

Protección de la competencia dentro del proceso de modernización del sector eléctrico ecuatoriano

María Elena Jara Vásquez

El presente trabajo busca establecer cómo se ha regulado la protección de la libre competencia en el actual esquema de funcionamiento del sector eléctrico ecuatoriano, con el fin de determinar las falencias y sugerir las correcciones pertinentes. Para el efecto se ha realizado, en primer lugar, una aproximación teórica que busca la integración de los conceptos de libre competencia, modernización, desregulación y privatización, así como comprender el modelo que adoptó el país en comparación con los otros esquemas de funcionamiento del sector eléctrico. En segundo término, se realizó un análisis normativo. El fallido proceso de privatización es objeto de una mención especial. Finalmente, se presentan las conclusiones que, en términos generales, se refieren al cuestionamiento del modelo de modernización del sector eléctrico adoptado por el país, a una reflexión sobre las relaciones entre privatizaciones y defensa de la competencia, y a la necesidad de revisar la estructura normativa en el Ecuador en torno al tema.

FORO

ELEMENTOS INTRODUCTORIOS

Una elaborada construcción teórica que se fundamenta en la primacía de las libertades individuales, sustenta la consagración a nivel constitucional de la libre competencia¹ como un valor a ser promovido y garantizado por el Estado.²

1. Delio Gómez Leyva, "Las prácticas restrictivas de la competencia. Acuerdos y prácticas concertadas", en *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1998, p. 130. Este autor describe el contenido de la expresión *libre competencia* en los siguientes términos: "hay libertad para participar en el mercado en el cual tanto vendedores como compradores utilizan como opción la de vender y comprar, sin estar aquellos ligados a convenios o pactos que perturben la competencia, eliminándola y tomando su presencia en simulada competencia, o restringiéndola, dejando espacios reducidos para

Dentro del sistema de *economía social de mercado*, al que se adscribe el Estado ecuatoriano por mandato del art. 242 de la Constitución Política, el juego de la oferta y la demanda –bajo un esquema de intervención estatal reorientada– es el que debe imponer los precios de los bienes y servicios, situación que, finalmente, de existir un adecuado sistema de competencia entre los oferentes de bienes y servicios, debe conducir a una fijación de precios más favorables para el consumidor final, produciéndose la maximización del bienestar social como consecuencia de la suma del bienestar individual. Bajo esta perspectiva, se justifica –al menos teóricamente– la necesidad de introducir nuevos agentes en campos tradicionalmente manejados por monopolios, así como la de controlar el adecuado funcionamiento del sistema de libre competencia entre los diversos agentes económicos tanto a nivel horizontal como vertical.³

Esta línea de pensamiento ha orientado el proceso de modernización de los servicios públicos, entre ellos la fuerza eléctrica.⁴ A continuación, se revisan las interrelaciones entre los conceptos de modernización y protección de la libre competencia, con énfasis en lo acontecido en el sector eléctrico.

su ejercicio, al igual que la imposición de condiciones que no son fruto o consecuencia de las leyes del mercado, convenios, pactos, o imposiciones que, de igual manera, atentan contra la libre elección del consumidor”.

2. Sobre la evolución de la protección a la libre competencia, conceptualizada como bien jurídico, ver Manuel Abanto Vásquez, *El derecho de la libre competencia*, Lima, San Marcos, 1997, pp. 26 y ss. En el caso ecuatoriano, el art. 244 numeral 3 de la Constitución señala que dentro de un sistema de economía social de mercado le corresponde al Estado: “3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen”. Complementan esta disposición otras de orden constitucional, como el art. 23, numeral 16, que consagra la libertad de empresa entre los derechos civiles de las personas, o los arts. 242 y 243, que se refieren respectivamente a los principios y los objetivos del sistema económico.
3. Dentro de la expresión *agentes económicos* debe entenderse comprendidos: productores, distribuidores, proveedores y consumidores. El *nivel horizontal* se refiere a agentes que se encuentran en el mismo nivel de mercado, por ejemplo, solo productores. El *nivel vertical* se refiere a agentes que se encuentran en distintos niveles de mercado, verbigracia, a relaciones entre productores y consumidores. Una explicación en tal sentido puede ser encontrada en la obra de Manuel Abanto Vásquez, p. 21.
4. Sobre la conceptualización de *servicio público* en el ámbito del sector eléctrico, se destaca que en el caso ecuatoriano, con fundamento en la disposición del art. 4 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, se adopta una concepción *parcial*, integrando en la categoría de servicio público a las actividades de transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica y excluyendo a la de generación. Concordantemente, en el art. 249 de la Constitución se considera al *suministro* de energía eléctrica como un servicio público cuya provisión es de responsabilidad del Estado, y en el art. 1 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico se define a tal actividad como un *servicio de utilidad pública*.

LOS PROCESOS DE MODERNIZACIÓN, PRIVATIZACIÓN Y DESREGULACIÓN FRENTE A LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

Como se señaló, las bondades de la libre competencia y la consecuente necesidad de evitar estructuras monopólicas u oligopólicas han servido en gran medida como argumento para instaurar los programas de modernización⁵ emprendidos en los países de América Latina y el Caribe. En el ámbito de la legislación nacional, el art. 5 de la Ley de Modernización del Estado prevé, entre las áreas de acción dentro del proceso de modernización del Estado, *la desmonopolización y privatización de los servicios públicos y de las actividades económicas asumidas por el Estado u otras entidades del sector público*.

Con referencia a los procesos de modernización del sector eléctrico, la base teórica-económica para los mismos radica en concepciones apoyadas por conocimientos y técnicas novedosas “que pusieron en duda el fundamento teórico de ciertas condiciones de competencia imperfecta como los monopolios naturales que llevaba a exceptuar a los subsectores de infraestructura de la aplicación de las reglas del mercado”.⁶ Además de las privatizaciones,⁷ la mayoría de procesos de modernización del sector eléctrico han incluido los siguientes aspectos: reestructuración de los diferentes mercados de la cadena eléctrica –generación, transmisión y distribución–; descargo de las deudas de las empresas; ampliación del grado de autonomía de gestión, inversión y financiamiento; cambio de principios para la política de

5. La modernización del Estado ha sido definida como “un proceso de transformación estructural y funcional de un sistema socioeconómico o de sus partes, que se presenta como propuesta para un mejor cumplimiento de las aspiraciones de la sociedad y/o respuesta deliberada o condicionada a cambios en el contexto económico, tecnológico, ambiental e institucional en el plano mundial”. Organización Latinoamericana de Energía, OLADE, *La modernización del sector energético en América Latina y el Caribe*, Quito, s.a., p. 1. Aunque estos procesos, muchas veces producidos por saltos tecnológicos, han sido continuos en la historia de la humanidad, últimamente han adquirido una connotación especial, relacionada directamente con la perspectiva de *globalización* que ha dominado las últimas décadas.

6. *Ibid.*, p. 12.

7. El término *privatización* puede entenderse en un sentido restringido o en uno amplio. Bajo el primer punto de vista, comprende únicamente la transformación de una empresa pública en privada. Según Mochón, citado por Gómez Acebo y Pombo, Abogados, *Teoría y práctica de las privatizaciones*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 16: “toda transferencia de propiedad y del control efectiva de la actividad de una empresa pública a otros agentes del sector privado mediante la venta de un paquete de acciones, de forma que la mayoría del capital sea privado...”. En sentido amplio, se refiere a toda iniciativa que se origina en los poderes públicos que tiende a reducir la intervención de éstos en la economía a través del traspaso de funciones y actividades públicas al ámbito privado.

precios; incorporación de nuevos actores; reestructuración sectorial; reforma del marco regulatorio; y, modificación en las modalidades de coordinación económica en cuanto a sus componentes principales, básicamente, en cuanto a su unidad de decisión y mecanismo de asignación de recursos.⁸

En el orden teórico, dentro de la reforma normativa necesaria al interior de un proceso de modernización del Estado en general y del sector eléctrico en particular, los mecanismos de desregulación⁹ que se adopten son de fundamental importancia, especialmente si existen de por medio procesos de privatización. Esta desregulación no implica necesariamente la reducción de normas jurídicas, sino el direccionamiento de las mismas hacia el objetivo de alcanzar una situación de libre competencia sobre todo en sectores en los que tradicionalmente han existido estructuras monopólicas.¹⁰

Aunque frecuentemente se argumenta que la privatización de las entidades que prestan servicios en el área eléctrica se justifica por las ventajas que puede generar la supresión de monopolios,¹¹ existen visiones opuestas, marcadas por el escepticismo, por ejemplo, Steve Thomas señala que la introducción de la competencia en realidad ha sido un ideal de orden secundario al emprender procesos de privatización en el sector eléctrico. El autor se refiere al caso de Gran Bretaña, donde la transferencia de las actividades al sector privado se habría debido a la intención de reducir el poder de los grandes sindicatos del sector público, y a los países en vías de desarrollo, en los cuales la razón de fondo constituiría el ajuste a las exigencias de las instituciones financieras internacionales, las mismas que consideran a la privatización “como un medio que tienen los gobiernos para obtener recursos pa-

8. Ver Organización Latinoamericana de Energía, OLADE, *La modernización del sector energético en América Latina y el Caribe*, pp. 25 y 50.

9. El concepto de desregulación o desreglamentación hace referencia a dos nociones básicas: simplificación normativa en la economía o *apertura a la libre competencia en sectores regulados, reservados a entidades monopolísticas, públicas o privadas*. *Ibid.*, p. 15. Los sectores típicamente *regulados* suelen ser: transportes aéreos y ferroviarios, telecomunicaciones, electricidad y servicios postales, en los cuales se desarrollan en mayor o menor medida funciones relacionadas con el concepto de servicio público.

10. En esta línea, es conveniente citar un pronunciamiento de la Corte chilena: “La competitividad en los diferentes segmentos del mercado debe significar sólo una garantía de entrada a los mismos, pero no la ausencia de regulaciones, las que deben existir para garantizar una competencia libre y leal cuyo objeto final sea que llegue al usuario un servicio tecnológicamente más avanzado, junto con los beneficios de una libre competencia”. SELA, “Privatizaciones, desregulación y competencia: un marco de análisis para el estudio de casos en América Latina y el Caribe”, marzo de 1999, documento publicado en internet.

