



### SUMARIO

#### Secretaría General de la Comunidad Andina

Pág.

<b>Dictamen 03-2009.-</b> Sobre el reclamo del señor <b>Alejandro Ponce Villacís</b> por supuesto incumplimiento de la Decisión 616 - Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador, de la Decisión 608 - Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina y de los artículos 2, 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por parte de la <b>República del Ecuador</b> , debido a que no se habría designado la autoridad nacional en la materia .....	1
---	---

### DICTAMEN N° 03-2009

#### Conforme al artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

**Sobre el reclamo del señor Alejandro Ponce Villacís por supuesto incumplimiento de la Decisión 616 - Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador, de la Decisión 608 - Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina y de los artículos 2, 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por parte de la República del Ecuador, debido a que no se habría designado la autoridad nacional en la materia**

#### I. RELACIÓN DE LAS ACTUACIONES PROCESALES

1. Con fecha 26 de septiembre de 2008, el señor Alejandro Ponce Villacís (en adelante, el reclamante) presentó un escrito de reclamo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el Tratado del Tribunal). A decir del reclamante, el supuesto incumplimiento de la República del Ecuador consistiría en no aplicar ni ejecutar lo dispuesto en la Decisión 616 - Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador, en especial en su artículo 2, debido a que no habría designado a la autoridad nacional encargada de ejecutar la Decisión 608 - Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Co-

munidad Andina, lo que acarrearía, en su opinión, el incumplimiento de la propia Decisión 608 y de los artículos 2, 3 y 4 del Tratado del Tribunal.

2. Verificado el cumplimiento formal de los requisitos a los que se refiere el artículo 14 del Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento, aprobado por Decisión 623, y conforme al artículo 16 del mismo, mediante Comunicaciones SG-F/5.11/1137/2008 y SG-X/5.11/768/2008, con fecha 13 de octubre de 2008, la Secretaría General remitió copia del reclamo y anexos a la República del Ecuador y a los demás Países Miembros para que en el plazo de cuarenta (40) días calendario presentaran, respectivamente, la contestación correspondiente y la información que consideraran pertinente. Con fe-



cha 14 de octubre de 2008, esta actuación fue informada al reclamante mediante Comunicación SG-F/5.11/1138/2008.

3. Con fecha 12 de noviembre de 2008, mediante Comunicación 522, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia formuló consideraciones en relación con el reclamo presentado contra la República del Ecuador.
4. Con fecha 2 de abril de 2009, mediante Nota 17999/DGINC/2009, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración de la República del Ecuador presentó copia del Decreto Ejecutivo N° 1614 de 14 de marzo de 2009, por el cual se establecen normas para la aplicación de la Decisión 608 y se designa como autoridad de aplicación de dicha Decisión al Ministro de Industrias y Productividad; y, como autoridad investigadora a la Subsecretaría de Competencia, bajo la estructura del indicado Ministerio.

## II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS Y DESCRIPCIÓN DE LA CONDUCTA

Según lo señalado por el reclamante, la República del Ecuador se encontraría incumpliendo las obligaciones emanadas de la Decisión 616, de la Decisión 608 y de los artículos 2, 3 y 4 del Tratado del Tribunal. La conducta reclamada es la falta de ejecución de la Decisión 616, al haberse: i) omitido la obligación de designar a la autoridad nacional encargada de dar cumplimiento a la Decisión 608; e ii) imposibilitado la ejecución de las normas comunitarias contenidas en la Decisión 608.

## III. ARGUMENTOS DEL RECLAMO Y DE LA CONTESTACIÓN

### 3.1. Argumentos de la Parte reclamante

El reclamante señaló que la República del Ecuador se encontraría incumpliendo sus obligaciones comunitarias debido a que, hasta el momento de presentación de su reclamo, este País Miembro no había designado a la autoridad nacional encargada de la ejecución de la Decisión 608 - Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, lo que significaría un incumplimiento de la Decisión 616 - Entrada en vigencia de la

Decisión 608 para la República del Ecuador, en particular de su artículo 2.

