

**Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador**

Área de Derecho

**Programa de Maestría en
Derecho de Mercado**

**“La Situación Jurídico-Económica de la libre competencia
en el Ecuador”**

**AUTOR
Fausto E. Alvarado**

2008

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Fausto E. Alvarado
26-09-2008

**Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador**

Área de Derecho

**Programa de Maestría en
Derecho de Mercado**

“La Situación Jurídico-Económica de la libre competencia en el Ecuador”

**AUTOR
Fausto E. Alvarado**

**TUTORA
Dra. María Elena Jara**

Quito

2008

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	10
-------------------	----

CAPÍTULO I

LA FINALIDAD DE LA NORMA Y DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

1.1 Finalidad de las normas de Competencia.....	14
1.2 Objetivo de una Política de Defensa de la Competencia.....	18
1.3 El Interés General o Público de la Defensa de la Competencia.....	24
1.4 La intervención del Estado en la defensa de la competencia.....	29

CAPÍTULO II

ESTRUCTURA NORMATIVA DE LA COMPETENCIA

LA TIPICIDAD DE LAS PRÁCTICAS Y ACUERDOS CONTRARIOS A LA COMPETENCIA

Introducción.....	32
2.1 Disposiciones aplicables a los agentes económicos.....	32
2.2 Los acuerdos colusorios, decisiones colectivas y prácticas concertadas.....	33
2.3 El abuso de posición dominante y el abuso de situación de dependencia económica	
2.3.1 Abuso de posición dominante.....	33
2.4. Las situaciones de dependencia económica.....	36
2.4.1 Abuso de situación de dependencia económica.....	38
2.5 Cartel.....	38
2.6 Monopolio.....	39
2.7 Oligopolio.....	41
2.8 La concentración de agentes económicos.....	42
2.9 Las ayudas otorgadas por el Estado (Ayudas Públicas).....	42
2.10 El mercado relevante y la importancia de su análisis en el Derecho de la competencia.....	44

CAPÍTULO III
ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DEL DERECHO DE LA
COMPETENCIA

3.1 La libertad de industria y de comercio frente a la intervención del Estado en la economía.....	45
3.2 Competencia.....	49
3.3 Libre Competencia.....	52
3.4 Competencia desleal.....	52
3.5 Competencia destructiva.....	54
3.6 Competencia monopolística.....	54
3.7 La protección de los consumidores.....	55
3.7.1 Competencia y Consumidor.....	56
3.7.2 Relación de las Normas de Protección del Consumidor y de la Competencia.....	58
3.7.3 La defensa de la competencia en pro del consumidor: la generación de excedentes.....	59
3.8 Efectos sobre la competitividad.....	62
3.9 La política de competencia y la competitividad de las PYMES.....	63

CAPÍTULO IV
LA INSTITUCIONALIDAD COMO FACTOR FUNDAMENTAL DEL
DERECHO DE LA COMPETENCIA

Introducción.....	66
4.1 Organización de la agencia de competencia.....	66
4.2 Una agencia de competencia factible, legítima y sostenible.....	68
4.2.1 Debe ser autónoma, independiente y técnica.....	68
4.2.2 Evitar la captura política y económica.....	69
4.2.3 Incorporar valor público a través de la eficiencia y credibilidad.....	71
4.3 ¿Cuál debe ser la estructura institucional ecuatoriana?.....	72
4.4 Los pasos que siguen las autoridades son casi siempre los mismos.....	76

CAPÍTULO V
RAZONES JURÍDICAS Y ECONÓMICAS PARA IMPLEMENTAR UNA
NORMATIVA DE COMPETENCIA EN ECUADOR, SUS VENTAJAS E
INSTITUCIONALIDAD

5.1 Constitucional y económico.....	81
5.2 Razones del ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	90
5.3 Comunitario.....	90
5.4 Internacional.....	91
5.5 Qué instituciones tenemos para aplicar dichos instrumentos legales.....	93
5.6 Defensa y promoción de la competencia.....	94
5.7 Ventajas de expedir una ley de competencia para el Ecuador.....	96
5.8 La necesidad básica de crear una cultura de la competencia.....	100
CONCLUSIÓN GENERAL.....	101
RECOMENDACIÓN.....	104
BIBLIOGRAFÍA.....	109
ANEXOS.....	114

RESUMEN

El modelo económico y de mercado de las Constituciones de 1978 y 1998, la adopción de una moneda fuerte como el dólar, los procesos aperturistas y de globalización de los mercados y de la propia economía, pero sobre todo la instauración de una “nueva” Asamblea Constituyente, han provocado una revolución frente al sistema económico y de mercado que debe ser incorporado en la nueva “*Constitución Económica Ecuatoriana*”, nos obliga a definir de manera clara y precisa cual debe ser el papel del Estado frente al mercado, los agentes económicos y sobre todo los consumidores, a través de la respectiva política económica.

La situación micro y macroeconómica en relación con el modelo económico y de mercado que ha sido escogido y establecido a nivel constitucional no han sido desarrolladas, reguladas, ni controladas adecuadamente –a través de la ley secundaria respectiva- para hacer frente a las múltiples fallas del mercado. Todo esto con la finalidad de poder dotar de un verdadero instrumento que permita diseñar una auténtica y efectiva política económica estructural –en especial de una política de competencia-, dirigida a lograr que la economía del Ecuador se sitúe en la senda de un verdadero crecimiento, duradero –sustentable-, competitivo, no inflacionario, generador de empleo, distributivo y no discriminatorio a favor del interés económico general.

La realidad de nuestro mercado y economía, hace que resaltemos aún más que, la eficacia de la política de competencia, no depende sólo de su capacidad para encuadrar determinadas conductas como infracciones y resolver determinados problemas de eficiencia a través de correctivos estructurales o de conducta. Sino también tiene que ver con la posibilidad de generar un ordenamiento jurídico que sea aceptado y respetado por todos los agentes económicos, y de contar con *Instituciones de control fuertes* –autónomas e independientes- capaces de aplicar dicho ordenamiento y que todo esto se sustente en el marco de nuestra *constitución económica*.

Para esto debemos establecer normas de competencia modernas, eficientes, legítimas y eficaces para el Ecuador. Ese es el propósito de este trabajo, el cual pretende recoger información sobre la experiencia internacional para ser tomados en cuenta al momento de su elaboración.

Para finalizar, debemos manifestar que asumimos que la Asamblea Constituyente dejará claramente establecido como parte de los derechos fundamentales, el derecho de la competencia, como parte de la política económica y social de nuestro país.

**A mis padres: José Eduardo y Ana María;
a mi esposa Ivonne; y, a mis hijos:
Ariel Julián y Tomás Joaquín.**

**Agradezco de una manera especial a mi esposa Ivonne,
por su constante apoyo, aliento y ánimo
para poder desarrollar y culminar este trabajo.**

INTRODUCCIÓN

Por varias décadas el Ecuador adoptó –y sigue adoptando- un tipo de política económica caracterizada por el proteccionismo, la sustitución de importaciones, el control de precios -incluidas un sin número de prácticas anticompetitivas y monopólicas- que han tenido su génesis no solo en actuaciones del sector privado sino que muchas de ellas han surgido por decisiones gubernamentales; a esto tenemos que agregar *la participación del Estado en el mercado en calidad de agente económico*, a través de una diversa gama de industrias o empresas de bienes y servicios, que al igual que las empresas del sector privado, muchas veces actúan en detrimento del mercado, impidiendo, distorsionando, y falseando el libre ejercicio de la competencia en un mercado relevante específico.

En medio de este complejo escenario, el Estado y los grupos de poder económico aprendieron a organizarse y actuar dentro de un conjunto de “reglas” que garantizaban, a estos agentes económicos (públicos y privados), la protección contra la competencia nacional y extranjera. Tales reglas o políticas servían para asegurar que ciertos grupos privados consigan o consoliden una posición económica dominante; y, a la par, el Estado también utilizaba este tipo de políticas para lograr mantener a sus empresas en una situación completamente ajena a la competencia (monopolios, oligopolios), incluso a costa de atentar contra los derechos fundamentales de los ciudadanos, en su calidad de consumidores o usuarios de bienes y servicios, los cuales, de acuerdo con los principios legales y de mercado, deben ser prestados de manera eficiente y en las mejores condiciones de calidad y precio –tanto por los agentes económicos públicos como privados- como una manera de asignar y distribuir mejor los recursos.

La economía social de mercado, si bien consta como el sistema económico constitucional ecuatoriano¹, sustentado sobre la base de los artículos de la Carta Fundamental en referencia, debemos manifestar de manera enfática que dicho sistema no ha podido desarrollarse e implementarse de manera adecuada, a través de los distintos mecanismos de política económica entre los que resaltamos como fundamental y prioritario la correspondiente normativa secundaria (ley orgánica), de competencia. Si bien estamos conscientes de que no es el único instrumento para desarrollar el sistema

¹ Según el texto constitucional determinado en los artículos 242 y 244. Constitución Política de la República del Ecuador, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente el 10 de junio de 1998, y publicada en el R. O. 1 de 11 de agosto de 1998.

económico constitucional, estamos seguros que es el principal o uno de los más importantes.

Para poder conseguir el objetivo señalado en los párrafos anteriores, debemos procurar de forma inmediata contar con los instrumentos jurídico-económicos (ley-autoridad), a fin de que por medio de ésta vía idónea, contremos o, de ser el caso, eliminemos el excesivo poder de mercado, que se encuentra en manos de los grupos económicos dominantes, que muchas veces son incluso protegidos por el Estado, ya sean estos públicos o privados.

Se trata de emprender un proceso educativo orientado a cambiar conductas, actitudes y la cultura misma; en este sentido, hay que persuadir no solo a los consumidores sino a los políticos y autoridades en general, que la competencia es mejor que el control de precios²; a los productores, que la competencia es el juego que hay que jugar siempre, sin importar cuán esforzado resulte, porque la competencia contribuye de manera positiva y directa en la eficiencia (competitividad) empresarial ya sea ésta llevada a cabo por empresas públicas o privadas, así mismo, la competencia significa generar un mayor grado de bienestar para todos los consumidores o usuarios, y que se resume de forma diáfana cuando se resalta al interés económico general, como fin último de la libre y leal competencia.

En este contexto, casi siempre la mayor parte de la discusión de la implementación de una ley de competencia tanto a nivel del Ejecutivo, Legislativo como del sector privado se centrará en aspectos relativos a la distribución y la equidad, así como el impacto –negativo- de las prácticas (monopólicas) y acuerdos contrarios a la competencia en la distribución del ingreso; pero, en nuestro caso, la ley ecuatoriana de competencia que promulguemos, claramente debe reflejar la importancia de la *eficiencia económica y el bienestar del consumidor*³ como los principales objetivos de su aplicación.

Por las características propias de nuestro mercado, una ley de competencia debe tener un alcance muy amplio, es decir, que la misma se aplicará a cualquier empresa – léase agente económico-, sea este público o privado, con o sin fines de lucro. De igual

² Müller-Armack, “Economía dirigida y economía de mercado”, Madrid, 1963, pp. 219, Citado por Francisco Hernández Rodríguez, “Precios Predatorios y Derecho Antitrust.- Estudio Comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español”, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 19 y 20.

³ Germán Coloma, “Defensa de la Competencia.- Análisis Económico Comparado”, Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2003, pp. 29 y 30.

manera, se aplicará a toda persona o grupo de personas que se dediquen a cualquier tipo de actividad económica.

Un aspecto que debe ser tomado muy en cuenta, es que, por ser Ecuador miembro de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), nuestro país debe cumplir las reglas de competencia supranacional incluidas en las Decisiones 608⁴ y 616⁵ de la Comunidad Andina, es decir, la norma ecuatoriana de competencia, debe ser armonizada con la normativa Andina antes referida y a su vez –por lo menos en la parte sustantiva- con las normas de competencia de cada país miembro, con la salvedad de que las reglas Andinas de competencia, prevalecerán en la medida en que las actividades en referencia afecten al mercado comunitario andino.

Así pues, trabajar en una temática de esta naturaleza conllevó una serie de reflexiones pero, sobre todo, demostrar la necesidad de implementar una verdadera política y normativa de competencia, motivación que además se sustenta sobre la base de la escasez –por no decir inexistente- de trabajos de investigación relacionados con el Derecho de la competencia en el Ecuador, respondiendo así a una serie de objetivos básicos propios de la investigación académica y profesional. En tal sentido, desde la Universidad Andina Simón Bolívar, a través de su programa de Maestría en Derecho de Mercado, pretendemos ofrecer un trabajo lo más completo posible del desarrollo de la libre competencia en el Ecuador. Esperamos que las consideraciones que en él se desarrollen se conviertan en un referente básico del Derecho de la competencia ecuatoriano.

Un trabajo de esta naturaleza no existe hasta la fecha. La ausencia es especialmente grave dada la importancia que en los momentos actuales tiene a nivel internacional el Derecho de la competencia y, de manera especial, la falta de conocimiento en nuestro medio de la temática de la competencia. Todo esto sumado al creciente interés que esta rama del Derecho está adquiriendo y el papel que está llamado a jugar en el futuro inmediato en nuestro país y región.

Con este breve comentario, debemos resaltar la actualidad e importancia del tema desde un punto de vista jurídico-económico tanto público como privado. Desde la concepción del Derecho Económico, interesa porque a través de la política económica de competencia se establecen pautas para que la actuación de los entes públicos de

⁴ La Decisión 608 “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”, aprobada el 29 de marzo del 2005 y publicada en la Gaceta Oficial No. 1180 de 4 de abril del 2005.

⁵ La Decisión 616 “Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador”, aprobada el 15 de julio del 2005 y publicada en la Gaceta Oficial No. 1221 de 25 de julio del 2005.

cualquier tipo que actúen en el mercado, ya sea como agentes o como autoridades, se ajuste a una determinada política sobre la base de lo que determina la norma reguladora del mercado; y, para los agentes económicos privados, conlleva un conjunto de reglas rectoras del mercado para que las actuaciones de los mismos contribuyan de manera efectiva y eficiente en el desarrollo del mercado y a favor del interés general reflejado en los consumidores, para esto el Derecho de la competencia aporta criterios de legalidad respecto de la actividad mercantil de los diferentes actores del mercado ya sean estos públicos o privados, nacionales o extranjeros.

Citaremos a uno de los más grandes pensadores de la Teoría Económica Moderna que demuestra sin lugar a duda la relevancia del tema que abordamos: “La gente del mismo ramo a menudo se reúne, inclusive para diversión, pero la conversación termina en un acuerdo contra el público, o en algún plan para subir los precios” (Adam Smith, La Riqueza de las Naciones, 1776), esta frase resume la importancia y necesidad de contar con una normativa y su respectiva autoridad que pueda hacer frente a tan inmutable y latente amenaza que muchas de las veces es incluso avalada por el propio Estado (Gobierno).

Con el avance tecnológico, hoy en día, los medios son mucho más sofisticados, pero lo que no ha variado –incluso se puede decir que la misma se ha incrementado- es la aceptación de que la libertad del mercado (empresa) no implica la ausencia de controles mediante los cuales el Estado asegure justamente esa libertad, la equidad y la ausencia de discriminación.

Esperamos que este trabajo contribuya de alguna manera en la implementación de la cultura de la competencia en nuestro país y, al mismo tiempo, se constituya en un referente de consulta para abogados, economistas, administradores, políticos, pero sobre todo de los estudiantes interesados en la defensa de la competencia y el Derecho de la competencia, así mismo, esperamos se vuelva un texto para los cursos tanto de grado y postgrado de las facultades de derecho y economía y un texto complementario de materias tales como economía industrial, derecho económico y análisis económico del derecho.

CAPÍTULO I

1. LA FINALIDAD DE LA NORMA Y DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

1.1 Finalidad de las normas de Competencia

La importancia que se concede a las normas de competencia dentro de la economía y el mercado de un país tiene que ver con establecer un sistema económico que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior. Esta importancia debe reflejarse en los hechos que la autoridad de competencia lleve adelante en su gestión controladora y reguladora del mercado. Pero aquí cabe la gran interrogante: ¿Cuáles son las razones que justifican tal importancia? o ¿por qué defender la libertad y el Derecho de la competencia?

En este punto, nos estamos adentrando en una de las temáticas más delicadas del tema en referencia, esto es, la de definir los objetivos del Derecho de la competencia. La situación va desde prejuicios sociales contra el poder económico, apenas sustentados, hasta cuestiones de análisis económicos serios y rigurosos sobre la base de herramientas económico-jurídicas, hasta planteamientos políticos e ideológicos de la más variada gama. Ejemplo de lo que aquí se asevera paradójicamente lo vemos en el derecho *antitrust*⁶ norteamericano haciendo un comparativo entre su nacimiento y su evolución hasta los actuales momentos. La famosa *Sherman Act*⁷ (VER ANEXOS) de 1890 surgió de la lucha de los granjeros contra el abuso de las compañías ferroviarias y de la expansión de un sentimiento social contrario al poder de las grandes corporaciones que se formaban en aquellos tiempos, antes que de un análisis técnico y riguroso de las consecuencias que las concentraciones puedan causar y su trascendencia en el naciente sistema económico norteamericano⁸. La evolución del derecho *antitrust* norteamericano tiene su apogeo con la implementación a nivel judicial de la llamada *rule of reason*⁹,

⁶ Se conoce con este término la rama de la política económica y del derecho económico relativa a los monopolios y las prácticas monopolísticas. Este término se utiliza principalmente en los Estados Unidos y en el ámbito anglosajón. En Europa continental y en un gran número de otros países, se habla de Derecho o Política de la competencia. Desde el punto de vista analítico, la economía y política antitrust se ha apoyado históricamente en la parte de la economía que se ocupa de estudiar los comportamientos de las empresas cuando están en presencia de diversas estructuras del mercado y de sus consecuencias. La mayor parte de las reglamentaciones antitrust o de defensa de la competencia comporta disposiciones que contemplan elementos de carácter estructural, como monopolios, fusiones, etc., y elementos relativos a los comportamientos de los agentes económicos, como acuerdos de precios, de reparto de mercado, etc. (cfr. OCDE, 1993, pp. 13 y ss).

⁷ Gabriel Martínez Medrano, “Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia”, Lexis Nexis Depalma, Ira ed., Buenos Aires, 2002, pp. 27 y ss.

⁸ Guillermo Cabanellas de las Cuevas, “Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia”, Buenos Aires, Ed. Heliasta S.R.L., 1983, pp. 76 y ss.

⁹ Este término anglosajón se traduce con frecuencia al castellano por “regla de la razón”, cuando más respondería a su esencia traducirlo por “regla de lo razonable”. Tiene su origen en la actitud equitativa de algunos jueces

que ha tenido una variada forma interpretativa dependiendo sobre todo en los últimos años de la evolución de las doctrinas económicas.

Independientemente del caso, nos enfrentamos al dilema de si el Derecho *antitrust* o de la competencia tiene finalidades puramente económicas¹⁰ o si cabe además atribuirle alguna función socio-política. En nuestra opinión, aunque la finalidad del Derecho de la competencia es esencialmente de carácter económico, y además debería fundamentalmente mantenerse así para evitar su desnaturalización y su utilización partidista (populista), no cabe descartar una función complementaria de carácter político, vinculada a la limitación de la concentración del poder económico, no solo pernicioso económicamente, sino peligrosa para el mantenimiento de la democracia por las posibilidades del abuso de ese poder en contra del mercado y de sus principales actores que para el caso son los consumidores en general.

Las finalidades económicas las podemos observar cuando vemos como las restricciones de la competencia a través de las diferentes prácticas anticompetitivas distorsionan y afectan el correcto funcionamiento del mercado. Estas conductas restrictivas como los cárteles y otras formas de concertación entre agentes económicos, como los monopolios y los oligopolios, entrarían dentro de lo que se conoce como *fallos del mercado o mercado imperfecto*¹¹, que obstaculizan su correcto funcionamiento como mecanismo de asignación eficiente de recursos escasos. En este contexto, la

noramericanos que, ante las aberraciones a que conducía a veces el principio indiscriminadamente prohibitorio de la Sherman Act, decidieron aplicar ésta desde la consideración de lo que era razonable de acuerdo con las circunstancias que rodeaban al caso. Actualmente, el término se utiliza de manera general en Derecho de la competencia para expresar la disposición en que se coloca una autoridad o un juez competentes en materia de competencia cuando, para pronunciarse sobre la prohibición de una práctica en principio restrictiva, antes examina y hace un balance de los aspectos favorables y desfavorables que genera la práctica, desde el punto de vista de la competencia y también de la eficiencia. La *rule of reason* se opone, así, al principio de la ilegalidad per se, es decir a la ilegalidad absoluta y automática de ciertas prácticas, y se justifica en el hecho de que ciertas prácticas, a primera vista restrictivas, pueden ser juzgadas, después de un amplio examen, beneficiosas desde el punto de vista de la eficiencia y de la competencia. (cfr. OCDE, 1970, “Glosario de términos relativos a las prácticas comerciales restrictivas”, Defensa de la Competencia- Legislación, Madrid, Ministerio de Comercio).

¹⁰ En este ámbito hay quienes incluso creen que las normas antitrust o de la competencia son económicamente perturbadoras, por lo que deberían desaparecer (nota del autor).

¹¹ Existe competencia perfecta cuando el precio está determinado en el punto de equilibrio, donde se cortan las curvas de la oferta y la demanda, de modo tal que ante un precio más alto inmediatamente disminuirá la demanda y aumentará la oferta, y si el precio descendiera sucederá exactamente lo contrario. Es decir, las empresas carecen de poder para elevar o bajar el precio del producto sin perder mercado. Pero, el supuesto de competencia perfecta es únicamente de laboratorio (modelo). Siguiendo al Premio Nobel Paúl Samuelson, diremos que, en una industria o grupo de industrias (mercado), existe “competencia imperfecta” cuando cada vendedor ejerce algún grado de control sobre el precio del producto. Eso no significa que haya un monopolio, pues los grados de imperfección de la competencia son diversos, siendo la competencia perfecta y el monopolio sólo los extremos del gran abanico de posibilidades. Los grados de competencia dependen de determinados factores, llamados fuerzas competitivas básicas: a) la rivalidad entre empresas; b) el grado de sustituibilidad [diferenciación del producto] existente entre los diversos bienes; c) poder de negociación de los proveedores; d) posibilidad de ingreso de nuevos competidores al mercado [barreras de entrada] y e) poder de negociación de los compradores. En un mercado de competencia imperfecta existen matices. Ver PORTER, Michael, en Estrategia competitiva. Técnicas para el análisis de los sectores industriales y de la competencia”, 27ª ed., Editora Continental, México, 2000, en cita de MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, Control de los monopolios y defensa de la competencia, 1ª ed., Buenos Aires, Depalma, 2002, p. 14.

normativa de competencia tiene la función de corregir o, al menos, paliar esos fallos, de manera que se asegure la eficiencia asignadora del mercado. Emergiendo desde esta perspectiva en un primer plano los intereses de los consumidores¹² sobre los que recaería en gran medida el costo de estas ineficiencias, como ponen claramente de relieve las rentas monopólicas que pueden resultar de los mercados monopólicos o cartelizados, derivadas de los sobrepuestos cargados o trasladados a los consumidores.

Es así que el propósito del Derecho de la competencia a través de la política de competencia, tiene como función primordial beneficiar a los consumidores, sobre la base de que, una economía competitiva es más eficiente que una que no lo es¹³, en otras palabras, el objetivo de las normas de competencia es el de proteger un sistema económico competitivo a través de la eficiencia económica¹⁴ en el mercado con vistas a un mayor bienestar del consumidor¹⁵ y una eficaz asignación de recursos¹⁶.

Un dilema común dentro de la política de competencia es el de definir si la ley debe promover la eficiencia o la equidad entre los productores. En otras palabras, beneficios para el consumidor o protección a la pequeña empresa. En algunos casos, las prácticas desleales contra competidores potenciales limitan la competencia y afectan al consumidor; no obstante, otras veces, los grandes productores -más eficientes- pueden vender a un menor precio que sus competidores más pequeños.

Este ha sido un dilema clásico. Hay quienes defienden la tesis de que la política económica aplicada a través de competencia debería tener como finalidad la promoción del bienestar del consumidor y la eficiencia económica¹⁷, y no la protección de

¹² Los términos del debate en este terreno son, básicamente, las funciones del derecho antitrust o de la competencia en relación con la protección de los consumidores, la redistribución y la protección de los competidores. Para un análisis económico de estas cuestiones, en relación además con la estructura legal antitrust o de la competencia, ver las interesantes consideraciones de POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law.*, versión en castellano "El Análisis Económico del Derecho", Fondo de Cultura Económica, 1era., ed., México 1998, pp. 259 y ss.

¹³ Francisco Cabrillo, "La Modernización del Derecho de la competencia.- En España y la Unión Europea", Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 22.

¹⁴ *Ibidem*, p. 25

¹⁵ *Ibidem*, p. 27.

¹⁶ Ricardo Alonso Soto, "El Interés Público en la Defensa de la Competencia", Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 32

¹⁷ Se ha considerado que los objetivos finales de la competencia y de la regulación son los mismos: conseguir la más eficiente asignación de recursos; L. J. ALDRICH, "Regulatory reform: Hill an injunction of competition cure the patient?", *TUL. L. REV.*, 52, 1978, p. 387. Pero ha de tenerse en cuenta que la "regulación sin embargo, es un pálido sustituto de la competencia real", M GREEN y R. MADER, "Economic regulation vs. Competition: Uncle Sam the monopoly man", *op. Cit.*, p. 883, aportando en nota 76 los argumentos de C. WILCOX, expuestos en "Public policies toward business", 1966, pp. 476-77: "No puede prescribir calidad, forzar la eficiencia o requerir innovación porque esta acción invadiría la esfera de la propia gestión. Pero cuando deja estos asuntos a la discreción de la industria, deniega a los consumidores la protección que aportaría la competencia. La regulación no puede fijar precios por debajo de los costes de la industria por muy excesivos que éstos sean. La competencia lo hace, y la empresa con altos costes se ve forzada a descubrir cualquier manera por la cual bajar los precios y mantener un nivel de beneficios. La competencia tiene este efecto. La regulación no puede fomentar la realización de actividades a favor del interés público ofreciendo recompensas o imponiendo multas. La competencia ofrece ambas posibilidades. . .", CITADO EN

competidores individuales o en su defecto de las PYMES. Estos dos presupuestos se sustentan en las dos vertientes principales del Derecho de la competencia: 1) por un lado está el sistema prohibitivo cuyo principal referente es los Estados Unidos con su famosa *Sherman Act* con sus exponentes centrales los profesores de la Universidad de Harvard Kaysen y Turner¹⁸, destacándose el control del poder de mercado *per se*, derivado de la estructura monopólica del mismo, independiente de su conducta; 2) la otra vertiente es la que surge con el Tratado de Roma de la Comunidad Económica Europea (CEE), en donde si bien no se prohíbe la existencia del monopolio castigándolo *per se*, se tiende a ejercer un estricto control del poder económico y de su ejercicio en aras de un mercado único¹⁹, sancionando la conducta abusiva facilitada por su posición dominante en el mercado que tienda a distorsionar, impedir y falsear la competencia, en detrimento de los consumidores, en otras palabras, lo que se pretende proteger en este caso es el mercado con vistas a un mayor bienestar de los consumidores²⁰, posición que es defendida entre otros por Hayeck, Ropke, Chamberlin, Von Stackelberg o Clark.

Tradicionalmente, las normativas de competencia –anteriormente conocidas como antimonopolio-, presentan una orientación dual, en cuanto a que suelen perseguir dos objetivos, en algunos casos se busca la eficiencia y, en otros, cómo evitar la acumulación de poder económico en detrimento del interés general. Esto pone en manos de la autoridad encargada de aplicarla, una enorme responsabilidad, pues tiene que escoger entre objetivos que muchas veces no son compatibles entre sí. En muchos casos, las pequeñas empresas sólo pueden ser protegidas a expensas de la eficiencia. Además, para la autoridad de competencia también es importante determinar, no sólo si se alcanza el objetivo de la eficiencia, sino también si tales aumentos de eficiencia representan un mayor bienestar para el consumidor.

Así vemos, por ejemplo, que las leyes de competencia en la Comunidad Económica Europea (CEE), Alemania y España han sido diseñadas más para prevenir el abuso de una empresa dominante que para fomentar estructuras e incentivos privados que promuevan la competencia. De hecho, ahora que, en los Estados Unidos de

Luis Cases Pallares, “Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia”, Madrid, 1995, 1ª Edición, Ediciones Jurídicas Marcial Pons, p. 34.

¹⁸ Gabriel Martínez Medrano, “Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia”, Lexis Nexis-Depalma, Buenos Aires, 1era Ed., 2002, p. 29.

¹⁹ Mario Monti, “La nueva política europea de la competencia”, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 16-17.

²⁰ DOUE, C 101/97, de 27 de abril de 2004, num. 13. Vid. Así mismo la citada Comunicación sobre “Una política de competencia proactiva para una Europa competitiva”, esp. Núm. 6, que señala que los estudios empíricos ponen en evidencia cómo las políticas tendientes a fomentar la competencia entrañan ganancias en la productividad, más prosperidad para los consumidores y crecimiento económico a largo plazo.

Norteamérica, los tribunales muestran una tendencia hacia el enfoque de la eficiencia²¹, los objetivos de las normas de competencia se están convirtiendo en la diferencia clave entre la Política *Antitrust*²² de los Estados Unidos y la Política de Competencia de la Unión Europea²³.

1.2 Objetivo de una Política de Defensa de la Competencia

No nos cabe la menor duda de que el entorno económico y social en el que va a desarrollarse el Derecho de defensa de la competencia ecuatoriano, en los actuales momentos, es tan distinto del que existía antes de la década de los ochentas en donde teníamos un sistema económico controlado, el mismo que difiere sustancialmente del sistema de economía social de mercado²⁴ de 1998, que tiene como uno de sus pilares

²¹ EvenI. Rimoldi de Ladmann, “Análisis comparado del derecho de defensa de la competencia”, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 70.

²² Lluís Cases Pallares, “Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia”, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 35-53.

²³ *Ibíd.*, pp. 55-60.

²⁴ La consolidación del capitalismo después de la Segunda Guerra Mundial en todos los países occidentales, altamente industrializados, se debe al hecho que se había entrado en una síntesis exitosa con un programa socio-político de formar una sociedad próspera integrada. Se lograba controlar las tendencias polarizantes que habían caracterizado el desarrollo del capitalismo desde los comienzos de la revolución industrial y que habían dado origen a las crisis cada vez más profundas de las sociedades capitalistas y al proyecto socialista como antítesis fundamental al capitalismo. Al fin de la guerra de 1939-45 no cabía duda en la opinión pública y la clase política de casi todas las afiliaciones ideológicas de que habría que superar al capitalismo o “civilizarlo”.

Los proyectos de un “capitalismo civilizado” que finalmente prevalecerían en todos los países occidentales avanzados utilizaron una gran cantidad de mecanismos más o menos pragmáticos de carácter aditivo. La reflexión teórica de la nueva realidad se encuentra en conceptos como el de la economía mixta, del Estado de bienestar, de la democracia social o el arreglo entre las clases. Como voy a señalar más abajo, hay también una interpretación que ve un conjunto decisivo de factores interdependientes aunque no necesariamente intencionadas.

El concepto teórico que más explícitamente formula el objetivo político de la prosperidad para todos dentro de un sistema económico esencialmente capitalista es el de la economía social del mercado. Este concepto se aplica, en el sentido estricto, al modelo de orden económico, explícitamente elaborado, que le sirvió al primer gobierno de la República Federal de Alemania después de la Segunda Guerra Mundial como pauta para encauzar su política económica. Su configuración teórica se relaciona ante todo con los nombres de Walter Eucken y Alfred Müller-Armack, y su implementación política con el de Ludwig Erhard. Los lineamientos básicos esenciales del modelo caracterizan la constitución económica de la mayoría de las naciones industrializadas de Occidente, aun cuando no necesariamente su reflexión teórico ideológica.

El proyecto de la economía social de mercado se basa en la convicción de que el mercado en combinación con la propiedad privada de los medios de producción (es decir, el rasgo esencial del capitalismo) constituye tanto la modalidad más eficiente de coordinación económica, como también una condición necesaria para garantizar la máxima libertad política. Según esto, es tarea del Estado velar por el buen funcionamiento del mercado. Esto significa, antes que nada, que el Estado le confiere al mercado un margen de acción suficiente y que por principio no interfiere en el “juego” de la oferta y de la demanda. La decisión en favor de un régimen de economía de mercado implica, por lo tanto, de manera esencial una limitación del Estado. Sin embargo, el concepto también compromete al Estado a intervenir activamente en el mercado cada vez que allí se configuren constelaciones de poder - formalmente inobjetables - que afecten seriamente la competencia. Porque es la competencia de la cual depende la eficiencia superior del mercado en la generación de bienestar social. Monopolios y cárteles anulan esta eficiencia, independientemente de que se presenten del lado de la oferta o de la demanda. Será tarea del Estado impedir que éstos se produzcan o hacerlos desaparecer en caso dado. Esto requiere de un Estado suficientemente fuerte para poder actuar en contra de los que tienen poder económico.

Ahora bien, el concepto de la economía social de mercado reconoce explícitamente que ni siquiera un mercado altamente eficiente satisface todas las necesidades de una sociedad. Es por ello que no sólo le atribuye al Estado el derecho, sino incluso la obligación de intervenir activamente dondequiera que se produzca un menoscabo de intereses sociales legítimos. Esta obligación de intervenir abarca tres aspectos: restricción de la libertad del mercado, compensación de fallas del mercado, corrección de resultados generados por el mercado.

fundamentales a la libre competencia. Lamentablemente como sabemos, hasta el día de hoy, no se ha podido implementar una verdadera política de competencia en nuestro país. Esto nos obliga a pensar en los objetivos y ventajas de contar con un régimen jurídico de la libre competencia, para lo cual resulta imprescindible conocer cuál ha sido y es su objetivo a lo largo de su desarrollo conceptual e histórico. Ofrecer algunas reflexiones sobre este tema constituye el propósito principal de este apartado.

Es necesario analizar los objetivos de la política de defensa de la competencia dado que para nosotros esta forma de *intervención estatal* es nueva, pero que no es algo desconocido para otros países, toda vez que la implementación de una política de competencia y su marco regulatorio (ley) viene desarrollándose a nivel mundial desde hace más de cien años (1890).

Si bien las normas de defensa de la competencia han perseguido a lo largo de su historia objetivos “políticos” muy diferentes, e incluso contradictorios en algunos casos, es muy importante entender esta idea para, en la medida en que el Derecho de la competencia se vaya desarrollando en nuestro país, situarle en su justo término los cambios actuales, en tanto en cuanto estos sean aplicables a nuestra realidad social y de mercado.

En este contexto la primera interrogante que debemos formularnos y más aún en un proceso de formación institucional como el que hoy tenemos ante nosotros es, por tanto, la siguiente: ¿para qué queremos una política y norma que defienda la competencia? La respuesta puede parecer trivial: necesitamos un derecho que defienda la competencia porque una economía competitiva es más eficiente²⁵ que una que no lo es, todo esto sobre la base de que la competencia económica constituye el ejercicio propio del derecho fundamental de la libertad de empresa y el compromiso –por parte del Estado- de velar y defender el ejercicio de éste. Así, una de las formas de defenderlo es

Probablemente la aportación más destacada que los padres de la economía social de mercado hicieron al pensamiento político-económico consiste en la clara delimitación que marcaron entre la economía de mercado como conjunto de instrumentos organizativos por un lado, y el objetivo de una sociedad "justa", concebida de manera independiente de aquel, por el otro. De modo expreso, no dejaron librada enteramente a los mecanismos del mercado la distribución del bienestar social. Bien por el contrario, impusieron la vigilancia permanente y, eventualmente, la corrección de los efectos distributivos del mercado con miras a alcanzar mejor el objetivo distributivo, el cual en sí es independiente del mercado. Mientras que el mercado en principio siempre tiene la razón cuando se trata de la asignación de recursos, incluyendo el factor trabajo, esto no es igualmente válido con respecto a la asignación definitiva de derechos de consumo. Si el mercado concede un ingreso muy por debajo del promedio a determinados actores, la concepción de la economía social de mercado no se da por satisfecha con estas circunstancias, sino las considera motivo para una corrección estatal. (Ver. PFALLER Alfred “El concepto de la economía social del mercado y la nueva descivilización del capitalismo en Europa”, Edición Electrónica, Bonn, 1997 FES-Library, 1998. Visitada el 3 de marzo del 2007).

²⁵ Germán Coloma, “Análisis Económico del Derecho.- Privado y Regulatorio”, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, pp. 29 y 30.

el poder evitar aquellas prácticas que puedan afectar, distorsionar, dañar o eliminar a uno de los elementos decisivos en la economía y el mercado como es la competencia entre agentes económicos. Basta mencionar como ejemplo los casos del Japón o la Alemania²⁶ anterior a la Segunda Guerra Mundial y el milagro económico de estos dos países tras la Segunda Guerra Mundial²⁷. Difícilmente puede, en efecto, negarse el funcionamiento eficiente de estas economías. Y, sin embargo, los modelos de desarrollo aplicados no sólo no atribuyeron mayor relevancia a la existencia de mercados competitivos, sino que incluso desde el poder público se fomentó a la concentración de empresas²⁸ y la existencia de una estrecha interconexión entre el mundo de la industria y el mundo de la banca²⁹.