11. Este argumento ha sido esgrimido en el ámbito nacional.

ra pagar sus deudas y proteger las inversiones financiadas por ellas...”.¹²

Lo ideal es que la privatización de los monopolios públicos se complemente con políticas de desregulación. Sin embargo, puede suceder que el Estado empiece un programa de privatizaciones sin abrir al mismo tiempo el campo a la competencia, caso en el que se arribaría a la riesgosa situación de monopolio privado de un servicio público,¹³ situación frecuente cuando tales procesos de privatización se llevan a efecto como consecuencia de presiones coyunturales.¹⁴ Abundando en el tema, resultan de interés los siguientes criterios:

...Puede ocurrir que se privatice sin liberalizar, lo que supondría la sustitución de un monopolio público por otro privado. En este último caso, el Estado debe sopesar cuidadosamente las consecuencias económicas y legales de preservar un monopolio en un determinado sector productivo, habida cuenta de que la normativa protectora de la libre competencia suele imponer como principio general el desmantelamiento de los monopolios, tanto públicos como privados.¹⁵

Por su parte, Steve Thomas advierte que las transferencias de acciones al sector privado que tienen lugar en los países subdesarrollados como consecuencia de imposiciones internacionales son “potencialmente las reformas más peligrosas”,¹⁶ pues:

con frecuencia se deja a la industria eléctrica de un país en vías de desarrollo en manos de empresas de servicios públicos de grandes países desarrollados (irónicamente con frecuencia nacionalizados), los que el gobierno no puede re-

12. Steve Thomas, “La experiencia de Reino Unido en el sector eléctrico: el mito de la competencia”, intervención publicada en el compendio de la Primera Conferencia Regional: *Consumidores y servicios públicos en América Latina: sectores de agua, electricidad y telecomunicaciones*, Santiago, Consumers International, 1998, p. 57.

13. Sobre el tema, conviene citar lo expresado por Manuel Abanto Vásquez, *El derecho de la libre competencia*, p. 114: “La situación de los países en desarrollo, así como la de los países del bloque oriental recientemente incorporados a una economía de mercado, necesita, finalmente, un tratamiento cauteloso. Aquí la regulación y la privatización de los monopolios naturales dependen de la situación de los mercados correspondientes, del estado de desarrollo, de la eficacia de la administración y de sus instituciones...”.

14. Es interesante subrayar el énfasis de los considerandos de la Ley de Modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada en el Ecuador en la crisis económica que agobia al país y la necesidad de atenuar las cargas económicas que soporta el presupuesto general del Estado.

15. Gómez Acebo & Pombo, Abogados, *Teoría y práctica de las privatizaciones*, p. 9.

16. Steve Thomas, *La experiencia de Reino Unido en el sector eléctrico: el mito de la competencia*, p. 57.

gular fácilmente... En este caso ...el sistema ha pasado hacia el peor de todos los mundos, un monopolio extranjero subregulado.¹⁷

Por las razones expuestas, la venta de monopolios naturales¹⁸—cuya conveniencia es fundamentalmente cuestionada¹⁹— la ruptura de monopolios estatales, así como la venta de una empresa estatal a un competidor que pudiera implicar la estructura de una posición de dominio, son casos en los que se recomienda mayor énfasis en las disposiciones sobre defensa de la competencia. La normativa que se diseñe debe corresponder a la situación de cada mercado, y las pautas de control de la competencia deben ser de aplicación viable, alejadas de extremos que impidan el normal funcionamiento de las entidades involucradas.

LA MODERNIZACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO, MODALIDADES DE FUNCIONAMIENTO Y POSIBILIDAD DE APERTURA A LA COMPETENCIA²⁰

Tradicionalmente se negó la posibilidad de introducir competencia en el subsector de la electricidad, al considerarlo en conjunto como un monopolio natural. En contra de esta visión, partiendo del cuestionamiento al concepto de monopolio natural como estructura obligada para el conjunto de etapas involucradas en el proceso de generación, transportación y distribución de energía eléctrica,²¹ y bajo la influencia de la *teoría de los mercados*

17. *Ibid.*, p. 58.

18. Samuelson y Nordhalis definen al monopolio natural en los siguientes términos: “Empresa o industria cuyo costo medio por unidad de producción disminuye acusadamente en toda la gama de producción. Así, una única empresa, un monopolio, puede ofrecer la producción de la industria más eficientemente que muchas empresas”. Paul Samuelson y William Nordhalis, *Economía*, Madrid, McGraw-Hill, 1993, p. 905.

19. Eduardo Sarmiento Palacio, “Estructuras monopólicas de los servicios públicos”, en *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1998, p. 76, luego de efectuar un análisis netamente económico sobre la privatización de servicios públicos de red con base en la noción de *economía de escala* y decrecimiento en la competencia ocasionada por esta estructura, afirma que contrariamente a lo que se afirma “la presencia del monopolista público en actividades múltiples expuestas a economía de escala y complementariedades permite ofrecer los productos a menores costos, reducir las ineficiencias de los costos decrecientes y favorecer la distribución del ingreso” ... “La mejor solución para la sociedad se logra dentro de una administración del Estado que obtenga las ventajas de las economías de escala y que oriente sus poderes monopolistas a favor de la comunidad y dentro de un marco regulatorio que impida el asalto a los bienes públicos”.

20. Lo expuesto en este subtítulo recoge en gran medida información proporcionada en la publicación de la OLADE, *La modernización del sector energético en América Latina y el Caribe*, pp. 27 y ss.

21. El mismo cuestionamiento cabe para el caso del gas natural.

disputables, se defiende actualmente el mantenimiento de monopolios naturales únicamente para las actividades de transporte, y en ciertos segmentos de la distribución.

Con este fundamento teórico, dentro de los procesos de ajuste estructural dirigidos por los organismos multilaterales de crédito, se produjo en la mayoría de países de América Latina un salto desde la *modalidad de funcionamiento de control central* (CC), en la cual el Estado planifica y ejecuta decisiones en el sector eléctrico y las actividades de generación, transmisión y distribución se integran tanto vertical como horizontalmente, hacia una *modalidad de mercado abierto* (MA). En el Ecuador, este cambio de concepción se plasmó en la sustitución de la Ley Básica de Electrificación por la Ley de Régimen del Sector Eléctrico y sus normas complementarias.

En esta migración de esquemas de funcionamiento prácticamente se dejó de lado el *modelo de estructura integrada regulada* (IR) que inspira la organización del sector eléctrico en el país que es considerado como el paradigma del liberalismo.²² Bajo este modelo, las empresas privadas toman la iniciativa y proponen programas de inversión al Estado que, por sí o a través de una entidad de participación social, toma las decisiones finales, las que son producto de un proceso de negociación entre empresa privada y Estado.

Las conclusiones de quienes defienden el modelo de mercado abierto pueden expresarse sumariamente de la siguiente manera:

en aquellos mercados donde la disputabilidad²³ es posible resulta preferible introducir la desregulación, dejando actuar libremente a los mecanismos del mercado. En cambio, en los mercados que por su naturaleza no sean directamente disputables como en el caso de las cadenas de electricidad y gas natural, es posible, mediante normas y principios regulatorios básicos, introducir la disputabilidad –competencia real o potencial–, al menos en algunas etapas.²⁴

Para el efecto, se busca la eliminación de *costos hundidos*, relacionados directamente con las redes de transmisión y distribución, en el caso de la

22. Se observa la poca frecuencia del tránsito del modelo CC hacia el IR, a pesar de ser una opción teórica más compatible con mercados de menor tamaño. En esta transición, se distinguen básicamente los siguientes pasos: saneamiento financiero, ajuste jurídico organizativo-empresarial; y, reformas legales (introducción de la regulación). OLADE, *La modernización del sector energético en América Latina y el Caribe*, p. 44.

23. El concepto de *disputabilidad* se refiere a la posibilidad de inclusión de competidores.

24. OLADE, *La modernización del sector energético en América Latina y el Caribe*, p. 35.

electricidad. Como consecuencia, se subrayan los siguientes aspectos:

- Admisión de formaciones de monopolios regulados en las etapas de transporte y distribución, ante la consideración de que no es factible alcanzar en estos campos un nivel suficiente de disputabilidad, precisamente, en razón de los costos hundidos.²⁵
- La regulación del transporte y la distribución, y la permisión de que terceros accedan libremente a las redes eléctricas, permite la introducción de competencia en la generación o producción, y eventualmente en la comercialización.
- Con el fin de evitar abusos de empresas integradas, se insiste en la *desintegración vertical obligatoria*²⁶ y la separación de las funciones de transporte y distribución.

En realidad, los casos de desintegración total son poco frecuentes. La presencia de economías de escala y de secuencia constituyen los argumentos centrales en contra de la desintegración, y en consecuencia, contra la adopción del modelo de mercado abierto. A pesar de estas dificultades, en el Ecuador se ha adoptado un esquema de separación rígida de las actividades del sector eléctrico. Así, en el art. 38 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico se consagra lo siguiente: “La presente Ley impone y garantiza la segmentación y separación jurídica y económica entre generadores, transmisor y distribuidores”, situación que como se verá contempla importantes casos de excepción.

A continuación se ofrece un esquema de la admisibilidad de competencia —existente o potencial— según el área de servicio del sector eléctrico, dentro de un modelo de mercado abierto:

-
25. Es interesante la siguiente aclaración hecha en OLADE, *La modernización del sector energético en América Latina y el Caribe*, p. 36: [La diferencia entre los dos conceptos, el de la “disputabilidad y costos hundidos” y el del “monopolio natural” estriba en que el primero visualiza más la dinámica del mercado en tanto que el último considera una situación estática. La subaditividad de costos, basada principalmente en la presencia de economías de escala, de alcance y/o coordinación (“costos de transacción”) es el argumento fundamental para constituir un monopolio natural, es un criterio sobre la característica de los costos en función del tamaño del sistema, mientras la disputabilidad se refiere al comportamiento de los actores en función de la estructura de sus costos].
26. En Chile y Uruguay se permite la integración vertical de las actividades de generación y transmisión, situación que por sugerir la posibilidad de abuso de una posición dominante ha ocasionado que se solicite la revisión de tal integración vertical por la Comisión Antimonopolio.