A decir del reclamante, tal incumplimiento significaría que los derechos y obligaciones contenidos en la Decisión 608 se encontrarían vulnerados e inejecutables. Al respecto señaló:

*“[L]a República del Ecuador se encuentra ante un doble incumplimiento de la normativa comunitaria y por ende de sus obligaciones comunitarias, ya que el incumplimiento de la Decisión 616 acarrea subsidiariamente el incumplimiento de la Decisión 608.”*

El reclamante señaló que la Decisión 608 significó la derogación de la Decisión 285. Citó textualmente el contenido de sus artículos 2 y 3 que se encuentran en el *Capítulo II Del objetivo, principios y ámbito de aplicación*, de sus artículos 15 y 16 referidos al curso de la investigación en el *Capítulo IV Del Procedimiento* y de su artículo 51 referido al momento de entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador; y, afirmó su carácter obligatorio, salvo estipulación en contrario.

Asimismo, el reclamante presentó una cita textual de los cuatro artículos que conforman el contenido normativo de la Decisión 616, entre los cuales aparece el artículo 2 en el que centró la materia de su reclamo:

*“Artículo 2.- A más tardar el 1 de agosto de 2005, Ecuador designará interinamente a la Autoridad Nacional que será la encargada de la ejecución de la Decisión 608.”*

Al respecto, indicó que la falta de nombramiento de la autoridad nacional encargada de la ejecución de la Decisión 608, por parte de la República del Ecuador, constituiría *per se* un incumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico andino antes indicadas. Precisó que habían transcurrido más de tres años desde el 1 de agosto de 2005, fecha señalada en la Decisión 616, pese a lo cual la República del Ecuador no habría designado a tal autoridad.

A juicio del reclamante, el hecho de no haber nombrado a la autoridad nacional encargada de la ejecución de la Decisión 608 constituye un incumplimiento evidente de la República del Ecuador. Así, al no contar con esta autoridad, señaló que no existiría forma viable de poner en marcha



algunas disposiciones contenidas en la Decisión 608 que buscarían *“asegurar el derecho de todos a la libre competencia, dejando así al Estado ecuatoriano en una situación de vulnerabilidad no sólo de derechos comunitarios, sino también de derechos constitucionales.”*

El reclamante afirmó respecto de la conducta de la República del Ecuador objeto de su reclamo que *“la mera omisión del cumplimiento de sus obligaciones derivadas de una norma comunitaria genera el daño, al no proporcionar a aquéllos que se vean afectados en sus derechos, derivados de la Decisión 608 y de la Constitución de la República del Ecuador, una autoridad competente a quien recurrir en temas relacionados a la libre competencia.”*

Asimismo, consideró que *“los artículos 15 y 38 de la Decisión 608 (...) pasan a ser inaplicables en el Ecuador, por la falta de la autoridad nacional competente en materia de libre competencia económica”* y que *“al no contar el Ecuador con una autoridad nacional competente en esa materia, no tendría quien lo represente dentro del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, dejando al Ecuador en una situación de desventaja frente al resto de Países Miembros y la imposibilidad de conformación del Comité Andino mencionado.”*

De otro lado, el reclamante señaló como competente a la Secretaría General para conocer su reclamo y afirmó su legitimación para presentar su reclamo, entre otros, en el artículo 25 del Tratado del Tribunal que indica que *“las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24”*.

### **3.2. Argumentos de la Parte reclamada, la República del Ecuador**

En este punto debe señalarse que la República del Ecuador no remitió su contestación sobre el reclamo presentado en el plazo concedido mediante Comunicación SG-F/5.11/1137/2008 de esta Secretaría General. En este sentido, no corresponde analizar el contenido de la Nota 17999/DGINC/2009, remitida con fecha 2 de abril de 2009, por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración de la República del Ecuador como una contestación oportuna en el presente caso.

### **IV. CONSIDERACIONES DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA**

La República de Colombia, mediante comunicación remitida por su Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, presentó como sus consideraciones aquellas emitidas por el Superintendente Delegado para la Promoción de la Libre Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio. En particular, resaltó que, dentro de los objetivos de la integración y la cooperación económica entre los Países Miembros de la Comunidad Andina, se incluyen facilitar la participación de los Países Miembros *“en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano”*, además de *“propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional”*, tal como lo indica textualmente el Acuerdo de Cartagena en su artículo 1.