La segunda motivación se basa en un hecho tan simple como incontrovertible: la política de defensa de la competencia no siempre ha buscado la eficiencia económica. No creo que resulte ocioso, a pesar del tiempo transcurrido, recordar unas palabras del discurso del senador Sherman cuando en el año 1890 defendió en el Congreso de los Estados Unidos la ley que lleva su nombre: "La unión del espíritu emprendedor y el capital no se conforma con la creación de sociedades y corporaciones que compiten entre sí. Por ello, se ha inventado una nueva forma de asociación denominada *trust*, cuyo objetivo es evitar la competencia mediante la coordinación de las sociedades y las personas que actúan en un determinado sector ofreciendo el poder a un número pequeño de personas y, a menudo, a una sola (...) El único objetivo de tales asociaciones es hacer que la competencia resulte imposible (...) La ley del egoísmo, sin el control que la competencia supone, lleva a dejar de lado los intereses de los consumidores (...) Si en su día no nos sometimos a un emperador, no deberíamos someternos ahora a un autócrata

²⁶ Lluís Cases Pallares, "Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia", Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 657.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ El Presidente del Bundeskartellamt, Wolfgang Kartte, expone con claridad la situación de la competencia de la economía alemana antes de la Segunda Guerra Mundial, en un proceso de concentración iniciado con anterioridad: "El Tribunal del Reich había declarado lícitos los cárteles en 1897, a los cuales llamaba "hijos de la necesidad". Este Tribunal resolvió que estaba dentro de la autonomía privada de la empresa renunciar a la libertad mediante convenios de cártel. Con ello se rompió un dique de contención, desbordado por una avalancha arrolladora de fundaciones de cárteles. Pronto Alemania llegó a hacerse conocida como "país de cárteles" entre las naciones industriales. En la Primera Guerra Mundial fue aprovechada la economía "cartelista" para fines de guerra, apretando más todavía las argollas que amordazaban la competencia. En 1925 estaba excluida la competencia por el apareamiento de cárteles en unos 2500 mercados industriales...", Leyes sobre competencia. Materiales sobre política y sociedad en la República Federal de Alemania, Bonn, 1990, p. 8. Citado por Lluís Cases Pallares, "Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia", Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 658.

²⁹ *Ibidem*.

el comercio, con poderes para evitar la competencia y fijar el precio de cualquier producto”³⁰.

Esta visión populista, que pone el objetivo fundamental de la política de defensa de la competencia en evitar la concentración de poder y sus efectos sobre el conjunto del sistema económico y social, no se dio sólo en los Estados Unidos. Por ejemplo, en la introducción de normas antimonopolio en la joven República Federal de Alemania desempeñó un papel importante la estrecha conexión que el gobierno nacionalsocialista había mantenido con los grandes consorcios de la industria alemana y la idea de que el rearme habría encontrado muchas más dificultades en un país cuya actividad económica hubiera estado sometida a la competencia³¹.

Tras los cambios experimentados por la política de la competencia en las últimas décadas, puede decirse que existe hoy un acuerdo bastante general en, al menos, dos aspectos del problema. En primer lugar, hay acuerdo con respecto a la conveniencia de que exista algún tipo de política de defensa de la competencia³². Y, en segundo lugar, se acepta que el objetivo de tal política debe ser un incremento de la eficiencia económica y un bienestar para los consumidores³³. Es en este sentido en el que hay que entender los cambios experimentados en la jurisprudencia norteamericana y europea a la que antes se hizo referencia, lo que incluye una nueva interpretación de algunos conceptos técnicos y determinadas conductas consideradas tradicionalmente contrarias a la competencia. Ejemplo de los primeros puede ser la definición de lo que son precios predatorios; y de las segundas, la aceptación de determinadas exigencias contractuales en algunos supuestos de integración vertical.

En las dos últimas décadas, la política de defensa de la competencia ha tenido que adaptarse a las nuevas situaciones que han ido surgiendo en el ámbito económico en muy diversos sentidos. Algunas tienen un carácter general y afectan a un gran número de países. Se trata, por ejemplo, de los nuevos problemas aparecidos como consecuencia de la liberalización y desregulación de sectores que habían venido siendo controlados directamente por el sector público³⁴.

³⁰ Francisco Cabillo, “Objetivos de una Política de Defensa de la Competencia”, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, Madrid-Baerelona, 2005, pp. 22 y 23.

³¹ Luis Cases Pallares, “Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia”, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 657-659.

³² José María Beneyto Pérez, “Tratado de Derecho de la competencia”, Bosch, Barcelona, 2005, p. 60.

³³ Luis Antonio Velasco San Pedro, “Derecho Europeo de la Competencia.- Antitrust e Intervenciones Públicas”, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 93 y 94.

³⁴ Lucía López de Castro García-Morato, “La Competencia en Sectores Regulados.- Regulación Empresarial y Mercado de Empresas”, Fundación de Estudios de Regulación, Comares, Granada, 2003, pp. 7-11.

Al hablar de la competencia en sectores regulados, nos enfrentamos a la introducción de competencia en el suministro de servicios distribuidos mediante redes, situación que plantea en efecto, un problema distinto de los tradicionales, ya que se intenta aplicar regulaciones que permitan la entrada de competidores en mercados dominados, generalmente, por el antiguo monopolio público³⁵. En otros casos, los procesos de integración económica³⁶ han obligado a reconsiderar el ámbito en el que deben actuar las autoridades de defensa de la competencia y a replantearse³⁷, en cada supuesto concreto, los cambios experimentados por los mercados, como consecuencia de la desaparición de restricciones al comercio en un área económica determinada; y la incoherencia, por tanto, de limitar el mercado a las dimensiones que tenía en una economía con un grado de apertura más reducido.

No procuramos, sin embargo, entrar en estas cuestiones, que exigirían un tratamiento mucho más detallado que el que es posible ofrecer en este trabajo. Las reflexiones que siguen van, en cambio, dirigidas a principios generales referidos al funcionamiento de la política de defensa de la competencia en el futuro inmediato. Nos gustaría, en primer lugar, llamar la atención sobre algunas interpretaciones políticas del comportamiento de las autoridades de defensa de la competencia.

Señalábamos al principio de estos comentarios que, en sus orígenes, la política antimonopolio tuvo un claro componente populista en el sentido de defender al individuo y al conjunto de la sociedad³⁸, que sería desplazado, con el paso del tiempo, por un enfoque más técnico basado en consideraciones de eficiencia³⁹.

Otro punto que nos parece interesante resaltar es el peligro que existe en nuestros días de que puedan producirse abusos en la aplicación de la política de defensa de la competencia y ésta pueda llegar a ser utilizada para frenar el desarrollo de empresas eficientes con la excusa de que constituyen una amenaza para la libre competencia. La estrategia consistiría en lanzar ataques contra competidores que han tenido éxito en su política de ampliar su cuota de mercado mediante conductas no dañinas para la competencia. Se trataría de intentar volver a condenar una cuota elevada de mercado

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Benito Arruñada, "Economía y derecho en la nueva política comunitaria de competencia", Bosch, Barcelona, 2002, pp. 52-54.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Lluís Cases Pallares, "Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia.- El Sistema de los Estados Unidos de América de Superposición de Ordenamientos y de Administraciones en materia de Antitrust", Marcial Pons, Barcelona, 1995, pp. 451 y 452.

³⁹ Germán Coloma, "Defensa de la Competencia.- Análisis Económico Comparado", Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2003, p. 30.

por el hecho de serlo o, por ejemplo, una política de precios bajos simplemente porque son inferiores a los de los competidores.

Dentro de este proceso evolutivo, debemos hacer referencia a la gran calidad técnica que han alcanzado en los últimos años los argumentos presentados ante los tribunales en casos de defensa de la competencia. Los conocimientos de la teoría de la organización industrial se han desarrollado en forma notable, y lo mismo ha sucedido con la capacidad para analizar algunas variables económicas importantes en temas de competencia. Esto nos lleva a apuntar dos cuestiones muy relevantes para el futuro de la política de defensa de la competencia: en primer lugar, la necesidad de que las agencias públicas den un salto hacia delante en lo que se refiere a la calidad de sus estudios; lo que implica, a su vez, la búsqueda de mejores profesionales y su formación permanente. Y para ello harán falta, seguramente, más recursos económicos. Sólo así se podrá evitar que los equipos técnicos que asesoran a las grandes compañías sean, con gran frecuencia, bastante mejores que los de la propia Administración Pública.

Un punto sobre el que nos gustaría hacer una reflexión es la creciente relevancia de los aspectos internacionales de la política de defensa de la competencia. En las páginas anteriores, se ha hecho mención de los cambios que para esta política implica un proceso de integración y cooperación⁴⁰ económica, y al diferente tratamiento que, a un mismo caso, pueden dar agencias o tribunales situados en países distintos⁴¹. Son sólo dos ejemplos de lo que sucede en una economía internacional⁴² cada vez más abierta. Y un tema al que habría que prestar cada vez mayor atención. En los acuerdos de Doha, la Organización Mundial de Comercio dio pasos importantes para integrar la defensa de la competencia en un modelo de comercio multilateral libre⁴³. Es cierto que los avances en el desarrollo de tales acuerdos han sido muy limitados. Pero la realidad es que no tendría ningún sentido que las diferencias que existen en temas de defensa de la competencia siguieran produciendo el efecto de crear dificultades a la integración económica internacional.

Una conclusión importante de este breve recorrido por la evolución de los objetivos de la política de defensa de la competencia y los principios que, en mi opinión, deberían inspirar al proyecto de ley ecuatoriano es que una de las

⁴⁰ José María Beneyto Pérez y Jerónimo Maillo González-Orus, “El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia.- Descentralización, análisis económico y cooperación internacional”, Bosch, Barcelona, pp. 407-460.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

características básicas de las economías de mercado es su carácter dinámico. Para conseguir el éxito, las empresas deben innovar continuamente tanto en lo que se refiere a su tecnología y modos de producción como a su organización y estrategias de mercado. La competencia no va a adoptar, por tanto, siempre las mismas formas, y el derecho que debe protegerla tiene que adaptarse continuamente a tales cambios.

1.3 El Interés General o Público⁴⁴ de la Defensa de la Competencia

Dentro de los sistemas de economía (social y solidaria) de mercado se destaca, como uno de los principios básicos, el de la libertad de empresa o libertad de iniciativa económica. Esto lo podemos traducir en el reconocimiento (garantía) constitucional de que todo ciudadano tiene el derecho a desarrollar libremente una actividad empresarial y a ejercerla en un marco concurrencial en el que impere la libre y leal competencia.

A la vista de este reconocimiento constitucional interesa destacar dos cuestiones: En primer lugar, que el citado principio de libertad de empresa o libertad de iniciativa económica no aparece consagrado en términos absolutos, sino que está sometido a diversas limitaciones que se derivan de la protección de otros intereses socialmente considerados de naturaleza prioritaria, frente a los cuales cede el derecho individual a la libre iniciativa económica. Pero no se debe olvidar que, incluso en este contexto, la regla general es la libertad de empresa y su corolario la existencia de competencia en el mercado y la excepción es la regulación o la intervención administrativa del Estado; y, en segundo lugar, que el Estado a través de los poderes públicos está obligado a defender la competencia, mediante el fortalecimiento de los mecanismos de mercado y procurando impedir que los agentes u operadores económicos desvirtúen el sistema mediante la realización de prácticas contrarias a la competencia.

Asimismo, el principio de la libre competencia se configura en el ámbito de la Comunidad Andina⁴⁵ como un instrumento esencial para el logro del objetivo último del

⁴⁴ Interés General o Público.- Por oposición al término interés particular, el interés general o interés público remite al interés de la mayoría. Esta noción se encuentra muy arraigada en la tradición cultural latinoamericana -incluida la ecuatoriana-, y la misma sirve de fundamento a la propia organización política y a la acción pública o colectiva. Se trata, sin embargo, de un concepto muy abstracto, susceptible de dispares interpretaciones en su aplicación. De hecho, detrás de toda ideología y de toda forma de acción pública o colectiva, incluso de las que condujeron a las mayores catástrofes y sacrificios humanos, ha estado siempre anidando el ambiguo concepto de interés general. Como dice Suárez Suárez: "se trata, sin embargo, de un hermoso concepto en el que encuentran acomodo desde las aspiraciones sociales más elementales hasta las más grandes utopías. Sería como una estrella que brilla, unas veces a ras de suelo, otras a mayor altura, a la que todos quieren dar alcance". Suárez Suárez, "Diccionario de Economía y Administración", Madrid, McGraw-Hill, 1992, p 155.

⁴⁵ Ver los artículos 93 y 94 del Acuerdo de Cartagena, y las Decisiones 608 y 616 de la Comisión de la Comunidad Andina de 29 de marzo de 2005 y de 15 de julio de 2005, publicadas en la Gaceta Oficial 1180 y 1221 respectivamente, son las normas sobre las que se sustenta el objetivo de poder establecer un mercado único.

Acuerdo, que no es otro que la consecución del mercado único. Por este motivo el mencionado Acuerdo impone tanto a las Instituciones comunitarias como a los Estados miembros dos obligaciones fundamentales: En primer lugar, la de procurar la existencia de competencia en el mercado, para lo cual deberán promover políticas enfocadas a estos aspectos. Y, en segundo lugar, una vez que la competencia exista, la de tratar por todos los medios de que aquélla no sea restringida o falseada, para lo cual será necesario desarrollar políticas activas de defensa de la competencia aplicadas y defendidas a través de la autoridad (Superintendencia) llamada a controlar, proteger y promover la concurrencia en el mercado.

En este contexto, la competencia, entendida como la pugna por la conquista del mercado de modo que prevalezca la eficiencia, se convierte en un elemento básico del modelo económico de mercado, ya que constituye el mejor medio para lograr que los agentes económicos utilicen de modo eficiente sus recursos productivos, reduzcan progresivamente sus costes para conseguir mayores cuotas de mercado, al mismo tiempo que se desarrollen nuevos productos para captar más clientes. En definitiva, la competencia acrecienta la eficacia del sistema al conseguir que los recursos productivos se asignen de la mejor manera posible, que sólo sobrevivan los agentes económicos más eficientes y que los consumidores tengan a su alcance más y mejores productos y servicios a menor precio, lo que amplía extraordinariamente su capacidad de elección y su grado de satisfacción.

Conviene, sin embargo, tener en cuenta a este respecto dos factores que relativizan las afirmaciones anteriores: En primer lugar, que, en la práctica, no suele darse el llamado modelo de competencia perfecta⁴⁶, fundamentalmente por las siguientes razones: a) por las propias imperfecciones de los mecanismos de mercado, ya que, de un lado, suelen estar ausentes algunos de sus presupuestos esenciales

⁴⁶ El término competencia perfecta es un concepto que hace referencia a la situación ideal de un mercado en el que se cumplieran simultáneamente las siguientes cuatro condiciones: a) homogeneidad de la mercancía, que lleva a que no haya razones objetivas para preferir entre productos de la misma clase; b) oferentes y demandantes en gran número (mercado atomizado), sin que ninguno de ellos pueda ejercer una influencia sensible sobre el precio (todos son precio-aceptantes); c) información completa y perfecta, sin costes para oferentes y demandantes, para tomar decisiones de producción y consumo (no hay costes por la información); d) movilidad completa de los recursos (inexistencia de barreras de entrada y de salida). Bajo estas condiciones ideales, los bienes o servicios son producidos o prestados en cantidades tales que sus precios se igualan a sus costes marginales precisamente en el punto en que éstos coinciden con los costes medios mínimos respectivos. Es evidente que estas condiciones responden a una concepción ideal (abstracta) sin correspondencia práctica posible, sencillamente porque en el mundo real las cosas no son así. Esta misma irrealidad hace que el modelo de competencia perfecta carezca de utilidad para la política de competencia, aunque pueda tenerla para otros fines. La corriente principal de economistas dedicados al tema de la política de competencia prefieren utilizar como referencia el concepto más realista y útil a sus efectos, de competencia practicable J. M. Clark 1940.

(comportamientos racionales de los operadores económicos, información completa y similar, transparencia, inexistencia de economías de escala, presencia de monopolios, etc.) y, de otro, existen externalidades positivas o negativas (imposición de costos o atribución de beneficios a terceras personas que no reciben una compensación adecuada o pagan por ellos); b) por las intervenciones reguladoras de la administración pública (precios autorizados, limitaciones a la entrada en el mercado, etc.); c) por la existencia de comportamientos empresariales anticompetitivos (algunos empresarios prefieren pactar en lugar de competir o abusan de su poder de mercado o de su derecho de libertad de empresa); d) porque el libre juego del mercado no siempre permite satisfacer determinadas demandas económicas (prestación universal de servicios básicos, reconversión industrial, desarrollo regional, etc.) Y, en segundo lugar, que un sistema de libre competencia llevado a sus últimas consecuencias (la llamada competencia salvaje) puede producir efectos contrarios a los perseguidos. Por ello, no debe excluirse una intervención del Estado promoviendo la introducción de competencia en los sectores regulados (política de liberalización), estableciendo un conjunto de normas que garanticen su existencia y la protejan frente a todo ataque contrario al interés público (Derecho de la competencia) y desarrollando una política activa de defensa de la competencia (política de competencia como parte integrante de la política económica).

Como hemos visto, el Derecho de la competencia entendido como mecanismo de impulso y defensa del sistema de economía social de mercado y como modo de impedir los excesos de la libertad de empresa, nace cuando se trasciende la concepción clásica de la autonomía de la voluntad y se impone como modelo económico un auténtico orden competitivo que opera como límite de ésta. De conformidad con esta concepción, el Estado debe ordenar la concurrencia para lograr el máximo aprovechamiento de los recursos productivos dentro del mayor grado de libertad económica o, lo que es lo mismo, debe velar por la existencia de competencia en el mercado y evitar que se produzcan prácticas monopolísticas y otras que la impidan y distorsionen, en detrimento del interés común y del mercado.

En este contexto, la defensa de la libre competencia se configura a través de la actuación de los poderes públicos en un elemento estructural del mercado cuya existencia interesa –como vemos- tanto al Estado como a la sociedad, de modo que entra a formar parte del llamado orden público económico, puesto que, a partir del reconocimiento legislativo (constitucional, ley orgánica y reglamento) de dicho principio, no podrán establecerse medidas o prácticas contrarias a esta libre

competencia⁴⁷. Conviene resaltar a este respecto, sin embargo, que la finalidad de la normativa en referencia es la protección o defensa de la competencia en beneficio del mercado y no la tutela de los competidores o de otros operadores o agentes económicos que puedan verse afectados por la existencia de prácticas contrarias a la competencia. La consideración de que las normas de defensa de la competencia forman parte del denominado orden público económico conlleva una serie de consecuencias que seguidamente se analizan de forma somera:

a. El interés público como límite con respecto a la actuación de los poderes públicos y de los particulares. La idea de interés público comporta, como se ha indicado con anterioridad, una limitación a la libertad genérica de los particulares de configurar las relaciones económicas privadas y también una frontera que las administraciones públicas deben respetar a la hora de actuar frente al mercado.

Según esto, los particulares pueden crear empresas y desarrollar una actividad económica con plena libertad de criterios sin más límites y condiciones que las de que sus fines sean lícitos y, por tanto, se respeten las reglas de competencia. El Derecho de la competencia se configura de este modo como un límite que no se puede sobrepasar bajo amenaza de sanción.

Igualmente, todas las actuaciones de los poderes públicos referidas al mercado deben responder a un interés público, tanto si se trata de actos de autoridad como si son actuaciones económicas o empresariales. En este sentido, la administración pública no podrá adoptar medidas legislativas o reglamentarias que generen restricciones de la competencia no justificadas en función de otros intereses generales o que obliguen o permitan a los operadores económicos la realización de prácticas contrarias a la competencia.

b. El interés público como límite con respecto a la aplicación del Derecho de la competencia. El interés público se configura también como un límite en relación con la aplicación del Derecho de la competencia, tanto en el caso de que ésta se realice por las autoridades administrativas de defensa de la competencia nacional o comunitaria, como si se realiza por la jurisdicción ordinaria.

En efecto, la presencia de un interés público es un requisito consustancial a la normativa de la competencia que la inspira y la dota de sentido, de modo que su ausencia determinará que el Estado pierda su legitimación para intervenir y que los

⁴⁷ Ricardo Alonso Soto, “El Interés Público en la Defensa de la Competencia”, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 34.

particulares recobren la plena libertad para configurar sus relaciones privadas con la única salvedad del perjuicio de tercero. En consecuencia, la afectación del mencionado interés público se presenta como un requisito esencial para la aplicación de las normas de competencia y su falta implicará la imposibilidad de aplicarlas.

A nuestro juicio, el interés público ha de obrar como límite de la actuación administrativa por parte de la autoridad al momento de intervenir (sancionar o reestablecer), de modo que no podrá resolver en contra o prescindiendo de las normas que regulan la competencia y deberá actuar en beneficio del mercado, favoreciendo la eficiencia económica. Asimismo, el juez deberá resolver sobre la transacción acordada por las partes en función del interés público de preservar la competencia en el mercado.

Cuestión diferente es la que se refiere al desistimiento de la parte demandante, pues al actuar en defensa de su propio interés particular, podrá disponer libremente del mismo.

c. Conflicto entre diversos intereses públicos, que sería una especie de cuestión adicional relativa a los conflictos de intereses, que puede enunciarse en los siguientes términos: ¿qué sucede cuando se enfrenta el interés público de la defensa de la competencia con otros intereses generales que son también objeto de tutela jurídica?

El tema no es nuevo y se ha planteado y resuelto algunas veces en la legislación de competencia fundamentalmente en materia de autorización de acuerdos anticompetitivos, de control de las operaciones de concentración económica y de conflicto con respecto a la prestación de servicios públicos.

Así, por ejemplo, no es difícil encontrar exenciones de la prohibición de acuerdos anticompetitivos con base en la consecución de objetivos de interés general, como el crecimiento económico, el aumento de las exportaciones, el progreso técnico o económico o la protección de otros valores diversos que se consideran de interés general. Como vemos, las soluciones del Derecho de la competencia no tienen mayor valor que otras en el debate de cómo organizar los distintos sectores de la actividad económica, y en determinados casos pueden prevalecer estas últimas frente a aquéllas, siempre dentro de determinados límites.

En conclusión, en caso de conflicto de intereses, el interés público de la defensa de la competencia puede ceder frente a la presencia de otros intereses generales en juego.

d. El sometimiento a arbitraje como un sistema jurídico de solución de conflictos consistente en que las partes en litigio deciden que sus diferencias sean resueltas por una o varias personas que emitirán una decisión obligatoria.

Ahora bien, dada la naturaleza jurídica de las normas de defensa de la competencia y la presencia de un interés público en juego, cabe preguntarse si es posible el arbitraje en esta materia.

Con respecto a esta cuestión, la discusión se ha centrado preferentemente en la necesidad de respetar las normas de competencia, que son normas de obligado cumplimiento, con independencia de lo que las partes hayan podido establecer en su compromiso arbitral. Se trata de normas de naturaleza pública que forman parte, como ya se ha indicado con anterioridad, del denominado orden público económico, cuyo objetivo primordial es la defensa de un interés público consistente en que operen los mecanismos de mercado, dejando al margen el interés que puedan tener los particulares en el caso concreto⁴⁸.

Así pues, la aplicabilidad de las normas de competencia no sería arbitrable en el sentido de que dichas normas al ser de aplicación obligatoria, el árbitro tiene que aplicarlas necesariamente al caso sometido a su consideración, incluso aunque no hayan sido invocadas por las partes. De lo contrario, es decir, si los árbitros ignoran la norma de orden público, el laudo arbitral no será ejecutable y quedará invalidado.

1.4 La intervención del Estado en la defensa de la competencia

En el marco anteriormente indicado, se desarrolla y cobra un papel decisivo el denominado Derecho de la competencia, que supone la intervención del Estado en el ámbito de las relaciones privadas en defensa de un interés general o público consistente en que el mercado funcione. En efecto, la intervención se produce para regular determinados comportamientos que se desarrollan en el mercado, tales como los acuerdos o contratos entre agentes económicos, las estrategias empresariales en materia de producción o distribución de bienes o servicios o las formas de estructuración de las empresas o grupos empresariales, y que pertenecen al ámbito de las actividades privadas reguladas por los principios de libertad de iniciativa económica o autonomía de la voluntad económica.

⁴⁸ Alfonso Rincón G., “La arbitrabilidad del Derecho de la competencia: especial referencia a la normativa de la UE”, Unión Europea, Aranzandi, núm. 7, 2004, pp. 5 ss.

Se trata en este caso, sin embargo, de un nuevo tipo de intervención, puesto que el Estado interviene en el mercado no para regularlo, sino para preservar la libertad de competencia, cuestión que se considera de interés general una vez que ha quedado definido políticamente el modelo económico (social y solidario de mercado) que ha de configurar el desarrollo de la actividad económica. El Estado debe, por consiguiente, asumir la conformación y defensa del modelo económico, que para el caso ecuatoriano es –y debería seguir siendo- el de la economía de mercado, dentro del cual se debe procurar obtener un nivel razonable de competencia, esto es, una competencia practicable⁴⁹ o eficaz (*workable competition*) sin tratar de sustituir el proceso de generación de la misma. Este concepto debe ser el que prime independiente de la Constitución Económica que en nuestro país se adopte, toda vez que lo importante es que, a través de la implementación de una política de competencia como parte de la política económica –indistintamente del modelo económico- se defienda el interés económico general por sobre el particular, más aun si la tendencia apunta a un criterio o concepto de un sistema de economía social y solidaria.

Así pues, la defensa de la competencia constituye, de un lado, una forma de actuación de los poderes públicos en el mercado y, de otro, un límite impuesto a su actuación, puesto que, a partir del momento del reconocimiento legislativo de dicho principio, no podrán establecer medidas contrarias a la libre y leal competencia a favor del interés económico general consustancial a cualquier sistema social-económico basado en el mercado, incluido el sistema económico social y solidario.

La defensa de la competencia en el sentido expresado no es, sin embargo, el único mecanismo existente de intervención administrativa en el mercado.

La actividad del Estado en defensa del modelo económico social de mercado puede desarrollarse principalmente a través de dos vías diferentes:

⁴⁹ Competencia Practicable o Suficiente.- La noción de competencia practicable se debe al economista J. M. Clark, que en 1940 la postula como objetivo no dogmático de la política de competencia, al constatar que la noción de competencia perfecta es irreal y únicamente concebible en términos abstractos. Clark propuso una serie de criterios que habrían de cumplirse para poder reconocer la existencia de una competencia practicable, pero estos criterios han sido posteriormente revisados y no existe hoy un consenso sobre el contenido preciso del término. Sin embargo, el término ha hecho fortuna en diversos ámbitos de la defensa de la competencia y, particularmente, en la Unión Europea, en donde se lo maneja con habitualidad, que incluso fue definido por la Comisión Europea en su Memorando sobre Concentraciones, de 1996, como “una competencia eficaz, es decir, cuando las empresas no limitan de forma excesiva o artificial la venta o la producción o cuando aquéllas responden satisfactoriamente la demanda y cuando hacen participar equitativamente a los consumidores en los beneficios que se derivan del progreso técnico y económico”. Al concepto de competencia practicable, se le puede asimilar el de competencia suficiente, el mismo que es utilizado para expresar el tipo de competencia que se propone debe ser garantizada y protegida frente a todo ataque contrario al interés público, lo cual viene a constituir el propósito de una ley.

- a) La regulación, que genera actuaciones administrativas en sustitución de las decisiones de los particulares; y,
- b) El establecimiento de un marco normativo dentro del cual puede desarrollarse libremente la actividad de los particulares.

Se pretende, en definitiva, alcanzar el mismo objetivo por medio de diferentes técnicas jurídicas, económicas y administrativas. La actividad de la Administración⁵⁰ Pública dirigida a conformar económicamente la sociedad puede, sin embargo, emprenderse por diversos caminos, desde la emanación de auténticos actos de sustitución, hasta la fijación de unos límites dentro de los cuales la actividad libre de los agentes económicos (públicos y privados) puede desarrollarse de forma eficiente y a favor del interés económico general. En realidad, tanto el sistema de intervención económica con emanación de actos administrativos de sustitución en las relaciones privadas, como la delimitación de un orden público económico, implican a fin de

⁵⁰ Quizá uno de los argumentos que más se usan para justificar la acción del Estado en nuestras vidas es la imposibilidad del mercado de cubrir las necesidades de la gente en aspectos que no se perciben como un beneficio económico directo. Qué liberal no ha polemizado con alguien que no llega a convencerse de cómo los intercambios libres entre personas son capaces de construir las calles, las carreteras que comunican provincias, municipios o poblados a través de prestar cualquier tipo de transporte público que los conecte.

Y semejante duda sobre las capacidades del libre mercado tiene su lógica, no porque éste no sea capaz de cubrir esas necesidades, sino porque los hombres de Estado llevan décadas, asegurando que es imposible y que sin su dirección y sus planes todo degeneraría hacia un caos destructivo. Sin embargo, la acción del Estado es causa de muchos de estos males. El Estado en ciertos casos se convierte en un freno a la economía, en un agujero negro de la riqueza, en un destructor de la iniciativa, de la asociación libre y voluntaria, de la responsabilidad individual.

El abandono del campo a cambio de subvenciones, dentro de la política agrícola, es uno de los ejemplos de cómo el Gobierno destruye riqueza. La explotación de las haciendas, que datan de la colonia -agrícolas y ganaderas-, dentro de un mercado libre sería suficiente para hacer compatible la generación de riqueza y su conservación, acercándonos de esa manera a uno de los objetivos de los grupos ecologistas, la conservación del medio ambiente.

Otro ejemplo donde el Estado desacelera y destruye la iniciativa individual es nuestro sistema de salud pública. Prácticamente todos hemos padecido o conocemos a alguien que ha sufrido la ineficacia de un sistema sobrepasado, donde la tardanza en realizar pruebas esenciales puede llegar a convertirse en tragedia. Sin embargo, en Ecuador el sistema sanitario privado tampoco recibe excelentes valoraciones por parte de sus clientes. No es de extrañar, pues ha nacido como complemento al público, de forma que muchos casos clínicos terminan derivados al primero y, si bien esta situación se está corrigiendo, las primas de los seguros que cubren determinados tratamientos son inalcanzables para economías modestas. El Estado crea un sistema ineficiente que retiene recursos financieros que podrían ayudar a crear multitud de empresas que satisfagan a los ciudadanos, de forma que sean estos los que decidan qué relación calidad-precio quieren pagar por proteger su salud.

Un ejemplo similar es el que se vive en el sector de la educación. Los resultados no acompañan y cada vez son más los que nos quejamos de la calidad de la educación pública, que empeora año a año, y del sistema, ineficiente y poco preparado para los cambios tecnológicos y sociales que vive la sociedad ecuatoriana. De nuevo, las quejas hacia el sector privado se dirigen hacia su elitismo y sus costos desorbitados, lejos de las economías del ecuatoriano medio. La concertación de colegios privados, es decir la alianza del sector público y privado, favorece esta situación y no permite que se genere una competencia real entre colegios para dar una educación adecuada y asequible a todas las economías y familias, pues los colegios se suelen limitar a cumplir con los requisitos que se les impone desde la administración.

Cualquiera que sea el sector en el que el Estado tiene algún tipo de presencia o influencia (petróleo, energía, telefonía fija, seguridad social, etc.) se produce un fenómeno parecido. Los ciudadanos creen que se les cubren una serie de necesidades cuando en realidad debían ser ellos, como individuos responsables, los que las satisficieran. Los sistemas públicos se vuelven ineficientes, muy pequeños para las necesidades reales, pero no pueden desaparecer porque ello supondría reconocer su propio fracaso. Se incrementa la presión fiscal y se crean nuevos aparatos burocráticos en forma de organismos públicos o comisiones que gastan estos recursos que los contribuyentes podrían invertir de una manera más apropiada en negocios y servicios que se adecuen más a sus verdaderas necesidades y no a las que ciertos políticos consideran esenciales. (Nota del autor).

cuentas una misma finalidad, es decir, un nivel razonable de competencia en el mercado que favorezca una mejor y mayor competitividad, al mismo tiempo que mejore la redistribución de la riqueza.

CAPÍTULO II

ESTRUCTURA NORMATIVA DE LA COMPETENCIA

La tipicidad de las prácticas y acuerdos contrarios a la competencia

Introducción

Se entiende la estructura normativa de la competencia como el conjunto de leyes y reglamentos destinados a garantizar la competencia (conurrencia) en el mercado dentro del sistema económico vigente. Las normas de competencia en la mayoría de los países europeos y latinoamericanos se han desarrollado a través de dos sistemas normativos distintos. Uno, el que regula y protege la libertad de competencia –del cual trataremos en este trabajo–, que comprende un conjunto de normas cuya finalidad es sancionar los comportamientos de los agentes u operadores económicos que impiden la existencia de competencia en el mercado. El otro, el regulador de la competencia desleal, que comprende un conjunto de normas sancionadoras de las conductas de los agentes económicos en el mercado que se reputan como incorrectas o desleales. Es decir, la competencia es concebida por el Derecho como un bien a tutelar y defender desde una doble vertiente: desde la libertad y desde la lealtad, nosotros en este trabajo analizaremos desde la visión de la libertad.

2.1 Disposiciones aplicables a los agentes económicos

Existen tres clases de prácticas contrarias a la libre competencia: I) Las prácticas o acuerdos *colusorios*⁵¹ que impiden, restringen o falsean la competencia en el mercado. II) Las prácticas *abusivas de posición dominante*⁵², tipificando dentro de ellas a las que explotan una situación de dependencia económica. III) Las prácticas *desleales*⁵³ que supongan un *falseamiento sensible* de la libre competencia.

⁵¹ Félix A. Nazar Espeche, “Defensa de la Competencia”, Depalma, Buenos Aires, 2001, pp. 31-33.

⁵² Santiago Martínez Lago, “El Abuso de Posición de Dominio”, Marcial Pons, Fundación del Pino, Madrid-Barcelona, 2006, pp. 16-19.

⁵³ Juan Ignacio Font Galán – Luis Ma. Miranda Serrano, “Competencia Desleal y Antitrust.- Sistemas de Ilícitos”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 41-43.

2.2 Los acuerdos colusorios, decisiones colectivas y prácticas concertadas

Se denomina *acuerdo colusorio* a todo pacto verbal o escrito mediante el cual varios agentes económicos se comprometen o acuerdan⁵⁴ no competir o también cuando su actuación conlleva una conducta que tiene por finalidad o efecto restringir la competencia.

Hay acuerdo, siempre que exista un concierto de voluntades entre varios agentes económicos independientes, tanto si todos ellos se encuentran en el mismo escalón del proceso productivo (acuerdos horizontales), como si están situados en diversos escalones del proceso productivo (acuerdos verticales).

Las *decisiones y recomendaciones colectivas*, con fines o efectos contrarios a la competencia, constituyen formas de prácticas colusorias, equiparables a los *acuerdos*. En realidad, son acuerdos adoptados por asociaciones empresariales o corporaciones, de carácter vinculante (*decisiones*) o únicamente de orientación (*recomendaciones*), considerados como si fueran acuerdos entre los asociados, ficción que se utiliza para evitar que los socios puedan eludir sus responsabilidades colusorias por el procedimiento de trasladar la autoría formal al ente colectivo.

La práctica concertada -cuando es de carácter colusorio tiene como objeto o efecto restringir la competencia-, constituye una de las modalidades de prácticas contrarias a la competencia más perniciosas; y, la afectación a la competencia puede producirse en todo o en parte del mercado nacional, dentro de las cuales puede haber variaciones⁵⁵, entre las más destacadas tenemos: el cartel y las restricciones horizontales.

2.3 El abuso de posición dominante y el abuso de situación de dependencia económica

2.3.1 Abuso de posición dominante

Conducta contraria a la competencia también denominada *explotación abusiva*, consistente en utilizar una posición dominante en el mercado para obtener ventajas que serían inasequibles en unas condiciones de mayor competencia.

⁵⁴ Germán Coloma, “Defensa de la Competencia.- Análisis Económico Comparado”, Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 1 Ed., 2003, p. 79.

⁵⁵ Julio Pascual y Vicente, “Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia”, Gaceta Judicial de la Unión Europea y de la Competencia, enero-febrero, num. 205, pp. 10-21.

El *Abuso de posición dominante* puede ser ejercido por una o varias empresas que abusan de su posición de dominio en todo o en parte del mercado relevante⁵⁶. Esto se aplica (la prohibición) también a la explotación abusiva de una *situación de dependencia económica*⁵⁷, entendida como una modalidad más de la explotación abusiva de posición dominante, en donde la situación de dependencia económica es aquella en la que pueden encontrarse determinados agentes económicos, bien sean estos clientes o proveedores, en relación con otra que ostenta una posición de poder relativo en el mercado y en donde los agentes económicos involucrados por su situación de dependencia (cliente-proveedor) de la empresa fuerte, no pueden prescindir de sus relaciones comerciales o mercantiles sin que su actividad concurrencial se vea significativamente afectada.

El abuso podrá consistir en particular, en: a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos; b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores; c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios; d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos; f) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación razonable, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por el proveedor o en caso de fuerza mayor; g) Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas⁵⁸.

⁵⁶ Inmaculada Gutiérrez – Jorge Padilla, “Una Racionalización Económica del Concepto de Posición Dominante”, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2006, pp. 15-23.

⁵⁷ Marta Zabaleta Díaz, “La Explotación de una Situación de Dependencia Económica como supuesto de Competencia Desleal”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, p.27.

⁵⁸ Bellamy, Christopher, Child y Gram., “Derecho de la competencia en el Mercado Común”, ed. española de Enric Picañol, Civitas, Madrid, 1992, pp. 507 - 508.