Segmento	Competencia
Generación	<ul style="list-style-type: none"> • Sector que mayores oportunidades de introducción de competencia presenta. • Distribuidoras y grandes consumidores²⁷ no están sujetos al suministro de una sola empresa. Pueden comprar electricidad a cualquier generadora (art. 52 LRSE) • Necesidad de un mercado mayorista entre generadores, distribuidores y grandes consumidores. Se requiere como condición necesaria el libre acceso a los sistemas de transmisión y distribución (arts.: 5, lit. e); 13, lit. f); 33 LRSE)
Transmisión	<ul style="list-style-type: none"> • En los sistemas interconectados, se mantiene estructura de monopolio (art. 11, lit. d); 33 LRSE). • Opción: terceros pueden construir y operar una línea de transmisión fuera del área servida (art. 35, inc. 2ndo., LRSE). • Es posible introducir competencia a través de límites de duración en contratos (art. 39, LRSE).
Distribución	<ul style="list-style-type: none"> • Generalmente se concede a una empresa o consorcio la exclusividad, a través de una concesión. Se excluyen a grandes usuarios, quienes pueden comprar la energía a otros oferentes (arts.: 45 y 52 LRSE). • En algunos casos se plantea a la comercialización como un área separada (esto no sucede en el Ecuador). • Es posible introducir competencia a través de límites de duración en contratos (art. 39, inc. 2ndo. LRSE).

A pesar de lo explicado, se advierte que la introducción de competencia en sistemas eléctricos de tamaño reducido, dependiendo de los recursos energéticos disponibles y de la estructura de la generación, presentan un problema: “La presencia de economías de escala, de secuencia (integración vertical) y alcance (integración horizontal) puede hacer recomendable el

27. En el glosario del Reglamento de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico se define al gran consumidor, como “aquél cuyas características de consumo lo facultan para acordar libremente con un generador o distribuidor el suministro y precio de energía eléctrica para consumo propio”. A través de una Regulación (003/01), el CONELEC establece como uno de los requisitos para ser calificado como Gran Consumidor, el registrar una demanda máxima igual o mayor a 2 MW, durante al menos 6 de los 12 meses anteriores a la solicitud, y un consumo de energía mínimo de 7 000 MWh en los mismos 12 meses.

mantenimiento del monopolio integrado, con mecanismos que propicien eficiencia".²⁸ Por lo tanto, en un sistema reducido caben pocos competidores en los segmentos aptos para la competencia (generación y comercialización), subsistiendo el riesgo de una coalición entre ellos a fin de manipular el mercado.

En el tránsito desde la modalidad CC (IR en algunos casos), hacia la MA, bajo el esquema de *apertura completa*, habitualmente se ha distinguido el siguiente conjunto de pasos: ajuste de precios; reforma del marco legal; reestructuración (segmentación del sector); y, desincorporación de activos (privatización), aunque es necesario aclarar que *este último paso no es inherente al proceso de apertura*. Lo que se busca en último término es introducir más participantes tanto en el lado de la oferta como en el de la demanda.

Desde la óptica de búsqueda de la competencia, la propiedad de una compañía estatal puede mantenerse intacta si no tiene una posición de control de mercado y si no tiene una situación de monopolio en alguna de las fases de la cadena energética.

ANÁLISIS NORMATIVO

Una referencia directa al marco constitucional fue realizada en la primera parte del presente trabajo. A continuación, se revisa brevemente la normativa relacionada con el tema en dos niveles: las disposiciones marco para el proceso de modernización del Estado (Ley de Modernización y Reglamento); y, la normativa específica sobre la materia (Ley de Régimen del Sector Eléctrico y su reglamento, y el reglamento sobre el control de abusos de posiciones monopólicas en las actividades del sector eléctrico).

28. OLADE, *La modernización del sector energético en América Latina y el Caribe*, p. 37.

NORMATIVA MARCO PARA EL PROCESO DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

1. LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, PRIVATIZACIONES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR PARTE DE LA INICIATIVA PRIVADA (LEY 50, R.O. 349, 31-XII-93).²⁹

En esta Ley deben destacarse los siguientes aspectos:

- En el art. 1, relativo al objeto de la Ley, se establece que ésta fija los principios y normas generales para regular: “c) La prestación de servicios públicos y las actividades económicas por parte de la iniciativa privada mediante la desmonopolización, la libre competencia y la delegación de los servicios o actividades previstos en el numeral uno del artículo 46 (249) de la Constitución Política de la República”. Se evidencia la relación entre apertura a la competencia y procesos de modernización, a la que se hizo referencia en la primera parte del presente estudio.
- En el art. 47 –reformado por el art. 21 del Decreto Ley 2000-1, R.O. 144-S, 18-VIII-2000–, sobre monopolios, se establecen los siguientes aspectos de importancia: prohibición de la existencia de monopolios en cualesquiera de sus formas y la consecuente autorización a terceros para el establecimiento de actividades o la prestación de servicios de igual o similar naturaleza, sin perjuicio de que en el caso de concesiones, licencias o permisos, éstos se otorguen en condiciones de exclusividad regulada,³⁰ solo por un período determinado, con la autorización, mediante decreto ejecutivo, del Presidente de la República o del organismo competente en el caso de los gobiernos seccionales.

29. Esta ley ha sido modificada por los siguientes cuerpos normativos: Ley s.n. (R.O. 693, 11-V-95); Ley 111 (R.O. 852-2S, 29-XII-95); Ley s.n. (R.O. 116, 25-VII-97); Ley 34 (R.O. 194, 14-XI-97); Ley 77 (R.O. 290-S, 3-IV-98); Ley 2000-4 (R.O. 34-S, 13-III-2000); Decreto Ley 2000-1 (R.O. 144, 18-VIII-2000); Ley 2001-56 (R.O. 483, 28-XII-2001), según historial presentado en el sistema electrónico FIEL, de Ediciones Legales.

30. En el glosario de términos contenido en el reglamento sustitutivo del reglamento general de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, se define a la “exclusividad regulada” en los siguientes términos: “Exclusividad Regulada. Es el régimen jurídico que establece el derecho a la prestación de un servicio determinado con exclusión de cualquier otra empresa, de acuerdo con las condiciones previamente establecidas, en un área geográfica y durante un tiempo determinado”.

Adicionalmente, se precisa que:

cuando la concesión de un servicio público implique una posición dominante en el mercado,³¹ su titular no podrá ser propietario, por sí mismo ni por terceras personas, de medios de comunicación colectiva o instituciones financieras. Cada una de estas actividades deberán ser desarrolladas, en forma exclusiva por sus administradores o propietarios.

Sobre el citado art. 47 de la Ley de Modernización, caben los siguientes comentarios:

- La prohibición de monopolios *en cualquiera de sus formas* desconoce la realidad económica de que en algunos casos puede resultar beneficioso que se mantenga esta situación. Al respecto, conviene recordar la cita de Eduardo Sarmiento Palacio, en la primera parte de este trabajo, para quien el mantenimiento de los monopolios naturales en manos del Estado es la situación óptima para el conjunto de la sociedad.
- No existe normativa que determine en forma genérica los casos en los cuales procede la admisión de cuadros de *exclusividad regulada*, a pesar de ser una situación que se presenta frecuentemente en la prestación de importantes servicios públicos, incluyendo la electricidad. Se evidencia una vez más la necesidad de dictar normas reguladoras de la libre competencia en los procesos de modernización.
- La ausencia de nociones claras sobre protección de la competencia a través de la prohibición de prácticas abusivas hace que un concepto que merece especial atención, como el de posición de dominio prácticamente no se desarrolle, limitándose su tratamiento legal en el marco regulatorio de la modernización a la prohibición de propiedad de medios de comunicación e instituciones financieras.

31. Manuel Abanto Vásquez, *El derecho de la libre competencia*, p. 22, ofrece la siguiente explicación sobre el abuso de posición dominante: “Cuando determinadas empresas poderosas realizan acciones que manifiestamente tienden a eliminar competidores o a impedir la entrada al mercado de posibles competidores, sin que estas conductas impliquen una mejora de la productividad o del servicio, se estaría pretendiendo un abuso de posición dominante en el mercado”.

REGLAMENTO SUSTITUTIVO DEL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, PRIVATIZACIONES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR PARTE DE LA INICIATIVA PRIVADA (DECRETO EJECUTIVO 2328, R.O. 581, 2-XII-94)³²

- En el art. 94 se establece que “los concesionarios explotarán sus empresas por su propia cuenta y asumiendo los riesgos comerciales propios de esta clase de actividades bajo los principios de transparencia, libre competencia y eficiencia...”

La posibilidad de realizar privatizaciones dentro del proceso de modernización del Estado ecuatoriano (no descartada para el sector de las telecomunicaciones) agudiza la necesidad de la existencia de normas marco –no bastan las sectoriales– que defiendan a la competencia. De lo contrario, se repetirá lo sucedido en gran parte de Latinoamérica, en donde las privatizaciones en los sectores de utilidad pública “en muchos casos... se han realizado parcial o completamente al margen de legislaciones sobre la competencia”.³³ Esta perspectiva es más alarmante al considerar que en el Ecuador, a diferencia del resto de países latinoamericanos, no existe al momento una ley de protección de la libre competencia.