Asimismo, la República de Colombia afirmó que, como mecanismos especiales para la puesta en marcha y ejecución de tales objetivos, se estipuló *“la armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes”*, tal como refiere expresamente el Acuerdo de Cartagena en su artículo 3.

Bajo estas consideraciones, la República de Colombia afirmó que, a dichos objetivos y mecanismos, subyacen las preocupaciones expresadas en el Acuerdo de Cartagena que enuncia como distorsiones de la competencia en la Subregión a las: *“manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente”*, tal como lo indica textualmente su artículo 93.

La República de Colombia destacó, entre otros, que las autoridades nacionales de competencia -conforme se desprende de la Decisión 608- son instituciones cardinales para otorgarle ejecutividad a este instrumento, siendo uno de los aspectos de mayor importancia el contenido del *Capítulo IV Del Procedimiento*, que es aplicable en el caso de una práctica restrictiva de la competencia con efectos en más de un País Miembro y que consigna responsabilidades precisas a cargo de las autoridades nacionales en el trámite correspondiente.



En particular, como consecuencia de citar textualmente y analizar las implicancias del artículo 15, referido al curso de la investigación en el *Capítulo IV Del Procedimiento*, y del artículo 38, referido a la creación y conformación del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia en el *Capítulo VI* de la Decisión 608, indicó que:

*“[R]esulta claro que (...) un Estado que no tenga constituida una autoridad nacional para estos efectos, enfrentaría dificultades para participar del Comité creado por la Decisión 608, y para desarrollar aspectos relevantes del procedimiento planteado por esta norma. Lo anterior, puede acarrear a su vez dificultades (...) para la ejecución de las normas y decisiones proferidas en el marco de esta Decisión.”*

Finalmente, la República de Colombia enfatizó, entre otros, la importancia para los Países Miembros de la Comunidad Andina de constituir una autoridad para la promoción y defensa de la libre competencia que permita la aplicación de la Decisión 608, con el objeto de darle manifiesta y completa aplicación a las políticas de competencia.

## V. CONSIDERACIONES DE LA SECRETARÍA GENERAL SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECLAMO COMO CUESTIÓN PREVIA A LA EVALUACIÓN DE LA MATERIA RECLAMADA

Si bien al momento de la presentación del reclamo se verificó formalmente el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el artículo 14 del Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento, antes de proceder a evaluar el fondo de la materia reclamada, corresponde a este Órgano Comunitario pronunciarse sobre la suficiencia de la acreditación por parte del reclamante acerca de *“su condición de persona natural (...) afectada en sus derechos”*, que es uno de tales requisitos; y, sobre el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 25 del Tratado del Tribunal al respecto.

Este análisis debe necesariamente realizarse como una *cuestión previa a la emisión del dictamen sobre el fondo del asunto* por cuanto la legitimación activa requiere ser plenamente verificada antes de la evaluación de la pretensión que contiene un reclamo en seguimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Co-

munidad Andina que ha señalado, en su oportunidad, que:

*“[L]a legitimación activa, al igual que la pasiva, constituye uno de los requisitos necesarios para que la pretensión del actor pueda ser juzgada en su fundamento, de modo que incumbe al Tribunal verificar el cumplimiento del citado requisito a objeto de proveer sobre la admisibilidad de dicha pretensión y, posteriormente, si fuere el caso, sobre el mérito de la causa.”<sup>1</sup>*

### 5.1. Sobre la afectación de un derecho subjetivo como requisito de admisibilidad de un reclamo en una Acción de Incumplimiento

La legitimación activa en la Acción de Incumplimiento para el caso de las personas naturales se encuentra determinada expresamente por el Tratado del Tribunal:

*“Artículo 25.- Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24. (...).”*

Como se aprecia, de lo establecido por la citada disposición, solamente podrán acudir, en fase prejudicial y, posteriormente, en fase judicial de la Acción de Incumplimiento, como sujetos activos, aquellas personas que sean titulares de un derecho que se encuentre afectado por causa del incumplimiento de un País Miembro.

Respecto de los contornos del derecho subjetivo, como requisito procesal para el acceso a la vía de la Acción de Incumplimiento, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha indicado que:

*“[A] diferencia del interés legítimo, el derecho subjetivo presupone la existencia de una relación jurídica en cuyo ámbito el titular del interés sustancial, tutelado por el orden normativo, ocupa una posición de ventaja frente a otro sujeto que se halla obligado a ejecutar*

<sup>1</sup> Cita textual de la Sentencia emitida en el Proceso 75-AI-2001, en la causa instaurada por César Moyano Bonilla contra la República de Colombia.