La prohibición de abuso de posición de dominio se aplicará también a los casos en que la posición de dominio en el mercado, de una o varias empresas, haya sido establecida por disposición legal.

En cuanto a los ejemplos antedichos, es conveniente advertir que estos se limitan a concretar prácticas explotativas que por ser abusivas y, por tanto, ilícitas, *requieren como condición necesaria que exista una posición de dominio en el mercado relevante*, no pudiendo los ejemplos ser considerados prácticas ilegales si sus autores no disfrutaban de tal posición dominante.

Según la doctrina y la Resolución L 343/93, para poder establecer que existe abuso de posición de dominio es necesario realizar previamente un análisis en tres etapas sucesivas cuyo orden es el siguiente: 1.) Determinar el mercado relevante. 2.) Evidenciar que los operadores económicos implicados en la conducta examinada disponen de una posición de dominio en el mercado relevante previamente definido. 3.) Constatar que dichos operadores han abusado de su posición dominante en el mercado” (cfr. Resolución L 343/93, I9-IV-1993, y OCDE, 1993, p. 1).

La interpretación clásica abarca dos aspectos. Por una parte, se considera que puede darse abuso de posición dominante si una empresa que ya tiene esa posición busca reforzar la misma a través de un camino en el que el grado de dominación alcanzado obstaculice sustancialmente la competencia de tal forma que sólo subsistan en el mercado empresas que dependan de la que está en posición dominante; en este caso, no sería relevante la relación de causalidad entre el abuso y la posición dominante para considerar abusivo el reforzamiento de dicha posición dominante, siempre que éste tenga un efecto sustancial en la obstaculización de la competencia.

Por otra parte, el concepto de posición dominante es una parte fundamental del Derecho de la competencia y de cualquier sistema que lo defienda, por ser un requisito *sine qua non* para poder establecer la existencia del abuso. Esta concepción objetiva del abuso de posición dominante es la que sostiene la Comisión Europea en su Decisión *Continental Can*, 8-1-1972, luego confirmada por la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, 21-11-1973. Dicha interpretación no solo ha llevado a considerar que la práctica abusiva se puede llevar a cabo también en un mercado distinto de aquél en el que se tiene posición de dominio, sino que ha sobrepasado el ámbito de la normativa de competencia conquistando el campo regulatorio, en donde es aplicado o utilizado para

determinar qué operador (dominante) debe sujetarse a obligaciones especiales⁵⁹ dentro del mercado relevante del sector de infraestructura o mercado regulado en referencia.

Otro asunto que reviste gran interés en materia de abuso de posición dominante es aquel en el cual los agentes económicos con posición dominante tienen una especial responsabilidad en el mantenimiento de una competencia no distorsionada en el mercado, debiendo las mismas actuar con una especial diligencia ya que, como consecuencia de su posición en el mercado, la competencia se encuentra en el mismo especialmente limitada. Por este motivo, a las empresas con posición dominante se les prohíben determinadas conductas que, sin embargo, estarían permitidas a las empresas que carecen de ella.

Esta particular responsabilidad se deriva de la concepción objetiva del abuso ya comentada. En efecto, con la moderna y actual noción de abuso de posición de dominio, se le prohíbe al agente económico, además de que utilice las ventajas que se derivan de su posición (dominante) para obtener beneficios de transacción que no habría obtenido en caso de competencia practicable y suficientemente eficaz (concepto causal del abuso), otros tipos de comportamientos susceptibles de ser realizados por cualquier operador en el mercado; y, que únicamente cuando es la dominante quien los lleva a cabo son considerados abusivos y, por ende, prohibidos.

2.4 Las situaciones de dependencia económica

Hemos visto que, en el análisis de (abuso) posición dominante, la definición del mercado relevante se presenta como una condición previa ineludible, a la que deberá referirse después la evaluación del poder de monopolio.

Pero, en lo que respecta al abuso de una situación de dependencia económica, esta fórmula no es adecuada para tutelar todos los supuestos de dominación que se dan en el mercado. En muchos casos, la sola delimitación del mercado relevante no basta y se necesita tomar en consideración otros elementos exteriores al mercado relevante, como ocurre normalmente en los supuestos de integración vertical y en los temas de concentración. Este concepto falla sobre todo en aquellos casos en los que la posibilidad de adoptar comportamientos independientes se tiene sólo frente a un grupo de clientes o proveedores que dependen económicamente del agente económico

⁵⁹ Santiago González-Varas Ibáñez, “Los Mercados de Interés General: Telecomunicaciones y Postales, Energéticos y de Transporte (Privatización, Liberalización, Regulación Pública y Derecho de la competencia)”, COMARES, Granada, 2001, p.194.

dominante. En estos casos, lo que realmente se debe hacer es definir el mercado relevante en función de la posición de dominio que se quería establecer. Esto nos demuestra la imposibilidad de encontrar un concepto objetivo (un método y unos criterios) de mercado relevante que pueda aplicarse a los distintos supuestos que se dan en la realidad. Pero, a la vez también demuestra la necesidad de tutelar ciertas situaciones de dependencia desde las normas de competencia y que atacan los abusos (dependencia) de los agentes con posición dominante absoluta o relativa.

Con esto podemos decir que, frente a la dificultad de aplicar el método estructural en aquellos casos en los que el mercado relevante no puede definirse con certeza, algunos autores han propuesto para las situaciones de dependencia la adopción de una concepción relativa de posición dominante que, centrándose en las relaciones verticales, evitaría tener que definir un mercado relevante como requisito previo.

Esta nueva concepción no centra su atención en la relación horizontal entre el agente económico dominante y sus competidores (posición de dominio absoluta que requiere la definición previa del mercado relevante), sino en la situación de dependencia económica en la que se pueden encontrar los agentes económicos (clientes o proveedores), *cuando no disponen de alternativas equivalentes para su actividad*. La posición de dominio relativa consistiría pues en un vínculo de dependencia entre el agente económico dominante y sus empresas clientes o proveedores que se descubren contratantes obligatorios suyos. A diferencia de la posición de dominio absoluta referida a los competidores en el plano horizontal; la posición de dominio relativa se define en el plano vertical y así puede darse sólo frente a un grupo reducido de clientes o proveedores. Es sobre todo en estos casos, de mercado relevante extremadamente estrecho, en los que la posición de dominio relativa se demostraría necesaria para resolver los posibles abusos (dependencia) en estas relaciones.

El vínculo de dependencia puede resultar de distintas circunstancias. Algunas pueden ser ajenas al comportamiento de las partes, como el monopolio legal, la situación de penuria económica, el control de instalaciones esenciales para el suministro de bienes y servicios en otro mercado o la necesidad que puede tener un comerciante de tener una representación completa de los productos de gran demanda. Pero también de circunstancias de los propios agentes económicos dependientes, como las derivadas de las relaciones comerciales tales como la imposibilidad de acudir a otros métodos de

fabricación, la necesidad de cubrir cierta cuota de negocio para la supervivencia del agente económico (empresa), o la dificultad de encontrar a otro contratante.

Sin embargo, no se puede excluir tampoco la posibilidad de que las empresas dependientes se beneficien de la presión competitiva ejercida por otras empresas. Todos saben que si las empresas dependientes no reciben un buen trato, en el futuro pueden buscar otro contratante, lo que incita al contratante fuerte a dar un buen trato a sus clientes y proveedores. Es lo que los economistas llaman el principio de extrapolación al futuro.

2.4.1 Abuso de situación de dependencia económica

El *abuso de situación de dependencia económica* se suele relacionar de manera directa con temas de competencia desleal, abuso contrario a la competencia llevado adelante por una o varias empresas de una situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares. Esto lo podemos interpretar como una tipificación o como una modalidad, especializada si se quiere, de conducta abusiva practicada desde una posición de dominio.

2.5 Cartel

Esta palabra, que el español ha tomado del alemán (*kartell*), tiene una connotación muy importante en el Derecho de la competencia, toda vez que su significado –aceptado y definido por la Real Academia Española⁶⁰–, debe ser entendido como un acuerdo entre empresas competidoras destinado a limitar o eliminar la competencia entre ellas, con objeto de aumentar los precios y los beneficios de las empresas participantes, sin producir ninguna ventaja compensatoria objetiva; en pocas palabras, el cartel es un acuerdo entre competidores para limitar la competencia entre ellos mismos, con el fin de actuar como un monopolio. En la práctica, esto suele hacerse fijando los precios, limitando la producción, repartiendo los mercados, asignando clientes o territorios, realizando pactos colusorios en los procedimientos de licitación o combinando varias de estas restricciones específicas. Los carteles son perjudiciales para

⁶⁰ Ver, Real Academia Española “Diccionario de la Lengua Española”, 21ª. Ed., Madrid, CALPE, 1992.

los consumidores y la sociedad en su conjunto debido a que las empresas participantes aplican precios más altos (y obtienen mayores beneficios) que en un mercado competitivo⁶¹.

2.6 Monopolio

Ejercicio de una actividad con carácter exclusivo de proveedor⁶² o de oferta dominante, lo cual impide la correcta determinación del precio por el juego de la oferta y la demanda. Originariamente este término se utilizó para indicar la existencia de un derecho exclusivo concedido por el soberano sobre ciertas operaciones mineras, fabriles o comerciales.

En el análisis económico, el concepto de monopolio se opone al de *competencia perfecta*⁶³ y se habla de una situación en la que una empresa controla una parte tan importante del mercado que puede fijar con independencia los precios, las cantidades ofertadas o las condiciones comerciales. Dentro de este análisis, el monopolista obtiene un beneficio superior al normal, llamado *renta de monopolio*⁶⁴, a costa de los consumidores, es decir, que para éstos se produce una *pérdida neta de bienestar*⁶⁵. Pero, además de estos efectos negativos del monopolio analizado desde un punto de vista estático, hay otras consecuencias perversas del mismo que los economistas de formación neoclásica también identifican, la principal de las cuales es que el monopolista, como no se ve sujeto a la tensión o presión de la competencia, no está incentivado a reducir costes y mejorar (innovar) la tecnología.

Un monopolio no puede subsistir más que si hay barreras de entrada infranqueables, lo que sólo sucede cuando el monopolio goza de protección legal, la

⁶¹ “Glosario de términos utilizados en el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea: Normas de defensa de la competencia y control de las concentraciones”, Dirección General de Competencia, Bruselas, Julio de 2002, pp. 8-9.

⁶² Gabriel Martínez Medrano, “Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia”, Lexis Nexis Depalma, 1era. Ed., Buenos Aires, 2002, p. 15.

⁶³ Ídem, p. 14.

⁶⁴ “Se denomina renta de monopolio al exceso de remuneración que obtienen los productores, sobre la que obtendrían en un régimen de libre competencia, cuando la oferta está artificialmente limitada mediante la regulación de las autoridades que, por ejemplo, prohíben o contingentan las nuevas entradas de oferentes en el mercado.

La eventualidad de una renta de monopolio incita a las empresas a comprometer determinados gastos para obtener el derecho a beneficiarse de tal renta” (OCDE, “Glosario de términos relativos a las prácticas comerciales restrictivas”, Defensa de la competencia-Legislación, Madrid, Ministerio de Comercio, 1970, p. 87.

⁶⁵ “La pérdida neta de bienestar, pretende medir el valor monetario del excedente de los consumidores que se pierde como consecuencia de un alza de los precios.

Se trata de un indicador que trabaja tomando como referencia la situación de competencia perfecta, en la que el precio se supone que iguala al coste marginal. En estas condiciones, una subida del precio reduciría el excedente de los consumidores, una parte de la cual pasaría a los productores. En este contexto, se llama pérdida neta de bienestar al excedente de los consumidores perdido”. (OCDE, “Glosario de términos relativos a las prácticas comerciales restrictivas”, Defensa de la competencia-Legislación, Madrid, Ministerio de Comercio, 1970, pp. 69-70.

cual puede estar o no vinculada a una concesión o a un derecho de patente. Una excepción a este principio sobre todo en sectores de infraestructura representa el *monopolio natural*⁶⁶, que puede aparecer y subsistir en razón de su capacidad para generar eficiencias a través de las economías de escala.

El poder de un monopolista en el mercado para fijar los precios, las cantidades o las condiciones comerciales, dependerá fundamentalmente de lo prescindible de dicho producto, de la existencia de productos sustitutivos o de la posibilidad de que aparezcan nuevos o mejores productos o servicios, y el comportamiento del agente económico monopolista se verá, en consecuencia, condicionado por estas circunstancias.

Si bien es cierto que por razones de eficiencia podríamos llegar a defender a los monopolios, esto está más ligado –desde una política de competencia- con los llamados “Acuerdos de Investigación y Desarrollo”, en donde la finalidad de estos acuerdos es beneficiarse de la colaboración entre los agentes económicos participantes de la investigación y el desarrollo de nuevos bienes o servicios que, en muchos casos, terminan siendo explotados también de manera conjunta. Esta clase de acuerdo tiene efectos positivos y negativos –que tienen que ser regulados o controlados por la autoridad de competencia- entorno a la eficiencia económica.

Dentro de los efectos positivos o ventajas con respecto a estos acuerdos tenemos: a) el economizar costos en lo referente al tema de la investigación y el desarrollo propiamente dichos, esto desde la óptica de la generación de economías de escala; b) el minimizar los riesgos al compartir los costos y los beneficios del proyecto de investigación y desarrollo así como la obtención de un mayor rédito en relación con la parte proporcional de la inversión; y, c) el poder ampliar su ámbito de influencia al captar un mayor mercado al poder brindar un nuevo producto o servicio fruto de la investigación y desarrollo frente a sus competidores.

En cuanto a los efectos negativos, y que son los que desde la visión de la concurrencia nos interesan sobre manera, están: a) consolidar el poder de la empresa o las empresas participantes toda vez que este tipo de acuerdos conllevan a generar barreras de entrada de nuevos competidores en dicho mercado relevante; y, b) la alta posibilidad de establecer una concertación (fijación) de precios entre los agentes económicos participantes del acuerdo de investigación y desarrollo en relación con los bienes o servicios desarrollados fruto de dicha colaboración. Estos efectos nocivos,

⁶⁶ Diego Petrecolli-Christian Ruzzier, “Problemas de Defensa de la Competencia en sectores de infraestructura”, Iera Ed., Temas-UADE, Buenos Aires, 2003, p.19.

incluso pueden llegar a ampliarse cuando los agentes económicos que se “juntan” para llevar adelante la investigación y el desarrollo no lo hacen de forma independiente, ya sea que este efecto sea producto del acuerdo, o bien sin serlo, resulta como efecto de dicho pacto. También sería colusorio y, por tanto contrario a la competencia, el acuerdo por el cual los agentes económicos competidores establezcan restricciones en la explotación de los resultados de la investigación como, por ejemplo, aquellos que limitan la libre circulación de los productos que resultan de la misma, finalizando aquellas conductas que son generadas por los agentes económicos con el objeto de no participar de los resultados de la investigación en la proporción de sus aportes en la investigación y desarrollo. Si los agentes económicos no son competidores entre sí, es más difícil que se produzcan efectos contrarios al Derecho de la competencia —es decir, al sistema constitucional económico—, pudiendo únicamente suceder lo contrario si, a través de dichos convenios se restringe la libertad de negociar con terceros a las empresas participantes en el acuerdo de investigación y desarrollo. Dentro de esta definición podemos encasillar al monopsonio o *monopolio de demanda*, situación del mercado en la que solo hay un comprador⁶⁷.

2.7 Oligopolio

Característica de una situación de mercado por la existencia de un número muy limitado de vendedores⁶⁸ que tienen conciencia de ser interdependientes en sus decisiones de precios y de producción. El reducido⁶⁹ número de agentes económicos existentes en un mercado oligopolístico hace que cada uno de ellos ejerza un cierto *poder de mercado*.

Dependiendo del análisis del mercado, el oligopolio puede ser considerado un maximizador de beneficios cuando hay cooperación entre ellos; o, todo lo contrario cuando las empresas oligopolísticas actúan independientemente.

Dentro del concepto de oligopolio, podemos encontrar una variación conocida como *oligopsonio* que viene a ser aquella situación del mercado en la que hay un número muy reducido de compradores, al cual también se lo puede calificar como oligopolio de demanda.

⁶⁷ “Glosario de términos utilizados en el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea: Normas de defensa de la competencia y control de las concentraciones”, Dirección General de Competencia, Bruselas, Julio de 2002, p. 34.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 36.

⁶⁹ *Ibidem*.

2.8 La concentración de agentes económicos

La concentración se da cuando un reducido número de agentes económicos representa una elevada proporción de la actividad económica, en términos de ventas, activos o empleo. La noción de concentración comprende al menos cuatro conceptos distintos: *a) concentración global*⁷⁰, que mide lo que representan los agentes económicos o empresas grandes con respecto al conjunto de la economía; *b) concentración sectorial*⁷¹, también llamada *concentración de la oferta*, que mide lo que representan en ese sector los grandes agentes económicos respecto del total sectorial; *c) concentración de la demanda*⁷², que mide la proporción de lo que representan las compras de un pequeño grupo significativo de empresas respecto de la demanda total; y, *d) concentración del accionariado*⁷³, que mide cómo están repartidas las acciones de los agentes económicos o empresas.

2.9 Las ayudas otorgadas por el Estado (Ayudas Públicas)

Así se denominan a los apoyos o ventajas que el Estado, a través de administraciones públicas, otorga a determinadas empresas o actividades empresariales. Estas ayudas suponen discriminaciones positivas en favor de alguna empresa o actividad empresarial frente a las demás, que falsean siempre, en mayor o menor medida, el juego de la libre competencia. Estas prácticas discriminatorias privilegian a veces la localización, en diferentes ocasiones, la actividad desarrollada y, otras veces, el tamaño, lo que se suele hacer en beneficio de las empresas pequeñas.

A pesar de que este tipo de actuaciones de la administración pública siempre producen efectos contrarios a la competencia, la doctrina y la legislación de los Estados suelen ser tolerantes con sus consecuencias cuando benefician a regiones deprimidas, a otras consideraciones que se estiman de interés general y cuando se refieren a las pequeñas y medianas empresas (*PYMES*)⁷⁴.

⁷⁰ “Glosario de Economía de la Organización Industrial y Derecho de la competencia”, Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCED), Secretaría General de la OCED, 2004, pp. 26 y 27.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Ver la legislación española que, sensible a este tipo de cuestiones, ampara y regula las ayudas públicas favorecedoras del desarrollo regional (cfr. Ley 50/1985, de 27 de diciembre, de Incentivos Regionales, para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales, y su Reglamento, Real Decreto 1535/1987, de 11 de diciembre), y establece, en el ámbito estatal, políticas de ayudas a las pequeñas y medianas empresas (cfr. Orden de 8 de mayo de 1995, por la que se desarrollan las bases y procedimientos para la concesión de ayudas y acciones de fomento previstas por la iniciativa europea PYME de desarrollo industrial).

En tal virtud, serán incompatibles con el mercado, en la medida que afecten a los intercambios y la competencia entre agentes económicos, las ayudas otorgadas por el Estado o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones. En este sentido, tendríamos un conjunto de ayudas incompatibles *per se* con el mercado y otras que pueden ser consideradas compatibles. Entre las segundas, están las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea normalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo y también las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés económico general.

Por lo que respecta a las *PYMES*, se pueden considerar las ayudas públicas a las pequeñas y medianas empresas sobre la base del papel que estas empresas pueden desempeñar en la creación de empleo, en la innovación, en el fomento de la competencia y en el cambio estructural necesario.

Asumimos la necesidad de facilitar el desarrollo a través de este tipo de ayudas, y, aunque conscientes que toda ayuda financiera a las empresas altera las condiciones de competencia en cierta medida, no todas estas ayudas tienen repercusiones apreciables sobre la competencia misma y sobre el comercio entre los agentes económicos. Lo que sería bastante aproximado a la realidad en el caso de ayudas pequeñas, proporcionadas generalmente a las *PYMES*, las mismas que son frecuentemente realizadas en el marco de programas gestionados por las autoridades regionales o locales como parte de su política económica industrial a favor de este sector.

En tal virtud, debemos dar un tratamiento diferenciado a las ayudas públicas cuando se destinan a las *PYMES*, sacándolas del ámbito de aplicación estricta de la regla general que acabamos de mencionar a través de lo que se conoce como cláusula *de minimis*, aplicable a los asuntos o acuerdos de menor importancia⁷⁵.

⁷⁵ En la terminología del Derecho de la competencia europeo, un acuerdo de menor importancia es aquel que afecta a la competencia en el mercado tan solo de una forma insignificante (no sensible) y que, por tal motivo, no afecta a la competencia y el mercado. Ver “Glosario de términos utilizados en el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea: Normas de defensa de la competencia y control de la concentraciones”, Dirección General de Competencia, Bruselas, Julio de 2002, p. 15.

2.10 El mercado relevante y la importancia de su análisis en el Derecho de la competencia

Uno de los elementos esenciales dentro de la aplicación y análisis del Derecho de la competencia o *Antitrust* es el del mercado relevante, en otras palabras, a través del diagnóstico del mercado relevante, estamos delimitando los efectos de una determinada conducta o práctica económica a un conjunto de bienes o servicios, resumiendo, el *mercado relevante* es el mercado «a tener en cuenta⁷⁶».

El punto de partida de todo análisis de la competencia es la definición del mercado relevante, cuyos tres elementos o factores⁷⁷ son: el *factor del producto*⁷⁸, o el de los productos que deben ser considerados como integrados en él; el *factor geográfico*⁷⁹, o zonas que deben ser consideradas partes del mismo; y, el *factor temporal*⁸⁰ en razón de que los mercados son dinámicos y por ende varían sus condiciones a lo largo del tiempo, e incluso se debe considerar períodos cortos, referidos a una determinada época del año.

La definición del mercado relevante debe hacerse tanto desde el punto de vista de la demanda como desde la perspectiva de la oferta. En lo que concierne a la demanda, los productos integrantes en el mismo deben ser sustituibles desde la perspectiva del consumidor. Del lado de la oferta, se tendrán que considerar las empresas que produzcan o puedan fácilmente producir el producto considerado o sus sustitutos.

En el mercado relevante, se consideran habitualmente comprendidas las empresas que efectivamente produzcan los bienes objeto de atención, que son las vendedoras efectivas; y también a las vendedoras potenciales, es decir, a las empresas que puedan rápidamente modificar sus líneas de producción para proveer los bienes de referencia o sus sustitutos si el precio es suficientemente atractivo.

Que la definición del mercado relevante se haga en términos muy limitados o muy amplios presenta sus problemas. Así, una definición demasiado amplia o demasiado estrecha del mercado conduce, respectivamente, a una subestimación o a una sobreestimación de las cuotas de mercado de las empresas y de la tasa de concentración que hay en el mismo.

⁷⁶ Luis Antonio Velasco San Pedro, “Diccionario de Derecho de la competencia”, 1ª Ed., IUSTEL, Madrid, 2006, p. 486.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 487.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*.

CAPÍTULO III

ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

3.1 La libertad de industria y de comercio frente a la intervención del Estado en la economía

Tanto el derecho de defensa de la competencia como el derecho de protección contra actos de competencia desleal tienen una causa u orientación común: la garantía de libertad de industria y de comercio⁸¹ que, como consecuencia del triunfo de la Revolución francesa se extendió por toda Europa y América.

Las bases ideológicas comienzan en el período mercantilista⁸², desde el momento en que el Estado regulador, impulsor de un nuevo código de conducta económica dirigido hacia la obtención de riqueza, comienza a ser percibido como el artífice de una ansiada abundancia⁸³. Efectivamente, a pesar de la caracterización de la libertad de empresa y de la propiedad privada como “realidad sociológica no dominante”⁸⁴, el mercantilismo constituye el primer paso que da el nuevo Estado secular (laico) en su camino hacia la realización cabal del liberalismo inicial⁸⁵ que se basa en la creencia de un Derecho natural anterior y superior a las leyes positivas. Por ser previo y superior a la ley positiva, los derechos naturales no pueden ser condicionados por la intervención estatal.

Entendida así, para los mercantilistas, la economía era un instrumento destinado a fortalecer el poder político, llegando incluso a declarar que la finalidad de aquélla es el bienestar de toda la población. Los partícipes de este pensamiento son los primeros en sostener las ventajas de la libertad económica que se contraponen a la creencia anterior de la necesidad de la intervención estatal para la buena marcha de la economía; esta idea viene a ser complementada por Adam Smith, quien proclama que cualquier intervención estatal resulta perjudicial, porque la “Ley Natural” del mercado es la libertad; el interés

⁸¹ Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, “La formación del Derecho de la competencia”, en *Actas de Derecho Industrial*, Madrid, 1975, pp. 67-70.

⁸² Juan Ignacio Font Galán, “Constitución económica y Derecho de la competencia”, Marcial Pons, Madrid, 1987, pp. 70 y ss.

⁸³ Harold J. Laski, “El liberalismo europeo”, 1ª. ed. 1939, 12ª. Reimp., Méjico, 1992, p. 53.

⁸⁴ Aurelio Menéndez M., “La Constitución económica del Estado mercantilista y el Derecho mercantil”, en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, Vol. 1, Madrid, 1988, p. 351.

⁸⁵ Harold J. Laski, “El liberalismo europeo”, ob. cit., p. 52.

individual deja de estar subordinado el interés público⁸⁶. Junto a esta libertad aparece la propiedad y por ende el Derecho de propiedad, cuyo objeto es precisamente asegurar la propiedad, ya que ésta solo es real cuando la misma es usada libremente⁸⁷.

La libertad y la propiedad deberán ser la razón y el contenido a ser plasmado en la norma positiva según la Ley Natural. En el Estado de Derecho ya no tiene cabida el intervencionismo toda vez que el derecho debe apuntar hacia la libertad, el deber del Estado y su razón deben ser el garantizar –a través de la norma- la libertad y la propiedad de los ciudadanos⁸⁸. Es a partir de este momento histórico en donde se da por primera vez y a nivel constitucional el reconocimiento por parte del Derecho público de la propiedad y de la libertad de industria y comercio, que junto con el principio de la libertad contractual garantizado en el Derecho privado tienen su punto máximo al legitimar al contrato como ley entre las partes.

Esta renuncia al intervencionismo estatal tiene su consecuencia en la aparición de un nuevo sistema económico de mercado cuyo principio rector estará constituido por la competencia⁸⁹. Sobre la base de esta afirmación, la libertad de industria y comercio conduce a una situación de competencia económica que es, en un principio, únicamente libre, pero esta libertad no se debe entender en el sentido de la negación al intervencionismo estatal, sino a la posibilidad de que los diferentes agentes económicos, puedan entrar y salir “libremente” del mercado sin más premisa que su simple voluntad.

Con el devenir de la segunda mitad del siglo XX, se hizo evidente que al dejarse en libertad a las fuerzas del mercado, estas paulatinamente se van alejando de la competencia (perfecta) deseable y su creciente deseo de avanzar hacia la concentración del poder económico⁹⁰. El Estado en este contexto tolera los acuerdos restrictivos de la competencia, los mismos que nacen a la sombra de una supuesta defensa frente a las prácticas desleales de los competidores, lo cual se justifica desde el punto de vista ideológico ya que la “mano invisible” guía a los agentes económicos a favorecer sus intereses particulares de manera conjunta con el interés general, concretándose siempre y cuando su actuación se desenvuelva sin ningún tipo de interferencia del poder estatal.

⁸⁶ Adam Smith, “Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones”, Vol. 1, Barcelona, 1988, pp. 503 y 504.

⁸⁷ Manuel García Pelayo, “La teoría social de la fisiocracia”, en Obras Completas, Vol. 3, Madrid, 1991, p. 2257, citado por Antonio Robles Martín-Laborda, “Libre competencia y competencia desleal”, Biblioteca de los Derechos de los Negocios, 1era. ed., La Ley, Madrid, 2001, p. 18.

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ Alberto Bercovitz, “Apuntes de Derecho Mercantil”, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, p.45.

⁹⁰ Situación en la que un reducido número de empresas representa una elevada proporción de la actividad económica, en términos de venta, activos o empleo. (nota del autor)

A mediados del siglo pasado vamos a ver una actitud bien diferente del Estado frente a la economía, que contrasta con los presupuestos ideológicos y socioeconómicos del primer momento del liberalismo, es decir, el ideal de la competencia perfecta, toda vez que ésta se irá alejando cada vez más como resultado de haber dejado a las fuerzas competitivas en libertad⁹¹. Todo esto en contraposición con el crecimiento y desarrollo de la economía del siglo XIX, en donde su postulado máximo descansaba en la concentración de los agentes económicos que privilegiaron la celebración -entre ellos- de acuerdos (trust) que venían a limitar la competencia restringiendo la libertad⁹² de los diferentes agentes económicos en el mercado.

Según Keynes, el capitalismo del *laissez faire*⁹³ llega a su fin en agosto de 1914, con el surgimiento de una decidida intervención del Estado en la economía, a través de políticas activas, de manera particular las que surgieron en contra de la crisis de 1929; esto desemboca en el nacimiento del neo-capitalismo a finales de la Segunda Guerra Mundial, el cual se caracteriza por la *sistemática intervención del Estado en la Política Económica*, es decir, que estamos viendo el momento histórico donde de manera frontal se expresa la convivencia de la libertad y la intervención. En este sentido, vemos que la “mano invisible” de la Ley Natural *es sustituida por la muy visible de los poderes públicos*, materializada a través de sus instituciones y/o autoridades.

Dado el estado de la situación, vemos que se hace exigente la conformación jurídica de la economía que a su vez pasa a ser materia constitucional⁹⁴. Esto como resultado del fracaso del *laissez faire*. El Estado ante este panorama deja de inhibirse del funcionamiento del mercado para asumir la responsabilidad de ayudar a su correcto funcionamiento. Vemos que de esta manera el mercado pierde su carácter de “institución privada”⁹⁵.

Es así que la aparición de una normativa de defensa de la competencia basada no en el principio del abuso sino en la prohibición vinculada al nuevo orden, surge sobre todo dentro de la propuesta conocida como Economía Social de Mercado cuyo postulado principal -desde la visión político-económica- se sustenta sobre la base de la “prosperidad para todos”. La economía social de mercado se basa en la convicción de

⁹¹ Paz Ares, “El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust”, Revista de Derecho Mercantil, núm. 159/1998, Madrid, p. 7 y ss.

⁹² Eve I. Rimoldi de Ladmann, “Análisis comparado del Derecho de la competencia: El tema en los Estados Unidos”, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 76.

⁹³ Principio político según el cual el gobierno no debe intervenir en la economía. Dejar hacer, dejar pasar. (nota del autor).

⁹⁴ Aurelio Menéndez, “Constitución, sistema económico y Derecho mercantil”, Madrid, 1982, p. 23.

⁹⁵ *Ibidem*.

que el mercado en combinación con la propiedad privada de los medios de producción (es decir, el rasgo esencial del capitalismo) constituye tanto la modalidad más eficiente de coordinación económica, como también una condición necesaria para garantizar la máxima libertad política.

Para poder conseguir esta premisa, es tarea del Estado –de manera obligatoria– velar por el buen funcionamiento del mercado. Esto significa, antes que nada, que el Estado le confiere al mercado un margen de acción suficiente y que por principio no interfiere en el "juego" de la oferta y la demanda. Esto se lo puede considerar como una limitación del Estado; sin embargo, el concepto implica una visión más amplia en donde lo sustancial tiene que ver con el compromiso –deber– del Estado de intervenir activamente en el mercado cada vez que allí se configuren comportamientos, actuaciones o estructuras –de poder económico o de mercado– que afecten seriamente la competencia, es decir, el bienestar económico general.

En este contexto el abuso de posición dominante, los cárteles y las prácticas contrarias a la competencia anulan esta eficiencia. En tal sentido será tarea del Estado impedir que estos se produzcan o eliminarlos cuando estos surjan, para lo cual se requiere de un Estado suficientemente fuerte para poder actuar en contra de los que tienen poder económico, sobre la base de la obligación del Estado de intervenir activamente dondequiera que se produzca un menoscabo de los intereses sociales legítimos.

A partir de este momento, vemos que la misión del Estado consiste en establecer reglas de juego y vigilar su cumplimiento; de esta manera, podemos establecer la diferencia con el *laissez faire*, ya que si bien el requerimiento de reglas está presente en los dos sistemas, no así, la intervención del Estado que asegure su mantenimiento e impida las distorsiones y fallas del mercado. Por lo tanto, diremos que como regla general, *el Estado solo debe interferir de conformidad y no en oposición al orden económico establecido*⁹⁶, *a no ser que se demuestre lo indispensable de la intervención y siempre que la razón de esta intervención sea alcanzar un objetivo más importante que la libertad de mercado y que se puede resumir en el bienestar general o colectivo, en otras palabras en el bienestar de los consumidores.*

⁹⁶ Javier Viciano Pastor, "Libre competencia e intervención pública en la economía", Tirant Lo Blanch, 1ª Ed., Valencia, 1995, p. 81.

Todo lo que hemos mencionado en este apartado se puede decir que se plasma a través de lo que se denomina Constitución Económica⁹⁷. El carácter intervencionista del Estado se plasma en las Constituciones, en donde se le da la función de controlador y al mismo tiempo de orientador de la economía. Nace un nuevo ordenamiento que se conoce como Derecho Económico o Derecho de la Intervención del Estado en la Economía y que a su vez se lo asocia con la aparición de conceptos como los de “orden público” y especialmente el de “constitución económica”.

Las Constituciones Económicas se fundamentan en el conjunto de normas básicas sobre el sistema económico acogido en la propia Constitución Política. Se da el paso de la economía liberal, fundada en un orden objetivo y autónomo, a una economía sometida a la intervención del Estado a través de políticas sociales y económicas; es decir, estamos frente a lo que se conoce como Estado Social.

3.2 Competencia

⁹⁷ Las relaciones históricas entre constitución y economía tienen perfiles claros. Ciertas condiciones socioeconómicas son necesarias para la imposición de límites a la esfera pública a través del constitucionalismo. En sus comienzos, el constitucionalismo era socialmente burgués, capitalista en cuanto a la economía y liberal en lo político. En sus primeras versiones –la independentista estadounidense y la francesa revolucionaria–, el constitucionalismo trataba de flexibilizar las sociedades, abrir la economía y establecer nuevos marcos de gobierno.

Existe reciprocidad entre la constitución y el marco socioeconómico, pero ninguno de los dos términos condiciona absolutamente al otro. Los factores sociales y económicos determinan si una comunidad política tendrá una constitución y de qué tipo. Al entrar en vigor, las influencias son de doble vía, pues las disposiciones sustantivas de la constitución y los procesos legislativos por ella establecidos limitan y orientan el proceso económico.

Pero esta interpretación no es aceptada muy fácilmente, ya que la relación conceptual entre constitucionalismo y economía no es tan comprensible. Esto puede deberse a como se ha venido entendiendo a las constituciones exclusivamente desde el punto de vista político, pero lo político y lo económico están indisolublemente unidos.

La noción de “constitución económica” proviene de la teoría ordo liberal alemana, pero empleada en otras tradiciones jurídicas. Pero luego de ver y analizar el concepto es preferible referirse al derecho constitucional económico.

Así entendido la “constitución económica” no es una, sino varias. En su forma débil, el concepto de constitución económica es sinónimo de “derecho constitucional económico”. En un sentido más amplio empleado por los ordo liberales –concepto surgido en Alemania de preguerra “El Manifiesto Ordo de 1936”– definía a la constitución económica como la “decisión política general sobre cómo ha de estructurarse la vida económica de la nación”. Este concepto nace como reacción a modelos comunistas o fascistas, un ideal económico basado en la protección de la propiedad, el contrato y los mercados, es decir la sociedad de derecho privado.

Pero la naturaleza del concepto no es puramente jurídica, sino que se trata más de un concepto económico traducido en varias normas que pueden ser jurídicas o económicas –las leyes de la economía–.

Consideramos que sería mejor hablar de “disposiciones económicas de la constitución” o “derecho constitucional económico”, en donde la constitución económica vendría a ser la suma de los elementos estructurales constitucionales del orden de la economía.

Véase D. J. Gerber, “Constitutionalizing The Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the New Europe”; K. W. Norr, “Economic Constitution: On the Roots of a Legal Concep”; American Journal of Comparative Law, 1994; Juan Asenjo, O. de, “La Constitución económica española”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984. Bognetti, G., “La Constitución Económica Italiana”. Giuffrè, Milán, 1993. Rabault, H., “La Constitución Económica de Francia”, Revista de Derecho Constitucional, 2000; y, Véase García Pelayo, M., “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en Manuel Ramírez (ed.), Estudios sobre la Constitución Española de 1978”. Libros Pórtico, Zaragoza, 1979. Citados por Immenga Ulrico, en “El Mercado y el derecho.- Estudios de Derecho de la competencia”, Universidad de Göttingen, Edición y Traducción de José Miguel Embid Irujo, Carmen Estevan de Quesada, María Lourdes Ferrando Villalba y Francisco González Castilla; Universidad de Valencia, Departamento de Derecho Mercantil “Manuel Broseta Pont”; Editorial Tirant Lo Blanch; 2001.

El término “competencia” tiene la característica semántica de la multiplicidad (polisemia⁹⁸), toda vez que al término competencia se le atribuyen varios significados que pueden llevar a la confusión. Especialmente en nuestra lengua para la que ha significado y significa, sobre todo, lucha⁹⁹. En este sentido, el Diccionario de la Real Academia¹⁰⁰ presente como primera acepción de competencia “disputa o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa”, sólo en un tercer lugar habla de competencia como “aptitud o idoneidad”, y no recoge en ninguna acepción la idea de competencia como *concurrencia*, que, sin embargo, es la preferida en otras lenguas¹⁰¹. Esto denota más bien el reflejo de que, en el acervo cultural hispano, el concepto de competencia más acuñado es el relativo a la competencia biológica y no el de la competencia social (económica), lo que da lugar a confusión.