NORMATIVA ESPECÍFICA DEL PROCESO DE MODERNIZACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO

1. LEY DE RÉGIMEN DEL SECTOR ELÉCTRICO (LEY S.N., R.O. 43, 10-X-96)³⁴

Antecedentes

Como se manifestó, este cuerpo normativo, sustitutivo de la Ley Básica de Electrificación, introdujo al sector eléctrico ecuatoriano en un proceso de

32. Este Reglamento ha sido modificado por los siguientes cuerpos normativos: Fe de erratas (R.O. 594, 21-XII-94); Decreto ejecutivo 2849 (R.O. 736-S, 12-VII-95); Decreto ejecutivo 3202 (R.O. 813-S, 31-X-95); Decreto ejecutivo 4003 (R.O. 993, 22-VII-96); Fe de erratas (R.O. 1 000-S, 31-VII-96); Decreto ejecutivo 167 (R.O. 38, 2-X-96); Decreto ejecutivo 368 (R.O. 82, 4-XII-96); Decreto ejecutivo 649 (R.O. 156, 19-IX-97); Ley 98-12 (R.O. 20-S, 7-IX-98).

33. SELA, *Privatizaciones, desregulación y competencia: un marco de análisis para el estudio de casos en América Latina y el Caribe*, documento publicado en internet.

34. Esta Ley ha sido modificada por los siguientes cuerpos normativos: Ley 50 (R.O. 227-S, 2-I-98);

modernización bajo la modalidad de mercado abierto. En términos generales, entre los aspectos relevantes de esta Ley se encuentran los siguientes:

- a) La segmentación de la prestación del servicio, de manera que la generación, transmisión, distribución y comercialización, se lleve a cabo por varias empresas generadoras –actualmente seis–, una transmisora y varias distribuidoras –actualmente diecinueve–, independientes entre sí, y abiertas a la participación mayoritaria del sector privado nacional e internacional.
- b) En cuanto a la generación: a partir de los activos del INECEL, se previó la conformación de varias empresas, las mismas que, junto con los generadores privados, pueden celebrar contratos a plazo con los distribuidores –o grupos de ellos– libremente pactados o vender a una bolsa de energía a precio de mercado.³⁵
- c) Creación del Centro Nacional de Control de Energía (CENACE),³⁶ entidad eminentemente técnica e independiente, encargada de programar y supervisar la operación del Sistema Nacional Interconectado, además de administrar el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM),³⁷ en el cual se llevan a cabo todas las transacciones comerciales de compra y venta de potencia y energía.
- d) Establecimiento de mecanismos de concesión, permiso y licencia, para que la empresa privada pueda proponer, construir y operar nuevas plantas de generación y solo aquellas de interés nacional que consten en el Plan de Electrificación del Ecuador, sean concesionadas mediante concurso público.
- e) Señalamiento de que la transmisión y la distribución, que son monopolios naturales de carácter nacional en el primer caso y regional en el segundo, estarán sujetas a la regulación de las tarifas y al control de calidad en la prestación de sus servicios.
- f) Creación del Consejo Nacional de la Electricidad (CONELEC),³⁸ co-

Ley 58 (R.O. 261-S, 19-II-98); Ley 98-14 (R.O. 37-S, 30-IX-98); Ley 2000-4 (R.O. 34-S, 13-III-2000); Decreto ley 2000-1 (R.O. 144-S, 18-VIII-2000).

35. En enero de 1999 se constituyeron seis empresas de generación y una de transmisión con los activos del ex INECEL.

36. En febrero de 1999 se iniciaron las actividades del Centro Nacional de Control de Energía (CENACE).

37. En abril de 1999 se iniciaron las actividades del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM).

38. Conformado en noviembre de 1997.

mo nuevo organismo encargado de la planificación, regulación y control del sector eléctrico ecuatoriano.

- g) Creación del Consejo de Modernización del Sector Eléctrico (COMOSEL), como un organismo ejecutor temporal, delegado por el CONAM para el cumplimiento del proceso de modernización del sector eléctrico en el país.

REVISIÓN DE NORMATIVA ESPECIAL SOBRE PROTECCIÓN A LA COMPETENCIA EN EL SECTOR ELÉCTRICO

- En el art. 13, lit. g) se especifica entre las funciones del Consejo Nacional de Electricidad, CONELEC, la de “dictar las regulaciones que impidan las prácticas que atenten contra la libre competencia en el sector eléctrico, y signifiquen concentración de mercado³⁹ en desmedro de los intereses de los consumidores y de la colectividad”. Al respecto, debe tenerse presente que entre los requisitos para ser miembro del CONELEC predominan los de solvencia de conocimientos en el campo técnico y eléctrico, sin que se haga ninguna mención a la necesidad de preparación en campos como el de defensa de la competencia, para el cual se requieren conocimientos especializados. De aprobarse en el Ecuador normativa legal sobre defensa de la competencia, el organismo de control, integrado por personal debidamente capacitado, debería tomar parte activa en cuanto a la fijación de políticas sobre la materia en el sector eléctrico.
- En el art. 31, se señala que entre las obligaciones de las empresas de generación se encuentra la de explotar sus empresas por su propia cuenta asumiendo los riesgos comerciales inherentes a tal explotación, bajo los principios de transparencia, libre competencia y eficiencia. Adicionalmente, se especifica que: “Para asegurar la transpa-

39. Según Radoslav Depolo Rasmilic, “Control de operaciones de concentración y derecho de la competencia”, en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1998, p. 205. “...la concentración supone la reunión permanente de diversas empresas de una industria en un único centro de control y gestión, reagrupamiento que afecta a un mercado determinado –‘mercado relevante’– y genera en él una serie de defectos. Pero la concentración entre empresas no es sólo el reagrupamiento de las mismas, sino también el proceso, los medios por los cuales se lleva a cabo. Surge de aquí una primera distinción, ente operaciones de concentración, por un lado, y concentración como resultado, por otro”.

rencia y competitividad de las transacciones, los generadores no podrán asociarse entre sí para la negociación de contratos de suministro eléctrico o su cumplimiento. Tampoco podrán celebrar entre sí acuerdos o integrar asociaciones que directa o indirectamente restrinjan la competencia, fijen precios o políticas comunes” y que “ninguna persona, natural o jurídica por sí o por tercera persona, podrá controlar más del 25% de la potencia eléctrica instalada a nivel nacional”. Como queda establecido, mediante esta norma se restringe la posibilidad de acuerdos horizontales⁴⁰ contrarios a la competencia. Sin embargo, la prohibición no es absoluta. Al respecto, resulta interesante la revisión del art. 9 del Reglamento sobre el control de abuso de posiciones monopólicas en las actividades del sector eléctrico, al que oportunamente se hará una remisión más detallada.

- En el art. 33 se establece la obligatoriedad del transmisor y los distribuidores –previo pago del correspondiente peaje– de permitir el libre acceso de terceros a la capacidad de transmisión, transformación y distribución de sus sistemas. Como se anotó, esta disposición es de vital importancia dentro del esquema de competencia planteado por el modelo de mercado abierto. Abundando en el tema de protección a la libre participación de actores, en esta norma se establece la prohibición del transmisor y distribuidores de *ofrecer ventajas o preferencias en el acceso a las instalaciones para el transporte de energía, salvo excepciones que se fundan en categorías de consumidores o en diferencias concretas y objetivas que se determinen mediante el reglamento respectivo*. Finalmente, precautelando la idea de la segmentación vertical del mercado, se prohíbe que el transmisor comercialice energía eléctrica.

40. Delio Gómez Leyva, “Las prácticas restrictivas de la competencia. Acuerdos y prácticas concertadas”, p. 149, ofrece la siguiente explicación sobre acuerdos horizontales: “Un acuerdo horizontal es un acuerdo entre empresas del mismo nivel productivo o de la distribución, vale decir, entre empresas en posición de competir, como los atinentes a no competir en precios...”.

Dentro de las modalidades más frecuentes de acuerdos horizontales se encuentran los siguientes: fijación de precios; límites a la producción; acuerdos sobre estándares técnicos; acuerdos para limitar o controlar los mercados; acuerdos colectivos de exclusiva; compra y venta en común; limitación sobre publicidad y promoción”. De acuerdo al reglamento sobre el control de abusos de posiciones monopólicas en las actividades del sector eléctrico, la integración horizontal “Es la que existe entre dos o más empresas o sociedades distribuidoras o entre dos o más empresas generadoras, cuando pertenecen a empresas que dependan societariamente de una misma matriz, aunque no tengan la calidad jurídica de subsidiaria o sucursal; o, empresas que pertenezcan mayoritariamente al mismo propietario, socio o accionista; o, cuando sin llegar a ser accionista mayoritario, controle la administración en una, varias o todo el grupo de empresas”.

- En el art. 34, relativo a las empresas de distribución, se determina la condición de monopolio natural regional de esta actividad. En esta línea, se establece que “El CONELEC otorgará la concesión de distribución, manteniendo a un solo distribuidor por cada una de las áreas geográficas fijadas en el Plan Maestro de Electricidad”. Dada tal naturaleza, el mecanismo para evitar un perjuicio a los consumidores debido al abuso de la posición de dominio del distribuidor se encuentra en los términos del contrato de concesión, en el mismo que, por disposición legal, deben establecerse los estándares de control de los niveles de calidad de servicio, tanto técnicos como comerciales.
- En el art. 35 se establecen casos de excepción en virtud de los cuales las compañías que pertenecen a un sector del mercado pueden realizar operaciones en otro segmento. En este ámbito, el CONELEC podrá autorizar a un generador, distribuidor o gran consumidor a construir a su exclusivo costo y para atender sus propias necesidades una red de transmisión, con la finalidad de entregar energía al sistema de transmisión o recibir energía directamente de un generador, respectivamente, para lo cual establecerá las modalidades y forma de operación.
- El art. 38 es de extrema importancia en la materia que se analiza. Bajo el subtítulo *Prohibición de monopolios y garantías por parte del Estado*, se establece lo siguiente:

Garantía de la segmentación y separación jurídica y económica entre generadores, transmisor y distribuidores, tema que como se vio, en la práctica puede resultar sumamente difícil. A pesar de esta declaración en términos absolutos, en el sistema ecuatoriano sí existe tolerancia para la integración vertical que respete los parámetros de separación económica, como se verá más adelante.