*una prestación dirigida específicamente a la satisfacción del interés del primero. En este contexto, el hecho constitutivo de la inejecución de la prestación debida, por parte del País Miembro obligado, configura una situación de hecho que, al tiempo de infringir el orden normativo, lesiona el derecho subjetivo de su titular y, en consecuencia, lo legitima para formular, en sede judicial, una pretensión dirigida a declarar cierto el incumplimiento demandado, a ordenar el restablecimiento del orden normativo infringido, y, a diferencia de la acción de nulidad, a obtener, en las condiciones previstas en el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal, la reparación de la lesión y, por esta vía, la satisfacción de su derecho”.*<sup>2</sup>

En este sentido, en atención a las consideraciones precedentes, en el presente caso corresponde evaluar si el reclamante ha acreditado poseer un derecho subjetivo que pudiera encontrarse afectado por causa del incumplimiento que reclama por parte de la República del Ecuador.

## **5.2. Evaluación sobre la legitimación activa del reclamante en el presente caso**

### **5.2.1. Sobre el contenido de las normas cuyo incumplimiento se reclama**

#### **i) Acerca del contenido de la Decisión 616 - Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador**

Tal como se ha citado previamente, el artículo 2 de la Decisión 616 - Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador, cuyo incumplimiento se reclama especialmente, presenta el siguiente contenido:

*“Artículo 2.- A más tardar el 1 de agosto de 2005, Ecuador designará interinamente a la Autoridad Nacional que será la encargada de la ejecución de la Decisión 608.”*

Al respecto, se observa que la disposición citada establece una obligación comunitaria dirigida a la República del Ecuador, vinculándola a cum-

plir con la designación de una autoridad nacional que sea la encargada de la ejecución de determinadas disposiciones establecidas por la Decisión 608.

En el presente caso, con independencia del cumplimiento o no de dicha obligación, cuya evaluación corresponde a un análisis sobre el fondo de la materia reclamada, se observa que tal disposición no establece un derecho subjetivo en favor del reclamante, en tanto que no exige de la República del Ecuador una prestación dirigida específicamente a satisfacer un interés particular, sino, en todo caso, a cumplir con una obligación comunitaria en procura del interés general de dar viabilidad y cauce a la ejecución de la Decisión 608.

En este punto, debe considerarse que, si bien el reclamante refirió también los artículos 1, 3 y 4 de la Decisión 616 como parte de las normas comunitarias andinas que estarían siendo objeto de incumplimiento, no sustentó qué medida produciría dicho incumplimiento, concentrando sus argumentos en torno al artículo 2 de esta Decisión. Sin embargo, se observa que dichos artículos contienen disposiciones que se refieren al posible ámbito extendido de aplicación de la Decisión 608 por parte de la República del Ecuador (artículo 1), a la derogación parcial del artículo 51 de la Decisión 608 (artículo 3) y a la vigencia de la Decisión 608 respecto de este País Miembro (artículo 4). Al respecto, se evidencia, con claridad, que dichas disposiciones tampoco establecen derecho subjetivo alguno en favor del reclamante, en tanto que tampoco exigen de la República del Ecuador una prestación dirigida específicamente a satisfacer un interés individual.

#### **ii) Acerca del contenido de la Decisión 608 - Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina**

En el presente punto, debe tenerse en cuenta que el reclamante no ha precisado en qué disposición de la Decisión 608 se encuentra consagrado un derecho en su favor que pudiera encontrarse lesionado por el incumplimiento que reclama. Tampoco se observa en su reclamo la identificación de una prestación establecida a cargo de la República del Ecuador que se dirija a satisfacer específicamente un derecho subjetivo.

<sup>2</sup> Cita textual de la Sentencia emitida en el Proceso 75-AI-2001, en la causa instaurada por César Moyano Bonilla contra la República de Colombia.



Se puede apreciar que, en opinión del reclamante, el “*incumplimiento de la Decisión 616 acarrea subsidiariamente el incumplimiento de la Decisión 608*”, lo que propiamente tampoco permite identificar una alegación concreta acerca de una afectación de un derecho subjetivo que le corresponda por mérito de esta última Decisión.