Esto se puede corregir distinguiendo entre la competencia biológica y la competencia social. La competencia biológica es la implacable contienda que tiene lugar en el mundo zoológico entre los animales para la consecución del imprescindible sustento. *Estamos en presencia de conflictos de intereses irreconciliables*: los medios de subsistencia son escasos y las poblaciones crecen más deprisa que aquellos; sólo los seres de mayor aptitud logran sobrevivir¹⁰².

La competencia social es cosa bien distinta. Nos referimos con este término a la *concurrencia*¹⁰³ que tiene lugar entre seres humanos que quieren mejorar dentro de un orden social basado en la cooperación y competencia.

En un sistema económico de mercado esto ocurre así porque, precisamente, *sólo logran avanzar en la escala social y económica, aquellos de sus miembros que contribuyen a la satisfacción de las apetencias de los demás*¹⁰⁴. El deseo de mejorar que anima la competencia social está inscrito en la naturaleza humana: los hombres y mujeres, invariablemente competirán entre sí buscando la superación, tanto en términos absolutos como relativos. Y, además, esta competencia producirá el benéfico efecto

⁹⁸ Polisemia: f. Ling. Tipo de fenómeno semántico que consiste en que una misma forma fonética puede poseer diversas significaciones que presentan cierta proximidad. Diccionario Uno Color, Diccionario Enciclopédico; Edición 1998, Barcelona, España, p. 1284.

⁹⁹ Julio Pascual y Vicente, “Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa”, Civitas, 1ª. Edición, Madrid, p. 139.

¹⁰⁰ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 21ª. Edición, Madrid, Editorial Espasa-Calpe, 2001, p. 403.

¹⁰¹ Julio Pascual y Vicente, “Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa”, Civitas, 1ª. Edición, Madrid, p. 139.

¹⁰² *Ibíd.*, p. 140.

¹⁰³ Tullio Ascarelli, “Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales”, (traducción de Verdera y Suárez-Llanos), Bosch, Barcelona, 1970, pp. 15 y ss.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 21.

social de movilizar a los seres humanos a producir con sus acciones lo que los demás estiman que es mejor para ellos, es decir estamos frente al proceso –económico- por el cual los agentes económicos, intentan constantemente obtener una ventaja – compitiendo- sobre sus rivales y ganar oportunidades de negocios, a través de ofrecer términos más atractivos a sus clientes o desarrollar mejores productos o formas más efectivas de satisfacer los requerimientos de dichos clientes¹⁰⁵

No cabe imaginar tipo alguno de organización social libre en la que no haya competencia o concurrencia (en el mercado). *Para representarnos un sistema sin competencia o concurrencia, habríamos de imaginar un orden social despótico*, en el cual la ambición personal de los súbditos no tuviera medios para hacer llegar al “jefe” indicación alguna de las aspiraciones de aquellos, ni en cuanto a posición a alcanzar ni en cuanto a cometido a desarrollar. En esa imaginaria construcción, los ciudadanos seríamos totalmente apáticos e indiferentes y nadie perseguiría puesto específico alguno. Ahora bien, *esos seres habrían dejado de ser personas*.

La competencia social, tal como la hemos descrito en una sociedad libre, se plantea entre personas que desean mutuamente superarse. *No estamos en presencia, sin embargo, de una pugna o conflicto, sino de una legítima concurrencia* (competencia por el mercado) emuladora; y, conviene destacar que en modo alguno son aniquilados quienes en esa emulación no alcanzan la condición de ganadores; quedan simplemente relegados a un puesto (inferior) más conforme con su ejecutoría real (menos eficiente), inferior a aquel que habían supuestamente pretendido ocupar.

En un orden social totalitario, también surge la competencia, pero allí el espíritu competitivo del hombre induce a las gentes a pugnar entre sí simplemente para conseguir los favores de quienes detentan el poder. En una sociedad de mercado, por el contrario, brota la competencia cuando los diversos actores económicos que venden o producen algo, rivalizan pacíficamente los unos con los otros por procurar a los demás bienes o servicios mejores y más baratos, mientras que los compradores insisten (compiten) entre sí ofreciendo los precios más atractivos¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Germán Coloma, “Defensa de la Competencia: Análisis Económico Comparado”, Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2003, citando la definición de competencia dada por la Oficina de Libre Comercio del Reino Unido, p. 57.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

De las consideraciones hechas se deducen tres dimensiones de la competencia, que la hacen merecer nuestro conocimiento y nos deben prestar a su defensa: *la dimensión social, la dimensión económica y la dimensión moral*¹⁰⁷.

La competencia es consustancial con el proceso del mercado, ya que las sucesivas oportunidades que ofrecerán los participantes representarán siempre ofertas más competitivas que las precedentes porque serán hechas con mayor conocimiento que las otras oportunidades disponibles con las que hay que competir, toda vez que el desarrollo de proceso del mercado va incrementando la información disponible, según la van aportando con sus respectivas actuaciones los participantes. *El cese del proceso del mercado representaría así el fin de un proceso competitivo.*

Entendido así, *el papel que le debemos asignar a la competencia es el de ser un proceso regulador de la actividad económica* que se deriva de las preferencias expresadas en el mercado, a través de las decisiones individuales de los productores (oferentes) y de los consumidores¹⁰⁸ (demandantes).

3.3 Libre Competencia

Las prácticas contrarias a la competencia y las barreras artificiales que impiden competir en el mercado inducen producciones ineficientes y amparan conductas incompetentes. La asignación de recursos disminuye con tales prácticas contrarias a la competencia y las barreras –de entrada y salida- actúan en detrimento de la economía y por ende de los consumidores, es decir, la sociedad en su conjunto es la que padece y asume el daño, al rebajarse el nivel de vida de los ciudadanos (consumidores o usuarios). En tal sentido, uno de los propósitos implícitos generados a través de la libre competencia es precisamente la abolición de dichas barreras o prácticas artificiosas que distorsionan, limitan o restringen la competencia. Para poder alcanzar los mayores beneficios para la sociedad, la competencia debe ser **libre**. De esta manera se emplea y debemos entender el término *libre competencia*, como la eliminación de toda exención que impida el acceso (entrada o salida) a los diferentes mercados por parte de los agentes económicos que desean operar en éste, sobre la base (constitucional) de la libertad de iniciativa económica (libertad de empresa).

¹⁰⁷ Julio Pascual y Vicente, “Fundamentos del Derecho de la competencia”, Jornadas sobre Derecho de la competencia, Pro-competencia, Caracas, 2000; y Julio Pascual y Vicente, “V Edición de la Escuela Iberoamericana de Competencia”, “Nociones sobre competencia y concurrencia”, Tribunal de Competencia de España- Madrid, 2005.

¹⁰⁸ Hermenegildo Baylos Corroza, “Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial e intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal”, Civitas, Madrid, 1978, p. 226.

3.4 Competencia desleal

Si bien el tema de la competencia desleal en sí no es el punto principal de este trabajo, es menester señalar su relación sustancial con el tema que nos ocupa, que es el de la defensa de la competencia.

La competencia leal es lícita, pero dentro de ella puede haber salvedades y las distorsiones propias que nacen de las normas sobre prácticas y acuerdos restrictivos y/o contrarios a la competencia.

Si la competencia desleal es la forma de practicar la competencia violando las normas de lealtad y honestidad reconocidas legalmente, por lo que, en los casos de competencia desleal, no se sanciona con la ilicitud el haber causado a otro agente económico un perjuicio de competencia, sino haberlo hecho indebidamente.

Analizado así, vemos que hay plena licitud del daño concurrencial, toda vez que éste es un postulado esencial del régimen de competencia, por lo que la ilicitud de la competencia desleal no es porque con ella se cause daño a otro competidor, apoderándose para sí de la clientela del competidor afectado. La competencia desleal es ilícita cuando el perjuicio para el competidor se logra mediante una alteración de la igualdad de oportunidades en virtud de una maniobra o accionar desleal para conseguir tal fin. En este punto, la “apropiación de clientes en esa situación ya no es el resultado de una lucha lícita, sino del empleo de medios torpes que aparecen vedados a todos¹⁰⁹”. Por lo tanto, lo que hubiere parecido una actuación normal, es decir, una actuación lícita de competencia, se transforma en un daño indebido, del cual hay que responder¹¹⁰ legalmente.

Lo que resalta en la competencia desleal es el ánimo de dañar a otros agentes económicos mediante actos o medios ilícitos (desleales y deshonestos). Por lo tanto, la diferencia entre competencia y competencia desleal es clara, en la competencia cualquier perjuicio a ésta es ilícito, mientras que en la competencia desleal lo ilícito no es el daño a la competencia, sino la utilización de un medio ilegal, desleal y deshonesto para causarlo.

¹⁰⁹ Félix A. Nazar Espeche, “Derecho de la competencia: Abuso de posición dominante; Competencia leal y desleal; Concentraciones; Fusiones; Procedimiento y sanciones”, Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 28, citando a Baylos Corroza, “Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial e intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal, Civitas, Madrid, 1978, p. 312.

¹¹⁰ A. Correa y J. Bergel, “Patentes y competencia”, Santa Fe- Argentina, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 181, citando a Spolansky, El delito de competencia desleal y el mercado competitivo, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.

Pues el principio de la libertad de competencia significa, antes que nada, que cualquier agente económico que interviene en el mercado tiene el derecho de utilizar los medios lícitos para atraer o captar su clientela, por lo que el desviar o atraer la competencia de otros agentes económicos de manera lícita como parte de la libertad de empresa o iniciativa económica no constituye ilicitud, siempre y cuando los procedimientos empleados no sean abusivos, desleales y no vulneren de manera deshonesto y desleal el sistema competitivo¹¹¹.

Llegado a este punto, podemos decir que el Derecho de la competencia desleal ahora tiene tipos de interés de relevancia jurídica tanto para los consumidores como para el interés público. Estos dos temas se materializan en una trilogía¹¹². El interés de los empresarios (*deslealtad frente al competidor*)¹¹³, de los consumidores (*deslealtad frente al consumidor*)¹¹⁴ y de la colectividad general y el sistema económico (*deslealtad frente al mercado*)¹¹⁵.

Tradicionalmente se consideró que ambos enfoques debían separarse, pero la situación está cambiando al evolucionar el Derecho de la competencia desleal desde un modelo corporativo hacia un modelo social, en donde éste supone una vulneración a la libre competencia que debería ser perseguida por la autoridad de competencia.

3.5 Competencia destructiva

Se habla de competencia destructiva cuando la misma llega a una situación en la que los precios bajan tanto que no llegan a cubrir todos los costos de producción, particularmente los costos fijos¹¹⁶. Este fenómeno puede llegar a producirse en industrias declinantes con grados importantes de sobrecapacidad o caracterizadas por cambios frecuentes en la demanda. A menudo se invoca que en un sector hay una competencia destructiva para pedir o justificar una intervención de los poderes públicos, en forma de control de precios (mínimos) o ciertas medidas de reestructuración financiadas con fondos públicos y que dentro del Derecho de la competencia se las conoce como “Ayudas Públicas” o “Ayudas de Estado”.

¹¹¹ Ernesto Aracama Zorraquin, La competencia desleal en el Convenio de la Unión de París para la protección de la Unión de la Propiedad Industrial, en “Cuadernos de la Universidad Austral”, No. 1, Derecho empresarial actual, en homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 24.

¹¹² Juan Ignacio Font Galán, Luis Ma. Miranda Serrano, “Competencia desleal y antitrust.- Sistema de Ilícitos”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 25.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ “Glosario de Economía de la Organización Industrial y Derecho de la competencia”, Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCED), Secretaría General de la OCED, 2004, p. 33.

3.6 Competencia monopolística

Se trata de un modelo teórico correspondiente a una estructura de mercado que combina elementos del monopolio y elementos de la competencia perfecta. Como el modelo de competencia perfecta, los vendedores son muy numerosos y es fácil entrar y salir del mercado. Pero, contrariamente a lo que sucede en el modelo de competencia perfecta (que alberga el supuesto de homogeneidad –no pueden diferenciarse- de la mercancía), los productos están relativamente diferenciados¹¹⁷. En consecuencia, cada agente económico tiene una curva de demanda decreciente, lo que le deja cierta influencia en los precios a que puede ofrecer sus productos, pero con poca discrecionalidad, porque sus productos, aunque sean diferenciados de otros, tienen sustitutos claros entre los de la competencia.

Este modelo de competencia monopolística representa una estructura de mercado muy común en las economías modernas, tanto en la industria (particularmente en la de bienes de consumo) como en los servicios.

3.7 La protección de los consumidores

Como cuestión previa, la idea matriz de la argumentación supone que la *finalidad del Derecho de la competencia es obtener el máximo bienestar del consumidor protegiendo y promoviendo los mayores niveles de competencia posible*, sin entrar en la discusión sobre lo acertado o no que resulta esa racionalidad. Pero la razón es sencilla: los modelos regulatorios y la normativa sobre la competencia descansan precisamente, a grosso modo, sobre esa racionalidad¹¹⁸.

La competencia en el mercado –en cualquier sistema económico- de bienes y servicios *garantiza el derecho de los consumidores a elegir libremente aquellas opciones de compra que les resulten más satisfactorias para sus intereses*.

El derecho a la libre elección de los consumidores está definido a nivel mundial por la resolución número 39/248 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, emitida en el año 1985, la cual reza textualmente: “Derecho a la posibilidad de elegir

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 24.

¹¹⁸ La influencia de la escuela liberal norteamericana es extendida en la región, lo que no constituye ninguna novedad. Para ella, el único estándar posible a la hora de medir el mayor o menor nivel de competencia eficiente es el grado de bienestar del consumidor; por ende, es el objetivo final de un mercado bien organizado. Pero no es la única. Como contrapartida, el modelo de la Unión Europea tiene como objetivo primordial la integración económica de los países miembros, lo que lleva, por ejemplo, a incentivar conductas como los acuerdos horizontales entre medianas empresas de los países. Ver, Germán Coloma, “Defensa de la Competencia -Análisis Económico Comparado-”, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2003, pp. 57-62.

entre diversos productos o servicios con la seguridad de una calidad satisfactoria”. De este enunciado se desprende que las acciones que realizan los gobiernos y los agentes económicos privados para limitar los procesos de competencia en el mercado constituyen, una flagrante violación a nuestros derechos humanos como consumidores¹¹⁹, siempre y cuando dichos accionares estén encaminados en afectación del interés económico general y sus efectos sean negativos; en otras palabras que no generen beneficios económicos o eficiencias a los consumidores o el mercado respectivamente.

3.7.1 Competencia y Consumidor

El fundamento para la adopción de las políticas de competencia y de regulación¹²⁰ sobre una actividad económica es la ausencia de un mercado lo suficientemente competitivo para generar el resultado doble que se le supone:

- a. Propender a lograr la más eficiente asignación de los recursos en las condiciones dadas; y,
- b. Permitir la maximización del bienestar de los consumidores.

Ambos efectos son considerados como de interés público. Por ende, el Estado debe disponer de los arreglos normativos e institucionales que los procuren.

El monopolio, entendido como aquel mercado organizado en torno a un único oferente que posee el control para fijar el precio de un bien o servicio, *es la justificación paradigmática que autoriza la intervención pública*, ya que precisamente es la ausencia de competencia la que conlleva a éste estado y por ende, es generalmente un estado de bienestar inferior al que se daría en competencia.

Ese menor bienestar se hace más intenso para el consumidor cuando se estructura un monopolio en los denominados “servicios básicos”, ya que su demanda por la provisión de esos servicios esenciales lo hace verdaderamente cautivo (demanda relativamente insensible a las variaciones de precios), situación que generalmente se asocia al “monopolio natural”. Con esta clase de monopolio, se suele identificar a ese mercado en que la presencia de una sola empresa es la solución, más eficiente posible,

¹¹⁹ Ver Constitución Política de la República del Ecuador, Título III De los Derechos, Garantías y Deberes, Capítulo 5 De los Derechos Colectivos, Sección Tercera: De los Consumidores, artículo 92, aprobada el 5 de junio de 1998 y publicada en el R. O. No. 1 de 11 de agosto de 1998.

¹²⁰ Por “políticas de competencia” se comprende todo el arreglo institucional, normativo y de medidas de fomento, orientado a la defensa y promoción de la competencia. Por “regulación” se entenderá las medidas administrativas de la autoridad sobre una actividad económica pública o privada en cumplimiento de una norma legal o reglamentaria prescrita en el interés público, conceptos que se desarrollan a partir de la definición de Barry Mitneck. (nota del autor).

dado el conjunto de factores que explican tal estructura¹²¹. Por ejemplo, los servicios básicos son “industrias de redes”, lo que constituye una barrera, en razón del costo de entrada y de salida de los agentes económicos, situación que no es rentable excepto para quien hizo la inversión inicial (eléctricas, sanitarias o de telefonía).

Los procesos de liberalización de los servicios básicos se hicieron con la promesa de aumentar el bienestar social, superando los “males” que se le imputaban a la propiedad pública, precisamente porque se consideró que se alcanzaría la mayor eficiencia en la asignación de los recursos, que redundaría en un mejor servicio y precio para el consumidor, y en definitiva, en el beneficio social.

La regulación adoptada, entonces, tendría que ser capaz de simular el resultado de un mercado competitivo, y para ello se elaboran y se aplican distintos modelos que vengán a introducir competencia, sino en todo, por lo menos en parte del mercado. Por último, el Derecho de la competencia intervendrá para reprimir los abusos del dominante, que perjudiquen a la eventual competencia o al consumidor. Ese es el desafío para cualquier marco regulatorio vigente o por venir.

Pero la permanencia del monopolio natural no depende exclusivamente si el modelo regulatorio es pro-competencia, lo primero es la alteración de la estructura del mercado que lo justifica. En este sentido, la existencia de los monopolios naturales – quizás con excepción del sector sanitario- se ha ido relativizando progresiva u fundamentalmente a causa del cambio tecnológico y la globalización de la economía; esa ha sido la evolución del mercado en sectores regulados como por ejemplo el de las telecomunicaciones. En otras palabras, es la posibilidad de volver competitivo no sólo segmentos, sino todo un mercado, considerado hasta ahora un monopolio económicamente justificado.

Por ende, los marcos regulatorios no solamente tienen que asegurar que el monopolista no erosione el bienestar del consumidor, apropiándose de su excedente a través de precios más altos y servicios deficientes, como tampoco que malgaste recursos valiosos y no realice las inversiones debidas para el desarrollo de la industria; también

¹²¹ Podemos decir que existe un monopolio natural en un mercado, cuando las condiciones existentes en el mismo son tales que un solo agente económico produce a más bajos costos que si hubiera una pluralidad de ellos, por obtener economías de escala. El agente económico que goza de una situación de monopolio natural se distingue por tener una curva de costos medios a largo plazo y de costos marginales fuertemente decreciente. Esta característica del monopolio natural le hace que sea más eficiente que una pluralidad de agentes económicos en competencia, razón por la que le ha hecho merecedor del respaldo legal, pero sujeto a reglamentación sobre todo en lo que tiene que ver en cuenta a los precios, calidad y otras condiciones de mercado que son analizadas a través de la regulación respectiva para el caso. Ver Germán Coloma, “Economía de la organización industrial”, 1era Ed., Temis, Buenos Aires, 2005, pp. 37-44.

pueden promover la entrada de nuevos agentes y volver competitivo un mercado, siendo flexibles para aprovechar el desarrollo tecnológico y la dinámica de la economía. Esto es, perseguir la paulatina transición del monopolio a la competencia.

Sin embargo, hay casos en donde resulta ineficiente, en términos económicos, la existencia de más de un agente económico. En estos casos, la regulación¹²² aparece para controlar a este agente económico (monopolio), con la finalidad de evitar que incremente sus beneficios en perjuicio de los consumidores, como por ejemplo restringiendo la producción para aumentar los precios, en este sentido, también la regulación debe perseguir que se dé la máxima eficiencia dentro del mercado regulado.

3.7.2 Relación de las Normas de Protección del Consumidor y de la Competencia

El bienestar del consumidor es el fin último del Derecho de la competencia y de la regulación. Pero buena parte de las conductas contrarias a la competencia no atentan directamente contra el consumidor, pero sí contra el régimen competitivo (productivo) que es el que mejor provee de bienes y servicios a los consumidores o usuarios.

Por tal razón, el consumidor no puede quedar a la suerte de la pura competencia, es necesario consagrar sus derechos y dotarlos de una efectiva protección, que vaya más allá del Derecho de la competencia.

El desequilibrio que existe entre el consumidor y el proveedor es básico, dado por la asimetría en la información, en el poder de negociación superior del proveedor, en la profesionalidad de éste (nadie es consumidor “profesionalmente”). Este desequilibrio es más profundo en el caso de los servicios básicos.

Entonces, el derecho del consumidor¹²³ tiene por objeto, precisamente, equilibrar las relaciones de consumo –de manera fundamental lo referente a la información-. Lo que es absolutamente esencial e ineludible dentro de una racionalidad económica –que gozará de mayores o menores simpatías pero no es la cuestión aquí- que apuesta a que en un mercado se encuentre disperso el poder de decisión de modo tal que ni la demanda o la oferta se impongan sobre la otra. Lo que dará como resultado un mejor y mayor estado de bienestar para la sociedad.

¹²² Santiago González-Varas Ibáñez, “Los Mercados de Interés General: Telecomunicaciones y Postales, Energéticos, y de Transporte.- Privatización, Liberalización, Regulación Pública y Derecho de la competencia”, Comares, Granada, 2001, p. 84.

¹²³ Ver el Capítulo I y Capítulo II, Principios Generales y Derechos y Obligaciones de los Consumidores de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, artículos 1, 2 y 4, cuerpo legal aprobado el cuatro de julio del 2000 y publicado en el R. O. No. 116 de 10 de julio del 2000.

Así, se configuran dos ámbitos complementarios de protección, el primero relacionado con la protección y defensa de los consumidores, y el segundo más directo y enfocado a la defensa de derechos que suponen un mercado competitivo y, por ende, libre de abusos.

En consecuencia, muchas veces y precisamente por el perjuicio que causan al consumidor las conductas anticompetitivas, es la institucionalidad de la competencia la que defiende al consumidor, al sancionar y corregir dichas conductas.

Por otra parte, la regulación de los servicios básicos se ha establecido con el supuesto que la fijación de tarifas refleja la simulación de un mercado lo más cercano a lo competitivo y, al final, el beneficio de la eficiencia lo recibe el consumidor o usuario¹²⁴.

Sin duda, la institucionalidad de la competencia ejerce un saludable complemento en la protección del consumidor, acogiendo en varias oportunidades reclamaciones de particulares. En ese sentido, muchas veces la propia institucionalidad del consumidor se limita y deja paso a la de la competencia en la protección del consumidor.

En nuestro país tenemos varias ONGs, defensoras de los derechos de los consumidores, pero la única que se ha mantenido y tiene verdadera presencia es la Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios.

En este sentido, la Tribuna del Consumidor es una ONG que defiende los derechos de los consumidores en nuestro país, ésta ha sido la única institución de esta naturaleza que ha estado inmersa en la lucha para que el Ecuador cuente con un régimen de competencia por alrededor de nueve años. Así, el primer intento se cristalizó en un proyecto que se propuso en el 2001. Dicho proyecto fue elaborado por la Tribuna del Consumidor, la Universidad Andina Simón Bolívar, CARE INTERNATIONAL, y auspiciado por la entonces Diputada Nacional, Susana González de Vega, Presidenta de la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso Nacional. Este proyecto fue aprobado por la Legislatura, pero lamentablemente vetado en su totalidad por el Ing. Pedro Pinto R. quién fungía a esa fecha como Presidente encargado. Luego de este traspie, la Tribuna ha venido participando de manera permanente en los múltiples proyectos que han sido elaborados pero que lastimosamente no han podido concluir en una normativa vigente para nuestro país.

¹²⁴ *Ibidem*.

3.7.3 La defensa de la competencia en pro del consumidor: la generación de excedentes

El postulado lógico para la aplicación de la política de competencia es que las distorsiones al mercado -que tratamos de resolver a través del Derecho y defensa de la competencia- generan una reducción del excedente total de los agentes económicos y sobre todo del excedente de los consumidores¹²⁵.

Si lo que se protege es el excedente total o el excedente (bienestar) del consumidor, el análisis de la casuística –respaldada por la política y en concordancia con la norma- debe ser a favor de ambos objetivos como fundamento principal que justifique la puesta en marcha de la maquinaria de la política de competencia, en el sentido de que lo que se requiere para sancionar una conducta o bloquear una concentración económica es que tanto el excedente total como el excedente del consumidor¹²⁶ se reduzcan a consecuencia de la conducta o concentración en cuestión (o, por lo menos, que uno se reduzca y el otro no aumente).

La confluencia simultánea de los dos objetivos que atentan la competencia se da de manera evidente en los casos de monopolios, prácticas colusorias, concentraciones¹²⁷ y de prácticas de exclusión de competidores, en los cuales el excedente total se reduce porque se reduce el excedente de los consumidores, sobre todo cuando en el análisis de este tipo, las fallas de mercado se evalúan apelando a la regla de la razón, en otras palabras, las autoridades, al tomar sus decisiones, efectúan un análisis racional jurídico-económico¹²⁸. Del mismo modo, cuando en una práctica o concentración se demuestra – técnicamente- que el objetivo de la misma no es ejercer poder de mercado sino ahorrar costos de transacción, aprovechar economías de integración o escala, agilidad y rapidez en la introducción de nuevos productos y métodos de producción, mejora en la investigación y el desarrollo, así como ventajas financieras¹²⁹, no se entra a investigar más respecto del efecto último de la práctica sobre los consumidores, en el entendido de que se trata de una transacción eficiente que propende a la consecución de los objetivos generales de la política de competencia, es decir, al correcto funcionamiento del mercado y a través de éste beneficiar y mejorar el bienestar de los consumidores.

¹²⁵ Germán Coloma, “Economía de la organización industrial”, 1era. Ed., 2005, Temis, Buenos Aires, pp. 12 y 28.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 13.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 18.

¹²⁸ Gabriel Martínez Medrano, “Control de los monopolios y defensa de la competencia”, 1era. Ed., Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 11.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 22.

La competencia en el mercado es un fenómeno social y no confiere derecho alguno a nadie para ocupar una posición determinada en la sociedad, correspondiendo exclusivamente a los consumidores, comprando o dejando de comprar, la determinación de la misión que cada uno haya de desempeñar en la misma, en tal sentido, la libertad del consumidor debe ser efectiva y real¹³⁰. Y, aunque el acceso a cualquier actividad sea virtualmente libre, sólo se accede a la misma si los consumidores desean que sea ampliada la producción en dicha actividad o si los nuevos participantes son capaces de expulsar (legalmente) a los antiguos por el procedimiento de satisfacer de un modo mejor o más barato los deseos de los consumidores¹³¹.

Conviene comprender esto porque algunas quejas sobre la imposibilidad de competir nacen de no advertir tales realidades. Antaño se dijo que no se podía competir con las compañías ferroviarias, porque era imposible arremeter sus posiciones creando nuevas líneas ferroviarias competitivas (o sustitutas), y que, consecuentemente, el ferroviario era un sector ajeno al Derecho de la competencia. Además debemos resaltar que tampoco existían trabas legales para la creación de nuevas líneas de tren. La verdad era otra, sin embargo. Era que entonces las líneas existentes, en términos generales, bastaban. Y resultaba más rentable invertir los nuevos capitales en otras actividades antes que en duplicar líneas ferroviarias que se volverían ineficientes y altamente costosas. Pero esto en modo alguno impidió el progreso del transporte, ni la aparición del automóvil y del avión como sustitutos o incluso nuevos mercados de transporte. Igual reflexión podemos hacer para el sector de las telecomunicaciones.

Incluso en los actuales momentos, y pese al desarrollo del Derecho de la competencia, existe gente –sobre todo en países como el nuestro con poca o ninguna cultura de la competencia- que, como antaño, incurren en equívoco semejante, cuando se trata de un sector de actividad en el que sólo hay un operador, sin que legalmente exista impedimento legal alguno para que haya otros. Un simple ejemplo puede ilustrarnos de mejor manera lo aseverado. Así, el que, en un pueblo de la serranía, donde exista un único peluquero, cuando no hay barreras de entrada en el sector de peluquería, no permite decir que allí no hay libre competencia, ni siquiera puede deducirse que, a pesar de ser el único, dicho peluquero disponga de la independencia de comportamiento necesaria para otorgarle una posición de dominio en el mercado

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 19.

¹³¹ Germán Coloma, “Defensa de la Competencia: Análisis Económico Comparado”, Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2003, pp. 29-32.

relevante, para que por sí solo pueda abusar de la misma. El peluquero –del ejemplo- no es probable que abuse porque, si sube los precios más de lo debido, la gente hará una de las siguientes tres cosas, todas ellas en perjuicio del abusivo comportamiento: 1) se irá a cortar el pelo al pueblo de al lado; 2) espaciará más sus cortes de pelo; o, 3) pedirá a algún familiar que le corte el pelo. Tampoco cabe destacar que, en tal caso, apareciera en el pueblo otro peluquero que corte mejor y más barato.

En nuestro hipotético ejemplo, no aparecieron más, seguramente porque no conociendo un modo de cortar el pelo menos costoso (una tecnología más barata), quienes pudieran hacerlo pensaron que fracasarían de haberse establecido allí. *Y es que competencia en modo alguno quiere decir que cualquiera pueda prosperar simplemente imitando lo que los demás hacen.* Significa, en cambio, oportunidad para servir a los consumidores o usuarios de un modo mejor o más barato, oportunidad que no han de poder debilitar quienes vean sus intereses perjudicados por la aparición de un innovador.

3.8 Efectos sobre la competitividad

Aunque una política de competencia –a través de su ley- tiene como objetivo maximizar la eficiencia, en definitiva también contribuye a maximizar el bienestar del consumidor como ya lo hemos analizado. Así una adecuada política y normativa de la competencia debería propiciar también una mayor eficiencia y equidad tomando en cuenta las numerosas “fallas del mercado”¹³².

Para asegurar que la defensa de los intereses del consumidor tiene la debida atención, es necesario aplicar conjuntamente leyes de competencia y de protección del consumidor, ya que éstas constituyen “las dos caras de una misma moneda”. En efecto, las dos aseguran normas adecuadas de calidad respecto a las “señales del mercado” respondiendo a los deseos y a las necesidades de los consumidores, lo que redundará en mayor competitividad¹³³ de bienes y servicios en los mercados nacional e internacional.

¹³² En el campo de las funciones del Derecho antitrust o de la competencia, nos encontramos con las finalidades económicas, relacionadas con las restricciones a la competencia y cómo estas inciden de manera negativa en el correcto funcionamiento del mercado. En este sentido, las conductas restrictivas de la competencia, como los cárteles y otras formas de concentración de empresas negativas, así como las concentraciones del poder económico, entre los que podemos citar a los monopolios y los oligopolios, las barreras de acceso y las prácticas y acuerdos contrarios a la competencia, se los “conoce como fallos de mercado (o fallas de mercado), que obstaculizan su correcto funcionamiento como mecanismo de asignación eficiente de recursos escasos. En este contexto, la normativa antitrust tendría la función de corregir o, al menos, paliar esos fallos, de manera que se asegurase la eficiencia asignativa del mercado...”. Ver: Luis Antonio Velasco San Pedro, “Derecho Europeo de la Competencia: Antitrust e Intervenciones Públicas”, 1ª. Ed., Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 43.

¹³³ La globalización y la liberalización, facilitadas por los rápidos adelantos de la tecnología, han creado una nueva dinámica de la competencia y, en ese proceso, hacen que los determinantes de la competitividad sean mucho más

Pero, en este tema, es fundamental implementar mecanismos para fortalecer a los agentes económicos en temas de competencia, por ejemplo, a través de talleres de capacitación.

El rol de los servicios públicos es particularmente importante en el caso de los monopolios naturales que prestan servicios públicos imprescindibles para los agentes económicos, tanto para los individuales como para los empresariales que demandan insumos para la producción.

Para estos casos –de monopolio natural-, es imprescindible la implementación de mecanismos para fortalecer la cooperación entre los entes reguladores –de estos mercados, sobre todo de infraestructura-, la agencia de competencia y de protección al consumidor, a fin de dar coherencia e interrelación a la aplicación de las políticas públicas que generan y mejoran la competitividad.

La política pública de competencia –en estos sectores- debe tener la participación activa de los representantes de los organismos de defensa de la competencia y de los consumidores¹³⁴, así como de quienes llevan adelante la planificación de la política económica, estos siempre deberán estar siendo consultados cada vez que el gobierno de turno se proponga adoptar medidas legislativas que de una u otra manera vayan a afectar la competitividad sobre todo en cuanto a los servicios públicos tales como: liberalización, privatización, creación de entes reguladores y negociaciones de acuerdos internacionales relacionados.

3.9 La política de competencia y la competitividad de las PYMES¹³⁵

complejos. Como ya se ha mostrado en el debate que antecede, la fuente de la competitividad es una mayor eficiencia. En el marco del comercio internacional, la competitividad se define tradicionalmente en función de los tipos de cambio, los costos y los precios. Hoy en día, se hace una distinción entre la competitividad estática y la competitividad dinámica. En la primera, se insiste en la competencia de los precios, en virtud de la cual las empresas compiten sobre la base de las dotaciones que han recibido, tales como la mano de obra barata y los recursos naturales. En esas circunstancias, para conservar la competitividad, hay que mantener o recortar los costos de producción. Ésta es la base sobre la cual compiten muchas empresas de países en desarrollo. La competitividad dinámica va asociada con la naturaleza cambiante de la competencia, que privilegia no sólo la relación entre los costos y los precios, sino también la capacidad, a nivel de la empresa, de aprender, ajustarse rápidamente a las nuevas condiciones del mercado e innovar (entendiendo la innovación de la manera más amplias sin limitarla necesariamente a la innovación tecnológica radical). En este marco, la competitividad se refiere a la capacidad de las empresas para producir bienes y servicios que superen la prueba de la competencia internacional y, al mismo tiempo, mejorar sus medios tecnológicos. Ver: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, “La relación entre la competencia, la competitividad y el desarrollo”, Junta de Comercio y Desarrollo”, Comisión de la Inversión, la Tecnología y las Cuestiones Financieras Conexas, Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, cuarto período de sesiones, Ginebra, julio de 2002, pp. 4 y 5.

¹³⁴ Los Organismos reguladores de servicios públicos deberían tener un representante de las asociaciones de consumidores como integrantes de sus directorios, con la finalidad de generar un balance positivo. (Nota del autor).

¹³⁵ La característica que hemos venido detallando del Derecho y Política de la competencia se puede resumir en el principio rector de que el fin de estos es evitar que sea limitada, restringida, distorsionada o falseada en perjuicio del interés económico general. Esta peculiar forma de interpretación es la que prevalece en todos los países que cuentan

El respeto de las normas de competencia es un aspecto esencial para la inversión y el desarrollo, tanto de las grandes empresas como de las PYMES. Éstas se ven desfavorecidas en materia de acceso a la tecnología, financiamiento y acceso a los mercados nacionales y, peor aún, a los internacionales.

La política industrial basada en una política de competencia, debe permitir una mayor flexibilidad en aquellos “acuerdos”¹³⁶ entre PYMES, destinados a fortalecer sus capacidades de acceso a insumos en condiciones similares a las de los grandes agentes económicos. Igual tratamiento se aplica usualmente a las compras gubernamentales y a los acuerdos que permiten, a productores domésticos, el acceso a los mercados de exportación. Aunque una cierta flexibilidad o “acción positiva” se podría contemplar a favor de las PYMES, la implementación de tales políticas podría ser de difícil

con legislaciones antimopólicas o de competencia, y para el tema relacionado con las PYMES se fundamenta en el concepto de eficiencia económica.

La justificación al respecto descansa en el hecho que la ley –de competencia- habilita a un órgano del Estado a intervenir en los mercados, juzgando conductas restrictivas de la competencia que, en muchos casos, no sólo perjudican el funcionamiento eficiente de los mercados, sino que incluso lo favorecen. Para ello, cabe un análisis particular de cada caso para determinar el probable efecto de las conductas investigadas sobre aquellos resultados que evidencian ese funcionamiento eficiente de los mercados.

El concepto de eficiencia, tan central a esta legislación, se basa en una demostración rigurosa de que es en los mercados competitivos en los que la demanda de los consumidores es mejor atendida, tanto en condiciones de precio como de adaptación de los productos a las preferencias de los consumidores. La sociedad en su conjunto se ve también beneficiada por cuanto el monto de recursos asignado a la producción de ese bien (el costo de producción) es el menor de todos los tecnológicamente posibles y la producción y el consumo se maximizan respecto de todas las opciones disponibles.

Vincular la estructura de un mercado con las conductas que en él se desarrollan y los resultados que se observan, establece una relación de congruencia que permite en la práctica concretar los análisis sobre la base de la regla de la razón. En términos más directos, este paradigma estructura-conducta-resultados (E-C-R) hace que exista una relación indirecta entre el Derecho y la Política de competencia con las PYMES.

Esto es así por cuanto en este conflicto de opiniones, las posiciones de no discriminación positiva a favor de las PYMES han ido ganando terreno, ya que lentamente, país tras país, se ha ido imponiendo el concepto de que estas legislaciones no tienen como objetivo proteger a los competidores -sean éstos del tamaño que sean- sino a los procesos de competencia en los mercados.