Prohibición expresa de *conductas monopolísticas*:

*tales como la colusión*⁴¹ para la fijación de precios por encima de aquellos que existirían en ausencia de dicha conducta colusiva; políticas predatorias⁴² tendientes a excluir del mercado eléctrico a empresas rivales o a dificultar el in-

41. De acuerdo al reglamento sobre el control de abusos de posiciones monopolísticas en las actividades del sector eléctrico, “de conformidad con la primera parte del segundo inciso del artículo 38 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, se incurre en conducta colusiva cuando dos o más generadores se ponen de acuerdo, en forma fraudulenta, con el objeto de engañar o perjudicar a un tercero”.

42. Según el citado reglamento “son estrategias o acciones de una empresa o un grupo de empresas de generación, transmisión o distribución tendientes a excluir del mercado o afectar adversamente a otros agentes del mercado o a consumidores finales”.

greso de nuevas, especialmente generadores; la discriminación⁴³ en igualdad de condiciones de precios o de tratamiento con respecto al acceso a las instalaciones de transmisión y distribución; y otras similares por parte de los generadores, el transmisor o los distribuidores y que tengan por efecto eliminar o dificultar la libre competencia en el sector eléctrico o perjudicar a los consumidores por la vía de los precios.

Al respecto, caben los siguientes comentarios:

- La expresión *conductas monopolísticas* no es la más acertada. Como se explicó, por expreso mandato legal se contempla la existencia de un régimen de monopolio a nivel nacional —en la transmisión— y a nivel regional —en la distribución—. La ley debía referirse propiamente a conductas que revelen abuso de posición dominante.
- Atendiendo al alcance de términos definidos por el Reglamento para evitar abusos de posiciones monopolísticas en el sector eléctrico, la posibilidad de conductas colusivas se restringe exclusivamente a las generadoras. Parecería que esta restricción no es apropiada, ya que se deja de lado la posibilidad de colusión entre, por ejemplo, distribuidoras y generadoras. Sin embargo, atendiendo al tenor de la ley, en la que se hace referencia a las generadoras en forma especial pero no exclusiva, se puede concluir que el Reglamento ha restringido indebidamente el alcance de la norma legal, y por lo tanto, prevalece la segunda.

Se determina que el CONELEC es el organismo encargado de velar porque no se realicen prácticas que atenten contra la libre competencia en perjuicio de los usuarios, para cuyo efecto podrá iniciar las acciones judiciales a que hubiere lugar. De la misma manera, el CONELEC deberá determinar los mecanismos de reclamación que correspondan a fin de brindar una protección efectiva a los legítimos derechos de los consumidores. Al respecto, se destaca el hecho de ausencia de mecanismos judiciales y administrativos para la defensa de la libre competencia, situación que se deriva directamente de la inexistencia actual de una ley marco sobre la materia. La sujeción a

43. De conformidad al citado reglamento, se entiende por discriminación “el tratamiento desigual a diferentes consumidores que están en iguales condiciones, respecto de la prestación de un mismo servicio. Tal tratamiento está referido a las categorías tarifarias residencial, general y alumbrado público, para los niveles de alta tensión, media tensión y baja tensión o aquellas otras categorías o subdivisiones de clientes creadas por el CONELEC. También se considerará discriminación al tratamiento diferente a grandes consumidores en lo referente al libre acceso y a las condiciones de calidad del servicio en la transmisión y distribución”.

las vías judiciales comunes implicaría un tiempo de resolución excesivamente prolongado en una materia en la cual se requieren decisiones rápidas.

Las compañías que adquieran acciones en las sociedades anónimas, constituidas con activos de propiedad del Estado, no podrán ser relacionadas entre sí,⁴⁴ ni depender societariamente de una misma matriz, aunque no tengan calidad jurídica de subsidiaria o sucursal. Esta norma es especialmente relevante dentro del proceso de privatización de las compañías del sector eléctrico que se pretende iniciar.

Solo mediante la expresa autorización del CONELEC, dos o más generadores o, dos o más distribuidores podrán asociarse en un mismo grupo empresarial o fusionarse. Para escindirse se requerirá igualmente de autorización del CONELEC. El inciso contentivo de esta restricción fue declarado inconstitucional mediante Resolución No. 101-1-97 del Tribunal Constitucional (R.O. 194-S, 14-XI-97). La razón para tal declaratoria de inconstitucionalidad, según puede apreciarse en el considerando décimo tercero de la mencionada Resolución fue considerar que el inciso final del art. 38 de la Ley “permite la posibilidad de que los generadores o distribuidores de energía puedan fusionarse o asociarse entre sí para conformar grupos empresariales, sin limitación, abriéndose así la puerta para que se conformen monopolios privados”. A pesar de que el razonamiento de fondo del Tribunal Constitucional se orienta a defender la competencia, parece ser que en la práctica, con la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso, lo que se hizo fue abrir el camino para que se realicen fusiones o escisiones irrestrictamente, tanto a nivel vertical como horizontal, situación que en alguna medida se ha superado mediante la entrada en vigencia del reglamento sobre el control de abusos de posiciones monopólicas en las actividades del sector eléctrico, en los términos que se señalan posteriormente.

44. En el citado reglamento se establece que “se entiende por empresas relacionadas, ..., aquellas que dependan societariamente de una misma matriz, aunque no tengan la calidad jurídica de subsidiaria o sucursal, o que pertenezcan mayoritariamente al mismo propietario, socio, o accionista; o, cuando sin llegar a ser accionista mayoritario, controle la administración en una, varias o todo el grupo de empresas”.

REGLAMENTO SUSTITUTIVO DEL REGLAMENTO GENERAL
DE LA LEY DE RÉGIMEN DEL SECTOR ELÉCTRICO
(DECRETO EJECUTIVO 754, R.O. 182-S, 28-X-97).⁴⁵

- En este reglamento se ha dedicado el segundo capítulo a la regulación del régimen de competencia aplicable en el sector eléctrico. En términos generales, se enfatiza en aspectos ya enunciados en la Ley de la materia.
- En el art. 6 se subraya el esquema de admisibilidad de competencia según el segmento del sistema eléctrico, así:
 - Todas las actividades y servicios relativos a la *generación* de la energía eléctrica serán prestados por las personas naturales o jurídicas debidamente autorizadas por el CONELEC en régimen de competencia. Complementariamente, en el art. 8 se dispone que “la actividad de generación será desarrollada como un proceso productivo de libre competencia por parte de las personas naturales o jurídicas autorizadas, mediante concesión, permiso o licencia, por el CONELEC...” La decisión de instaurar un régimen de competencia entre generadores se recalca posteriormente en el art. 50 del reglamento que se revisa.
 - La *transmisión y distribución* se ejecutarán como actividades con carácter de exclusividad regulada, al que se hizo anteriormente referencia.

Respecto a la transmisión, en el art. 9 se establece que “la actividad de transmisión será desarrollada a escala nacional por la empresa única de transmisión... con la que se suscribirá el respectivo contrato de concesión”. Posteriormente, el art. 63 del reglamento, vuelve a referirse a las características del sistema de exclusividad en la actividad de transmisión.

Con relación a la distribución, en el art. 10 se anota que:

la actividad de distribución y comercialización será desarrollada por las empresas autorizadas mediante concesión otorgada por el CONELEC, a través de sociedades anónimas, con carácter de exclusividad regulada en las áreas geográficas establecidas en el contrato de concesión. El CONELEC diseñará un mode-

45. Este reglamento ha sido modificado por los siguientes cuerpos normativos: Decreto ejecutivo 820 (R.O. 191-2S, 11-XI-97); Decreto ejecutivo 889 (R.O. 202, 26-XI-97); Decreto ejecutivo 1626 (R.O. 365, 10-VII-2001).

lo de empresa de distribución para cada una de las áreas geográficas a fin de comparar y medir el desempeño de las concesiones otorgadas y de fijar las tarifas a los consumidores finales.

La comparación del desempeño entre las diferentes distribuidoras es un elemento que permitirá regular las condiciones para cada concesionario así como establecer parámetros que permitan una fijación adecuada de tarifas. Adicionalmente, se anota que cuando se vulnera el citado régimen de exclusividad regulada, se estará frente a una situación de *concentración de distribución*.⁴⁶

El art. 68 de este reglamento insiste en el tema del funcionamiento de las distribuidoras bajo esquemas de monopolios regionales.

- En el art. 7 se recalca que le corresponde al CONELEC dictar las reglas especiales que impidan las prácticas que atenten contra la libre competencia en el sector eléctrico y las que signifiquen concentración de mercado en desmedro de los intereses de los consumidores y de la colectividad.

REGLAMENTO SOBRE EL CONTROL DE ABUSOS DE POSICIÓN MONOPÓLICA EN LAS ACTIVIDADES DEL SECTOR ELÉCTRICO (DECRETO No. 1822, R.O. 408, 10-IX-2001).⁴⁷

- Se inicia la revisión de este reglamento, advirtiendo que por el momento sus disposiciones son prácticamente inaplicables, como consecuencia del abandono del proceso de privatización de las compañías distribuidoras, pues en la primera disposición transitoria se especifica que “todas las actividades jurídico económicas que en este reglamento se encuentren reguladas, no serán aplicables para las empresas en las que el Fondo de Solidaridad, en representación del Estado, tenga participación en el capital de éstas, mientras no haya transferido su participación en el capital al sector privado”. Consideramos que esta formulación obedece a una concepción errada, pues en todo caso se requieren normas que eviten el abuso de posición de dominio, y con

46. De acuerdo al reglamento sobre el control de abusos de posiciones monopólicas en las actividades del sector eléctrico se entiende por concentración de la distribución: “convenios o acuerdos entre dos o más empresas distribuidoras dirigidos a desarrollar un poder monopólico, al margen del régimen de exclusividad regulada permitido por la ley”.

47. Reglamento sin modificaciones desde la fecha de su expedición.

mayor razón, si se planea delegar la administración de las compañías eléctricas nacionales a entidades extranjeras.