Bajo estas constataciones, la Secretaría General procederá a analizar las disposiciones contenidas en la Decisión 608 que han sido referidas expresamente por el reclamante, a efectos de evaluar si de alguna de ellas se podría derivar el otorgamiento de algún derecho subjetivo en su favor que pudiere verse lesionado por causa del incumplimiento que reclama.

Al efecto, se observa el contenido de los artículos 2 y 3 de la Decisión 608:

#### **“CAPITULO II DEL OBJETIVO, PRINCIPIOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN**

**Artículo 2.-** *La presente Decisión tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores.*

**Artículo 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;*
- b) *Transparencia, en el sentido de garantizar la publicidad, acceso y conocimiento de las leyes, normas y reglamentos, y de las políticas de los organismos encargados de vigilar su observancia, así como de las decisiones de los organismos o tribunales; y,*
- c) *Debido proceso, en el sentido de asegurar a toda persona natural o jurídica, un proceso justo que le permita plenamente ejercer su derecho de defensa respetando los de-*

*rechos de las partes a presentar argumentos, alegatos y pruebas ante los organismos, entidades administrativas o tribunales competentes, en el marco de lo establecido en la presente Decisión, así como un pronunciamiento debidamente motivado.*

De las disposiciones citadas se observa que el artículo 2 de la Decisión 608 tiene un contenido preceptivo en cuanto a la determinación del objetivo de esta Decisión, indicando que ésta protege y promueve la libre competencia con la finalidad de procurar la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores. De esta formulación de objetivo y finalidad no se observa la existencia de una prestación establecida a cargo de la República del Ecuador que se dirija a satisfacer específicamente un interés del reclamante.

Por su parte, el artículo 3 de la misma Decisión establece los principios en los que se basará la aplicación de las normas que contiene la Decisión 608 y las normas de fuente nacional que resulten aplicables conforme a ésta. Debe notarse, en este punto, que los principios de *no discriminación*, de *transparencia* y de *debido proceso*, si bien pueden respaldar la existencia de un derecho a no ser discriminado, un derecho genérico de acceso a la información y un derecho al debido proceso, respectivamente, estos derechos se configurarían solamente como subjetivos y exigibles en el contexto de la aplicación de la Decisión 608 y/o de “*la legislación interna de competencia de cada uno de los Países Miembros que resulte aplicable*”, mas no de modo abstracto o genérico, ni en la simple posibilidad de su aplicación. En este punto, esta Secretaría General observa que el reclamante no ha referido un caso concreto en el que la aplicación de la Decisión 608 o la aplicación de alguna disposición contenida en la legislación interna de un País Miembro le haya afectado un derecho subjetivo consistente en alguno de los antes mencionados.

Adicionalmente, corresponde observar el contenido de los artículos 15 y 16 de la Decisión 608:

#### **“CAPITULO IV DEL PROCEDIMIENTO**

(...)

*Del curso de la investigación*



**Artículo 15.-** La Secretaría General, dentro de un plazo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha de publicación de la Resolución motivada que da inicio a la investigación, solicitará a las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia de los Países Miembros en donde tengan origen o realicen su actividad económica las empresas identificadas en la solicitud y, de ser el caso, donde se sucedan los efectos de las conductas denunciadas o tengan su residencia los solicitantes, la realización de investigaciones concernientes a la determinación de la existencia de la conducta sindicada como restrictiva. La solicitud deberá acompañarse de una copia del expediente.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud a que hace referencia el párrafo anterior, la Secretaría General conjuntamente con las autoridades nacionales competentes a las que solicitara su cooperación, elaborarán el Plan de Investigación el cual indicará, entre otros, el tipo de acciones a ser tomadas, el cronograma sugerido, los agentes económicos a los cuales estarán dirigidas tales acciones, los elementos y características de la conducta, e información disponible de los bienes o servicios y área geográfica que pudieran estar afectados.

El Plan de Investigación será notificado a las partes interesadas.