En estos casos la defensa de la competitividad de los mercados y la defensa de los competidores que integran una franja competitiva puede llegar a asimilarse, si la firma líder, abusando de su poder de mercado, adopta conductas comerciales exclusorias frente a competidores más pequeños (PYMES), teniendo como objetivo aumentar su capacidad de imponer precios o, más genéricamente, sus condiciones comerciales.

Un segundo instrumento que conecta a la competencia con las PYMES tiene que ver con la protección indirecta de éstas en cuanto al control de fusiones y adquisiciones de empresas. Este instrumento tiene por objetivo garantizar que la ganancia de posiciones en los mercados sea la consecuencia de la prevalencia de auténticas ventajas competitivas, y no de la compra o la fusión con empresas rivales. Dicho de otro modo, la legislación ha querido que el aumento de la concentración en los mercados sea el resultado de haber ganado el favor de los consumidores, mediante la mejor satisfacción de sus necesidades objetivas y subjetivas y no la imposición del más fuerte en detrimento del más débil, que para el caso que nos compete se materializa en las PYMES. Véase la comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia (Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 368 de 22.12.2001, p. 13). Ver en el anexo a la Recomendación 96/280/CE de la Comisión (Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 107 de 30.4.1996, p. 4), que hablan de las ventajas de la competencia a favor de las PYMES.

¹³⁶ La relación entre la competencia y las PYMES está dada, por lo general, sobre la base de la llamada regla de minimis, el cual considera que un acuerdo entre PYMES cuya cuota de mercado no exceda cierto umbral no tiene efectos anticompetitivos significativos. Hay que tener presentes los porcentajes de estos umbrales de minimis a la hora de aplicar las reglas o normas de competencia, ya que estas condiciones no se aplican a los acuerdos que estén por debajo de dichos umbrales en donde por lo general se encuentran las PYMES. Esta circunstancia es de especial importancia para las pequeñas y medianas empresas. (Nota del autor).

aplicación y dar lugar a abusos anticompetitivos si no se cuenta con reglas absolutamente claras y autoridades fuertes que velen por ello.

Los servicios públicos cuando no son regulados mediante una positiva política de competencia (regulación) son altamente nocivos para la competitividad de las PYMES, pues, cuando dichos servicios se prestan deficientemente y a precios elevados, las PYMES se ven desfavorecidas, lo cual perjudica su capacidad competitiva.

Un tema que debe ser tomado muy en cuenta -aunque es materia para otro estudio-, es el sector informal, toda vez que, en países y economías como la ecuatoriana, tiene una gran importancia en la economía y en la parte laboral especialmente como generador de empleo. No obstante, este sector por su tamaño y características es un distorsionador de la competencia, sobre todo desde el punto de vista de la competencia desleal, toda vez que los informales o irregulares, al no declarar tributos, no aplicar normas de protección social, ni normas de calidad y de estandarización, peor aún respetar los derechos de propiedad intelectual, tienen una “ventaja competitiva” frente a los agentes económicos regulares, situación que, en un determinado momento, pudiera desestabilizar la economía, afectando al Estado –que deja de percibir tributos- y a su vez también a los consumidores en cuanto a sus derechos, sobre todo lo relacionado con la calidad y seguridad.

Se debería examinar la conveniencia de aplicar una serie de medidas e incentivos para que el sector informal cumpla con las normas, sin perjudicar a los numerosos consumidores de bajos ingresos que no tienen posibilidades de acceder al mercado formal.

Todos estos problemas afectan con mucha más fuerza a las PYMES, por lo que se deben difundir las ventajas y beneficios de la política de competencia a favor de esta problemática, razón por lo cual, la conocida abogacía de la competencia¹³⁷, debe ser una

¹³⁷ Dentro del concepto tradicional de abogacía, tenemos que la primera distinción parte del concepto mismo de eficiencia formulado desde la perspectiva de las teorías de equilibrio general. En ese sentido, la falla de mercado entendida como monopolio justifica la intervención del Estado en función de alcanzar niveles de eficiencia –léase asignación de recursos- que no ocurrirían espontáneamente. Así, la intervención se ha asociado particularmente con la labor de *enforcement* de las agencias *antitrust*. La conceptualización de fallas de mercado explica, en principio, el porqué de un régimen que persiga las prácticas de ejercicio de poder monopolístico. Esto en la medida en que se podrían clasificar según el criterio expuesto por el profesor Landes (1996) como fallas exógenas a la actuación de los consumidores como agentes económicos. Entendido así, estas fallas implican la disminución de opciones de los consumidores y de allí pérdidas de eficiencia que están asociadas con la competencia en precios y con las dimensiones de competencia. Es por esto que la mayor parte de las ineficiencias que se persiguen son de carácter conductual y estructural. De esta manera, corregir la falla de mercado que es exógena a los consumidores implica diseñar una política de competencia de sentido más amplio, que atienda a la parte conductual que antes denominamos *enforcement* y los elementos señalados en el párrafo anterior. Todas las políticas y actuaciones que en este último sentido pueda tomar el Estado es lo que entenderemos en adelante como abogacía de la competencia. Ver, Claudia Curiel Leidenz, Diseño de un modelo de abogacía de la competencia en el contexto de la implantación de las políticas de competencia en América Latina, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Trabajo

herramienta indispensable para introducir el concepto y la cultura de la competencia a favor de las PYMES.

Para fortalecer la competitividad de las PYMES e incentivar el sector informal deberían fortalecerse las acciones sobre la abogacía de la competencia en cooperación con los organismos correspondientes, tanto a nivel nacional como internacional.

CAPÍTULO IV

LA INSTITUCIONALIDAD COMO FACTOR FUNDAMENTAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Introducción

La eficacia y eficiencia de la política de defensa de la competencia no depende sólo de su capacidad para encuadrar determinadas conductas como infracciones y para resolver determinados problemas de eficiencia a través de condicionamientos estructurales o de conducta. También tiene que ver con la posibilidad de generar un ordenamiento jurídico que sea aceptado y respetado por los agentes económicos, y de contar con instituciones que sean capaces de aplicar dicho ordenamiento.

4.1 Organización de la agencia de competencia

El punto que primeramente salta a la vista y que debe ser diseñado a nivel institucional es sin duda aquel que plantea la interrogante de: es más eficaz tener un sistema de agencia única de defensa de la competencia -tal como ocurre en Perú, la Argentina, México o la Unión Europea- (**VER ANEXOS**), o si se debe, por el contrario, preferir un sistema de agencia doble (como los que rigen en Estados Unidos, Brasil o España). El primero de dichos esquemas tiene la ventaja de concentrar en un solo organismo todas las funciones relacionadas con la defensa de la competencia, y suele requerir, por lo tanto, menos recursos para realizar las mismas tareas. Su principal inconveniente es que, en la mayoría de los casos, la agencia de competencia única cumple al mismo tiempo funciones de fiscalía y de tribunal de competencia, y este

preparado para la Sección de Derecho y Política de Competencia y de Protección al Consumidor, Nueva York y Ginebra, 2000, pp. 16-18.

También podemos entender como abogacía de la competencia aquellas actividades conducidas por la autoridad de competencia relacionadas a la promoción de un ambiente competitivo para las actividades económicas sin ser mecanismos de cumplimiento, principalmente a través de sus relaciones con otras entidades gubernamentales y un permanente discurso sobre los beneficios de la competencia. (nota del autor).

doble papel puede generar conflictos de incentivos al momento de tomar decisiones. Esto es particularmente evidente en los casos iniciados de oficio, ya que el propio ente que está denunciando una conducta anticompetitiva es el que luego juzgará dicha conducta.

Otro punto ligado con el anterior tiene que ver con la independencia de la agencia de competencia respecto del poder político. En este sentido, algunas agencias de competencia (por ejemplo, la Comisión Europea, el Departamento de Justicia de EEUU, la Secretaría de Derecho Económico de Brasil, la Comisión de Defensa de la Competencia de la Argentina) tienen una dependencia directa de las autoridades ejecutivas de sus respectivos estados, en tanto que otras agencias (por ejemplo, la Comisión Federal de Comercio de EEUU, el Tribunal de Defensa de la Competencia de España, la Comisión Federal de Competencia de México, el Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil) son mucho más independientes de dichas autoridades ejecutivas.

La mayor dependencia del poder político puede verse como una ventaja en cuanto a la posibilidad de coordinar la política de competencia con otras políticas públicas (por ejemplo, con las políticas de regulación y con la política industrial), pero es sin duda una desventaja si se pretende que la defensa de la competencia sea una "política de estado" que tenga continuidad en el tiempo.

Lo expuesto en el párrafo anterior puede ilustrarse a través de la experiencia europea. Si bien la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea es un órgano totalmente dependiente de las autoridades ejecutivas de la Comunidad Europea, y tiene, al mismo tiempo, funciones de fiscalía y de tribunal de primera instancia¹³⁸, sus decisiones son apelables ante los tribunales de justicia de la Unión Europea, y dichas apelaciones tienen un papel decisivo a la hora de definir concretamente el alcance del Derecho de la competencia comunitario. Lo mismo puede decirse del caso estadounidense, donde el sistema de defensa de la competencia es por demás descentralizado, pero en donde la principal fuente del derecho *antitrust* norteamericano son los fallos de la Corte Suprema, que, a través de una jurisprudencia que ya tiene más de un siglo¹³⁹, ha ido fijando una serie de criterios, progresivamente revisados que hacen al Derecho de la competencia lo que es en la actualidad a nivel mundial.

¹³⁸ Antonio Fernández Fábrega, "Tratado de Derecho de la competencia", Tomo II, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 929-939.

¹³⁹ Gabriel Martínez Medrano, "Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia", Lexis-Nexis Depalma, 1ª Ed., Buenos Aires, 2002, pp. 27-36.

El papel del poder judicial como creador de Derecho de la competencia, sin embargo, es mucho menos importante y eficaz en los casos de países con escasa historia antitrust o de la competencia. Esto se debe a que, necesariamente, se precisa de un tiempo más o menos prolongado para que llegue a las instancias más elevadas del sistema judicial un conjunto representativo de casos de defensa de la competencia que de alguna manera sienten algún tipo de jurisprudencia. Esto se ve reflejado aún más cuando el propio poder judicial ha carecido de continuidad institucional.

En estas circunstancias, el principal creador de jurisprudencia de competencia se genera desde la autoridad administrativa de competencia que entiende el tema, que suele concentrar todos los casos y que puede, por lo tanto, crear en poco tiempo un cuerpo jurisprudencial más o menos completo y coherente. Para ello, ayuda sobre manera que sea independiente del poder político (y que, por lo tanto, no cambie de criterios cada vez que cambia el gobierno, el presidente, el congreso o el ministro de turno), que sea única, y que también sean únicas las instancias de apelación de sus decisiones (es decir, que todo pase por la misma instancia -contencioso administrativa- de apelaciones y llegue eventualmente por la misma vía a una Sala Especializada de la Corte Suprema), todo esto con la única finalidad de darle al tema la seguridad y garantía que amerita, a favor del propio Estado de Derecho, la libertad de iniciativa económica y el bienestar colectivo, representados a través del debido proceso, la unidad de criterios y la seguridad jurídica.

4.2 Una agencia de competencia factible, legítima y sostenible

Se ha discutido mucho sobre la necesidad de darles autonomía e independencia a las autoridades o agencias de competencia, a fin de evitar la captura y la presión política y económica. Sin duda, su legitimidad y sostenibilidad como institución dependerá en mucho de lo siguiente:

4.2.1 Debe ser autónoma, independiente y técnica

Los organismos de control, entre los que se encuentran las autoridades de competencia, por su naturaleza, tienen que ser organismos, autónomos, independientes y eminentemente técnicos. Esto quiere decir que tienen que estar al margen de la injerencia política y económica, para de esta manera poder ejercer un control verdadero, imparcial, objetivo y técnico. De ello dependerá que este tipo de control –del mercado– contribuya en el desarrollo de la economía y del país en general. De esta manera, el

control positivo y necesario en un Estado de Derecho se revierte a favor de los ciudadanos y ciudadanas (usuarios o consumidores). Su conformación debe estar enfocada siempre en contar con un personal altamente capacitado, con excelente preparación y jerarquía para ejercer un control técnico y efectivo a los agentes económicos. Así, a través del control establecido en la Constitución se puede garantizar la defensa del bien común (mercado), la protección de los derechos de los consumidores o usuarios que terminamos siendo todos los ciudadanos y ciudadanas, y contribuir a un desarrollo sustentable y equitativo de nuestra riqueza.

Este tipo de organismos de control –autónomos e independientes- deben ser defendidos en todo nivel, aun más en países como el Ecuador que, históricamente ha sido cambiante en su aspecto político y de gobernabilidad; es decir, que si no se fortalece a nivel constitucional la independencia de los organismos de control –entre los que destaca la autoridad de competencia- cada vez que exista un cambio político, significará un cambio en la dirección y control, lo que a la postre generará inseguridad jurídica, falta de transparencia y, lo más grave, estaremos dejando en la indefensión a los usuarios, frente a los grupos de poder, ya sean estos económicos o políticos.

La supervisión y control, como funciones propias del Estado a través de los organismos de control, requieren de un verdadero fortalecimiento en el nivel técnico y de gestión, que únicamente se puede lograr y garantizar si estos gozan de autonomía e independencia. Caso contrario, estaremos desnaturalizando completamente al adjetivo controlador de este tipo de organismos, si dejamos que estos dependan o se encuentren subordinados o dependientes de la tendencia económica, política o al vaivén de los cambios gubernamentales, que podrían generar el establecimiento de una política de la persecución ya sea por intereses políticos, económicos o de ciertos grupos de poder representados en los diferentes estamentos del gobierno y la sociedad.

Al fortalecer –constitucionalmente - a la autoridad de control de la competencia con independencia en sus decisiones, para que éstas respondan a preceptos o criterios de orden jurídico y técnico, habremos dado un verdadero paso hacia la institucionalidad de nuestro país, garantizando que los bienes o servicios en general se presten sobre la base de los principios de eficiencia, seguridad, accesibilidad, y calidad. De conseguir estos principios por medio del control positivo y preventivo, estaremos contribuyendo a mejorar el desarrollo y la competitividad de nuestra economía, plasmada en servicios eficientes de calidad y de precios o tarifas justas y ventajosas para los usuarios o consumidores.

4.2.2 Evitar la captura política y económica

¿Qué es necesario evitar entonces? Sin duda, es preciso evitar la captura de las agencias administrativas. Por captura de la agencia o autoridad entenderíamos la predisposición para tomar decisiones y acciones consistentes con las preferencias de los agentes económicos regulados o controlados.

Entonces, mientras que la independencia y autonomía están básicamente referidas a las relaciones agencia-gobierno, la captura está referida a las relaciones con los privados, en este caso las empresas o agentes económicos. Un tipo extendido de captura de difícil solución es el “salto” de los profesionales de un espacio a otro, con el cambio de intereses respectivos.

En este punto, nos debemos preguntar: ¿podemos esperar razonablemente adoptar decisiones en materia de regulación sin tomar en cuenta como estas decisiones pueden afectar las perspectivas futuras de trabajo post-gobierno, a sabiendas que los directivos de las agencias trabajan pocos años? Una regla de oro en economía afirma que las preocupaciones del trabajo futuro generan importantes efectos en las decisiones de los que elaboran políticas. Incluso ocurre con los servidores públicos de carrera a fin de dejar siempre abierta la posibilidad de un trabajo lucrativo privado. Esto es lo que se ha llamado revolving door effect, que significa: “que hay una alta propensión de los miembros de las industrias reguladas que trabajan para el gobierno como un regulador, a un eventual retorno a la industria una vez que ellos han ayudado en su regulación¹⁴⁰.”

Un abogado que trabaja algunos años en la agencia de competencia recibe incentivos de una empresa para pasar a formar parte de su staff. De este modo, el know-how (saber-hacer) y la estrategia fruto de la experiencia en el organismo regulador se transfieren fácilmente a la empresa privada. Si bien para algunos esto minimiza las asimetrías informativas e incrementa la predictibilidad de la agencia, también es cierto que la debilita, toda vez que su inversión en capacitación debe ser reemplazada o reiniciada en otro individuo. En ese sentido, un código de conducta y transparencia será indispensable implementarlos en la organización estatal, a fin de evitar dichos resultados.

¹⁴⁰ John D. Merrifield, Ph.D. Professor of Economics University of Texas At San Antonio Lecture 8. Página web visitada el 9 de julio del 2007. Published at <http://faculty.business.utsa.edu/jmerrifi/eco2003/Text-Deregulation.htm>.

Sobre la base de lo manifestado en los párrafos anteriores, un punto fundamental es establecer un esquema apropiado de accountability¹⁴¹, a fin de que las agencias y sus miembros rindan cuentas de una actuación que debe responder a los mandatos otorgados (responsiveness¹⁴²), con responsabilidad (responsibility¹⁴³). En este sentido, la rendición de cuentas ante el órgano ejecutivo y legislativo, como se ha establecido en algunos países, es legítima, sin perder de vista un sistema de rendición de cuentas ante la ciudadanía.

4.2.3 Incorporar valor público a través de la eficiencia y credibilidad

En contextos de cambio radical en la economía, suele existir una fuerte tensión entre los diversos actores para aceptar la presencia de una agencia de competencia. En algunos países, donde su inclusión no ha sido posible aún –caso ecuatoriano–, las reacciones suelen ser negativas, adversas y hasta agresivas¹⁴⁴.

En esos casos, parece necesario poner en debate la necesidad de su existencia, discutir en espacios académicos y de sociedad civil sobre el tema, generando valor público. Esto tiene mucha relación con la labor de abogacía de la competencia.

También es preciso darle a la agencia suficiente eficiencia en su gestión y sustentar su funcionamiento en la capacitación de su personal, y en donde, la selección de personal es sumamente importante. Una agencia, al menos, necesitará contar con abogados, economistas, y personal de administración. En todos los casos, será necesaria la capacitación constante. Los estudios de identificación de mercados requieren cierta especialización y práctica, y esto a su vez permite la correcta aplicación de las reglas en materia de concertaciones, o abusos de posiciones dominantes en el mercado.

Esto también implica una labor de promoción de la competencia entre los agentes económicos. Sin duda, un mejor entendimiento de las reglas y principios de la competencia entre los abogados y economistas de los agentes económicos, ayudará en mucho al mejor y mayor cumplimiento de las reglas, y consiguientemente, una participación más proactiva de la autoridad o agencia, toda vez que para explicar el estado de la ley de competencia en países en desarrollo como el nuestro es necesario tomar en cuenta que los agentes económicos son generalmente renuentes a cumplir con

¹⁴¹ Jaime Folguera Crespo, “El concepto de autoridad bien situada y la cooperación en el seno de la Red de Autoridades de Competencia”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 209-241.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ Paul Constance, “El precio de la autonomía”. EL BID. Página web visitada el 27 de julio de 2007. <http://www.iadb.org/idbamerica/Archive/stories/1997/esp/c1f2.htm>.

la ley, los gobiernos la ignoran y en algunos casos no saben qué es, y el público en general no entiende de qué se trata. En pocas palabras el tema no ha sido socializado.

Una vez que hayamos arribado a este punto, debemos identificar cuáles son las condiciones relevantes para que, los monopolios privados y públicos cuenten con demasiada o escasa regulación; y una vez analizado el contexto, entonces considerar qué tipo de apoyo necesita una autoridad o agencia de competencia para introducir e implementar estructuras de competencia eficientes en el mercado.

El establecimiento de mecanismos de participación de empresas, sociedad civil y Estado en la elaboración de las políticas, reglas y guías de competencia puede ser un instrumento de legitimación muy fuerte y un modo de involucrar a la sociedad en general en esta llamada cultura de la competencia. Así, la publicación de guías, lineamientos y normas, y el establecimiento de audiencias públicas, y mesas de trabajo con equipos multidisciplinarios y a distintos niveles pueden ser positivos.

Un elemento fundamental se encuentra en que la autoridad o agencia utilice procedimientos razonables, accesibles y abiertos, garantizando el trato igualitario en su análisis y realizando procedimientos y procesos administrativos justos. El respeto por estándares mínimos sobre debido proceso, es indispensable especialmente en los casos en los que se apliquen sanciones.

Por supuesto, el establecimiento de relaciones para desarrollar cooperación con otros países, favorece el intercambio de experiencias en temas de competencia. En el acuerdo comercial entre la Unión Europea y México se ha establecido un mecanismo de cooperación institucional. Asimismo, lo han hecho Chile con Estados Unidos y la Unión Europea. La Comunidad Andina implementó un programa de colaboración con la Comisión Europea¹⁴⁵, para generar una corriente de opinión en la región en favor de la armonización de las leyes de competencia de los países andinos. Fruto de ello es la puesta en vigencia de la nueva regulación de competencia a través de la Decisión 608, en la cual como dato curioso el Ecuador quedó al margen, pero al mismo tiempo debemos manifestar que producto de nuestras denuncias la misma fue rectificada por medio de la Decisión 616.

4.3 ¿Cuál debe ser la estructura institucional ecuatoriana?

¹⁴⁵ Proyecto CAN-UE de Armonización de las Leyes de Competencia para la Región Andina. 2003-2005. (nota del autor).

Tradicionalmente se parte de la idea de que una autoridad o agencia –institución- administrativa está mejor posicionada para desarrollar la política, toda vez que puede abordar los temas de manera técnica y expedita, preservando la transparencia de procedimientos necesaria.

No obstante, creo que el sistema de conferir facultades jurisdiccionales a entes especiales de la Administración Pública tiene sus virtudes, pero también posee algunos defectos –que debemos superar-, como de hecho lo revela la experiencia reciente en América Latina.

Estos defectos que deben ser superados por la autoridad o agencia ecuatoriana de competencia se contraen a lo siguiente:

a. Problemas de reconocimiento y aceptación pública que condicionan la agenda de la autoridad o agencia de competencia, priorizando la atención sobre conductas empresariales, y debilitando la tarea de "abogacía por la competencia".

b. Debilidad de la autoridad o agencia de competencia ante la presión de factores políticos, especialmente del Gobierno, lo cual condiciona la actividad del ente. Esta debilidad se manifiesta principalmente en la asignación de recursos para el funcionamiento de la entidad.

c. Incidencia secundaria y marginal de las sugerencias o iniciativas de la autoridad o agencia de competencia, ante las decisiones gubernamentales adversas a la competencia.

d. Ausencia de transparencia en los procedimientos administrativos, dado el inevitable solapamiento de la actividad de la autoridad decidora (Superintendente, Comisión), con la que desarrolla el ente que sustancia.

e. Incapacidad de los entes judiciales para conocer el fondo de la materia debatida por las autoridades o agencias de competencia, lo cual limita su capacidad de acción y control judicial.

Ante esta situación, se podría adoptar un régimen de fiscalía pública, donde la autoridad de competencia (pudiera ser una dependencia adscrita al Ministerio Público) que presente casos ante tribunales especializados en temas económicos (competencia, consumidor, propiedad intelectual, normas, etc.). De esta manera, se podría lograr una mayor presión sobre el Poder Ejecutivo por la Fiscalía, quien como es obvio, actuaría investido de autoridad dado su rol de defensor, no sólo de la competencia, sino de la constitucionalidad. En otras palabras, se reforzaría la autonomía del sistema de defensa de la competencia. Por otro lado, quedaría mejor establecido el carácter con el cual

actuaría el acusador en los casos donde se dé inicio al trámite de oficio. Finalmente, se involucraría al Poder Judicial, haciéndolo partícipe de la aplicación efectiva de la política de competencia. Pero, sinceramente, creo que este sistema está muy alejado de la realidad ecuatoriana en torno a la institucionalidad tanto de la Función Judicial como de la Fiscalía.

Como hemos visto, este tema es gravitante para la política de competencia – especialmente, en países como el nuestro-, tanto que creo que si el tema de la autoridad o agencia no se institucionaliza de manera sólida, en un futuro cercano, veremos cómo es que se desmantelan o descuartizan sus funciones, diluyéndolas en ministerios o entes sin ninguna capacidad de aplicación –*enforcement*-.

Pero para poder plantear los problemas que enfrentan las autoridades o agencias de competencia, desde el punto de vista de su diseño institucional y organizacional, es necesario recordar que el origen de la mayoría de las autoridades o agencias de Competencia de la región se da a inicios de los 90 con procesos de apertura comercial y en algunos casos, la formación de la autoridad o agencia constituyó parte de algún esquema de condicionamiento de los organismos multilaterales, en el marco de procesos de renegociación de la deuda externa o actualmente en los procesos de apertura o globalización. Esto es, el origen de las autoridades o agencias no resultó, en la mayoría de nuestros países, del consenso de la sociedad o del consenso de nuestra clase política y/o intelectual. La creación de las autoridades o agencias de competencia siguió un destino similar a la creación de los organismos reguladores de servicios públicos.

En la línea institucional, la eficacia de la autoridad o agencia de competencia debe ser una labor consustancial a su accionar cuyos efectos se apreciarán en el mediano o largo plazo. Pero para que la sociedad sostenga a la autoridad o agencia de competencia, en el corto, mediano y largo plazo, es necesario que la autoridad o agencia de competencia resuelva problemas concretos que afectan el bienestar de los ciudadanos y eso implica resolver de forma eficaz y técnica los problemas de poder de mercado y las prácticas contrarias a la competencia que abundan en la economía ecuatoriana.

Para poder desarrollar credibilidad en la defensa de la competencia son necesarias la independencia y seriedad profesional de la autoridad o agencia de competencia que le permita disponer de una reputación trascendente frente a los políticos y la sociedad toda.

El diseño organizacional que se proponga para la autoridad o agencia de competencia tiene que calar a todo nivel –generando confianza y seguridad jurídica-,

pero para esto también se debe resolver el problema institucional que afecta agudamente al Ecuador.

Creo que una autoridad o agencia de competencia por su naturaleza puede sentar la semilla de una nueva forma institucional en el país -ejemplos tenemos muy cerca, como es el caso del INDECOPI en Perú-. Esto es un reto. Los llamados países desarrollados han resuelto el tema de forma conjunta. El prestigio del Departamento de Justicia (DOJ) o el del Federal Trade Commissions (FTC), de los EEUU se deben principalmente a los casos que abordaron, discutibles o no, pero en defensa del bienestar de los ciudadanos.

También –si hubiera voluntad política- se debiera o correspondería crear un tribunal especializado en la rama del Derecho económico, esto es incluir antidumping y los marcos de regulación de servicios públicos, ya que les caben las mismas razones que al Derecho de la competencia. Todos estos argumentos van a depender del nivel de evolución económico-administrativa de cada país.

Una vez descrito el problema, debemos atacarlo desde varios frentes, esto incluso al margen de la solución institucional (administrativa, fiscal, jueces, reguladores sectoriales, agencias nacionales) que se escoja. En común, lo que se persigue es el bienestar del consumidor y vigilar que la estructura de la demanda sea algo dinámico, que haga reaccionar de forma competitiva a la oferta. En determinados mercados -por ejemplo en sectores liberalizados-, puede existir una cierta inercia por parte de los consumidores que, por múltiples razones, siguen "cautivos" del proveedor del servicio o producto. En esta situación, aparentemente, se ha abierto el sector a la competencia, pero el efecto está limitado. Si el regulador sectorial analiza la oferta para liberalizarla, pero no facilita con sus decisiones que el consumidor ejerza sus alternativas de consumo entre competidores, la dinámica del propio mercado no avanzará de forma competitiva. Como parte de la solución institucional para la aplicación de las reglas de competencia, también debemos poner énfasis en el análisis de la estructura y funcionamiento de la demanda y el beneficio para el consumidor de forma que las decisiones que tenga que tomar favorezcan más a la competencia.

Asimismo, podemos estar de acuerdo en la creación de tribunales especializados que apunten a este tipo de cuestiones. Sin embargo, creo que hay un tema de prioridades que, a diferencia de lo que sucede en el mundo desarrollado, tienen más relevancia dada la situación en la que se encuentran la mayoría de los países de América Latina –el Ecuador no escapa a esta realidad-, lo cual en definitiva "retrasa" el posicionamiento de

la autoridad o agencia de competencia en la escala de prioridades nacionales. Por lo tanto, en sociedades más desarrolladas, y en consecuencia más educadas, es probable que el individuo sea más consciente de su situación como consumidor y las ventajas que tiene la autoridad o agencia de competencia -cualquiera sea ésta- así como las demás organizaciones que lo protegen.

Las tareas a reforzar para que cambie el entorno institucional, en este contexto, tienen que ver con dos aspectos:

- a) la educación, orientada estratégicamente, sobre el tema.
- b) la transparencia de los actos de las instituciones relacionadas al tema.

Logradas estas bases, vendrán las "instituciones" especializadas, con las formas armónicas y adecuadas a la estructura democrática institucional del país, y no como resultado de una imposición.

En definitiva, las instituciones especializadas deberían sustentarse sobre la necesaria experticia, derivada del cúmulo de trabajo y estudio que un mismo tema genera, a partir de una gran demanda social de respuesta a la violación de un derecho, y la conciencia de los jueces de que, en estos temas, también corresponde dar a cada uno lo suyo.

Trasladando todo lo manifestado hasta ahora, creemos que el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a entidades administrativas no está agotado y, de hecho, debería ser la vía por la cual transite la creación de la autoridad o agencia ecuatoriana.

Y la razón es muy sencilla: mientras no tengamos un Poder Judicial capaz de absolver de manera técnica, predecible y oportuna controversias en materia de libre competencia u otros temas, continuará la tendencia registrada durante los últimos años de que estos temas –materias- no sean tratados en sede judicial, ya que el problema radica en la falta de confianza del ciudadano en un sistema que garantice la defensa de sus derechos.

4.4 Los pasos que siguen las autoridades son casi siempre los mismos

Las “buenas” experiencias latinoamericanas son escritas todas más o menos con el mismo libreto. Las autoridades o agencias de competencia son normalmente creadas en el contexto de un paquete de reformas, generalmente propuestas por organismos multilaterales, dentro de un conjunto de reformas institucionales. Como estos organismos o los funcionarios del Estado miran las opciones y no encuentran “lugar para sembrar”, colocan una “maceta” institución -organismo autónomo, pero

normalmente dentro del Ejecutivo- con posibilidad de decisión directa o una suerte de “fiscalía” que propone casos a los tribunales. De esta manera tenemos:

a. La “maceta” comienza bien. Le suelen dar dinero, contrata personal técnico o entrenado por expertos en materia de competencia y arranca con dos o tres casos prometedores. Suelen contar con un equipo técnico, con algún manejo político, pero sobre todo con perfil técnico. Normalmente es creado con facultades insuficientes (poca posibilidad de sanción y falta de facultades de investigación) y con un marco de autonomía ambiguo. Pero salva el problema con un poco de impacto de prensa. Sus primeros éxitos son pírricos pero ganan titulares. Los agentes económicos (normalmente carteles) son sancionados, pero con multas no significativas. El Estado no se preocupa mucho por la “maceta”, y si bien no le da su respaldo inicial, la respeta en parte porque no sabe lo que hace, en parte porque es pequeña, y en parte porque es parte de los compromisos con los organismos multilaterales.

b. La segunda etapa suele venir con algún nivel de respaldo político. El Ejecutivo ve con buenos ojos los resultados en prensa y entiende que la autoridad o agencia de competencia le eleva la popularidad. Vienen entonces algunas reformas de segunda generación (mejoras en las leyes, en las facultades, mayor capacidad de sancionar, y un moderado incremento del presupuesto). La autoridad o agencia de competencia se hace más conocida, pero la gente sigue creyendo que es una reformulación de la autoridad de control y fijación de precios –las tristemente célebres listas oficiales de precios-. La ciudadanía sigue sin entender bien para qué sirve, pero le ponen “algo más de tierra (inversión) a la maceta”.

c. La tercera etapa es un inicio de un proceso de deterioro. El Ejecutivo entiende que la autoridad o agencia de competencia reparte decisiones que afectan resultados, y entonces la tentación de usarla “mercantil o políticamente” se incrementa. Los líderes profesionales son remplazados por políticos, dejándose de lado a los técnicos. El discurso de la propia agencia se hace más populista. Ya los compromisos con los organismos multilaterales fueron hace mucho tiempo, y el dinero de la cooperación se hace escaso. La autoridad o agencia de competencia se debilita y se vuelve más discrecional, le huye a dar mensajes claros (que limitan su capacidad de actuar políticamente) y se terminan los escasos candados de defensa de autonomía que tenía.

Venezuela y Perú son buenos ejemplos de ello, pero no son los únicos. En ambos casos, se ha entrado a un proceso de regresión lamentable, de pérdida de cuadros técnicos y de esfuerzos por recuperar la discrecionalidad. La institucionalidad de estos

organismos se mantiene en cuanto dura la inercia inicial de la creación. Pero conforme la inercia se va perdiendo, la institucionalidad va desapareciendo y se vuelven parte del Estado que trataron de obviar.

Quizás el problema es pensar que "la maceta" va a fertilizar todo el campo. Lo más probable es que pase exactamente lo contrario y que el terreno árido termine por secar la maceta.

El problema que preocupa es el mismo que frena reformas institucionales en todos los campos, y es la incapacidad de generar un desarrollo institucional sostenible. Alguna vez escuché decir que el secreto de los países que funcionan es que, por factores históricos, tuvieron Poderes Judiciales razonablemente independientes y predecibles.

Cuando no hay una fuerte tradición institucional, la existencia de organismos administrativos autónomos, en algún momento, enerva las relaciones entre el Poder Ejecutivo (el partido de gobierno) y el segmento políticamente más influyente del empresariado local (son fundamentalmente los contribuyentes a las campañas y los apoyos del gobierno en tiempos de dificultades económicas). Esto plantea la necesidad de poner bajo control estas decisiones, lo cual suele ser el comienzo del deterioro profesional y de la paulatina caída en la relevancia de la autoridad o agencia.

Si bien en materia institucional no existen las recetas infalibles, la experiencia dice que en general el Poder Judicial mantiene una tradición de mayor independencia que un organismo administrativo. Formalmente la tiene en la generalidad de los casos y es más probable que en la cultura política haya prendido al menos la necesidad de cuidar más las formas al respecto.

La posibilidad de promover el desarrollo institucional sostenible pasa también por incluir a los excluidos, que hasta ahora han sido tratados como ciudadanos de segunda categoría. Para ello, necesitamos una mejor comprensión del funcionamiento de los mercados, sobre todo en nuestro país con sectores económicos tradicionales e informales. Naturalmente, esto requiere de una visión compartida entre profesionales de distintas disciplinas, y también de una mayor tolerancia en el diálogo entre personas formadas en diferentes escuelas y doctrinas.

Si el Estado no cumple con sus compromisos, no cumple con las reglas de las cuales debería ser el máximo y último garante, no tiene la legitimidad para exigirles a sus ciudadanos que ellos cumplan con reglas, que, en definitiva, resultan nuevamente ignoradas por ese mismo Estado. Conscientes de esta paradoja, estamos en el comienzo

de un largo camino al fortalecimiento de nuestras instituciones entre las que debemos involucrar a la autoridad o agencia de competencia.

En el marco nacional, es el Estado (la "mano invisible" que definía Adam Smith) el que tiene la obligación de hacer respetar la ley. ¿No está esto más al alcance de la autoridad administrativa que de la propia autoridad jurisdiccional?

Tradicionalmente, la Política y el Derecho de la competencia han requerido una autoridad política fuerte que los inspire, los desarrolle, los ejecute y les dé una credibilidad frente a la sociedad y a los agentes sociales y empresariales. Claros ejemplos de ello los tenemos tanto en la Unión Europea como en Estados Unidos.

Frente a la autoridad política (ejecutiva) ha de existir un contrapeso legislativo y judicial. Aplicamos aquí el tradicional sistema tripartito de distribución de poderes del Estado que tanto éxito ha tenido en las sociedades democráticas más desarrolladas. En efecto, se requiere:

En primer lugar, un poder legislativo que se ponga de acuerdo para elaborar la mejor de las leyes posibles en defensa de la competencia, tanto en sectores regulados, como en sectores no regulados, y que sea al mismo tiempo capaz de controlar a la autoridad ejecutiva. Este consenso político reposa tanto en la determinación de las infracciones como en la definición de las sanciones.

En segundo lugar, se requiere de una autoridad ejecutiva creíble y capaz de poner en práctica los dictados de las leyes. Dicha autoridad, normalmente administrativa, conserva el poder sancionador y de disuasión, eje fundamental sobre el que ha de girar la Política de la competencia. En efecto, para ser eficaz, el ordenamiento jurídico de la competencia ha de tener un componente represivo de las conductas restrictivas de la competencia. En su ausencia o debilidad, la mayor parte de los agentes económicos se arriesgarían a adoptar los acuerdos o las prácticas restrictivas de la competencia, por ser absolutamente favorables (rentas monopólicas) únicamente a sus intereses económicos.

En tercer lugar, se requiere una autoridad judicial que garantice la salvaguardia del sistema de competencia, tutelando los diferentes intereses en juego, a menudo contradictorios, tanto de los consumidores como de los agentes económicos y asociaciones o cámaras de la producción. Dicha autoridad ha de jugar un papel determinante en la garantía de la protección de derechos elementales y fundamentales como son los derechos de la defensa y de la libertad de empresa, pero sujeta a la ley, es decir, derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva,

conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental. (VER ANEXOS II).

Ha de tener competencia de plena jurisdicción para revisar y, en su caso, anular, los excesos en los que incurra el poder ejecutivo a través de la autoridad o agencia administrativa.

El sistema "ideal" parece por lo tanto, en teoría, simple de definir pero complejo de poner en práctica, particularmente en nuestra sociedad donde la cultura democrática está menos arraigada. Creo que la raíz del problema reside pues en la falta de una voluntad política –llevamos varios años intentando promulgar una ley y su respectiva autoridad de competencia-.