De todas formas, se revisa el contenido del reglamento con la finalidad de aproximarnos de mejor manera al tema que es motivo de análisis del presente ensayo, y porque consideramos, que varias de sus disposiciones son aplicables aunque no se proceda a la privatización.

- Como se mencionó anteriormente, lo más correcto hubiera sido que el reglamento se refiera al control de abusos de posiciones dominantes, antes que monopólicas.
- Mediante el presente reglamento se busca establecer las normas que eviten actuaciones que: a) vayan en desmedro de la competencia en la actividad de generación; b) afecten el libre acceso a la transmisión y distribución; o, c) afecten los intereses de los consumidores y la colectividad por efecto de la concentración de la distribución (art. 1).
- El Reglamento que se revisa se concentra en los siguientes aspectos:
 - Segmentación de las actividades de generación, distribución y transmisión;
 - tamaño de las empresas, tratando básicamente lo referente a actos societarios de fusión o escisión de las compañías del sector;
 - compra de acciones de compañías eléctricas constituidas con activos del Estado;
 - compraventa de energía;
 - control de abusos de posiciones *monopólicas*; y,
 - procedimientos a seguirse.
- En cuanto a la segmentación de las actividades de generación, distribución y transmisión, cabe citar las siguientes novedades con relación a lo que se había señalado:
 - Las empresas generadoras no podrán distribuir ni transmitir energía eléctrica, ni directamente ni a través de personas naturales, jurídicas o de hecho, creadas por ellas para el efecto, con la excepción señalada al revisar el art. 35 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico (art. 4).
 - Las empresas distribuidoras no podrán generar ni transmitir energía eléctrica ni directamente ni a través de personas naturales, jurídicas o de hecho, creadas por ellas para el efecto. Para los efectos de esta prohibición, no se considerará a la generación con micro centrales hidroeléctricas o sistemas renovables no convencio-

nales de pequeña capacidad, no conectados al Sistema Nacional Interconectado. Además de la remisión a la excepción contenida en el art. 35 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, antes citado, existe expresa remisión a la excepción señalada en el art. 60 de la mencionada Ley, referida a sistemas eléctricos no incorporados (art. 5).

- De acuerdo al art. 6, en la empresa de transmisión no se admitirá que un socio o grupos de socios que tengan el control sean a su vez socios mayoritarios o encargados de la operación de las empresas de distribución o generación.
- La separación económica, entre generadores y distribuidores, entre los cuales existe integración vertical, se da cuando las transacciones de compraventa de energía realizadas mediante contratos a término, son inferiores al 25% de la demanda de energía anual de la distribuidora. De superarse este límite, el CONELEC impondrá la separación correspondiente para el próximo año calendario. Como se observa, en esta norma se establece claramente la diferencia entre separación jurídica y económica de las compañías del sector.
- Sobre el control del tamaño de las empresas, se precisa lo siguiente:
 - De acuerdo al art. 8, para la escisión o fusión de las empresas distribuidoras se requerirá la autorización del CONELEC, la que será emitida con base en los estudios técnicos, económicos financieros y ambientales.

En caso de escisión no podrá crearse una empresa cuya facturación sea menor de seiscientos (600) GWh anuales de energía a sus usuarios finales. En el caso de fusión no se podrá conformar empresas cuya facturación supere el cuarenta y nueve por ciento (49%) del total de la energía facturada en el mercado nacional consolidada por el CONELEC, durante el último año calendario.

Como se aprecia, esta disposición reglamentaria se concentra exclusivamente en la escisión o fusión de empresas distribuidoras, a pesar de que el campo en el que por su naturaleza cabe mayor control de la competencia es el de la generación.

- Según el art. 9, ninguna empresa de generación o grupo de empresas de generación integradas horizontalmente podrá controlar más del 25% de la potencia eléctrica instalada a escala nacional, salvo la excepción prevista en la disposición transitoria primera, literal

D), numeral 2), de la Ley de Régimen de Sector Eléctrico.⁴⁸ De lo expuesto, se colige que se admite cierto grado de integración horizontal, entendida según la definición específica proporcionada en el Reglamento que se revisa, misma que ya fue citada.

- De acuerdo al mismo art. 9, ninguna empresa de distribución o grupo de empresas de distribución integradas horizontalmente podrá controlar simultáneamente los mercados de Quito y Guayaquil.
- Con relación a las compañías que compren acciones en las empresas constituidas con activos del Estado, es decir, con los activos que pertenecieron al INECEL, debe resaltarse que:
 - Las compañías generadoras constituidas con activos del Estado podrán estar bajo el control de empresas relacionadas, siempre que no se superen los porcentajes que implican separación económica, según lo que se enunció anteriormente (art. 12).
 - Las compañías que adquieran la mayoría de acciones en las sociedades anónimas de distribución o que hayan obtenido una concesión para la distribución, no podrán comprar la mayoría de acciones en las compañías de generación constituidas con activos del Estado, a no ser que mantengan la separación económica, es decir, que las transacciones de compraventa de energía realizadas bajo contratos a término, sean inferiores al 25% de la demanda de energía anual de la distribuidora (art. 13). Como se observa, se permite cierto grado de integración vertical⁴⁹ mientras se mantenga un régimen de separación económica.

48. De acuerdo a tal numeral del literal D) de la Primera Disposición Transitoria, reformado por el art. 69 del Decreto Ley 2000-1, R.O. 144-S, 18-VIII-2000, la empresa de generación que se conforme con los equipos, instalaciones y demás activos de propiedad del Estado en la Central Hidroeléctrica Paute, estará exceptuada de la disposición limitativa contenida en el tercer inciso del art. 31 de la presente Ley (según el cual “ninguna persona, natural o jurídica por sí o por tercera persona, podrá controlar más del 25% de la potencia eléctrica instalada a nivel nacional”), pero en ningún caso podrá superar el 33 por ciento de la potencia instalada total existente en el país. Esta disposición estará vigente hasta cuando el CONELEC determine que el incremento de la potencia instalada en el Ecuador permita que dicha empresa de generación cumpla con lo establecido en el tercer inciso del art. 31.

49. Según el glosario de términos contenido en el reglamento que se analiza, integración vertical “es la que existe entre una empresa distribuidora y la empresa transmisora o una o más empresas generadoras cuando pertenecen a empresas que dependen societariamente de una misma matriz, aunque no tengan la calidad jurídica de subsidiaria o sucursal; o, entre empresas que pertenezcan mayoritariamente al mismo propietario, socio o accionista; o, cuando sin llegar a ser accionista mayoritario, controle la administración en una, varias o todo el grupo de empresas”.

- Sobre la compraventa de energía, se establecen los siguientes aspectos de interés:
 - Con el propósito de hacer efectiva la competencia, las empresas distribuidoras convocarán a concursos públicos para la compraventa de energía para dar oportunidad, en igualdad de condiciones, a los generadores que tengan concesión, permiso o licencia otorgado de acuerdo a la Ley. Adicionalmente, en el art. 16 del reglamento se establecen los requisitos de los concursos públicos de compraventa de electricidad destinada a cubrir el mercado regulado. Se dispone que el único criterio que permita la selección sea el del precio, así se llega a determinar que “no podrán servir como base para la adjudicación de ofertas, criterios diferentes del precio tales como: ubicación, clase o tipo de planta, antigüedad o número de unidades de generación, y condición de planta existente o en desarrollo”, lo que parece extremo. Bajo esta lógica, en caso de igualdad de precios, se dispone que la empresa distribuidora comprará la energía a los oferentes que coinciden en el precio en proporción a la cantidad ofertada por cada uno siempre que los precios se mantengan, independientemente de que las cantidades sean proporcionalmente menores.
- En cuanto al control de abuso de posiciones *monopólicas* se determina lo siguiente:
 - Según el art. 19, a los concesionarios y a los titulares de permisos y licencias les está prohibido celebrar cualquier tipo de asociación, contrato, convenio o acuerdo con otros concesionarios u otros participantes en la venta de energía eléctrica *en el mercado eléctrico mayorista*, que pueda tener como efecto, ya sea directa o indirectamente, la creación de restricciones en la competencia, ya sea la colusión en el establecimiento de precios o la ejecución de políticas comunes u otros actos que pudieren afectar a otros concesionarios, grandes consumidores, consumidores finales y titulares de un permiso o licencia.
 - Se establece como responsabilidad del director ejecutivo del CONELEC la prevención, control e imposición de sanciones en primera instancia, de las conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias entre los participantes del sector eléctrico.

También estará a cargo del director ejecutivo del CONELEC el control de acciones conducidas intencionalmente por el transmisor, sin conocimien-

to y autorización del CENACE y del CONELEC, para favorecer el despacho de energía de ciertas plantas generadoras en desmedro de otras, particularmente en los siguientes casos:

- a) Cuando ocasione congestiones en el sistema de transmisión que provoquen un desvío ostensible del despacho programado por el CENACE; y,
- b) Cuando retarde el libre acceso de un nuevo generador, por acciones injustificadas y no previstas en el Reglamento de Libre Acceso a las Instalaciones de Transmisión y Distribución.
 - Al tenor del art. 22, las empresas distribuidoras no podrán impedir que otras personas naturales o jurídicas puedan desarrollar programas o proyectos de Electrificación Rural Descentralizada en zonas alejadas de la red de distribución, siempre y cuando éstos no vayan a ser desarrollados por la empresa distribuidora dentro de los siguientes cuatro años contados a partir de la aprobación del CONELEC y el conocimiento del distribuidor.
- En lo referente al control y a los procedimientos, debe resaltarse lo siguiente:
 - Posibilidad de actuación del CONELEC de oficio o a petición de parte para el control del cumplimiento de sus regulaciones sobre competencia (art. 24).
 - En cuanto al procedimiento, se puntualizan los siguientes aspectos (arts. 25 y 27):
 - a) Quiénes pueden presentar reclamos: los consumidores, las empresas de generación, transmisión o distribución y cualquier otro agente.
 - b) Materia sobre la que puede versar el reclamo: práctica discriminatoria o de abuso de posición dominante.
 - c) Ante quién debe presentarse el reclamo: ante el Director Ejecutivo del CONELEC.
 - d) Establecimiento de sanciones y posibilidad de impugnación:

Primera instancia: director ejecutivo del CONELEC.