**Artículo 16.-** La Secretaría General y las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia, en las investigaciones que se les encomiende realizar al amparo de la presente Decisión, podrán:

- a) Exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia comercial y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, la composición accionaria y la estructura de propiedad de las empresas;
- b) Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a los

agentes económicos materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesario para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o grabaciones en video; y,

- c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se consideren necesarias. Para ingresar a los locales podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública. De ser necesario el descerraje en el caso de locales que estuvieran cerrados será necesario contar con autorización judicial.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los literales precedentes, para realizar la investigación será aplicable la legislación nacional en materia de libre competencia del País Miembro en el que tenga lugar la acción concreta de investigación, en lo que corresponda a la determinación del procedimiento a aplicar, facultades de la autoridad, pruebas y demás actuaciones.”

En este caso, de las disposiciones citadas se observa que el artículo 15 de la Decisión 608 se refiere a un contexto en el cual la Secretaría General ha dado inicio a un procedimiento administrativo de investigación para determinar si se han producido conductas que pudieran restringir la competencia. Bajo este contexto, el artículo mencionado refiere el plazo para que este Órgano Comunitario solicite a las autoridades nacionales correspondientes la realización de investigaciones a efectos de determinar la existencia de la conducta o conductas que se investigan, así como el plazo para la elaboración del Plan de Investigación que debe ser definido conjuntamente y en cooperación con dichas autoridades nacionales. Respecto del artículo 16 de esta Decisión, se observa que, en este mismo



contexto, establece las atribuciones que se confieren para el desarrollo de tal investigación tanto a esta Secretaría General como a las autoridades nacionales correspondientes.

Se aprecia que ambas disposiciones contienen normas que establecen determinaciones de conducta -en forma de cauces procedimentales y de atribuciones- en la actuación de la autoridad comunitaria y de las autoridades nacionales en una investigación sobre conductas que pudieran restringir la competencia. En este sentido, no se observa que estas disposiciones pudieran ser propiamente constitutivas de un derecho subjetivo que pudiera alegar o exigir una persona natural en un escenario que no se encuentre vinculado al de un procedimiento administrativo concreto, como lo sería, por ejemplo, el derecho al debido proceso que únicamente podría verse afectado en un procedimiento en el que se aplique la Decisión 608 si es que fuera el caso que en éste se desconocen los cauces procedimentales regulados, pero no en abstracto ni en la eventualidad de la existencia de un procedimiento administrativo.

De lo antes considerado, esta Secretaría General no aprecia que los artículos 15 y 16 de la Decisión 608 hayan establecido un derecho subjetivo exigible por el reclamante que pudiera verse afectado en el presente caso, debido a que no ha acreditado un hecho concreto o un procedimiento administrativo particular en que la concreción de un derecho en su favor y/o su afectación por causa del incumplimiento reclamado hayan sido posibles.

En cuanto al artículo 38 de la Decisión 608, se puede observar que este señala:

#### **"CAPÍTULO VI**

#### **COMITÉ ANDINO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Artículo 38.-** *Se crea el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, el cual estará integrado por un representante de la autoridad nacional competente en materia de libre competencia de cada uno de los Países Miembros."*

Al respecto, esta Secretaría General no aprecia que la citada disposición contenga alguna disposición capaz de establecer un derecho subjetivo exigible por el reclamante que pudiera verse

afectado en el presente caso. Ello, en cuanto esta disposición se refiere a la creación de un órgano cuyas funciones se desarrollan en el marco de la aplicación de la Decisión 608 y no se refiere al reconocimiento de derechos para personas naturales o jurídicas.

De otro lado, debe observarse que el artículo 51 de la Decisión 608 se encuentra derogado parcialmente en aquella parte en que había establecido, respecto de la República del Ecuador, que su vigencia se produciría desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena "a los dos años calendarios siguientes o, si antes de este último período se aprobase la ley nacional de competencia de este país, en la fecha de la publicación de dicha norma nacional en el Registro Oficial de Ecuador." Debido a tal derogación parcial, efectuada por la vigencia del artículo 3 de la Decisión 616, al momento de la presentación del reclamo, no se podría sostener su aplicación de modo tal que pudiera respaldar la existencia de un derecho subjetivo en favor del reclamante, considerándose incluso que, durante su vigencia, no estableció derecho subjetivo alguno en su favor, en tanto que no exigió de la República del Ecuador una prestación dirigida específicamente a satisfacer un interés individual.