En efecto, visto desde este punto, no parece existir ni el consenso de las élites políticas para la determinación de las infracciones ni la voluntad política suficiente y necesaria para poner en práctica una actividad represiva y de sanción. Por lo tanto, nuestra sociedad carece de una práctica consolidada que le asegure una verdadera eficacia del Derecho de la competencia. En modelos como el de Estados Unidos o el de la Unión Europea, dicha práctica, con el paso del tiempo, se ha ido desarrollando poco a poco hasta el punto de que hoy es el referente para muchos profesionales, tanto del Derecho como de la Economía.

En general, no creo que la defensa de la competencia haya sido, hasta ahora, un fenómeno social, es decir, no ha nacido de la propia sociedad que la demande. Todo lo contrario, ha nacido de una élite ilustrada. El Derecho y la Política de la competencia han sido, y siguen siendo, una materia compleja, con numerosos meandros, difícilmente comprensible para el común de los mortales, al alcance de unos pocos “descarriados”.

Tenemos por lo tanto los que somos algo “descarriados” y medianamente ilustrados en esta materia un deber para con la sociedad: contribuir a la divulgación de un Derecho novedoso pero sobre todo beneficioso.

Aquí hay mucho por hacer y, poco a poco, se irán consiguiendo resultados tangibles. No dudo que la autoridad correspondiente, y los que venimos participado positivamente -ya que hay también los que participan negativamente incluidas ciertas autoridades- en el proceso de promulgación de la ley de competencia, podamos contribuir a esta labor, y al fin podamos contar con nuestra ley y su autoridad.

CAPÍTULO V
RAZONES JURÍDICAS Y ECONÓMICAS PARA IMPLEMENTAR UNA
NORMATIVA DE COMPETENCIA EN ECUADOR, SUS VENTAJAS E
INSTITUCIONALIDAD

5.1 Constitucional y económico

Al hablar de derecho y política de competencia ingresamos en un terreno en donde nos encontramos con varios aspectos de carácter jurídico, económico, social, de desarrollo de fortalezas competitivas y de cierta manera con temas de apertura comercial.

Pero, el análisis jurídico-económico de la competencia se agudiza mucho más, si lo hacemos desde la óptica de nuestro país cuya economía –mercado- no se ha desarrollado de acuerdo con el mandato de la constitución económica, pero, sobre todo si éste país no cuenta con una normativa, la situación es todavía algo más compleja, y difícil de abordar –dados los grandes intereses económicos en juego-, sin correr el riesgo de omitir aspectos relevantes. La situación se complica más aún cuando nos damos cuenta de la relación directa que existe entre la competencia, la competitividad, el desarrollo y, dentro de todos estos, la relación entre competencia y bienestar general y de los consumidores.

En este sentido, vemos que nuestro país está viviendo un proceso de cambios dentro de la política y la economía nacional. Pero, la transformación de nuestro entorno socio-económico y político no puede quedar únicamente en medidas “coyunturales”, sino que deberá calar en la esencia misma de la sociedad y sobre todo en su institucionalidad.

El Ecuador se desenvuelve hoy en día dentro de un mundo cada vez más globalizado y orientado a la apertura comercial, en donde, constitucionalmente estamos encauzados hacia el mercado a través de una intervención reguladora del Estado en la economía (economía social de mercado o economía social y solidaria de mercado). En donde lo único seguro es que nuestro país –independiente del tipo de Constitución Económica- seguirá contando con mercado, sistemas de producción y apertura comercial por lo que el tema de la regulación será fundamental para aprovechar al máximo el desarrollo económico y de bienestar general al cual debemos propender.

Las pequeñas economías, como la ecuatoriana tienen que hacer frente a esas realidades cambiantes, adecuando los cambios a nuestra circunstancia particular, en

donde priman problemas económicos, sociales y políticos que han frenado el proceso de desarrollo, y que permanecen vigentes. Estos cambios no necesariamente son producto de un proceso interno, ni respuesta a problemas particulares; son, más bien, reacciones con características de supervivencia frente a estas nuevas realidades propias del mercado global. Este trabajo no pretende realizar un análisis cualitativo sobre si estas tendencias son positivas o negativas, pero sí alertar que son reales e influyen de manera determinante en nuestra economía, por lo que la idea de fondo es advertir sobre la necesidad de realizar las reformas necesarias –ley y autoridad de competencia- para poder adecuar nuestra realidad a este nuevo contexto.

Debemos conocer que la política de competencia es mucho más que una legislación de competencia. De manera particular, estoy convencido de que las pequeñas economías de mercado pueden resultar extremadamente beneficiadas de la implementación de una adecuada política de competencia. Al hablar de “adecuada”, me estoy refiriendo a un diseño a la medida de sus propias necesidades, pero dentro de un marco jurídico internacional toda vez que estamos hablando de procesos externos e internos que afectan al mercado. En este punto, no podemos darnos el lujo de “inventar” un Derecho de la competencia propio por querer mantener una idea anacrónica de la llamada autonomía o soberanía en la formación del derecho interno. Lo que debemos hacer es analizar detenidamente los resultados obtenidos por países con una tradición en esta materia, implementar lo positivo en la medida de lo posible y descartar aspectos que los llevaron a cometer errores que no podemos repetir por ser estos muy perjudiciales para la economía y el bienestar económico general.

La función de la política de competencia a través de una normativa y autoridad, tiene como fin evitar que el comportamiento de los agentes económicos distorsione la competencia en el mercado en detrimento del bienestar del consumidor. Es necesario valorar este comportamiento analizando la estructura del mercado en el que los agentes económicos desarrollan su actividad así como las restricciones que enfrentan en el mismo. De esta manera, a través de las normas de competencia, se pretende garantizar el acceso efectivo al mercado, evitar las restricciones o falseamientos de parte de ciertos agentes económicos a la vez que procurar la eliminación de medidas gubernamentales que de alguna manera conllevan a un comportamiento anticompetitivo de los agentes económicos.

En un escenario de política comercial e industrial restrictiva, el efecto de la misma sería una limitación de la competencia. En algunos aspectos ambas políticas

podrían ser intercambiables, ya que algunas disposiciones sobre competencia -en particular las que se refieren a discriminación de precios- podrían utilizarse para reemplazar las medidas que combaten el *dumping*¹⁴⁶.

Al reflexionar sobre todos estos argumentos, y dando un vistazo a la realidad ecuatoriana, podemos ver que nos encontramos en varios procesos de liberalización de la economía mediante acuerdos comerciales. En este escenario, existe una complementariedad indiscutible entre la política comercial e industrial y la política de competencia que podría garantizar que los beneficios de acceso a mercados logrados mediante las negociaciones no sean menoscabados por prácticas de negocios anticompetitivas. De ahí, según nuestro parecer, sería recomendable adoptar una norma y la implementación de una determinada política de competencia previa a la liberalización del comercio, ya que esta liberalización a su vez conlleva la adopción de otras reformas, tales como privatizaciones, desregulación, reforma fiscal para compensar la pérdida de ingresos arancelarios, etc. De esta manera, establecer la política de competencia a través de la correspondiente legislación y autoridad de competencia se vuelve de trascendental importancia como parte del proceso de reformas económicas y de desarrollo orientadas al mercado, pero a favor del interés público que tanto le hacen falta al país.

Las realidades y acontecimientos de carácter económico (mercado) han variado de manera constante. Así, podemos ver que en décadas pasadas, la forma de lograr el desarrollo económico, implementado por los países -uno de ellos Ecuador- fue la de apoyarse en instrumentos y enfoques más intervencionistas, que tendían incluso a contrarrestar las leyes del mercado. Un ejemplo de ellos lo teníamos en los controles de precios a nivel interno y las barreras arancelarias y no arancelarias.

Pero vemos que aquella forma de “lograr el desarrollo” paulatinamente ha cambiado incluso desde el enfoque constitucional, ya que actualmente en nuestro país cada vez más nos vamos apoyando en las fuerzas del mercado y en la necesidad vital de captar una mayor inversión extranjera como medio fundamental de lograr el desarrollo. Así, a la vez que se diseñan políticas comerciales aperturistas, se liberalizan los regímenes de inversiones extranjeras y ante un protagonismo mayor del mercado, se ha

¹⁴⁶ *Dumping* significa, en su acepción más común, vender un producto en el extranjero a un precio menor del que se fija dentro del propio país. También se utiliza esa expresión para indicar que se vende a un precio inferior al costo. En el primer caso, se estaría en presencia de una discriminación de precios y, en el segundo, ante una venta a pérdida. El *dumping* es considerado como una práctica desleal por lo que suele prohibirse en los tratados comerciales internacionales. (Nota del autor).

ido creando a la vez, una necesidad mayor de regímenes de competencia, como parte de reformas claves para el desarrollo. Parte del proceso de globalización, las prácticas contrarias a la competencia han ido tomando, como es de lógica, una dimensión internacional.

Para lograr los objetivos de desarrollo económico, es necesario contar con muchos instrumentos. Consideramos que la política de competencia es muy valiosa para el desarrollo en virtud de que uno de los objetivos principales de ésta es lograr una mayor eficiencia económica a través de la regulación de las múltiples imperfecciones del mercado que afectan a la economía. Visto esto desde la óptica del derecho y política de competencia se la debe entender en el más amplio sentido: utilización óptima de los recursos, procesos de producción mejorados, estructuras organizativas perfeccionadas, producción de nuevos bienes y servicios, lo cual implica la necesidad de regular o eliminar las prácticas anticompetitivas que distorsionan el mercado tales como, incrementos de precios, abusos de poder dominante, barreras de acceso, reducción de la producción de manera cualitativa y cuantitativa.

Una adecuada implementación de normativa protectora de la competencia agrega un atractivo (seguridad jurídica) a la inversión extranjera. Estamos convencidos de que, en la medida en que exista una mayor y adecuada competencia, reforzada por una política de competencia compatible con las normas internacionales aceptadas generalmente a través de la normativa nacional, es posible para nuestro país. De esta manera obtendremos mayor provecho de la inversión extranjera, de sus procesos de negociación comercial bilaterales o multilaterales, pues estimularía el establecimiento de plantas de producción vanguardistas, adecuada transferencia de tecnología, y mayor beneficio para los consumidores.

¿Cómo podría ayudar una política y norma de competencia a que la inversión extranjera no sea dañina para nuestro mercado?: Primero, tendría que ver con las acciones por parte de nuestros agentes económicos; Segundo, estaría vinculada al comportamiento que los inversionistas extranjeros podrían tener en nuestro mercado. En el primer caso, la política y normativa de competencia ayudarían a evitar que cárteles o monopolios nacionales impidieran la entrada efectiva al mercado de los inversionistas extranjeros. El segundo caso sería el efecto inverso, es decir se imposibilitarían los abusos de poder por parte de los inversionistas extranjeros al entrar al mercado ecuatoriano. En suma, visualizamos que las políticas de liberalización comercial, liberalización de inversiones y de competencia, articuladas, coherentes entre sí, y bien

implementadas, podrían desempeñar un rol importante en la asignación eficiente de recursos para el logro de mayor competitividad, con miras a impulsar el desarrollo.

Es bajo este proceso de cambio, que la reforma estructural del Estado Ecuatoriano debe ser concebida, como una manifestación político-jurídica donde se establece claramente, como política de Estado, la institución de una economía social de mercado¹⁴⁷ o de la economía social y solidaria. El desgaste –léase descrédito-institucional y la inseguridad jurídica -que son el producto de la debilidad (existen demasiadas leyes) de normas e instituciones- nos obligan a la tarea fundamental de consolidar y crear instituciones fuertes, transparentes y bajo el control de ciudadanos probos, para de esta manera redundar positivamente generando certidumbre y seguridad jurídica que se transforman en inversión y crecimiento para el Ecuador.

Un Proyecto de “LEY ORGÁNICA DE PROMOCION Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA” se debe fundamentar desde el inicio de manera responsable como un factor necesario para el desarrollo económico del Ecuador, dentro de una economía de mercado –este tema también deberá ser abordado dentro del sistema económico “social y solidario” adoptado en el proyecto de Constitución aprobado por la Asamblea Constituyente (VER ANEXOS II) por las consideraciones ya expuestas- competitiva a través de una competencia sana entre los agentes económicos, sean estos públicos o privados.

En este contexto, estamos convencidos de que el Ecuador, al contar con una política de competencia y su correspondiente normativa, obtiene una de las poquísimas “armas” –léase herramienta- que le ayudará a hacer frente a la globalización y la liberalización comercial, para que estos factores contribuyan positivamente al desarrollo y bienestar de todos.

Dentro de este contexto existe una verdad aceptada por los economistas de todas las tendencias, que la excesiva intervención estatal¹⁴⁸ puede conducir a problemas de ineficiencia económica, concentración de poder y corrupción. Pero simultáneamente se sabe que los resultados eficientes que se le atribuyen al mercado requieren de un conjunto de regulaciones que establezcan las condiciones que faciliten a los agentes económicos sus decisiones económicas y de mercado. Por ello, la existencia de una

¹⁴⁷ En FORO Revista de Derecho, Derecho de la competencia, “Elementos para un Derecho de la competencia en el Ecuador”, Agustín Grijalva y José Vicente Troya, Edición Especial, No. 1, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2003, pp. 6-10.

¹⁴⁸ Javier Viciano, Libre competencia e intervención pública en la economía, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995. En Revista FORO, No. 1, Elementos para un Derecho de la competencia en el Ecuador, 2003. p. 8.

economía social de mercado o social y solidaria de mercado, y la libertad económica basada en la libre competencia, no sólo es perfectamente compatible con la actividad legislativa –léase reguladora- del Estado, sino que necesita de ellas para proteger la libertad empresarial y el derecho a desarrollar actividades económica en libertad, pero sobre todo para proteger el bienestar de los consumidores como parte de la protección de los Derechos Humanos.

Pero la necesidad que tiene el mercado y la actividad privada no sólo se refiere a la mera creación de normas. La razón es que las leyes en sí mismas no son suficientes para que el mercado funcione, pues también se requiere de algún mecanismo que garantice que esas normas y leyes se cumplirán. Por ello, la actividad económica también requiere de un poder institucional (Autoridad) que oriente y garantice que todos los miembros (agentes económicos) de una sociedad se comporten de acuerdo con dichas normas (promoción).

Entender el Estado como un sistema de creación y aplicación de normas que coordine el comportamiento social y como un sistema de apoyo a la iniciativa privada, no sólo permitirá que nuestro nivel de vida se incremente, sino que también admitirá que dichos beneficios lleguen a todos los ciudadanos, a través de la tan deseada redistribución¹⁴⁹ de la riqueza que es tan concentrada, y por ende discriminatoria, en nuestro país.

En efecto, la actividad natural del Estado o, más precisamente, el instrumento natural de que dispone el Estado para relacionarse con los ciudadanos es la creación de leyes, normas y reglas que regulen la vida social, así como diseñar las instituciones encargadas de aplicar y controlar el cumplimiento de esas normas.

Las reglas, leyes, normas y costumbres son las instituciones de una sociedad y su razón de ser es facilitar las cosas y permitir con ellas el logro de objetivos socialmente beneficiosos. Como todas las cosas, cuando las instituciones no logran sus objetivos se hace necesario cambiarlas o en el caso de NO tenerlas, como es el ecuatoriano en el tema de competencia, crearlas. Para ello es necesario que establezcamos primeramente cuáles son los fines sociales y económicos que se desean alcanzar, para después establecer cuáles son los medios (esto es, autoridad) más convenientes para lograrlos. Las instituciones diseñadas al azar o las realizadas sin tomar en cuenta tanto los objetivos como los medios que están al alcance están condenadas al fracaso.

¹⁴⁹ Revista FORO, No. 1 Ob. Citada, p. 9.

Se debe tener siempre claro que se debe diseñar instituciones cuya organización esté acorde con la consecución de fines propios, conformes a los que nuestra sociedad necesita o bien que sean diseñadas sobre la base de las capacidades de las que disponemos.

La crisis que atraviesa la sociedad ecuatoriana desde hace treinta años, no lleva a que la prioridad política sea la creación de riqueza o más exactamente la reducción de la pobreza; lo anterior nos conduce a una importante reflexión: ¿no es una prioridad social la generación de riqueza?

Este objetivo fundamental se debe dar, estableciendo instituciones que regulen la economía¹⁵⁰, de manera que se favorezca la creación de mayor riqueza, pero de una forma tal que pueda alcanzar a todos los estratos de la sociedad.

El crecimiento económico es un fenómeno social complejo¹⁵¹, y existen muchas causas que pueden impulsarlo o frenarlo. La investigación económica a lo largo del siglo anterior y lo que va del actual, ha llegado a la conclusión de que existen tres elementos diferentes de las instituciones cuya importancia es fundamental en el proceso económico:

1. La productividad del factor trabajo;
2. La acumulación de capital físico y humano (inversión); y,
3. El cambio tecnológico.

Ahora bien, es cierto que a fin de cuentas las decisiones de inversión o las políticas para incrementar la productividad o generar productos o técnicas de producción innovadoras dependen de las decisiones de los agentes económicos y las personas, por lo tanto, la acción del Estado y de sus instituciones no puede afectarlas directamente¹⁵². Sin embargo, las instituciones o reglas del juego de la economía pueden afectarlas indirectamente¹⁵³; por eso debemos estudiar los determinantes institucionales del crecimiento y desarrollo económicos.

Las instituciones y reglas de la economía (a diferencia de la inversión, productividad e innovación) están al alcance directo de la acción del Estado, y por eso son los principales instrumentos de que dispone la acción política para contribuir con la

¹⁵⁰ Guillermo Ariño, "Economía y Estado", Civitas, Madrid, 1993, p. 50.

¹⁵¹ Sobre estos temas ver, R. H. Coase, "The problem of social cost", Journal of Law and Economics, vol. 3, 1960. Recogido en R. H. Coase, "La empresa, el mercado y la ley", Madrid, 1994, pp. 121-133.

¹⁵² *Ibidem*, p. 135

¹⁵³ *Ibidem*.

consecución de un mejor y mayor nivel de vida para la población. La gran pregunta entonces es: ¿cuáles son las reglas que impulsan el crecimiento?

El Estado tiene deberes primordiales¹⁵⁴ para asegurar que las instituciones sociales, sean exitosas en su objetivo de mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos. Así establecido, el Estado necesita crear instituciones dirigidas a la generación de riqueza, pero al mismo asegurar la estabilidad socio-política a través del fomento de la dispersión del poder económico¹⁵⁵, lo cual es una condición sine que non para el crecimiento económico. Estabilidad institucional es sinónimo, en este contexto, de Estado de Derecho. Veamos porqué.

Como ya hemos señalado, las instituciones y reglas que rigen el comportamiento social tienen una gran influencia sobre el desempeño económico y la competitividad de una economía. La gran virtud de las instituciones es que hacen que el comportamiento de los individuos (agentes económicos públicos y privados) de un país sea relativamente predecible, facilitando de este modo la interacción social y económica.

Un sistema estable es aquel diseñado para permanecer a lo largo del tiempo y basado en reglas de decisión pública claras¹⁵⁶. Este aspecto es de fundamental importancia. Cuando las autoridades públicas deciden sobre la base de reglas establecidas y transparentes, sus acciones están sometidas al control de los ciudadanos. Por el contrario cuando los organismos gubernamentales deciden sin atender a las reglas establecidas, están dotados de una enorme dosis de discrecionalidad y los ciudadanos no tienen capacidad jurídica de emprender acciones contra las actuaciones públicas.

La discrecionalidad en manos de los organismos públicos significa y es equivalente a leyes y reglas de decisión no transparentes, lo cual puede conducir a la manipulación del Estado por parte de grupos de intereses particulares. En efecto, a la hora en que un organismo que no tiene reglas de decisión definidas debe tomar una decisión o va a emprender una regulación, lo debe hacer con base en los argumentos del problema particular que desea resolver (en nuestro caso, problemas de competencia). Los individuos que potencialmente se verán afectados por dicha regulación, al darse cuenta de ello, tienen incentivos para organizarse, presionar y tratar de convencer a las autoridades públicas con sus argumentos. En la medida que exista más de un grupo

¹⁵⁴ Mario Baena del Alcazar, "Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía", Civitas, Madrid, 1993, p. 73

¹⁵⁵ Tribunal de Defensa de la Competencia, "La libre competencia en España", Tribunal de Defensa de la Competencia, 1986/88, Madrid, 1989, p. 16.

¹⁵⁶ Javier E Soriano García, "Desregulación, privatización y derecho administrativo", Bosch, Madrid-Barcelona, 1993, ps. 12 y 13.

afectado, la regulación pública se convertirá, no en un mecanismo para la búsqueda de políticas orientadas a la generación de crecimiento económico, sino en mecanismos que reflejan los argumentos de aquellos que se organizan y negocian con los funcionarios. En el peor de los casos, estos grupos de interés podrían tratar de utilizar formas de corrupción para evitar medidas que, aunque favorecen a la colectividad, los perjudiquen a ellos.

Cuando la discrecionalidad administrativa es la regla, las instituciones en general pierden credibilidad y los inversionistas, especialmente en aquellos sectores donde se requieren grandes inversiones, perciben un mayor riesgo por posibles acciones públicas en su contra. Como es bien sabido, la inversión se estimula en la medida que la rentabilidad es mayor y el riesgo es menor. Los efectos de la discrecionalidad no se reducen únicamente a la generación de incertidumbre jurídica, que a la postre se convierte en menor crecimiento. También debe tenerse en cuenta que la discrecionalidad promueve la acción política de los agentes económicos. Influir sobre las instituciones públicas no es una actividad productiva, así que los costos que genera deberán ser trasladados a los consumidores en forma de precios más altos, productos de menor calidad o cualquier otra forma de ineficiencia económica (contrarios a la competencia).

En consecuencia, para lograr instituciones fuertes, donde prevalezca un Estado de Derecho inmune a las presiones de grupos particulares para obtener medidas políticas en su propio beneficio, se requieren normas bien definidas y transparentes que reduzcan al mínimo posible la discrecionalidad de los organismos pertenecientes al Estado y que estimulen la negociación económica y no la política. Es decir, un sistema legal basado en reglas estables y no en interpretaciones de aquellos que transitoriamente ocupan los cargos de aplicación de la regulación y normativa estatal.

En efecto, si lo que se desea es crear las condiciones óptimas para la generación de riqueza, no debe olvidarse que toda actividad económica implica, en mayor o menor medida, un riesgo. En tal sentido, además de la necesidad de contar con un sistema coherente con el funcionamiento de la actividad económica que permita y promueva la creatividad empresarial, es necesario contar con un conjunto de instituciones que sea estable, que permita a los generadores de riqueza un cierto grado de certeza acerca de las condiciones futuras de la economía en la que se desempeñan. En la medida que las condiciones e instituciones económicas sean estables, también son predecibles y, por lo tanto, contribuyen a la reducción del riesgo y la incertidumbre, de manera tal que se

generan las condiciones idóneas para la actividad empresarial y la inversión. En este sentido, se debe orientar el proceso del proyecto de elaboración, socialización y aprobación de ley ecuatoriana de competencia.

5.2 Razones del ordenamiento jurídico ecuatoriano

En lo que tiene que ver con la regulación de fuente legal, debemos manifestar que en nuestro país no podríamos hablar de una legislación específica de la competencia, ya que la razón de este trabajo es establecer los diferentes motivos de orden legal y económico precisamente para que podamos contar con una ley de competencia. Pero, de lo que sí podemos hablar es de una normativa de tipo general, que se hallan dispersas como meros enunciados en diferentes cuerpos legales. (VER ANEXOS III).

5.3 Comunitario

La integración de varios países en un mercado común supone la creación de un espacio económico común, en el cual los intercambios de mercaderías y servicios, y la circulación de los factores de la producción se realiza en las mismas condiciones que las registradas en el mercado nacional de cualquiera de sus miembros.

Es así pues, que la Comunidad Andina, de la cual es parte el Ecuador, se asienta sobre un principio de economía de mercado, en el cual rige como principio fundamental el de la libre competencia como expresión de libertad de comercio y de libertad de acceso de productores y consumidores al mercado comunitario que se ha creado. Entendida en este sentido la integración comunitaria, vemos que la libre competencia no constituye un fin en sí misma, sino que se la debe entender como una de las herramientas que contribuyen a la efectiva realización de dicha integración, evitando en lo posible la generación de alteraciones artificiales, distorsiones de la oferta y la demanda, que puedan incidir en las condiciones en que lleguen los bienes y servicios a los consumidores de los diferentes países miembros.

Si en un país vemos cuán necesario es que se cuente con una normativa y autoridad de competencia, más aún lo necesita un sistema jurídico de integración, en donde los sistemas de control sobre las conductas que puedan alterar la competencia deben ser sumamente efectivos y no solo se deben reducir a la simple desaparición de barreras de tipo aduanero, sino que se debe imponer a todos los agentes económicos a que actúen en el mercado ampliado de manera transparente y sin atentar contra la

competencia a través de actos o conductas que impidan o distorsionen los objetivos de la integración.

Pues bien, la vigencia y eficiencia de la normativa comunitaria de defensa de la competencia de la Comunidad Andina (CAN), que se encuentra establecida en la Decisión 608 y 616 (VER ANEXOS III), va a depender de la existencia de organismos comunitarios para su aplicación. Esta aplicación debe estar coordinada entre la autoridad comunitaria y las autoridades de los Estados Miembros, pero todos sabemos que la aplicación de las reglas de competencia comunitaria –en este caso de la CAN- en los Estados Miembros obedecen esencialmente a la obligación de las autoridades nacionales de respetar y hacer cumplir la regulación comunitaria, pero si no contamos con autoridad nacional, confirmamos nuevamente de la necesidad de contar con dicha autoridad a fin de no vernos indefensos frente a otros Estados Miembros que sí la tienen y que a través de su autoridad pueden hacer prevalecer sus derechos. Esta es otra razón de fuerza para contar en nuestro país a la brevedad posible con ley y autoridad, y no continuar incumpliendo con el compromiso comunitario.

5.4 Internacional

Si bien en el ámbito internacional no existe aún un conjunto de normas de competencia con carácter general y obligatorio para los países de manera que se establezca una especie de política y control marco, han existido algunos intentos positivos como el realizado por la UNCTAD, a través de la elaboración de su Código Marco o Ley Tipo sobre Competencia y del documento relacionado con el “Diseño de un Modelo de Abogacía de la Competencia en el Contexto de la Implantación de las Políticas de Competencia en América Latina¹⁵⁷”. Estos son claros ejemplos de que el avance de esta materia también se orienta hacia una internacionalización del derecho y política de la competencia, todo esto como respuesta a los fenómenos de liberalización y globalización que han incidido y significado un crecimiento intenso y sostenido del comercio tanto nacional como internacional. Pero todo esto conlleva de manera directa a un incremento de las prácticas y acuerdos anticompetitivos de carácter transfronterizo, fundamento suficiente y valedero para justificar la necesidad de que las normas de competencia tengan una aceptación internacional.

¹⁵⁷ Curiel Leidenz, Claudia. Trabajo preparado para la Sección de Derecho y Política de Competencia y de Protección al Consumidor. Publicación de la UNCTAD sobre temas relacionados con el Derecho y Política de la Competencia. Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra, 2000.

Pero, si no se toman las medidas pertinentes y se continúa con la falta de decisión de contar con principios y normas multilaterales de carácter general a nivel internacional en materia de competencia, se puede llegar a momentos en donde todos los esfuerzos a favor de regular los mercados internacionales fracasen.

Sin embargo, como dijimos en líneas anteriores, se han realizado algunos esfuerzos meritorios relacionados con la defensa de la competencia por parte de distintos organismos internacionales que actúan en el desarrollo del comercio internacional tales como: Organización Mundial del Comercio (OMC), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE).

La Organización Mundial del Comercio (OMC), constituida en 1994 después de la conclusión de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales, cuenta con normativa sobre competencia limitada y a la medida en cada uno de sus acuerdos fundamentales. Si bien los acuerdos comerciales multilaterales son vinculantes para todos los miembros de la OMC, la situación es diferente respecto de los Acuerdos Comerciales plurilaterales que sólo comprometen a los miembros que se han adherido a ellos (punto 4, del Acta Final).

En el acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), se adoptaron normas específicas que condenaban en particular dos tipos de conductas “Desleales” a la competencia en el Comercio Internacional: el dumping y el otorgamiento de subsidios o subvenciones. De manera similar, el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (TRIMS) solo para mercancías, que en sus considerandos explica los deseos de los Miembros de promover la liberalización progresiva del comercio mundial, asegurando la libre competencia, van dando forma a la normativa internacional en materia de competencia. Dentro de esta temática también tenemos el acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (TRIPs) incluye disposiciones sobre los países a fin de adoptar medidas tendientes a evitar los abusos de la propiedad intelectual que consistan en prácticas anticompetitivas. Así, posibilita la concesión del uso de una patente aun sin el consentimiento de su titular, cuando la negativa de este pueda ser vista como una práctica anticompetitiva, y la regulación de cláusulas restrictivas en los contratos de licencias que restrinjan la competencia (Arts. 31 y 40 del Acuerdo respectivamente). Para finalizar, el acuerdo sobre servicios (GATS) dispone, por su

parte, un régimen de consultas e intercambio de información semejante al del acuerdo de propiedad intelectual y exige a los países miembros que garanticen que los proveedores de servicios en régimen de monopolio no abusen de su posición dominante.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), elaboró en los años 60 un Código Marco de Competencia denominado “Ley Tipo de Defensa de la Competencia¹⁵⁸”, el mismo que ha sido revisado en forma periódica. En el año de 1980, la Asamblea General de la ONU adoptó el conjunto de principios y normas equitativos, que fueron acordados multilateralmente para el control de prácticas comerciales restrictivas, que fue elaborado por la UNCTAD, y que contempla un conjunto de disposiciones para los Estados Miembros en esta materia. Sin embargo, por la falta de tradición de compromisos vinculantes en este organismo, los mismos son de observancia voluntaria, pero además la UNCTAD carece de atribuciones para regular aspectos relacionados con la competencia en el comercio internacional.

La organización de la ONU creó, en el año de 1966, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho del Comercio Internacional (UNCITRAL) con la finalidad de codificar a través de la armonización las normas que afectan al funcionamiento del comercio internacional. La labor de esta Comisión, hasta el momento, ha sido exitosa en lo referente a la elaboración de instrumentos relacionados con la compraventa internacional de mercaderías, transporte y arbitraje comercial internacional, pero lamentablemente no se registra la elaboración de un instrumento general sobre la defensa de la competencia.

Como hemos visto, existe una marcada falencia de reglas en el ámbito multilateral que ha derivado en la proliferación de acuerdos bilaterales entre los países. Ejemplo de esto son las iniciativas llevadas a cabo por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) en las cuales sí se desarrollan y establecen compromisos de notificación, intercambio de información, consultas y cooperación para evitar conflictos que pudieran surgir de la aplicación de reglas nacionales de competencia.

5.5 Qué instituciones existen tenemos para aplicar dichos instrumentos legales

¹⁵⁸ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. “Ley Tipo de Defensa de la Competencia”. Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con el Derecho y la Política de la Competencia. Posibles elementos sustantivos de una ley de defensa de la competencia. Naciones Unidas, Ginebra y Nueva York, 2003.

Según la Constitución Política de la República, todas las instituciones públicas, incluidas las autónomas, creadas con el propósito de administrar los recursos y servicios que brinda el Estado y velar por su cumplimiento, están delegadas para aplicar las normas que se estimen pertinentes para garantizar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico que tienda a generar confianza y precautele la libre competencia en el país dentro del ámbito de las funciones específicas asignadas a cada una de ellas.

En este punto, debemos hacer una aclaración de que, a través de lo que determina la norma constitucional, se debe entender que la misma dispone que las autoridades deben acudir en defensa de la competencia, evitando todo tipo de distorsión o impedimento de la competencia en los mercados y que, al hablar de *autoridades*, debemos entender que nos referimos a *todas* las autoridades del Ecuador, incluidas las provinciales y municipales, esto sí respetando cada uno su ámbito de competencia específico.

La participación del mercado en la economía ecuatoriana cada vez va en aumento. Esto lo podemos ver precisamente en la reducción de la intervención del Estado a partir de la implementación de la desregulación, la eliminación de los controles de precios a los productos y servicios –con ciertas excepciones– y de las barreras arancelarias y de otro tipo en el comercio regional e internacional y que se verán aun más intensamente cuando se den los procesos privatizadores y de apertura comercial en el país.

Pero, también debemos estar claros que hablar de mayor apertura no significa mayor y mejor competencia. Es por esto que el deber de intervención del Estado se justifica sobre la base de crear mayores y mejores condiciones que aseguren oportunidades de trabajo, controlando los casos particulares que impidan, falseen y distorsionen la competencia, producto de lo cual se generan obstáculos al desarrollo.

5.6 Defensa y promoción de la competencia

Las leyes de defensa y promoción de la competencia se fundamentan en la teoría económica y los principios jurídicos de los derechos de propiedad a través de la eficiente asignación de los recursos por medio de la intervención del Estado en los mercados¹⁵⁹, siendo su objetivo final la regulación positiva del mercado en busca del

¹⁵⁹ Germán Coloma, “Economía de la Organización Industrial”, 1era. Ed., Temis, Buenos Aires, 2005, p. 287.

bienestar del consumidor, es decir, del interés económico general¹⁶⁰. Para preservar este resultado de bienestar del consumidor, tanto final como intermedio, el entorno institucional se sirve de diversas leyes como la de defensa de la competencia y la ley de defensa del consumidor, las cuales comparten la búsqueda de protección al consumidor pero a través de provisiones jurídicas e instrumentos diferentes, siendo la misión de la ley de defensa de la competencia, la protección del proceso de concurrencia de los agentes económicos en los diferentes mercados en busca de una economía competitiva y eficiente¹⁶¹. Con este fin, generalmente la ley asigna a las autoridades de competencia funciones relacionadas con investigaciones de conductas y prácticas contrarias a la competencia, barreras de acceso, abusos de posición dominante en los mercados, y las autorizaciones de las operaciones de concentración económica que no vulneren la competencia. Sin embargo, para obtener el cumplimiento de los objetivos de la ley de competencia, no basta asignarle solo aquellas funciones. Se requiere, también, dotar a las autoridades que aplican la ley de competencia de las herramientas jurídicas necesarias para el cumplimiento de sus funciones de manera eficiente y efectiva. También se requiere asignarle funciones relacionadas tanto con su participación en la formulación de ciertas políticas públicas, así como las funciones relacionadas con la creación y promoción de la denominada cultura de la competencia.

El objetivo último de la ley de competencia, relacionada con el bienestar del consumidor, se complementa, pero NO debe confundirse, con el objetivo de la política y la ley de defensa del consumidor; ambas van de la mano y comparten un marco teórico común, pero cada una tiene su misión específica, y el trabajo diario es diferente en cada una de estas áreas. En el caso de la defensa de la competencia, el bien jurídico tutelado es la concurrencia positiva de los agentes económicos (públicos y privados) en el mercado, a fin de que estos utilicen de forma eficiente¹⁶² los recursos productivos en defensa del interés general o público¹⁶³; en el caso de la defensa del consumidor es el consumidor propiamente dicho.

Ciertamente, si una empresa carece de competidores puede imponer las condiciones en el mercado que más le convengan, dado que los consumidores –en esta

¹⁶⁰ Germán Coloma, “Defensa de la Competencia.- Análisis económico Comparado”, 1era. Ed., Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2003, p. 74.

¹⁶¹ Francisco Cabrillo, “Objetivos de una política de defensa de la competencia”, en “La Modernización del Derecho de la competencia”, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 21-30.

¹⁶² Ricardo Alonso Soto, “El Interés Público en la Defensa de la Competencia”, en “La Modernización del Derecho de la competencia”, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 32.

¹⁶³ *Ibidem*, p.33.

situación- no tienen posibilidades de elegir entre diferentes alternativas. Adicionalmente, si bien la cantidad de opciones de bienes y servicios es la fuente de eficiencia, se debe asegurar que los consumidores o usuarios tengan los elementos necesarios para hacer la mejor elección posible, ya que de poco sirven muchas alternativas si el consumidor o usuario no tiene la información y herramientas correctas para tomar su decisión de compra.

De esta forma, la promoción de la competencia debe demostrar que la concurrencia beneficia al consumidor, al reducir las distorsiones externas en la provisión de bienes y servicios (cantidad, precio, variedad) basándose en la búsqueda de la mejor asignación de los recursos y una óptima organización industrial y comercial. Paralelamente, la protección al consumidor se concentra en asegurar que el consumidor tenga conocimiento, seguridad jurídica e información veraz para escoger, de forma tal que se reduzcan las asimetrías de información y de poder entre proveedores y consumidores.

5.7 Ventajas de expedir una ley de competencia para el Ecuador

En el Ecuador, todavía podemos encontrar fuertemente enraizados ciertos conceptos de una estructura económica pasada, como son los esquemas de fijación de precios dirigidos por la autoridad (Estado), condiciones de comercialización discriminatorias, escasa por no decir ninguna rivalidad entre competidores por la herencia proteccionista del pasado y presente. Una especie de anarquía a nivel de la oferta que conlleva al sometimiento a los consumidores que se ven afectados en su ya de por sí escaso poder adquisitivo.

Todo esto hace que se deba regular el mercado introduciendo competencia efectiva por parte de todos los actores involucrados, tomando en cuenta los siguientes puntos:

- Ante el notable proceso de cambio que se observa a escala mundial, cualquier iniciativa para establecer y aplicar normas de competencia se enfrenta con los límites impuestos por las fronteras nacionales. No solo las grandes potencias comerciales como los Estados Unidos y la Unión Europea cuentan con normas de competencia, sino que países similares al nuestro las aplican con bastante éxito cuando las prácticas anticompetitivas afectan sus propios mercados.