Impugnación: Ante el directorio del CONELEC. Las resoluciones de este último podrán ser impugnadas ante los jueces competentes.

Lo dispuesto en el artículo que se analiza, coincide plenamente con el art. 18, lit. d) de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, al tenor del cual, es función del Director Ejecutivo:

Prevenir, conocer y sancionar, en primera instancia, conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias entre los participantes del sector eléctrico, incluyendo a productores y clientes, de conformidad con las leyes y reglamentos correspondientes. Las resoluciones que adopte el Director Ejecutivo podrán ser apeladas ante el CONELEC. Las resoluciones del CONELEC podrán ser impugnadas ante los jueces competentes.

- En el art. 26 se establece que el incumplimiento de las normas del presente reglamento, será sancionado de acuerdo con la ley, sus reglamentos y los contratos de concesión respectivos. A la sazón, debe resaltarse la ausencia de un régimen de sanciones claro a nivel legal o reglamentario para el caso de infracciones que atenten contra la libre competencia. Una vez más, se insiste en la necesidad de un marco general sobre el tema, que supla estos graves silencios. Por el momento, la determinación de sanciones tendría que hacerse vía contrato de concesión.
- De acuerdo con el art. 28, el director ejecutivo del CONELEC podrá iniciar acciones judiciales, civiles o penales, incluyendo medidas cautelares para asegurar el cumplimiento del reglamento. Se enfatiza en el criterio sobre la conveniencia de la instauración de trámites sumarios para el conocimiento de asuntos relacionados con la competencia.

REFERENCIA AL INTENTO DE PRIVATIZACIÓN DE LAS COMPAÑÍAS DEL SECTOR ELÉCTRICO ECUATORIANO

ANTECEDENTE NORMATIVO RELEVANTE

El énfasis de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico en el tema de las privatizaciones fue anteriormente expuesto. Por el momento, debe precisarse que el art. 28 de esta ley es el que se refiere directamente a los mecanismos de inversión y participación del sector privado. Entre los principales aspectos de esta norma, deben resaltarse los siguientes:

- La participación accionaria del sector privado en el capital de las compañías en las que el Fondo de Solidaridad fuese accionista, se podrá realizar mediante la venta de acciones, atendiendo a la naturaleza de la empresa y el mayor beneficio para el Estado y los usuarios.
- La transferencia de acciones de propiedad del Fondo de Solidaridad,

o del derecho preferente para suscribirlas, se llevará a cabo mediante procedimientos públicos competitivos. Para este propósito, el Fondo de Solidaridad pondrá a disposición del sector privado un porcentaje no mayor al 51% de acciones con derecho a voto o suscripción de acciones con derecho a voto en el capital de la empresa.

- De las disposiciones de este artículo, se exceptúa a la Empresa Hidropaute S.A., la que solo se podrá capitalizar en un período no menor de 5 años y luego venderse solo hasta el 49% de las acciones.

LA ESTRATEGIA QUE SE PROPUSO⁵⁰

Los organismos competentes plantearon inicialmente la venta de las acciones de las empresas constituidas en dos etapas: primero las 19 empresas distribuidoras y luego las generadoras y la de transmisión. Según funcionarios de COMOSEL, esta secuencia permitía estabilizar el funcionamiento del mercado eléctrico mayorista, maximizar la recuperación de los ingresos por venta de energía y generar un mayor atractivo entre los inversionistas por las empresas de generación.

Para efectivizar la venta de las acciones del Fondo de Solidaridad en las compañías distribuidoras se conformaron inicialmente cuatro grupos que comprendían a las 19 distribuidoras, de acuerdo a sus características técnicas y a su ubicación territorial.⁵¹ Posteriormente, el número de grupos se redujo a dos.⁵² Más tarde, tras las decisiones del Concejo del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, que fueron de dominio público, se anunció exclusivamente la venta de las distribuidoras de la Costa, y finalmente, se abandonó el proyecto.

Para el caso de las generadoras, a privatizarse en una segunda etapa, se

50. La información puede ser ampliada en las siguientes páginas web: [www.conam.gov.ec] y [www.conelec.gov.ec].

51. Los cuatro grupos se integraron de la siguiente manera: el primero, integrado por Empresa Eléctrica Quito, Norte, Santo Domingo y Sucumbíos (facturación anual: 2 324 Gwh; abonados alrededor de 703 mil); el segundo, conformado por Ambato, Cotopaxi, Riobamba, Bolívar y Los Ríos (facturación anual: 677 Gwh; abonados 384 mil); el tercero, con Azogues, Centro Sur, El Oro y Sur (facturación anual: 829 Gwh; abonados: 411 mil); el cuarto, con Esmeraldas, en el sur Manabí, Santa Elena, Milagro y Galápagos (facturación anual: 1 585 Gwh, abonados: 483 mil).

52. Grupo A: Ambato, Bolívar, Centro Sur, Cotopaxi, Regional Norte, Quito, Santo Domingo, Sucumbíos, Riobamba, Eléctrica Sur. Grupo B: Guayas, Los Ríos (Emelgur), Manabí, El Oro, Esmeraldas, Los Ríos, Milagro, Santa Elena. Información obtenida en *El Financiero*, semana del 16 al 20 de julio de 2001, p. 1.

previó la vinculación del capital privado en un 51% del capital social; más el 10% del que serán beneficiarios los trabajadores del sector.

En cuanto a la empresa de transmisión (Transelectric S.A.) se propuso aplicar el mecanismo de capitalización, cuyo procedimiento habría iniciado de manera paralela con el de la vinculación del capital privado en la generación. Con este propósito, el Fondo de Solidaridad ofertaría los derechos de suscripción de acciones.

PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Antecedentes

- El art. 4, literal a) de la Ley de Creación del Fondo de Solidaridad dispone que serán recursos del Fondo de Solidaridad:

los que provengan de las enajenaciones de la participación del Estado en las empresas estatales, de la transferencia de los bienes de su propiedad y de las concesiones para la prestación de servicios públicos a la iniciativa privada, bajo cualquiera de los mecanismos y modalidades contemplados en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada. Se exceptúan los recursos que pertenecen a la Corporación Financiera Nacional, al Banco Nacional de Fomento y al Banco Ecuatoriano de la Vivienda.

- El art. 30 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana (denominada *Trole II*, Decreto Ley 2000-1, R.O. 144-S, 18-VIII-2000) agregó el art. 4A en el siguiente sentido: “Para la generación de los recursos descritos en el numeral a) del artículo anterior, el Fondo de Solidaridad podrá vender acciones de su propiedad dentro de las limitaciones y procedimientos que dispusieren las leyes especiales al respecto, sin perjuicio de la aplicación de los mecanismos de participación ciudadana”.
- El citado art. 30 del Decreto Ley 2000-1 que agregó el artículo 4A, fue declarado inconstitucional por el fondo y suspendidos sus efectos por la Resolución 193-2000-TP (R.O. 234-S, 29-XII-2000). En su oportunidad, el Tribunal Constitucional hizo el siguiente razonamiento:

[El art. 30 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, al agregar en la Ley de Creación del Fondo de Solidaridad el artícu-

lo 4A, incluye una disposición que contraría el artículo 250 de la Constitución, que establece, en su inciso primero, que el capital del Fondo de Solidaridad, “se empleará en inversiones seguras y rentables y no podrá gastarse ni servir para la adquisición de títulos emitidos por el gobierno central u organismos públicos. Solo sus utilidades se emplearán para financiar en forma exclusiva, programas de educación, saneamiento ambiental, y para atender los efectos sociales causados por desastres naturales”, mientras que la disposición de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana en estudio señala que para la generación de recursos “el Fondo de Solidaridad podrá vender acciones de su propiedad”, lo que implica enajenación del capital de dicho Fondo y, del mismo modo, se plantea la posibilidad de que el Fondo de Solidaridad pueda “constituir fideicomisos mercantiles con acciones de su propiedad”, estas acciones no constituyen utilidades sino que son el capital mismo del Fondo de Solidaridad, lo cual constitucionalmente está prohibido gastarse, por tanto, contradice el art. 250 de la Ley Fundamental].

Como respuesta, el CONAM señaló que el proceso de venta de las empresas eléctricas no se basaba en el art. 30 de la mencionada Ley –que fue declarado inconstitucional– sino en los arts. 249 y 250 de la Constitución.

El 16 de octubre de 2001 el Tribunal Constitucional se pronunció en el sentido de que la declaratoria de inconstitucionalidad antes referida estaba vigente y debía ser respetada por todos los organismos del Estado.

Revisados estos antecedentes se concluye que el proceso de privatización de las empresas eléctricas tal como el gobierno lo había planteado, desde sus inicios estuvo amenazado por una declaratoria de inconstitucionalidad que incidió en una subvaloración de las compañías, por lo que estaba destinado a su abandono.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES GENERALES

- El proceso de modernización en el Ecuador, en términos generales, puede calificarse como caótico, ya que se produce dentro de entornos conflictivos, sin apoyo mayoritario estable y con un alto grado de riesgo, caracterizándose por intentos infructuosos de realizar las reformas. Esta realidad nos conduce a un cuestionamiento de la concepción del proceso de modernización desde sus bases. En el caso específico del sector eléctrico, la primera inquietud es conocer si el modelo de mercado abierto que se instauró a partir de la expedición de

la Ley de Régimen del Sector Eléctrico es el adecuado para la realidad ecuatoriana. Parecería que no, en razón del tamaño y las características del sector eléctrico nacional. Adicionalmente, cabe preguntarse si se analizaron otros modelos, como el de estructura integrada regulada –más acorde, según los expertos en la materia, con el funcionamiento de mercados pequeños–.

Al respecto, concluimos en la necesidad de una reflexión profunda sobre la conveniencia para el país, en atención a su realidad, de los modelos de modernización que se pretenden implantar. El marcado rechazo social y la consecuente introducción de atenuantes y modificaciones que desnaturalizan los esquemas originalmente planteados, agudizan esta necesidad.