Finalmente, en cuanto al contenido general de la Decisión 608, en virtud de sus demás disposiciones, esta Secretaría General no ha identificado alguna que, atendiendo al contenido del reclamo, aparezca como vinculada al otorgamiento de un derecho subjetivo que pudiera verse afectado en el presente caso en atención al incumplimiento que se alega.

#### **iii) Acerca del contenido de los artículos 2, 3 y 4 del Tratado del Tribunal**

El reclamante refiere también que la República del Ecuador habría incumplido con observar lo dispuesto en las siguientes disposiciones del Tratado del Tribunal:

**"Artículo 2.-** *Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina.*

**Artículo 3.-** *Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o*





de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

Quando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.

**Artículo 4.** - Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

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

La Secretaría General aprecia que los artículos 2 y 3 del Tratado del Tribunal reconocen el momento en que las Decisiones obligan a los Países Miembros de la Comunidad Andina, así como el momento en que éstas son directamente aplicables en sus territorios, reconociendo los *principios de aplicación directa y de efecto inmediato*<sup>3</sup> que se predicán sobre las normas comunitarias y que sustentan el proceso de integración andino.

En cuanto al contenido del artículo 4 del Tratado del Tribunal debe tenerse en cuenta que este artículo establece como obligación de los Países Miembros de la Comunidad Andina el cumplimiento de un *deber de cooperación leal* dirigido a que el proceso de integración andino se desarrolle observando las normas comunitarias que lo determinan y lo orientan hacia sus objetivos y finalidad enunciados por el Acuerdo de Cartagena. Este *deber de cooperación leal* se materializa en una obligación de hacer en cuanto corresponde a los Países Miembros adoptar las medidas necesarias que aseguren el cumplimiento de las normas andinas, lo que incluye emisión de normas en general, decisiones administrativas y judiciales, entre otras medidas

de naturaleza estatal que pueden adoptarse a todo nivel de gobierno; y, se materializa también en un compromiso de no hacer en cuanto los Países Miembros no deben desarrollar conducta o adoptar medida alguna que se oponga a las normas comunitarias o que obstaculice su aplicación.

Por lo antes considerado, esta Secretaría General aprecia que los artículos 2, 3 y 4 del Tratado del Tribunal establecen la oportunidad de la exigibilidad y de la aplicación de las normas comunitarias andinas, así como la obligación de cumplimiento del derecho comunitario andino por parte de los Países Miembros. Por tanto, en atención al contenido del reclamo, no se observa la atribución de un derecho subjetivo en favor del reclamante que pudiera verse afectado en el presente caso.

#### **5.2.2. Sobre la legitimación activa del reclamante**

En consecuencia, de lo previamente considerado, la Secretaría General no observa en el presente caso que el reclamante posea, atendiendo al contenido de su reclamo, un derecho subjetivo que pudiera haberse visto afectado por causa del incumplimiento alegado en relación con las normas comunitarias andinas que invoca.

En este punto, cabe indicar que los argumentos contenidos en el reclamo acerca de que el incumplimiento alegado es evidente puesto que la falta de nombramiento, por parte de la República del Ecuador, de la autoridad nacional encargada de la ejecución de la Decisión 608 constituiría *per se* un incumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico, no acreditan por sí mismos la existencia de un derecho subjetivo cuyo titular sea el reclamante y que fuera susceptible de una afectación por el incumplimiento que éste alega.

De otro lado, en cuanto a la referencia por parte del reclamante acerca de que no existiría forma viable de poner en marcha algunas disposiciones contenidas en la Decisión 608 que buscarían “asegurar el derecho de todos a la libre competencia, dejando así al Estado ecuatoriano en una situación de vulnerabilidad no sólo de derechos comunitarios, sino también de derechos constitucionales”, debe considerarse que, bajo el entendido de que en una Acción de

<sup>3</sup> Véase la Sentencia emitida en el Proceso 03-AI-96 como referencia jurisprudencial.



Incumplimiento se evalúa únicamente la afectación de derechos por causa del incumplimiento de normas comunitarias andinas, del análisis precedente no se ha determinado el fundamento jurídico o la base normativa que permita considerar la existencia de una vulneración a derecho subjetivo alguno en perjuicio del reclamante.