- De allí la necesidad de que los países en vías de desarrollo como el Ecuador tengan la capacidad de actuar eficientemente al respecto. Ello implica, por un lado, la adopción de una ley nacional de competencia y la designación de una autoridad de competencia. Y, por otro lado, que esta autoridad tenga los medios suficientes para asegurar sus investigaciones y aplicar sus decisiones, lo cual no es siempre tarea fácil en ausencia de normas tanto nacionales como internacionales de cumplimiento obligatorio.

- Hay que entender, en este punto que, economías como la ecuatoriana, en donde la competitividad es prácticamente nula, su política económica no puede darse el lujo de que las empresas estatales pasen de ser –alguna de ellas monopólicas- públicas, a ser empresas –monopólicas- privadas. Para evitar o enfrentar esta problemática que afectaría gravemente al mercado y cuya consecuencia sería un mayor detrimento en términos sociales y económicos, es necesario contar con una norma y autoridad que los regule y controle.

- Pero, si la tendencia dentro de la apertura comercial que lleve adelante nuestro país, a través del gobierno de turno, es mantener bajo su dirección a sus empresas públicas, con mayor razón deberemos contar con una normativa de competencia que regule de forma igualitaria o integral tanto a los agentes públicos como a los privados que estén actuando en un mismo mercado, esto por un principio fundamental y constitucional de no discriminación y de que la ley es para todos.

- La competencia es una situación en la cual varios agentes económicos en un mercado tratan de ganar cuotas de mercado, con precios más atractivos, mejor calidad y servicio de venta y posventa. Pero esta situación es muy inestable, toda vez que cuando uno de los competidores gana y está en posición de eliminar a sus competidores, pierde el deseo de ser atractivo para sus consumidores. A medida que “el ganador” toma una “posición dominante”, puede llegar a su “abuso”, es decir, que puede actuar sin preocuparse de las reacciones de sus rivales y acercarse a una situación de monopolio (incremento de precios, baja calidad) o suministrador exclusivo desapareciendo en este contexto la “competencia”. Por estas razones, el mercado no es suficiente para asegurar la supervivencia de la competencia. Por eso, se necesita una política consciente de la competencia por parte del Estado. Es decir, que el Estado, con

la adopción y aplicación de una Ley de Competencia, a través de su autoridad, velará por la defensa y la promoción de la competencia.

- Lograr el desarrollo armónico del mercado, y a través de éste de nuestro sistema económico (industrial y comercial) constituye un proceso especialmente delicado ya que deben conciliarse dos realidades contradictorias. Por un lado, el hecho de que sin la presión de la competencia resulta difícil (o casi imposible) lograr sectores autosuficientes, de alta rentabilidad y que alcancen niveles de competitividad a escala internacional. Por otro lado, las economías de escala requieren por lo general, agentes económicos de gran dimensión para ser capaces de competir efectivamente en mercados mundiales. Los países pequeños y en desarrollo, con mercados internos de bajo poder adquisitivo (Ecuador), no son los más propicios para que generen economías de escala. Esta desventaja es generalmente mencionada por los que consideran que sólo los monopolios permitirán a las firmas de los países en desarrollo tener posibilidades de lograr la masa crítica necesaria y alcanzar economías de escala que les permitan hacer frente a los competidores extranjeros.

La evidencia ha demostrado que tales afirmaciones son erradas, ya que la ausencia de la competencia –esto es mantener los monopolios ya sean públicos y privados- da lugar al surgimiento de agentes económicos ineficientes, a quienes no les interesa la competencia, pero deseosos de beneficiarse de las rentas monopólicas (concentración de la riqueza), impidiendo de esta manera que los escasos recursos sean asignados en forma óptima entre las necesidades de la sociedad y, por ende, que se beneficie al desarrollo socio-económico. Con frecuencia los sectores protegidos son, precisamente, la infraestructura básica de la economía que en la realidad deberían representar los sectores más eficientes en virtud de su efecto de propagación en el desarrollo del resto de sectores de la economía.

- Si, como consecuencia de la existencia de distorsiones del mercado –protección- monopólica, los servicios esenciales tales como, electricidad, telecomunicaciones, transporte, banca son ineficientes y retrasados, el resto de la economía que depende de estos servicios para surgir permanecerá también siendo poco desarrollada, con el agravante de ser excluidos (vía competitividad) frente a competidores extranjeros que no sufren de tales ineficiencias o distorsiones.

- Existen sin embargo, casos en los que, la apertura llevada a cabo de forma radical, de la industria local a la competencia, especialmente a la competencia extranjera, conlleva a erradicar a los productos locales. Esto sucede cuando los productores locales han estado alejados de la competencia, y no pueden enfrentarla en forma repentina. Para minimizar el impacto, se requiere de un período transitorio en el cual se promocióne la denominada “cultura de la competencia”.

- De ahí la necesidad de un cierto grado de flexibilidad en relación con las reformas económicas –incluso de carácter constitucional- requeridas, lo cual posiblemente implique un mayor grado de intervención (léase regulación) estatal para hacer frente a las necesidades inmediatas y a las situaciones urgentes. Además, es conveniente tener en cuenta las cada vez más frecuentes deficiencias, “fallas” de mercado, encontradas en nuestro país.

- Así mismo, la baja formación de capital y las tasas de interés elevadas, reducen las oportunidades de negocios y se puede registrar una ausencia de agentes económicos inclusive en áreas donde las oportunidades de negocio son altas.

- En virtud de las considerables dificultades para ajustar la economía, logrando la mejor combinación de competencia y donde se requiera de protección y apoyo gubernamental, es esencial que el país tenga la posibilidad de decidir cómo desea conducir su desarrollo económico. En particular, deberá decidir qué mercados necesita proteger de la competencia externa a gran escala y definir cuáles y cuándo podrían ser sometidos gradualmente a estas fuerzas competitivas.

- Sin embargo, en virtud de la abundancia de fallas de mercado en el país, es un error pensar que este tipo de legislación es un lujo que solamente tiene sentido en el caso de economías grandes, avanzadas o desarrolladas.

- Aún cuando la competencia en el ámbito nacional se considera una necesidad, este tipo de legislación no resulta siempre suficiente para abordar todos los tipos de prácticas contrarias a la competencia, particularmente si tales prácticas son originadas en el exterior, pero cuyos efectos afectan al mercado nacional.

- Asimismo se considera difícil aplicar una decisión o imponer una multa si los activos se mantienen en el exterior o si existen conflictos de jurisdicción con el país de donde provienen estos agentes económicos. Por eso, se contempla dentro de este tipo de normativa, la posibilidad de cooperar con otros países en la aplicación de políticas de competencia, siempre y cuando el país cuente con una normativa marco o por lo menos básica; y, que su autoridad sea totalmente autónoma e independiente del poder político y económico.

5.8 La necesidad básica de crear una cultura de la competencia

La cultura de la competencia, entendida como el conocimiento generalizado por parte de los agentes económicos como de los consumidores, sobre qué es la competencia y el beneficio que ella conlleva a todos, favorece el éxito de una economía social de mercado o de cualquier sistema económico (social y solidario) que regule el mercado. De esta manera se garantiza a las autoridades encargadas, el tener en la comunidad (consumidores) sus mejores aliados para la aplicación de la Ley. La divulgación de los logros y beneficios que genera la aplicación de esta ley, así como dar a conocer e identificar las diferentes conductas y prácticas restrictivas de la competencia que afectan a los agentes económicos y a los consumidores, es el medio idóneo para el establecimiento de la cultura de la competencia.

En resumen, se ha dejado en claro que la ley de defensa de la competencia –a través de su autoridad- conlleva a la preservación del orden público económico mediante la defensa de la competencia en los mercados. Para lograr la finalidad anotada, las autoridades de competencia deben contar con una ley que les permita adaptarse rápidamente a la dinámica de los mercados. Además, esta ley debe dotar a las autoridades correspondientes de las herramientas necesarias para apoyarse en la formulación de ciertas políticas públicas con el objeto de prevenir restricciones y barreras a la competencia originadas por la apertura comercial, el excesivo poder económico, las concesiones, las privatizaciones o la expedición de normativa administrativa (barreras) económica que atenten contra el sistema económico en detrimento del interés económico general. Igualmente, es importante para poder cumplir con el objetivo planteado que se lleve adelante una verdadera campaña de promoción y difusión sobre el tema, especialmente en lo que tiene que ver con los objetivos, alcances y sobre todo las ventajas de contar con normativas de este tipo en los actuales momentos por los que atraviesa el país.

CONCLUSIÓN GENERAL

De acuerdo con las actuales circunstancias del mercado, vemos que el sistema competitivo se caracteriza, pues, por su extraordinario dinamismo. Los agentes económicos tienen que preocuparse continuamente por mantener la competitividad de sus empresas para no perder su clientela. Tienen que constantemente introducir o acoplarse a los cada vez más continuos avances tecnológicos, al mismo tiempo que tienen que preocuparse de las diferentes actuaciones de sus competidores, de los gustos y demandas de su clientela (consumidores), de contar con precios más baratos a través de volverse más eficientes, de la distribución, la publicidad y promoción de sus bienes o servicios, etc. Descuidarse o no tomar de manera responsable estas circunstancias reales de los mercados actuales, o no estar preparados para hacer frente a esta dinámica nos llevará a que el mercado ecuatoriano con todos sus participantes nos veamos afectados en diferentes grados. Para las empresas, podrá representar su permanencia o no en el mercado, y para los consumidores o usuarios, será depender de unos pocos agentes o, lo que es peor, de uno solo, lo cual significará que el bienestar económico se verá afectado o reducido sustancialmente.

En este contexto, no es de extrañarse que, a menudo, los agentes económicos traten de reducir los esfuerzos y los riesgos que para ellos significa el sistema competitivo, poniéndose de acuerdo para reducir o eliminar la competencia entre ellos. Es por esto que uno de los mayores enemigos del sistema competitivo son los propios agentes económicos, que tratan de concertar entre sí para no competir o para reducir dicha competencia, surgiendo así las denominadas prácticas y acuerdos restrictivos de la competencia o anticompetitivos.

Hemos visto, y de algún modo analizado, que tales prácticas y acuerdos impiden que nuestro sistema de economía social de mercado o cualquiera que se implementado (economía social y solidaria de mercado) funcione, impidiendo al mismo tiempo que se cumplan los objetivos de eficiencia económica. Si, como vemos, estas prácticas y acuerdos benefician a determinados agentes económicos, no es menos cierto que ese beneficio es producto de haber atentado en perjuicio del conjunto de la sociedad y de manera especial de los consumidores. Es por esta razón que se deben prohibir, corregir y regular dichas actuaciones a través de una ley y autoridad protectora de la libre competencia, frecuentemente denominada por su origen como legislación *antitrust*. El nacimiento y la implementación de este tipo de legislación protectora de la libre competencia han supuesto un verdadero cambio dentro del liberalismo económico.

Gracias a la Revolución Francesa, se consolida el derecho a participar en el mercado y a competir, conocido como libertad de industria y comercio, derecho que reconoce que cualquiera puede ejercer y constituirse en empresario sin necesidad de estar sometido a la pertenencia y al control de los gremios, se consagró el derecho a competir.

En este sentido, cualquiera tiene el derecho (libertad) a participar en el mercado, produciendo bienes y servicios (derecho a competir). Ahora bien, quienes ejercen dicho derecho y operan en el mercado están obligados a competir, les está prohibido restringir, falsear o distorsionar la competencia con otros competidores.

Tomando todas estas consideraciones, vemos que varios elementos surgen de la sucinta evaluación de la realidad jurídico-económica de nuestro mercado y sistema de producción, que se constituyen en pruebas decisorias del porqué debemos contar con una regulación. El primero y más importante es que el análisis sugiere que, a pesar de las previsiones legales en contra de los monopolios y de otras prácticas que se encuentran en la legislación general y en la legislación específica a cada sector, las prácticas colusorias y las barreras de acceso son comunes en la economía ecuatoriana. Esto apunta hacia la necesidad de establecer una ley y sobre todo su autoridad de competencia eminentemente técnica, establecida sobre la base de los principios internacionales del Derecho de la competencia, pero también hacia la urgencia de reforzar la aplicación de la ley en el momento que la misma sea sancionada. De la misma manera, esto revela la necesidad de iniciar una campaña educativa para informar a los actores económicos sobre lo que es legal y lo que no lo es, en términos de competencia. El hecho mismo de que algunos actores estén dispuestos a hablar abiertamente sobre sus prácticas colusorias dice mucho sobre la necesidad de educar al público en materia de competencia. En ausencia de dicha educación y de medidas que promuevan la aplicación rigurosa de la legislación, es poco probable que la ley de competencia propuesta sea mucho más efectiva que la pobrísima legislación que en materia de competencia cuenta nuestro país y que la señalamos en páginas anteriores.

Cuando han existido problemas de mercado en nuestro país, el gobierno ha intervenido para regular los precios. Esto ocurre, sobre todo, en respuesta a las presiones que desencadena el alza significativa de precios, lo cual se puede asimilar a las prácticas colusorias. Esto también ilustra como los agentes económicos evaden frecuentemente

los controles de precios, aun cuando las estrategias adoptadas para hacerlo pueden imponer costos a las compañías reguladas¹⁶⁴.

De hecho, la regulación de los precios tiende a retardar la emergencia de competencia, pues, como consecuencia de los altos costos de entrada, retarda el ingreso de nuevas firmas. La regulación a la entrada también es peligrosa. Las empresas sujetas a ella consiguen, a cambio de su colaboración, que el gobierno limite de alguna manera la entrada de nuevas industrias al mercado.

Del breve repaso efectuado, podríamos arribar a las siguientes conclusiones en el sentido de que en materia de Derecho de la competencia existen, básicamente, dos teorías:

1. Aquella que entiende a la competencia como condición sine qua non de eficiencia en el funcionamiento de los mercados y busca proteger esto último de forma absoluta; y,
2. La que entiende a la competencia como medio o instrumento para otro fin que es el del bienestar económico general.

Estos dos puntos se transforman en la disyuntiva a tomar en cuenta:

EFICIENCIA VS. BIENESTAR

Las condiciones actuales de nuestro mercado, con una repentina apertura al exterior luego de muchos años de proteccionismo, han generado la necesidad de atraer inversión extranjera a gran escala. En esta situación, adoptar en la futura ley de competencia ecuatoriana la “regla de la razón” como criterio de interpretación por parte de la autoridad respectiva, al momento de analizar las denuncias contra la competencia parece ser lo más aconsejable, ya que el país necesita urgentemente estimular la expansión económica, única vía legítima para aumentar la oferta de bienes y servicios con el consecuente bienestar para los consumidores, considerado el beneficiario principal de toda legislación de competencia.

Frente a esta situación, debemos advertir que se deben realizar todos los esfuerzos posibles para evitar la tentación a la que estamos acostumbrados los países

¹⁶⁴ La regulación de precios puede ser políticamente atractiva, precisamente porque los beneficiarios potenciales creen -al menos temporalmente- en su eficacia, mientras que las empresas sujetas a regulación saben que existen maneras para evadirla. (Nota del autor).

con sistemas jurídicos codificados de caer en inflexibilidades legales. Esta problemática se ve más vigorizada si, como hemos visto, el tema de la competencia es extremadamente flexible y cambiante, por lo que requiere de una gran capacidad de adaptación a las circunstancias, cosa que, para los “viejos” estudiosos del Derecho, es muy difícil asimilar e interpretar. La situación se agrava aún más si los “viejos” estudiosos del Derecho no tienen una mínima preparación en economía y mercado.

Pero, tampoco se trata de copiar modelos, sino de tener siempre como Norte que el bien jurídico protegido es el interés económico general, como parte integrante del bien común, y que éste no es la mera suma de bienes individuales o un producto espontáneo del mercado, sino un bien de una naturaleza distinta y que requiere de un arte, más que de una ciencia: “La ciencia y la economía manejada por hombres conforme a leyes deshumanizadas, esclavizan a los hombres. El hombre existe para el mercado, no el mercado para el hombre.”¹⁶⁵

Si podemos plasmar este criterio, habremos avanzado positivamente en el objetivo principal y fundamental del bienestar económico general, a través, de un mercado eficiente, que en definitiva nos permitiría la combinación más adecuada entre la rigidez y la flexibilidad en la interpretación de las normas legales y de las leyes del mercado, exigiendo de sus creadores pero sobre todo de quienes la aplican, el máximo ejercicio de la virtud y de la prudencia como los principales pilares que garanticen el respeto al derecho de la libertad de empresa sujeta a la ley.

RECOMENDACIÓN

Como hemos visto y analizado a lo largo de este trabajo, las normas y políticas de competencia están íntimamente vinculadas a grandes libertades y derechos: libertad de empresa, derechos del consumidor, cuyos objetivos son el asegurar dentro de la economía y el mercado el mayor y mejor bienestar económico general. Este objetivo se lo puede conseguir únicamente a través de evitar y sancionar –de ser el caso- acuerdos y prácticas concertadas o bien prácticas individuales, empresariales e incluso estatales que impidan, restrinjan o falseen la competencia y afecten a los consumidores o usuarios que, al final, resultamos siendo todos los ciudadanos y ciudadanas de nuestro país.

Por todas estas razones, y dada la situación actual por la que a traviesa nuestro país -que no cuenta con una política y, peor aún, con una normativa de competencia-, es

¹⁶⁵ De Sir James Goldsmith, en su prólogo al libro “La Trampa”, Atlántida, 1995.

fundamental aprobar una verdadera Ley Orgánica de Competencia. Este instrumento jurídico debe ser elaborado de manera técnica, sin distorsiones propias de los intereses económicos o incluso de carácter político que muchas veces pretenden desnaturalizar los verdaderos motivos del Derecho de la competencia.

En estas líneas exponemos como recomendación la necesidad de promover una política de competencia, pero sobre todo la necesidad de contar con un marco jurídico (Ley Orgánica de Competencia y su Autoridad) como complemento necesario a las iniciativas dirigidas a mejorar la infraestructura necesaria para fomentar la competitividad de las empresas ecuatorianas en los mercados (nacional y de exportación).

Recomendamos llevar adelante una política de competencia con la finalidad de promover la competitividad del sector productivo de nuestro país, motivando una mayor exposición a la competencia en los mercados domésticos, para de esta manera fortalecernos y poder estar a la par de los mercados regionales y poder competir con nuestras exportaciones a nivel internacional. Así entendido el tema, una política de competencia, busca atender los problemas estructurales de comportamiento de los agentes económicos (públicos y privados) en los mercados, situación que impide una mejor transmisión de la información necesaria para su funcionamiento óptimo y a través de éste una correcta redistribución de la riqueza a favor del interés económico general. Estos problemas se vinculan tanto a barreras gubernamentales y regulaciones excesivas que limitan la capacidad de las empresas para actuar libremente en los mercados como a las conductas empresariales mismas que surgen al amparo de dichas barreras y privilegios.

En su rol promotor de la competitividad, una ley y la correspondiente política de competencia atacan dos problemas que erosionan las ventajas competitivas de cualquier país exportador: a) el encarecimiento de los costos de producción, causado por las restricciones anticompetitivas en los mercados, lo cual resulta en precios artificialmente elevados sobre ciertos insumos protegidos y/o monopolizados; y, b) la ineficiencia exportadora de una cultura empresarial rentística, poco apta para enfrentar los desafíos que implica la conquista de mercados en el exterior. Existe una correlación entre la intensidad de la competencia en los mercados domésticos, los aumentos de la productividad, el desarrollo de aptitudes empresarias y, finalmente, el éxito exportador. Desde esta perspectiva, la ganancia de competitividad y la entrada en mercados muy disputados no resultan del fomento dirigido a crear empresas exportadoras "campeones

nacionales" fuertemente protegidas de la competencia, sino por el contrario, del fomento a la competencia en el mercado doméstico como estrategia para el fortalecimiento de las capacidades empresariales necesarias para poder entrar (competir) en los muy disputados mercados internacionales.

Todo esto tiene que ver con la falta de competencia (política y ley), lo cual genera la incapacidad de los mercados para transmitir información confiable y transparente a los agentes económicos que les induzca a tomar decisiones eficientes y productivas. Naturalmente, las operaciones a mayor costo impiden a las industrias competir de forma efectiva en los mercados tanto interno como externo.

Nos debe preocupar la inexistencia de políticas de competencia, o lo que es peor aún de ciertas políticas gubernamentales que de hecho restringen la capacidad de los agentes económicos para competir en los mercados, así como las posibles conductas restrictivas desplegadas por las mismas empresas, que por falta de una normativa y su correspondiente autoridad de control (Superintendencia de Competencia), no se las puede evitar, corregir y sancionar.

Estas restricciones por lo general impactan negativamente en el bienestar de la sociedad (consumidores o usuarios) y el óptimo funcionamiento del sector productivo, pues elevan el costo de los insumos a los productores, erosionando su competitividad y revierten negativamente en precios más elevados y productos de peor calidad para el consumidor final. Por ello, además del impacto negativo sobre la competitividad internacional, tales restricciones generan una desmejora del bienestar de la sociedad en su conjunto.

Por lo tanto, insistimos (recomendamos) que un marco regulatorio de la Competencia es completamente indispensable para nuestro país. A pesar de una mínima, pero creciente presión social por instrumentar mecanismos de protección contra prácticas anticompetitivas, aún se carece de un mecanismo institucional adecuado en el Ecuador. Por otra parte, sin embargo de haberse preparado un Anteproyecto de Ley para la Promoción de la Competencia, el mismo fue vetado en su momento por un empresario encargado de la Presidencia de la República, supuestamente por no contar con el apoyo político necesario, especialmente en el sector empresarial. Así pues, por el momento, Ecuador no cuenta con ningún mecanismo formal para hacer frente a los problemas de competencia.

Esta carencia es grave, pues ella limita las posibilidades de instrumentar iniciativas dirigidas a reformar las reglas bajo las cuales operan los mercados en

Ecuador. La falta de competencia está asociada a la casi inexistencia de reglas de concurrencia por parte de los agentes económicos. Es, por tanto, un problema institucionalmente complejo que supone la posibilidad de que el Estado –a través de la autoridad competente- pueda monitorear los mercados, a fin de detectar, en el comportamiento anticompetitivo, evidencia de la necesidad de modificar las reglas que disciplinan dichos mercados. Eventualmente, esto puede suponer examinar variables de mercado tales como el nivel de concentración o la participación de agentes económicos dominantes en ciertas industrias, como indicador del funcionamiento de tales reglas. Naturalmente, en el caso de Ecuador, al igual que muchas economías pequeñas, es de esperar que los mercados posean un alto grado de concentración industrial, dadas las bajas economías de escala existentes, a la cual se suma la falta de políticas y, sobre todo, de una normativa y su autoridad que haga cumplir a cabalidad la normativa en referencia. El rol de una autoridad de competencia está en identificar si dicha concentración en efecto obedece a una condición natural del mercado, o si tiene su origen en posibles cuellos de botella y trabas artificialmente creadas por la intervención estatal o por las restricciones anticompetitivas de los agentes económicos.

Las distorsiones producidas por medidas del Gobierno son, en buena medida, responsables de los comportamientos empresariales restrictivos de la competencia. Ya sea a través de barreras administrativas generales a la entrada y salida, o de intervenciones directas en las industrias, se evidencian numerosos casos en los que nuevas leyes o nuevas prácticas administrativas podrían interferir en la presión competitiva natural de los mercados. Los efectos adversos sobre la competencia de la regulación del sector público juegan un papel muy importante, especialmente en los países en desarrollo. La combinación de instituciones débiles (o inexistentes) y la falta de recursos financieros se traducen a menudo en un exceso de regulaciones y en burocracia administrativa. Adicionalmente, las exigencias de grupos de presión privados a menudo tienen como resultado nuevas regulaciones encaminadas a proteger a determinados grupos (de poder económico) contra una supuesta competencia desleal –extranjera e incluso nacional-, sin evaluar técnicamente en ningún momento dichas quejas o el impacto (análisis económico del derecho) que tendrán las medidas adoptadas, precisamente, porque no existe la legislación respectiva y su autoridad. Nuestro país carece de ambos asuntos, por lo que es de fundamental importancia que sean implementados a la brevedad posible, de manera técnica dadas las connotaciones y

repercusiones que estas políticas pueden tener para la economía, el mercado y la sociedad en su conjunto.

La debilidad institucional ocasiona que el Gobierno esté sometido a una continua presión de grupos de interés (político-económico) para que introduzca medidas proteccionistas en forma de legislación o regulaciones administrativas.

La autoridad de competencia ecuatoriana deberá tener responsabilidades técnicas para la abogacía de la competencia necesaria a fin de desmontar las regulaciones del Estado que restrinjan las posibilidades de ingreso al mercado y para evaluar las implicaciones de la concentración en los mercados y de las conductas empresariales. Igualmente, sería conveniente integrar las funciones de supervisión del mercado en áreas conexas, tales como la protección al consumidor, la defensa de la propiedad intelectual, la metrología y normas técnicas. En los sectores regulados de infraestructura, es altamente recomendable lograr una efectiva coordinación institucional entre la agencia de competencia y los entes sectoriales de control.

En resumen, es fundamental que el Gobierno ponga en marcha la adopción de un marco legal promotor de la competencia. Como primer paso, se debería revisar los múltiples anteproyectos de Ley, luego de lo cual se tendría que formular uno nuevo sobre la base de la nueva Constitución Económica. También sería recomendable un debate técnico entre los órganos de decisión política sobre la forma y el grado de responsabilidad de la pretendida autoridad (Superintendencia) de competencia. Una vez agotado este paso corresponde someter el anteproyecto de Ley al Legislativo para su aprobación, y el Gobierno deberá proceder inmediatamente a consolidar institucionalmente la autoridad –Superintendencia de Competencia-, dotándola del capital humano y financiero necesario, contando para el éxito de esta Institución con el sólido apoyo internacional, pero sobre todo del respaldo del sector privado y de los consumidores que somos todos los ecuatorianos y ecuatorianas.

BIBLIOGRAFÍA

Santiago ANDRADE UBIDIA, “Hace falta una Ley que promocióne y proteja la competencia económica”, mimeo de la versión publicada en Iuris Dictio, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad de San Francisco de Quito, agosto 2001, año II, N° 4.

Guillermo ARIÑO, “Economía y Estado”, Civitas, Madrid, 1993.

Benito ARRUÑADA, “Economía y derecho en la nueva política comunitaria de competencia”, Bosch, Barcelona, 2002.

Mario BAENA DEL ALCÁZAR, “Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía”, Civitas, Madrid, 1993.

Hermenegildo BAYLOS CORROZA, “Tratado de derecho industrial; Propiedad industrial e intelectual; Derecho de la competencia económica; y, Disciplina de la competencia desleal”, Civitas, Madrid, 1978.

José María BENEYTO PÉREZ y Jerónimo MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, “EL NUEVO DERECHO COMUNITARIO Y ESPAÑOL DE LA COMPETENCIA.- Descentralización, análisis económico y cooperación internacional”, Bosch, Barcelona, 2002.

José María BENEYTO PÉREZ, “Tratado de Derecho de la competencia”, Bosch, Barcelona, 2005.

Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La formación del Derecho de la competencia”, en Actas de Derecho Industrial, Madrid, 1975.

Alberto BERCOVITZ, “Apuntes de Derecho Mercantil”, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.

Philippe BRUSICK, “Mundialización: Fomentar la competencia o crear monopolios”, Boletín Latinoamericano de Competencia No. 11 (diciembre 2000).

Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, “Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia”, Buenos Aires, Ed. Heliasta S.R.L., 1983.

Francisco CABRILLO, “La Modernización del Derecho de la competencia en España y la Unión Europea”, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

Francisco CABRILLO, “Objetivos de una Política de Defensa de la Competencia”, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

Maria CLARA CABRERA, “La política de la competencia en la Comunidad Andina y en la Comunidad Europea”, Boletín Latinoamericano de Competencia No. 6/1 (mayo 1999).

Luis CASES PALLARES, “Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia”, 1ª Ed., Ediciones Jurídicas Marcial Pons, Madrid, 1995.

Jorge CASTRO BERNIERI, “La regulación de la competencia en la Comunidad Andina”, Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia No. 207 (mayo/junio 2000).

Ronald H. COASE, “La empresa, el mercado y la ley”, Marcial Pons, Madrid, 1994.

Germán COLOMA, “Análisis Económico del Derecho.- Privado y Regulatorio”, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001.

Germán COLOMA, “Defensa de la Competencia.- Análisis Económico Comparado”, Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2003.

Paulo CORREA y Federico AGUIAR, “Control de las fusiones en los países en Desarrollo: Enseñanzas de la experiencia del Brasil”, UNCTAD (UNCTAD/DITC/CLP/Misc.24), Nueva York y Ginebra, 2002.

Claudia CURIEL LEIDENZ, “La necesaria discusión de los regímenes de libre competencia en América Latina”, Boletín Latinoamericano de la Competencia No. 18/2 (febrero 2004).

Claudia CURIEL LEIDENZ, “Diseño de un modelo de abogacía de la competencia en el contexto de la implantación de las políticas de competencia en América Latina”, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, UNCTAD, Sección de Derecho y Política de la Competencia y de Protección del Consumidor, Nueva York-Ginebra, septiembre 1996.

Ignacio DE LEÓN, “Un Enfoque Alternativo de Políticas para la Promoción de la Competencia en Economías en Transición”, Boletín Latinoamericano de Competencia No. 4/2 (agosto 1998).

Real Academia Española, “Diccionario de la Lengua Española”, 21ª Ed., Calpe, Madrid, 1992.

Hugo EYZAGUIRRE, “Políticas de competencia en países menos desarrollados”, Boletín Latinoamericano de Competencia No. 5/2 (noviembre 1998).

Antonio FERNÁNDEZ FÁBREGA, “Tratado de Derecho de la competencia”, Capítulo 14, “*Los Procedimientos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia*”, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2005.

Juan Ignacio FONT GALÁN, “Constitución económica y Derecho de la competencia”, Marcial Pons, Madrid, 1987.

Juan Ignacio FONT GALÁN y Luis Ma. MIRANDA SERRANO, “Competencia Desleal y Antitrust.- Sistemas de Ilícitos”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

Jaime FOLGUERA CRESPO, “El concepto de autoridad bien situada y la cooperación en el seno de la Red de Autoridades de Competencia”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

James GOLDSMITH, “La Trampa”, Atlántida, Buenos Aires, 1995.

Francisco HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Precios Predatorios y Derecho Antitrust.- Estudio Comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español”, Marcial Pons, Madrid, 1997.

Ramón GARCÍA-GALLARDO y M^a Dolores DOMÍNGUEZ PÉREZ, “La reforma de la norma de competencia en la Comunidad Andina”, Boletín Latinoamericano de Competencia No. 20 (junio 2005).

Fernando GÓMEZ POMAR, “La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia. Una visión desde el análisis económico del derecho”, InDret, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2003.

Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “Los Mercados de Interés General: Telecomunicaciones y Postales, Energéticos y de Transporte- Privatización, Liberalización, Regulación Pública y Derecho de la competencia”, COMARES, Granada, 2001.

Agustín GRIJALVA JIMÉNEZ y José Vicente TROYA JARAMILLO, “Elementos para un Derecho de la competencia en el Ecuador”, Foro. Revista de Derecho de la UASB-Ecuador, Corporación Editora Nacional, No. 1, 2003.

Inmaculada GUTIÉRREZ y Jorge PADILLA, “Una Racionalización Económica del Concepto de Posición Dominante”, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2006.

María Elena JARA VÁSQUEZ, “Protección de la competencia dentro del proceso de modernización del sector eléctrico ecuatoriano”, Foro. Revista de Derecho de la UASB-Ecuador, Corporación Editora Nacional, No. 1, 2003.

Harold J. LASKI, “El liberalismo europeo”, 1^a. ed., 1939, 12^a. Reimp., Méjico, 1992.

Lucía LÓPEZ DE CASTRO GRACÍA-MORATO, “La Competencia en Sectores Regulados.- Regulación Empresarial y Mercado de Empresas”, Fundación de Estudios de Regulación, COMARES, Granada, 2003.

Gabriel MARTÍNEZ MEDRANO, “Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia”, Lexis Nexis Depalma, 1ª Ed., Buenos Aires, 2002.

Santiago MARTÍNEZ LAGO, “El Abuso de Posición de Dominio”, Marcial Pons, Fundación del Pino, Madrid-Barcelona, 2006.

Aurelio MENÉNDEZ, “La Constitución económica del Estado mercantilista y el Derecho mercantil”, en Homenaje a Vallet de Goytisolo, Vol. 1, Madrid, 1988.

Mario MONTI, “La nueva política europea de la competencia”, Bosch, Barcelona, 2002.

Félix A. NAZAR ESPECHE, “Defensa de la Competencia”, Depalma, Buenos Aires, 2001.

Gesner OLIVEIRA, “Concurrencia: panorama del Brasil y del Mundo”, Saravia, San Pablo, 2001.

Diego PETRECOLLA y Christian RUZZIER, “Problemas de Defensa de la Competencia en sectores de infraestructura”, 1ª Ed., Temas-UADE, Buenos Aires, 2003.

Richard POSNER, “Economic Analysis of Law”, versión en castellano “El Análisis Económico del Derecho”, Fondo de Cultura Económica, 1ª Ed., México 1998.

Enric PICAÑOL, “Derecho de la competencia en el Mercado Común”, edición española, Civitas, Madrid, 1992.

Alfonso RINCÓN GARCÍA, “La arbitrabilidad del Derecho de la competencia: especial referencia a la normativa de la UE”, Unión Europea, Aranzandi, volumen 31, No. 7, 2004.

Even I. RIMOLDI de LADMANN, “Análisis comparado del derecho de defensa de la competencia”, La Ley, Buenos Aires, 2000.

Juan Antonio RIVIÈRE MARTÍ, “La política de competencia en América Latina: una nueva área de interés para la Unión Europea”, Competition Policy Newsletter No. 3/1 1997.

Antonio ROBLES MARTÍN-LABORDA, “Libre competencia y competencia desleal”, Biblioteca de los Derechos de los Negocios, 1ª Ed., La Ley, Madrid, 2001.

Luís TINEO y Claudia CURIEL, “¿Mejora un País su Marco Institucional con Políticas de Competencia? El Caso de Guatemala”; Boletín Latinoamericano de Competencia No. 12, 2001.

Luís TINEO, “Políticas de Libre Competencia en la construcción del área de libre comercio de las Américas”, Boletín Latinoamericano de la Competencia No. 3ª, 1998.

Adam SMITH, “Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones”, Vol. 1, Barcelona, 1988.

Javier E. SORIANO GARCÍA, “Desregulación, privatización y derecho administrativo”, Bosch, Madrid-Barcelona, 1993.

Ricardo Alonso SOTO, “Competencia y desregulación económica: Los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la Liberalización de los Servicios”, en Estudios Homenaje al profesor Aurelio Menéndez, tomo I, Civitas, Madrid, 1999.

Ricardo Alonso SOTO, “EL Interés Público en la Defensa de la Competencia”, Marcial Pons, Madrid, 2005.

Ulrico IMMENGA, “El Mercado y el Derecho.- Estudios de Derecho de la competencia”, Universidad de Göttingen, Edición y Traducción de José Miguel Embid Irujo; Carmen Estevan de Quesada; María Lourdes Ferrando Villalba; y, Francisco González Castilla, Universidad de Valencia, Departamento de Derecho Mercantil “Manuel Broseta Pont”, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2001.

Luís Antonio VELASCO SAN PEDRO, “Derecho Europeo de la Competencia.- Antitrust e Intervenciones Públicas”, Lex Nova, Valladolid, 2005.

Luís Antonio VELASCO SAN PEDRO, “Diccionario de Derecho de la competencia”, 1ª Ed., IUSTEL, Madrid, 2006.

Javier VICIANO PASTOR, “Libre competencia e intervención pública en la economía”, Tirant Lo Blanch, 1ª Ed., Valencia, 1995.

Marta ZABALETA DÍAZ, “La Explotación de una Situación de Dependencia Económica como supuesto de Competencia Desleal”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.

ANEXOS

ANEXO I

NORMATIVA COMPARADA

Antecedentes y enfoques internacionales:

El sistema antitrust norteamericano

Más conocido como Sistema Antitrust, los Estados Unidos de Norteamérica fue el primer país en contar con una normativa concreta en el año de 1890 para controlar a los monopolios. Anterior al establecimiento de la conocida *Sherman Act*, los casos relacionados con los monopolios se resolvían por medio del sistema del *common law*, que basaban sus decisiones en precedentes especialmente ingleses y americanos.

La Ley Sherman establecía la ilegalidad de cualquier acuerdo, contrato, combinación en forma de trust o conspiración que tienda a restringir la competencia en la industria o el comercio. En virtud de esta norma se podía aplicar sanciones que llegaban hasta la prisión a más de la indemnización por los daños ocasionados.

Analizando esta norma podemos ver que la prohibición se da en tres ámbitos: el convenio formal, la acción concertada y la maquinación propiamente dicha¹⁶⁶, condenando toda acción o intento de monopolizar cualquier sector de la industria o el comercio ya sea individual o concertada. También debemos manifestar que bajo esta norma era ilícita toda acción tendiente a la fijación de los precios en el mercado o a la exclusión de los competidores¹⁶⁷.

Un aspecto a destacar en la legislación antimonopólica de los Estados Unidos, es la posibilidad de los particulares de presentar demandas por daños y perjuicios.