- La normativa sobre protección a la competencia en el Ecuador es por el momento escasa y dispersa, habiéndose expedido a niveles sectoriales. Se requiere con urgencia la expedición de una ley marco, a la cual deben ajustarse las normas de cada sector. Dentro de estas normas, es necesario que se establezcan mecanismos judiciales sumarios para el conocimiento de temas relacionados con la competencia. Adicionalmente, el tema de la conformación del organismo de control es de vital importancia.
- A pesar de la difusión del discurso que justifica la realización de procesos de modernización con el fin –entre otros– de alcanzar mayor competencia, las leyes nacionales no han sido concebidas en tal sentido. La simple revisión de los considerandos de la Ley de Modernización del Estado confirma esta tesis.
- Continuando con el postulado anterior, se establece que el tratamiento de la protección de la competencia en la Ley de Modernización del Estado es deficiente. Con la prohibición absoluta de monopolios se desconoce la realidad de los monopolios naturales. Adicionalmente, el tema del abuso de la posición de dominio solo queda enunciado, y se lo vincula exclusivamente con la propiedad de medios de comunicación e instituciones financieras.

CONCLUSIONES SOBRE LA ESTRUCTURA DEL SECTOR ELÉCTRICO Y LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

- El repetido enunciado de la *desintegración vertical obligatoria* no coincide con lo que acontece en la realidad. La misma Ley y los reglamentos sobre la materia admiten ciertas posibilidades de integración vertical, como se demostró en el presente estudio.
- A pesar de que el segmento de generación es el que admite mayor competencia, existen aspectos en los que se excluye a este sector de regulación sobre la materia. Tal es el caso de la normativa referente al control de procesos de fusión y escisión, actualmente regulada exclusivamente a nivel reglamentario.
- En la normativa del sector eléctrico no existe un sistema claro de sanciones para el caso del cometimiento de prácticas restrictivas de la competencia. Este grave vacío legal, por el momento, debe llenarse vía contratos de concesión. Se subraya una vez más la necesidad de contar con disposiciones marco que suplan estos peligrosos silencios en las regulaciones de cada sector.
- Se requiere introducir en la legislación vigente el criterio de especialización en materia de competencia de las personas encargadas de la regulación y control de las actividades del sector eléctrico que integran el CONELEC.
- Es notoria la ausencia de normativa referente a parámetros mínimos que deben incluir los contratos de concesión en materia de protección a la competencia y de mecanismos institucionales de protección a la misma.
- Con fundamento en lo expuesto a lo largo de este trabajo, se concluye la necesidad de aclarar el concepto de *abuso de posición monopólica en el sector eléctrico*, pues en realidad se regula el *abuso de posición dominante*, tema más coherente con la estructura del sector, en el que teóricamente caben varios participantes dentro del proceso de generación.
- Tras el fallido intento de privatización y la consecuente inaplicabilidad del reglamento sobre abusos de posiciones monopólicas en las actividades del sector eléctrico, es prioritario que se actualicen sus disposiciones de conformidad con la realidad actual. Se recalca que la estructura monopólica en el sector eléctrico, concentrada en manos

públicas o privadas, requiere en todo caso de normativa que evite abuso de posiciones dominantes.

CONCLUSIONES SOBRE LOS PROCESOS DE PRIVATIZACIÓN

- En principio, la idea de la conveniencia de privatizar entidades vinculadas con la prestación de algunos servicios públicos que implican monopolios naturales (el caso de la transmisión o de la distribución de energía eléctrica) resulta muy controvertida, pues existen estudios que demuestran que en economías de escala las prestaciones pueden ser más accesibles al público si son prestadas por el Estado.
- Desde la óptica de defensa de la competencia, la realización de privatizaciones en el sector eléctrico no es un imperativo ni aún bajo el modelo de mercado abierto adoptado en el país. Una o varias compañías estatales podrían perfectamente realizar operaciones siempre que exista un efectivo control de abuso de posición dominante. Si aún así se toma la decisión de privatizar, se requiere que estos procesos, especialmente en los que se refieren a sectores de utilidad pública, el organismo encargado de la competencia tenga un activo papel de coordinación con las entidades encargadas de la privatización.
- La reducción del Estado instrumentada a través de privatizaciones y el fomento de la libre competencia –al menos a nivel formal– han sido tendencias muy marcadas en la última década en América Latina dentro de programas de ajuste estructural. Sin embargo, la complementariedad teórica de estos dos conceptos tropieza en la realidad latinoamericana. Las privatizaciones no han sido debidamente planificadas, sino que en muchos casos han representado la alternativa más rápida para afrontar problemas de déficit fiscal. Así, con relación al caso argentino, se plantea:

Contrariamente a lo que pasó en aquellos países que pudieron darse el lujo de planear sus privatizaciones con toda serenidad, en Argentina la urgencia con que se encaró el proceso –sobre todo al comienzo– dio una clara y buscada señal de cambio del régimen económico... en lugar de comenzar vendiendo empresas en sectores donde la competencia era posible, se concretaron ventas de monopolios naturales que requerían elaboradas definiciones de sus marcos regulatorios.⁵³

53. Cita de Bogotá, hecha en el documento del SELA, *Privatizaciones, desregulación y competencia: un marco de análisis para el estudio de casos en América Latina y el Caribe*.

En el Ecuador estaba sucediendo lo mismo al buscar en primer término la privatización de las distribuidoras eléctricas, monopolios naturales regionales, para atraer a los inversionistas, en lugar de iniciar el proceso por el segmento de generación, en el cual, según el modelo implantado por la Ley de la materia, sí cabe competencia.

- La incursión irresponsable en procesos de privatización, sobre todo en sociedades caracterizadas por la presencia de oligopolios –como el Ecuador– lejos de complementar efectivamente el proceso de instauración de economía de mercado, lo dificulta al trasladar importantes masas de activos estatales a un sector minúsculo de la población.
- Un papel importante de los organismos de defensa de la competencia en procesos de privatización consiste en vigilar que no se vendan los activos estatales a precios ínfimos. En el fondo, habría un abuso de posición de dominio. Otro aspecto de gran interés radica en la vigilancia de que no se produzcan concentraciones contrarias a la competencia.
- El diseño de un marco regulador adecuado es una parte esencial de las políticas públicas inmersas en la efectivización de procesos privatizadores. Los sectores de utilidad pública requieren bases reguladoras que ameritan un fuerte trabajo de investigación. En el Ecuador no se realizó esfuerzo serio a nivel de marco regulatorio que permita enfrentar adecuadamente un proceso de privatización. La ausencia de una ley sobre competencia, hasta el momento en que se entrega al comité editorial el presente ensayo, ratifica esta afirmación.
- El abandono del proceso de privatización de las eléctricas que se produjo en el país fue la consecuencia natural del conjunto de situaciones que se pretendieron ignorar: los pronunciamientos del Tribunal Constitucional; la inseguridad de los posibles inversionistas en cuanto a tarifas y rentabilidad –complicada aún más por el congelamiento de tarifas decretada por el mismo gobierno–; la falta de consenso en cuanto al tema que originó posiciones como la del Concejo del Distrito Metropolitano de Quito. Todo esto –factores que incidieron en una subvaloración de las compañías que acentuó aún más el rechazo social– no podía sino conducir al desenlace que es de dominio público.

BIBLIOGRAFÍA

- Abanto Vásquez, Manuel, *El derecho de la libre competencia*, Lima, San Marcos, 1997.
- ALCA, Grupo de trabajo sobre políticas de competencia, “Inventario de leyes y normas nacionales referidas a las políticas sobre competencia en el hemisferio occidental”, [www.alca-ftaa.oas.org/cp_comp/spanish/dlr/dlr_sums.asp].
- Araujo Moreno, María Caridad; López Baquero, Patricio, “Una propuesta para la transformación del Estado”, Quito, V Concurso de Investigación Económica, ILDIS, 1994.
- Banco Mundial, *La política de la competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana. Resumen interpretativo de la conferencia foro de las economías emergentes de mercado*, Buenos Aires, del 28 al 30 de octubre de 1996.
- Betancur, Belisario, “Aproximación al derecho de la competencia”, en *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1996.
- Depolo Rasmilic, Radoslav, “Control de operaciones de concentración y derecho de la competencia”, en *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1996.
- Gómez Leyva, Delio, “Las prácticas restrictivas de la competencia”, en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1996.
- Grijalva, Agustín; Troya, José Vicente, “Elementos para un Derecho de la Competencia en el Ecuador”, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 1997 (inédito).
- Guzmán, Marco Antonio, *Derecho económico ecuatoriano*, tomo I, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 1996.
- Londoño Hoyos, Fernando, “Significado o no del derecho de la competencia”, en *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1996.
- Organización Latinoamericana de Energía, OLADE, *La modernización del sector energético en América Latina y el Caribe*, Quito, s.a.
- Reyes Villamizar, Francisco, “Grupos de sociedades subordinadas, fusiones, concentraciones, compra de activos”, en *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1996.
- Samuelson, Paul; Nodhaus, William, *Economía*, Madrid, McGraw-Hill, 1993.
- Sarmiento Palacio, Eduardo, “Estructuras monopólicas de los servicios públicos”, en *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1996.
- Sistema Económico Latinoamericano, SELA, *Privatizaciones, desregulación y competencia: un marco de análisis para el estudio de casos en América Latina y el Caribe*, 1999.
- Soriano, José Eugenio, “El papel del Estado y de sus agencias en un contexto de regulación”, en *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1996.

Thomas, Steve, “La experiencia de Reino Unido en el sector eléctrico: el mito de la competencia”, en *Compendio de la Primera Conferencia Regional: Consumidores y Servicios Públicos en América Latina: Sectores de Agua, Electricidad y Telecomunicaciones*, Santiago, Consumers International, 1998.

Velilla, Marco, “Una aproximación al concepto de abuso de posición dominante”, en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1996.