
- Callister, Paul. “ December 1989 European Community Merger Control Regulation: A non EC Perspective”. *Cornell International Law Journal*. 24/ 1( 1991).
- Caravaca, Luis Alfonso y Javier Carrascosa Gonzáles. *Derecho Internacional Privado*. Comares, 2009.
- Castaldo, Angelo y Nicita, Antonio. “ Essential Facility Access in Europe: Building a Test for Antitrust Policy”. *Review of Law & Economics*. 3/1 ( 2007).
- Chirita, Daniela . “The analysis of market dominance and restrictive practices under German antitrust law in light of EC antitrust law”. *European Competition Journal*. 4/2 (2008).

- Columbia Journal of Transnational Law, Case Notes. "Extraterritorial Application of Antitrust Legislation in the Common Market: "The Dyestuffs Cases"". *The Columbia Journal of Transnational Law*. 12/1(1973).
- Dabbah, Maher M. *The Internationalisation of Antitrust*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- Desautels-Stein, Justin. "Extraterritoriality, Antitrust, and the Pragmatist Style. At War with the Eclectics: Mapping Pragmatism in Contemporary Legal Analysis." *Michigan State Law Review*. (2007).
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Cortesía.  
<http://lema.rae.es/drae/?val=cortes%C3%ADa> (acceso 15 enero 2014)
- Doyle, Charles. "rebate". *A Dictionary of Marketing*. Oxford University Press. 2011.  
<http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199590230.001.0001/acref-9780199590230-e-1487> (acceso 17/04/2014).
- Drezner, Daniel. "Globalization, Harmonization, and Competition: The Different Pathways to Policy Convergence". *European Public Policy Journal*. 12/5(2005).
- El Universo. *Ecuador espera firmar acuerdo comercial con la UE a inicios de 2014*. El Universo. 29 noviembre 2013.  
<http://www.eluniverso.com/noticias/2013/11/29/nota/1848801/ecuador-espera-firmar-acuerdo-comercial-ue-inicios-2014>
- Faella, Gianluca. "The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates" *Journal of Competition Law & Economics*. 4/2 (2008).
- Fox, Eleanor. "Toward World Antitrust and Market Access". *The American Journal of International Law*. 9/1 (1997)
- Friedberg, James J. "The Convergence of the Law in an Era of Political Integration: The Wood Pulp Case and the Alcoa Effects Doctrine". *The University of Pittsburgh Law Review*. 52/2 (1991).
- García-Cano, Sandra. "La cooperación internacional en el ámbito del derecho de la competencia: Especial referencia a las relaciones euroamericanas." *Universidad de Cordova*. 2013.
- García-Castrillón, Carmen Otero. "El alcance extraterritorial del Derecho de la Competencia y su utilización como medida comercial." *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 212 (2001).
- García, Cesar Alas y Pérez Lorenzo, Rafael. *Diccionario de Siderurgia Español Inglés*. Universidad de Oviedo. 2003.

- Gerven, Gerwin van y Edurne Navarro Varona. "The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices". *Kluwer Law International Journal*. 31/2 (1994).
- Gupta, Varun. "After Hartford Fire: Antitrust and Comity." *Georgetown Law Journal*. 84/4 (1996).
- Guzman, Andrew T. "Is International Anitrust Posible?", *New York University Law Review*. 73/5(1950).
- Hardvard Law Review. "European Economic Community Law. The Territorial Scope of Aplication of EEC Antitrust Law- the Wood Pulp Judgment, joined cases 89,104,114,116,117 y 125-29/85". *Hardvard Law Review*. 30/1 ( 1989).
- Himelfarb, Alison. "The International Language of Convergence: Reviving Antitrust Dialogue between the United States and the European Union with a Uniform Understanding of "Extraterritoriality"". *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*. 17/4 (1996).
- Kahn, Tina J. "The Protection of Trading Interests Act of 1980: Britian's Response to U.S. Extraterritorial Antitrust Enforcement", *Northwestern Journal of International Law and Buisiness*. 2/2 (1980).
- Klevatorick Alvin K. and Sykes, Alan O. "United States Courts and the Optimal Deterrence of International Cartels: a Welfarist Perspective". *Journal of Competition Law and Economics*. 3/3 ( 2007).
- Mann, Francis A. "The Dyestuffs Case in the Court of Justice of the European Communities". *The International and Comparative Law Quarterly*. 22/1 (1973).
- Mark A.A., Warner. "Restrictive Trade Practices and the Extraterritorial Application of the U.S Antitrust and Trade Legislation". *Northwester Journal of International Law and Business*. 19/2 (1999).
- Mason Jones, Katherine. "Federalism and Concurrent Jurisdiction in Global Market: Why a Combinatin of National and State Antitrust Enforcement is a Model for Effective Economic Regulation." *Northwestern Journal of International Law & Business* .30/2 ( 2010).
- Melamed, Douglas. "International Antitrust in an Age of International Deregulation." George Mason Law Review Symposium: Antitrust in the Global Economy, en 10 de octubre. Disponible en 1997 <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/1234.pdf>
- OECD, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos. *Examen inter-pares: derecho y política de la competencia en Colombia*. 2009.
- OECD, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos. *Examen inter-pares: derecho y política de la competencia en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú*. 2007.