Adicionalmente, respecto de la alegación acerca de la conducta de la República del Ecuador, relativa a que *“la mera omisión del cumplimiento de sus obligaciones derivadas de una norma comunitaria genera el daño, al no proporcionar a aquéllos que se vean afectados en sus derechos (...) una autoridad competente a quien recurrir en temas relacionados a la libre competencia”*; la Secretaría General considera que dicha argumentación no permite acreditar la afectación de un derecho subjetivo actual pues, conforme al contenido del reclamo, no se ha referido una situación concreta que no haya podido ser atendida debido a la falta de designación de la autoridad nacional de competencia que se alega.

En este sentido, el reclamante no ha cumplido con acreditar su legitimación activa como persona natural que pretende acudir a la tutela comunitaria por la vía de una Acción de Incumplimiento, según lo exigido por el artículo 25 del Tratado del Tribunal y el artículo 14 del Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento. Por tanto, no es posible proceder a evaluar el fondo de la materia cuestionada, correspondiendo que su reclamo sea declarado inadmisibile.

De otra parte, en relación con los extremos alegados por el reclamante, este Órgano Comunitario observa que, efectivamente, existe para la República del Ecuador la obligación de designar *“interinamente a la Autoridad Nacional que será la encargada de la ejecución de la Decisión 608”*, conforme lo establecido por el artículo 2 de la Decisión 616, lo que debió haber ocurrido, *“[a] más tardar el 1 de agosto de 2005”*, tal como indica dicha disposición.

Al respecto, obra en los archivos de la Secretaría General el Oficio DNPCE N° 2005109 de fecha 27 de julio de 2005, remitido a esta Secretaría General con fecha 1 de agosto de 2005, mediante el cual la República del Ecuador comunicó expresamente que:

*“[C]on sujeción al Artículo 2 de la Decisión 616, el Gobierno del Ecuador ha estimado procedente designar interinamente al Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad, a través de la Dirección Nacional de Políticas de Comercio Exterior de esta Secretaría de Estado, como la Autoridad Nacional que se encargará de la aplicación de la Decisión 608.*

*“Paralelamente, ha designado interinamente como titular del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, al señor Economista Fabián Andrade Egas, Director Nacional de Políticas de Comercio Exterior y al Economista Augusto Benavides Orbe (...) como alterno.”*

Adicionalmente, este Órgano Comunitario tomó conocimiento de que la República del Ecuador habría adoptado el Decreto Ejecutivo No. 1614 de 14 de marzo de 2009, por el cual se establecen normas para la aplicación de la Decisión 608 y se designa como autoridad de aplicación de la Decisión 608 al Ministro de Industrias y Productividad; y, como autoridad investigadora a la Subsecretaría de Competencia bajo la estructura del indicado Ministerio, en los siguientes términos:

***“Artículo 1.- Autoridad de aplicación e investigación.***

*Desígnese como autoridad de aplicación de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina, al Ministro de Industrias y Productividad y como autoridad investigadora a la Subsecretaría de Competencia, que se crea dentro de dicho Ministerio.*

***Artículo 2.- Facultades del Subsecretario de Competencia.***

*El Subsecretario de Competencia será el representante de la autoridad nacional en materia de libre competencia para que conforme el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia.*

*Entre sus facultades se encuentran las de promoción, difusión, investigación y sanción en materia de competencia.”*

En este sentido, este Órgano Comunitario no aprecia necesaria su actuación de oficio al am-



paro de lo señalado por el artículo 23 del Tratado del Tribunal y la Sección I del Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento, por los hechos y argumentos de fondo planteados por el reclamante.

## VI. CONCLUSIÓN

La Secretaría General, con base en las consideraciones que se anteponen, la información suministrada en el reclamo y los argumentos expuestos en el presente dictamen, considera que el reclamante no ha acreditado ser titular de un derecho subjetivo que se encuentre afectado por causa del supuesto incumplimiento de la Decisión 616, de la Decisión 608 y de los artícu-

los 2, 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

En consecuencia, en atención a lo exigido por el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y por el artículo 14 del Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento, aprobado por la Decisión 623, corresponde considerar inadmisibles su reclamo.

Lima, 8 de junio de 2009

Freddy Ehlers  
Secretario General