- OECD, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos. *Hard Core Cartels: Recent Progress and Challenges Ahead*. 2003.
- OECD, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos. *Recommendation of the Council Concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade* . 1995.
- OECD, Organization of Economic Co-operative Development. *Positive Comity Official Report*. 1999.
- OMPI, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Reglamentos de Arbitraje y Mediación de la OMPI*.  
[http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/arbitration/446/wipo\\_pub\\_446.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/arbitration/446/wipo_pub_446.pdf) ( acceso en 10/3/2014)
- Pech, Brian. “Extraterritorial Application of Antitrust Law and the U.S.-EU Dispute over the Boeing and McDonnell Douglas Merger: From Comity to Conflict”. *San Diego Law Review*.35/1 (1998).
- Podgor, Ellen S. "Defensive Territoriality: A New Paradigm for the Prosecution of Extraterritorial Business Crimes.". *The Georgia Journal of International and Comparative Law*. 31/1 (2002).
- Popofsky, Mark S. “ Extraterritoriality in U.S. Jurisprudence”.*Competition Law and Policy*.(2008).
- Rholl, Edward L. “ Inconsistent application of the extraterritorial provisions of the Sherman Act: a judicial response based upon the much maligned “effects” test”. *Marquette Law Review*. 73/3 (1990).
- Robert, Paul. “Expanding Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Laws: What Are the Borders?” *.International Law Practicum*. (2003).
- Ryngaert, Cedric. "Jurisdiction in International Law." *Oxford University Press*. 10/1 ( 2008).
- Sandage, John Byron. "Forum Non Conveniens and the Extraterritorial Application of the United States Antitrust Law." *The Yale Journal* 94/7 (1985).
- Schmitt, Mathew. "Antitrust's Single-Entity Doctrine: A Formalistic Approach for a Formalistic Rule." *Columbia Journal of Law and Social Problems* Doctrine: A Formalistic Approach for a Formalistic Rule. *Columbia Journal of Law and Social Problems*.46/1 (2012).
- Shenefield, John H. “Thoughts on Extraterritorial Application of the United States Antitrust Laws”. *Fordham L. Rev.* 52/1 (1983).
- Sperber, David . Entrevista personal. 27 enero 2014.

Springman, Christopher. “Fix Prices Globally, Get Sued Locally? U.S Jurisdiction over International Cartels”. *The University of Chicago Law Review*. 72/1(2005).

Sulcove, Elliot. “The Extraterritorial Reach of the Criminal Provisions of the U.S Antitrust Laws: The Impact of the United States v. Nippon Paper Industries”. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*. 19/4 (1998).

Swaine, Edward T. . “The Local Law of Global Antitrust”. *Wm & Mary Law Review*. 43/2 (2001)

Tavares de Araujo, Mariana. *The Brazilian Experience on International Cooperation in Cartel Investigation*. Noviembre 2002.

UNCTAD, Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. “prácticas anticompetitivas transfronterizas: los retos para países en desarrollo y las economías en transición”. 19 abril 2012.

Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Editorial Termis, 2006.

Waller, Spencer.” The Story of Alcoa: The Enduring Question of Market Power, Conduct, and Remedy in Monopolization Cases”. *Antitrust Stories (2007)* p 135.

## **PLEXO NORMATIVO**

Acuerdo de cooperación técnica entre la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de la República del Ecuador y la Autoridad de Competencia de la República de Francia. (31 de julio de 2013)

Acuerdo entre el Tribunales de la Defensa de la Libre Competencia de Chile y la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de la República del Ecuador (15 de noviembre 2012)

Acuerdo entre la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la República Argentina y la Superintendencia de Control del Poder de Mercado del Ecuador para la cooperación en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia y/o regulación y control del poder de mercado. (2012).

Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Estados Unidos de América sobre observancia de los principios de cortesía positiva en la aplicación de sus normas de competencia. Diario Oficial n° L 173 de 18/06/1998.

Convenio de colaboración entre la Comisión Nacional de la Competencia(España) y la Superintendencia de Control del Poder de Mercado(Ecuador) para la cooperación técnica entre ambas autoridades(2 de abril de 2013).

Decisión No. 608. Comunidad Andina de Naciones (1995).

Federal Trade Anitrust Improvement Act de los Estados Unidos de América( 1982).  
Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento 555. 13 octubre de 2011.

Ley de Mercado de Valores. R.O Suplemento 215. 22 de febrero 2006.

Protection of Trading Interests Act. Reino Unido(1980).

Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.  
Decreto Ejecutivo 1152. Publicado en Registro Oficial 697. 7 mayo, 2012.

Resolución No.002 de la Junta De Regulación De La Ley Orgánica De Regulación Y Control Del Poder De Mercado .Publicado Registro Oficial 132.27 noviembre 2013.

Restatement(Third) of the Foreign Relations Law of the United States(1987)  
Tratado de la Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (28 mayo de 1996).

Tratado de Roma. (1957).

U.S. DEP'T of Justice & Federal Trade Comm'n, Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations ( 1995)

## **JURISPRUDENCIA**

Comisión Europea. Caso No. IV/M.877- Boeing/McDonnell Douglas. 1997.

Comisión Europea. Decisión no. COMP/C-3/37.990-Intel. 13 de mayo 2009.

Corte Suprema de los Estados Unidos. *F. Hoffman- LaRoche Ltd. V. Empagran*. No. 124 S.Ct. 2359. 2004.

Corte Suprema de los Estados Unidos.*American Needle, Inc v. National Football League*. No. 560 . 2010.

Corte Suprema de los Estados Unidos.*United States v. Scophony Corporation*.No. 68 S.CT.855. 1948.

Corte Circuito de DC. *United States v. Aluminum Co. of America*, No. 148 F.2d 416 . 1945 .  
<http://myweb.clemson.edu/~maloney/424/alcoa.pdf> ( acceso el 13 diciembre 2013)

Corte Federal de los *United States v. Watchmakers of Switzerland Information Center. Inc* . No. 25 F.R.D.203. 1954.

Corte Suprema de los Estados Unidos .*Hartford Fire Ins. Co. v. California*, No. 509 . 1993.

Corte Suprema de los Estados Unidos. *U.S. v. Nippon PaperIndus. Co.* No. 944 . 1995.  
Superintendencia de Control del Poder de Mercado. MetLife Inc. Exp. Nro. 003-SCPM-  
CRPI-2013. 2 de agosto de 2013.

Corte Federal de los Estados Unidos.*Timberlane Lumber Co. v. Bank of Am.* No. 549 F.2d  
597.1976.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Imperial Chemical Industries Ltd. V. Comission of  
the European Communities.* No. 48-69/72. 1972.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A y  
Commercial Solvents Corporation v. Commission of the European Communities.* Casos  
conjuntos No. Cases 6 y 7/73. 1973

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Osakeyhtö y otros v. Commision de la Comunidad  
Europea.* Casos conjuntos C-89/85, C104/85, C116/85, C-117/85 y C125/85 al 129/85.  
1993.