En este caso el acuerdo o contrato que se declara ilegal¹⁶⁸ es el que tiende a restringir la competencia. Esto es que con criterios objetivos, tomando en cuenta las características del acuerdo y las del mercado –tomando en cuenta incluso a los agentes que no participaron, barreras de acceso a terceros-, el acuerdo tenderá a ser

¹⁶⁶ Hermenegildo Baylos Corroza, “Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial e intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal, 1978, Civitas, Madrid, p. 258.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

anticompetitivo, independientemente de la intención de quienes concurren a formarlo, es decir estamos frente al establecimiento de prácticas y acuerdos anticompetitivos de acuerdo al poder de mercado per se, es decir que lo que se investiga es la estructura del mercado y no la intención del agente o agentes. Pero también la Ley Sherman en su artículo 2do investiga la intención de los agentes y los sanciona por considerarlos de naturaleza penal¹⁶⁹.

La Ley Sherman fue modificada por la Ley Clayton en 1914, en donde se establece: prohibición de ciertas prácticas restrictivas de la competencia, distinta de los trust que estaban más dirigidas a la concentración de poder económico frente a otras formas de afectar la competencia que para esos momentos no estaban prohibidos; y, de esta manera se permitió la aplicación directa por parte de la Federal Trade Commissions, las demandas individuales y otras demandas interpuestas por el Gobierno federal y estatal. Todo esto permitió el surgimiento de las indemnizaciones y del accionar por parte de los afectados ante cualquier Corte de Distrito de los EE.UU. en donde resida el agente (económico) causante de la práctica anticompetitiva y recobrando tres veces los daños que haya sostenido, las costas judiciales y un razonable honorario profesional, son fundamentales en la evolución del Derecho Antitrust norteamericano, y por qué no decirlo, a nivel mundial.

La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, estableció el criterio de interpretación de la Ley Sherman, sentando lo que se dio por conocer como la regla de la razón (rule of reason), nosotros creemos que mejor debería llamarse o traducirse como la “regla de lo razonable”. Esta regla de la razón, viene a contrarrestar el efecto poco saludable de la regla per se.

Si decimos que la infracción debe juzgarse bajo un enfoque per se, estamos diciendo que sobre tal conducta, no es necesario indagar sobre los motivos, causas o efectos de la misma. Pero si utilizamos la regla de la razón, cambiamos radicalmente la forma de valorar la conducta, ya que se debe apreciar la “racionalidad” de dicha conducta, sus propósitos y sus efectos amplios sobre la competencia y sobre el desarrollo del mercado¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Esto último permite que algunas infracciones a la Ley Sherman (por ejemplo, casos de colusión abierta especialmente graves) se repriman con penas de prisión, que se adicionan a las multas con las cuales se sancionan normalmente las infracciones en el derecho anti trust. (Nota del Autor).

¹⁷⁰ Guillermo Cabanellas de las Cuevas, “Derecho antimonopólico y de defensa de la Competencia, Heliasta, Buenos Aires, 1983. p. 76.

En el año de 1914 también se promulga la Ley de creación de la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Comisión Act), que es la agencia especializada en temas Antitrust y crea una vía administrativa¹⁷¹ para la resolución de este tipo de casos, compartiendo el trabajo con la vía judicial que se utiliza para resolver los casos que caen bajo la órbita de la ley Sherman. La Ley de creación de la Comisión Federal de Comercio es aplicable a temas de competencia desleal y por ende a casos de defensa del consumidor en los cuales la expresión “competencia desleal” se la interpreta como prácticas de engaño a los consumidores de bienes y servicios.

El resto de leyes Antitrust que fueron sancionadas por el Congreso Norteamericano con posterioridad al año 1914 son básicamente reformas a los tres cuerpos legales “principales” en materia antitrust en los Estados Unidos, así tenemos la ley Robinson-Patman¹⁷² (1936), la Ley Celler-Kefauver¹⁷³ (1950) y la Ley Hart-Scott-Rodino¹⁷⁴ (1976) .

Cabe resaltar que en los últimos años cobran gran importancia como “normas” de defensa de la competencia las denominadas Guidelines -“pautas” o “lineamientos”-, que si bien no son leyes propiamente dichas, tienen un gran efecto sobre la forma de aplicar el Derecho Antitrust, que ayudan al análisis de la legalidad de los diferentes casos, en particular los lineamientos relacionados con fusiones y adquisiciones (1992), sobre temas de propiedad intelectual (1995) y colaboración entre competidores (2000).

El sistema de defensa de la competencia de la Unión Europea

La segunda vertiente de donde surge el derecho de defensa de la competencia surge con el nacimiento de la Comunidad Económica Europea, conocida hoy como Unión Europea, a través del Tratado de Roma de 1957.

Relacionado con el tema de competencia que nos ocupa en este trabajo, podemos decir que dentro de este Tratado tenemos el “establecimiento de un mercado interior caracterizado por la supresión entre los Estados Miembros de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales” y el establecimiento de “un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior¹⁷⁵”.

¹⁷¹ Eve Rimoldi, “Derecho y política de defensa de la competencia”, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 21.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ Bellamy, Christopher, Chile y Gram., “Derecho de la competencia en el Mercado Común”, Ed. Española de Enric Picañol, Civitas, Madrid, 1992, ps. 37 y 38.

Las disposiciones básicas sobre competencia estaban establecidas en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma de 1957, que pasaron a ser los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 1999.

El artículo 81 prohíbe los “acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas... que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común”. El artículo 82 en cambio establece la prohibición de “la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo”.

La normativa comunitaria europea se complementa con el Reglamento 17/1962, que se utiliza para poder llevar adelante los casos de competencia, además en dicho reglamento se establece que los casos debían pasar primero por una etapa de jurisdicción administrativa de la Comisión Europea –Dirección General IV de Política de Competencia- y que luego podrían ser apelados ante los Tribunales de la Unión Europea.

Con relación a las ayudas estatales que es un tema fundamental en la UE y que en otras legislaciones es considerado aparte lo tenemos en los artículos en el artículo 92 del Tratado de Roma, que es el actual 87 del Tratado de la Comunidad Europea, el cual declara que son prohibidas “las ayudas otorgadas por los estados, o mediante fondos estatales, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”.

Una característica propia de las leyes de competencia de los países de la Unión Europea es que dichas leyes siguen las pautas establecidas en la normativa comunitaria, pero lo más importante es que la defensa de la competencia goza de supremacía del derecho comunitario¹⁷⁶ cuando se vean afectados dos o más países miembros, pero sobre todo que amenace y ponga en peligro la unidad del Mercado Común¹⁷⁷, en este caso el procedimiento queda dentro de la jurisdicción de la Comisión Europea y fuera del alcance de las autoridades de competencia nacionales.

El sistema de defensa de la competencia español

¹⁷⁶ *Ibidem*, Tomo II, p. 1155.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 1160.

La ley española de 1963 prohibía las prácticas resultantes de acuerdos entre empresas y las denominadas prácticas abusivas¹⁷⁸. En un primer caso se requería una concertación entre dos o más empresas; en la segunda la práctica anticompetitiva que restringía la competencia podía ser practicada por una sola empresa.

En este sentido vemos que en la legislación ibérica, eran dos las conductas prohibidas: las que emergían de convenios entre agentes económicos (empresas) y las prácticas abusivas producto de la explotación de una situación dominante en el mercado.

En la ley española de defensa de la competencia del año 1989 se recogieron estas dos prácticas, pero, lo que hay que resaltar de la normativa española de esa data, es que la misma se adecuó completamente a las normas de competencia comunitarias.

El 1 de Septiembre de 2007 entró en vigor la nueva Ley de Defensa de la Competencia española¹⁷⁹ (“LDC”), aprobada por el Parlamento español el 15 de junio de 2007 y que derogó la Ley 19/1989 (“LDC de 1989”), actualiza varios temas en materia de competencia, también reforma temas de institucionalidad creando una sola autoridad de competencia, La Comisión Nacional de la Competencia (“CNC”), pasando a reemplazar al Servicio de Defensa de la Competencia (“SDC”) y al Tribunal de Defensa de la Competencia (“TDC”). Entre las reformas de carácter sustantivas la – nueva- Ley prevé que aquellas conductas de menor importancia, que no afecten sensiblemente la competencia, queden excluidas de las prohibiciones establecidas en los artículos 1 a 3. Con respecto al tema de las operaciones de concentración las autoridades de competencia españolas conocerán solo aquellas operaciones de concentración que superen en España, o bien los umbrales de facturación o bien los de cuota de mercado afectado por la transacción establecidos en la LDC, lo que significa que se sigue el mismo criterio alternativo establecido en el régimen anterior, salvo en la novedad del incremento de la cuota de mercado que pasa de un 25% a un 30%. Asimismo, y en armonía con la legislación comunitaria, las joint ventures de carácter cooperativo también se incluyen en el concepto de operaciones de concertación por primera vez. Por consiguiente, nacerá la obligación de notificar a la CNC una operación de concentración cuando: (a) la cuota de mercado resultante de la transacción sea superior al 30%; o (b) la facturación conjunta de todas las empresas que intervengan en la transacción sea

¹⁷⁸ Christopher Bellamy, Chile y Gram., “Derecho de la competencia en el Mercado Común”, Ed. Española de Enric Picañol, Civitas, Madrid, 1992, p. 39.

¹⁷⁹ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 159, de 4.7.07, p. 28.848).

superior a los 240 millones de euros en España, e individualmente en al menos dos de ellas, superior a 60 millones de euros en España.

El sistema alemán de la competencia o Bundeskartellamt

Uno de los países europeos con mayor tradición en materia de defensa de la competencia es sin duda Alemania. En este país el objeto principal de su legislación antimonopolio es el combate a los carteles¹⁸⁰ ya que los mismos son considerados como el medio –por excelencia- para distorsionar la competencia a través del reparto de mercados, la fijación de precios y en general las prácticas restrictivas a la competencia¹⁸¹.

En el año de 1923 se reglamentó el abuso de la posición dominante con la nulidad de los acuerdos en forma de cartel¹⁸². Luego en el año de 1957 se expidió un nuevo reglamento en materia de restricciones de la competencia tales como: contratos y acuerdo de cartel; el abuso de posición dominante en el mercado; las uniones de empresas; y, las conductas restrictivas y discriminatorias.

Con relación al abuso de la posición dominante en Alemania, éste se configura cuando se da una concertación para la elevación de precios o la imposición de determinadas condiciones en el mercado y la realización de contratos con la obligación del otro contratante de aceptar mercancías o servicios¹⁸³.

El sistema de defensa de la competencia en América Latina

Analizaremos los países de Latinoamérica con mayor tradición en la implementación de leyes de defensa de la competencia.

La mayoría de los países de América Latina que gozan de normas de defensa de la competencia, se han inspirado de manera dual, es decir tienen parte de la influencia norteamericana como de la tradición europea dando como resultado en la gran mayoría de los casos de una mezcla de las dos, así tenemos:

¹⁸⁰ Felix A. Nazar Espeche, “Defensa de la Competencia”, Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 13

¹⁸¹ Sobre los antecedentes del Bundeskartellamt puede verse N. Reich, “Mercado y Derecho”, versión en español de Juan Ignacio Font Galán, Barcelona, 1985. H. G. Burgbacher, “Problemas del Derecho comunitario y alemán de defensa de la competencia”, ICE, Barcelona, 1987, p.139.

¹⁸² Felix A. Nazar Espeche, “Defensa de la Competencia”, Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 14.

¹⁸³ Hermenegildo Baylos Corroza, “Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial e intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal, 1978, Cívitas, Madrid, ps. 267 y 268.

Argentina, en donde la legislación Antitrust o de Defensa de la Competencia¹⁸⁴ se dio a partir del año 1933 con la ley 11.210, cuyos dos primeros artículos podemos decir que eran una traducción de los artículos 1 y 2 de la Ley Sherman de los Estados Unidos de Norteamérica¹⁸⁵. Esta Ley fue sustituida por la Ley 12.906 del año 1946, en donde su articulado prohibía los actos tendientes a la creación o mantenimiento de un monopolio y además incluía un listado de conductas que las consideraba “actos de monopolio o tendientes a él”.

Las dos leyes antes descritas fueron de aplicación muy escasa en la práctica, es por ello que en el año de 1980 se dicta una nueva ley de defensa de la competencia que es la Ley 22.262, esta ley crea la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) como órgano administrativo dedicado al tema Antitrust y se da con esta ley un giro en la tendencia hacia la doctrina europea, ya que sus artículos 1 y 2 se basaron en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, además de que el procedimiento paso a ser exclusivamente de tipo administrativo. La ley 22.262 fue derogada por la promulgación de la Ley 25.156 sancionada el 25 de agosto de 1999 y promulgada el 16 de septiembre de 1999 y publicada en el BO de 20 de septiembre del mismo año cuya mayor innovación fue la incorporación de un procedimiento de control previo de fusiones y adquisiciones parecido al que se encuentra en la Clayton Act. También se crea el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, que reemplaza al CNDC y que se convierte en autoridad de primera instancia de los casos de competencia. Al crearse el Tribunal se da un paso importantísimo en lo referente a las autoridades de competencia, esto es su independencia del poder político.

Brasil las disposiciones relativas a la defensa de la competencia se las encuentra en la Ley de Defensa del Orden Económico o Ley 8884¹⁸⁶ que entró en vigencia en el año de 1994, ésta como las demás normas latinoamericanas está inspirada en la legislación europea, pero lo referente a la aplicación y procedimientos son de corte estadounidense. En el Brasil coexisten varias agencias de defensa de la competencia, que actúan alternativamente como tribunales y como fiscales de la competencia, entre ellas tenemos al Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE), creado por la ley 4137 del año 1962 que actúa como tribunal de primera instancia. La Secretaría de

¹⁸⁴ Guillermo Cabanellas de las Cuevas, “Derecho antimonopólico y de defensa de la Competencia”, Heliasta, Bs. As., 1983. p. 79.

¹⁸⁵ Así lo señala Javier Otamendi, “Las relaciones comerciales y las restricciones a la competencia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 195.

¹⁸⁶ Gesner Oliveira, “Concurrencia: panorama del Brasil y del Mundo, San Pablo, Saravia, 2001, Capítulo I, p. 3.

Derecho Económico (SDE) con funciones de fiscalía, además de iniciar los procedimientos de control de fusiones y adquisiciones que reciben luego las autorizaciones del CADE. Un aspecto que hay que resaltar es que las disposiciones de la ley brasilera de defensa de la competencia son la base del Protocolo de Defensa de la Competencia en el MERCOSUR (1996).

La Ley Federal de Competencia Económica de México¹⁸⁷, del año 1993, está basada e influenciada por el derecho antitrust de los Estados Unidos de Norteamérica de manera especial en la parte relacionada con las prácticas anticompetitivas y del control de fusiones y adquisiciones, pero en la parte del procedimiento sigue el corte europeo. La ley mexicana distingue entre prácticas monopólicas absolutas (per se) y relativas (regla de la razón). Para esto cuenta con un órgano de carácter administrativo que es la Comisión Federal de Competencia, como única autoridad en primera instancia en esta materia.

En países de la Comunidad Andina de Naciones, debemos manifestar que únicamente Ecuador y Bolivia no cuentan con una normativa de competencia. Las leyes de competencia de la Región Andina son leyes que se caracterizan por tener provisiones referidas a prácticas y acuerdos anticompetitivos, la única ley que no contempla el tema de las operaciones de concentración es la ley del Perú (decreto 701 de 1991), en tanto que la Ley Colombiana de 1959 (ley 155) y la Venezolana (ley 4353), de 1991 han evolucionado conteniendo en ellas el tema de control de fusiones y adquisiciones en las cuales se mencionan las concentraciones económicas como una conducta posiblemente anticompetitiva en su artículo 4 y 11 respectivamente. La ley colombiana fue reformada por el Decreto 2153 de 1992 a través del cual el legislador incluyó una nueva forma de concentración empresarial. El artículo peruano fue reglamentado por el decreto 1311 de 1996, a través del cual se establece el procedimiento de evaluación previo a la fusión y adquisición.

Finalizamos con Chile, en donde la legislación de competencia nace con el decreto-ley 211, del año 1973, en donde existe un sistema de doble agencia¹⁸⁸ de competencia que se divide en a) Comisión Consultiva y b) Comisión Resolutiva, la autoridad chilena funciona como una fiscalía¹⁸⁹ (Fiscalía Nacional Económica), realiza también asuntos de política de competencia como también ha creado un procedimiento

¹⁸⁷ Javier Aguilar Alvarez, "La Libre Competencia", Oxford University Press, México, 2001, pág. 57.

¹⁸⁸ Ricardo Paredes, "Fundamentos para una nueva política antimonopolios", Universidad de Chile, Santiago, 1991, p. 9.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

de consultas previas por el cual se ha intervenido ex ante en varios casos de fusiones y adquisiciones. El sistema chileno de defensa de la competencia, regulado por medio del Decreto Ley N° 211, fue profundamente modificado por la ley N° 19.911 del 14 de noviembre de 2003. Dichas modificaciones han cambiado sustancialmente la regulación de la libre competencia, tanto en el aspecto procedimental, donde se crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”), como en el aspecto sustantivo, donde se conceptualizan de mejor manera la descripción de los acuerdos colusorios, de la explotación abusiva de posición dominante y de la competencia desleal. Así mismo en virtud de esta última Ley se modificaron los tipos de conductas sancionables en Chile en sede de libre competencia, se reemplazaron los organismos de defensa de la libre competencia antes existentes, se reformularon los procedimientos a seguir ante ellos, se agravaron las sanciones aplicables y se eliminó el carácter criminal que antes tenían ciertos ilícitos de competencia en Chile.

ANEXOS II

Decisión 608

Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina

Publicado en la Gaceta Oficial 1180

LA COMISION DE LA COMUNIDAD ANDINA,

VISTOS: Los Artículos 93 y 94 del Acuerdo de Cartagena, la Decisión 285 de la Comisión, el texto revisado de la Propuesta 115 de la Secretaría General y del Proyecto de Decisión aprobado con motivo de la IV Reunión de Expertos Gubernamentales en materia de libre competencia;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 21 de marzo de 1991, la Comisión aprobó la Decisión 285, que contiene las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia; y,

Que, la actual etapa del proceso de integración subregional, de apertura comercial y globalización imponen que el objeto de la normativa comunitaria sea la protección de la libre competencia en la Comunidad Andina, así como su promoción a nivel de los agentes económicos que operan en la Subregión, para asegurar que no se menoscaben los beneficios logrados en el marco de este proceso de integración;

DECIDE:

CAPITULO I DEFINICIONES

Artículo 1.- A los efectos de la presente Decisión, se entenderá por:

Conducta: todo acto o acuerdo;

Acto: todo comportamiento unilateral de cualquier destinatario de la norma;

Acuerdo: todo contrato, convenio, arreglo, combinación, decisión, recomendación, coordinación, concertación u otros de efectos equivalentes realizados entre agentes económicos o entidades que los agrupen;

Agente económico: toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que oferta o demanda bienes materiales o inmateriales, o servicios en el mercado, así como los gremios o asociaciones que los agrupen; y,

Personas vinculadas: los agentes económicos que tengan una participación accionaria mayoritaria o que ejerzan una influencia decisiva sobre las actividades de otro agente económico, sea mediante el ejercicio de los derechos de propiedad, del uso de la totalidad o parte de los activos de éste o del ejercicio de derechos o contratos que permitan determinar la composición o el resultado de las deliberaciones o las decisiones de los órganos del mismo o de sus actividades.

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 derechos 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.

Artículo 4.- Esta Decisión prohíbe y sanciona las conductas establecidas en los artículos 7 y 8 cuando hayan sido desarrolladas por agentes económicos.

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

a) El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y,

b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros.

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

Artículo 6.- Los Países Miembros podrán someter a consideración de la Comisión, el establecimiento de exclusiones o excepciones al ámbito de la presente Decisión, de actividades económicas sensibles necesarias para lograr los objetivos fundamentales de su política, siempre y cuando éstas estén contempladas en la legislación nacional del país solicitante y que cumplan con las siguientes condiciones:

a) Que reporten beneficios significativos al desarrollo de la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes o servicios, o fomenten el progreso tecnológico o económico.

b) Que signifiquen el otorgamiento de condiciones preferenciales a regiones deprimidas o actividades económicamente sensibles o, en cualquiera de los casos, en situación de emergencia;

c) Que no conlleven a dichos agentes económicos, la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de la producción, comercialización o distribución de los bienes o servicios de que se trate; y,

d) Que sean concordantes con el ordenamiento jurídico andino.

Las exclusiones y excepciones deberán ser aprobadas, modificadas o eliminadas mediante Decisión, previa recomendación adoptada del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia (Comité) a que se refiere el Capítulo VI, que será el responsable de su revisión periódica.

No podrá solicitarse exclusiones o excepciones a actividades económicas que, en el momento de la solicitud, estén siendo objeto de investigación.

CAPÍTULO III SOBRE LAS CONDUCTAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA

De las conductas restrictivas de la libre competencia

Artículo 7.- Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:

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

Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.

Artículo 8.- Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:

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

Artículo 9.- Se entenderá que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad.

CAPITULO IV DEL PROCEDIMIENTO

De la apertura de la investigación

Artículo 10.- La Secretaría General podrá iniciar investigación de oficio o a solicitud de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia o de los organismos nacionales de integración de los Países Miembros, o de las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, organizaciones de consumidores u otras entidades cuando existan indicios de que éstos han realizado conductas que pudieran restringir de manera indebida la competencia en el mercado.

Artículo 11.- La solicitud deberá incluir la siguiente información:

a) Los datos de identificación del solicitante, incluyendo su domicilio, números de teléfono y telefax, dirección de correo electrónico, si la tuviera y, de ser el caso, los datos de identificación de sus representantes legales;

b) Una descripción detallada de la conducta denunciada, indicando el período aproximado de su duración o inminencia;

c) La relación de los involucrados con la conducta denunciada;

d) Los datos de identificación de los involucrados conocidos por el solicitante, incluyendo sus domicilios, números de teléfono y telefax, direcciones de correo electrónico, si las tuvieran y, de ser el caso, los datos de identificación de sus representantes legales;

e) Las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados; y,

f) Los elementos de prueba que razonablemente tenga a su alcance el solicitante.

Artículo 12.- La solicitud podrá ser retirada antes de que la Secretaría General resuelva respecto de la apertura de la investigación, en cuyo caso se tendrá por no presentada. No obstante la Secretaría General podrá continuar el procedimiento de oficio o a petición de la autoridad nacional competente del agente económico denunciante.

Artículo 13.- Dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la solicitud, la Secretaría General determinará preliminarmente si la misma cumple con lo establecido en los artículos 5, 7 u 8, 11 y 43 de la presente Decisión.

De no cumplir la solicitud con tales requisitos, la Secretaría General informará al solicitante respecto de la información faltante y le concederá un plazo adicional de hasta quince (15) días hábiles para que la complete, pudiendo prorrogarse el referido plazo hasta por cinco (5) días hábiles adicionales. El plazo se contará a partir del día siguiente al de la fecha de recepción de la comunicación que señala que la solicitud está incompleta. Si no se proporcionara la referida información en los plazos establecidos, la Secretaría General desestimaré la solicitud y dispondrá su archivo.

De cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 5, 7 u 8, 11 y 43 de la presente Decisión, la Secretaría General deberá pronunciarse dentro de un plazo máximo de 15 días hábiles respecto del inicio de la investigación mediante Resolución que será publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, y notificada al solicitante y al denunciado, así como a los organismos nacionales de integración, oficinas nacionales competentes en materia de libre competencia de los Países Miembros involucrados y a los miembros del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia.

Artículo 14.- La Resolución de apertura de la investigación deberá indicar:

a) la conducta objeto de investigación, las características de los bienes o servicios que estarían siendo objeto de la conducta, los bienes o servicios similares presuntamente afectados, la duración de la conducta, la identificación de las partes, su relación económica existente con la conducta, la relación de los elementos de prueba presentados;

b) el plazo para que las partes presenten información, alegatos y pruebas; y,

c) la identificación de las autoridades nacionales competentes que cooperarán con la sustanciación de acuerdo a lo previsto en el artículo 15 de la presente Decisión.

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.

Artículo 17.- La investigación a cargo de la autoridad nacional competente deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días hábiles siguientes a la fecha de notificación del Plan de investigación a que hace referencia el artículo 15. Las partes interesadas podrán presentar sus alegatos dentro de dicho plazo, culminado el cual se dará por concluido el período probatorio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19.

A más tardar dentro del término del plazo señalado, la autoridad nacional competente deberá remitir a la Secretaría General, todos los documentos, informes, estudios, pruebas y demás resultados de tal investigación.

La Secretaría General tendrá acceso a toda la información acopiada por las autoridades nacionales en cualquier momento de la investigación.

Artículo 18.- Durante el curso de la investigación a que hace referencia el artículo anterior, la Secretaría General podrá realizar sus propias investigaciones y acopiar los elementos de prueba que considere necesarios, sin interferir con lo previsto en el Plan de Investigación a que se refiere el artículo 15.

Asimismo, las autoridades nacionales a cargo de la investigación y la Secretaría General estarán en coordinación permanente durante el período de la investigación.

Artículo 19.- Vencido el plazo a que se refiere el artículo 17, la Secretaría General dispondrá de un plazo adicional de cuarenta y cinco (45) días hábiles para realizar sus propias determinaciones, y, de considerarlo pertinente, podrá complementar la investigación solicitando información adicional a las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia, partes involucradas o a sus gobiernos, o verificando la información.

Las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, de los Países Miembros, a las que se les solicitase información, deberán colaborar con la investigación y suministrar la información que se les requiera; o aportar nueva información, pruebas o alegatos de considerarlo necesario, dentro de dicho plazo extraordinario.

Artículo 20.- Vencido el plazo a que se refiere el artículo anterior, la Secretaría General contará con un plazo de diez (10) días hábiles para elaborar el Informe sobre los resultados de la investigación.

El Informe será remitido a los miembros del Comité, a las autoridades nacionales competentes a que se refiere el artículo 15, y a las partes interesadas. Las partes tendrán un plazo de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de remisión del Informe por la Secretaría General, para presentar sus alegatos escritos. La Secretaría General remitirá inmediatamente los referidos alegatos a los miembros del Comité.

Artículo 21.- Con el objeto de examinar el Informe y los alegatos presentados, la Secretaría General convocará a los miembros del Comité a reunión dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la remisión del Informe. El Comité deberá reunirse dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la convocatoria.

El Presidente del Comité hará llegar a la Secretaría General su informe al término de la reunión. Vencido el plazo de treinta (30) días hábiles de la fecha de la convocatoria realizada por la Secretaría General al Comité, de no haberse presentado dicho informe se entenderá que el Comité consiente en el contenido del informe técnico.

Artículo 22.- Vencido el plazo señalado en el último párrafo del artículo anterior, la Secretaría General emitirá su Resolución motivada sobre el mérito del expediente, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes.

La Secretaría General, en su motivación, dará cuenta del Informe remitido por el Comité. En caso que la Secretaría General se aparte de las conclusiones y recomendaciones de dicho Informe, deberá manifestar expresamente los motivos de la discrepancia.

De la Información

Artículo 23.- Las partes podrán examinar el expediente siempre que la información no sea confidencial, tanto en las oficinas de las autoridades nacionales competentes en la etapa establecida en el artículo 17, así como en la Secretaría General en la etapa establecida en el artículo 19.

Las autoridades nacionales competentes a que se refiere el artículo 15 podrán intercambiar información a través de la Secretaría General que será responsable de solicitar las garantías correspondientes para asegurar la confidencialidad de la información.

Artículo 24.- La Secretaría General y las autoridades nacionales competentes, según corresponda, otorgarán tratamiento confidencial a toda información que por su naturaleza deba recibir tal tratamiento y siempre que la parte que lo solicite lo justifique adecuadamente. A tal efecto, la parte deberá presentar un resumen no confidencial de la misma.

Tendrá tratamiento confidencial, toda aquella información a la cual la autoridad nacional competente responsable de la investigación a que se refiere el artículo 15 haya otorgado dicho tratamiento al amparo de su legislación nacional.

La confidencialidad cesará en cualquier momento, a solicitud del interesado que la proporcionó.

No obstante, ello no impedirá a la Secretaría General proporcionar información general, sobre los motivos en que se fundamentan las Resoluciones adoptadas en virtud de la presente Decisión o sobre los elementos de prueba en los que se apoye, en la medida en que ello sea necesario en el curso de un procedimiento judicial. Tal divulgación deberá tener en cuenta el interés de las partes en no ver revelada la información que ellos consideren confidencial.

Artículo 25.- Las autoridades nacionales competentes involucradas tendrán acceso al expediente en la etapa establecida en el artículo 17.

Los miembros del Comité tendrán, en el desempeño de sus funciones, acceso al expediente.

De la audiencia pública

Artículo 26.- Dentro del plazo a que hacen referencia los artículos 17 y 19 de la presente Decisión, la Secretaría General, de oficio o a solicitud de parte, concederá a las partes interesadas, la oportunidad de reunirse en audiencia pública, a efectos de confrontar sus alegatos. Ninguna parte estará obligada a asistir a la audiencia, y ello no irá en detrimento de su causa.

La convocatoria a la audiencia pública deberá ser comunicada con por lo menos diez (10) días hábiles a las partes, a los Organismos Nacionales de Integración y a los miembros del Comité.

Las partes que participen en la audiencia presentarán por escrito sus alegatos en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles.

De los compromisos

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

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

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

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

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

Artículo 29.- De aceptarse un compromiso, la Secretaría General requerirá a las partes comprometidas que suministren trimestralmente información relativa al cumplimiento del mismo y que permita la verificación de los datos pertinentes.

En caso de incumplimiento en el suministro de información o en la ejecución de los compromisos, la Secretaría General, mediante Resolución motivada, reiniciará el proceso de investigación y aplicará medidas cautelares, sobre la base de la mejor información disponible.

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

De las medidas cautelares

Artículo 31.- En cualquier momento del trámite o de la investigación, la parte solicitante podrá solicitar a la Secretaría General, el establecimiento de medidas

cautelares. La Secretaría General podrá exigir el establecimiento de una caución, contra cautela o garantía para el otorgamiento de dichas medidas.

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

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

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

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

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

De las medidas correctivas y/o sancionatorias

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

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

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

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

De la ejecución de las medidas

Artículo 35.- La ejecución de las medidas cautelares o definitivas previstas en la presente Decisión, serán de responsabilidad de los gobiernos de los Países Miembros en donde tengan las empresas objeto de la medida, su principal centro de negocios en la Subregión o donde se sucedan los efectos de las prácticas denunciadas, conforme a su norma nacional.

El País Miembro ejecutor comunicará a la Secretaría General y, por su intermedio, a los demás Países Miembros y a los particulares que fuesen parte en el procedimiento, la ejecución de las medidas dispuestas en el marco de la presente Decisión.

CAPÍTULO V PROMOCION DE LA COMPETENCIA

Artículo 36.- En la adopción y aplicación de las políticas y medidas regulatorias de mercado, los Países Miembros no impedirán, entorpecerán ni distorsionarán la competencia en el mercado subregional. El Comité podrá elevar recomendaciones tendientes a eliminar, cuando corresponda, estos trámites y requisitos para promover el ejercicio de la libertad económica y la competencia.

Artículo 37.- Los Países Miembros establecerán mecanismos para procurar el perfeccionamiento de los instrumentos comunes y el fortalecimiento de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia, mediante programas de intercambio de información y experiencias, de entrenamientos técnicos, y de recopilación de jurisprudencia y doctrina administrativa, relacionados con la defensa de la libre competencia.

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.

Artículo 39.- El Comité estará encargado de las funciones a que se refieren los artículos 6, 13, 21, 26, 27 y 36 de la presente Decisión.

Artículo 40.- Constituyen derechos y obligaciones de los miembros del Comité los siguientes:

- a) Actuar con independencia de criterio;
- b) Asistir a las reuniones del Comité a las que se les convoque;
- c) Participar en la elaboración de los informes técnicos que el Comité emita;
- d) Resguardar la confidencialidad de la información a la que tienen acceso en el desempeño de sus funciones;
- e) Abstenerse de divulgar la información contenida en el expediente;
- f) Emitir su opinión en las formas y plazos previstos en la presente Decisión;
- g) Abstenerse de conocer el expediente en caso de incurrir en causal de inhibición o recusación conforme a sus leyes nacionales; y,
- h) Abstenerse de trabajar para o asesorar a un agente económico investigado o con otro con el que se tenga vinculación accionaria u otra dentro del año siguiente a la investigación;

La vulneración de lo dispuesto en los literales anteriores generará responsabilidad funcional de acuerdo con la legislación interna del País Miembro cuyo organismo nacional represente el integrante del Comité.

Artículo 41.- El Comité estará presidido por el miembro cuyo país ejerza la Presidencia del Consejo Presidencial Andino. La rotación del cargo seguirá el orden de prelación establecido para dicho Consejo.

La Secretaría Técnica del mismo estará a cargo de los funcionarios que al efecto designe la Secretaría General.

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 42.- Los Países Miembros notificarán a la Secretaría General sus legislaciones nacionales en materia de libre competencia. Asimismo, notificarán las modificaciones o sustituciones a la misma.

Artículo 43.- Las infracciones a la libre competencia previstas en la presente Decisión prescriben en el plazo de tres (3) años de haberse realizado la conducta. En el

caso de conductas continuadas, los tres años arriba citados, se empezarán a contar a partir del día siguiente a aquél en que cesó la conducta.

Artículo 44.- Una vez que la Secretaría General de la Comunidad Andina haya tenido conocimiento de una conducta denunciada o se dé inicio a una investigación, deberá realizarse un pronunciamiento dentro de los tres años siguientes, caso contrario se dará por terminada la actuación correspondiente.

Artículo 45.- Las normas sobre procedimientos administrativos contenidas en la presente Decisión se aplicarán con preferencia a las contenidas en la Decisión 425 que aprueba el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General.

Artículo 46.- La presente Decisión sustituye a la Decisión 285 de la Comisión.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA

Artículo 47.- Las disposiciones sobre libre competencia contenidas en otras Decisiones o Resoluciones se adecuarán a lo previsto en la presente Decisión.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Artículo 48.- Los Organismos Nacionales de Integración de los Países Miembros que cuenten a la fecha de la adopción de la presente norma con normativa interna sobre libre competencia acreditarán a los representantes titular y alterno al Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia en un plazo no mayor de tres (3) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente Decisión.

Artículo 49.- Bolivia podrá aplicar lo dispuesto en la presente Decisión, en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el artículo 5.

Artículo 50.- En un plazo máximo de tres (3) meses de la entrada en vigencia de la presente Decisión, Bolivia designará interinamente a la autoridad nacional que estará encargada de la ejecución de la presente Decisión.

Artículo 51.- Para Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela, la presente Decisión entrará en vigencia a su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena; y, para Ecuador, 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.

Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los veintinueve días del mes de marzo del año dos mil cinco.

Decisión 616

Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador

Publicado en la Gaceta Oficial 1221

LA COMISION DE LA COMUNIDAD ANDINA,

VISTOS: Los Artículos 30, 93 y 94 del Acuerdo de Cartagena y la Decisión 608 de la Comisión;

CONSIDERANDO:

Que con fecha 29 de marzo de 2005, la Comisión de la Comunidad Andina aprobó la Decisión 608 que contiene las normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina;

Que es importante para el Gobierno del Ecuador gozar de los beneficios y compartir las obligaciones que impone la Decisión 608; y,

Que la Secretaría General, luego de las consultas realizadas con los Países Miembros, ha presentado la Propuesta 156 sobre la Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador;

DECIDE:

Artículo 1.- Ecuador podrá aplicar lo dispuesto en la Decisión 608, en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el artículo 5 de la Decisión 608.

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.

Artículo 3.- Derogar la siguiente frase del artículo 51 de la Decisión 608: “...; y, para Ecuador, 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.”.

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

Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los quince días del mes de julio del año dos mil cinco.

ANEXO III

NORMATIVA ECUATORIANA QUE TRATA TEMAS DE COMPETENCIA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (Registro Oficial No. 1, de 11 de agosto de 1998)

“**Artículo 244.-** Dentro del Sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá:

1. Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal. Se garantizarán la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones...

3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen.”

LEY DE COMPAÑÍAS CODIFICADA (Registro Oficial No. 312, de 5 de noviembre de 1999)

“**Artículo. 3.-** Se prohíbe la formación y funcionamiento de compañías contrarias al orden público, a las leyes mercantiles y a las buenas costumbres; de las que no tengan un objeto real y de lícita negociación y de las que tienden al monopolio de las subsistencias o de algún ramo de cualquier industria, mediante prácticas comerciales orientadas a esa finalidad”.

LEY DE COMERCIO EXTERIOR E INVERSIONES (LEY 12 Suplemento del Registro Oficial No. 82, de 9 de junio de 1997)

“**Artículo. 6.-** Se prohíbe cualquier práctica o disposición administrativa o económica que limite la libre competencia o impida el desarrollo del comercio externo e interno y la producción de bienes y servicios, sin perjuicio de las prohibiciones o limitaciones que se impongan de manera excepcional, en virtud de lo dispuesto en el literal (i) del Artículo 11 de esta Ley y en el Artículo 63 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado. No obstante, podrán aplicarse medidas correctivas en los casos contemplados en la normativa de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

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

LEY DE HIDROCARBUROS (Reforma Registro Oficial No. S-144, de 18 de agosto de 2000)

“**Artículo. 31.-** En el Capítulo I, Disposiciones Fundamentales, agréguese el siguiente artículo:

Artículo 1-A.- En todas las actividades de hidrocarburos, prohíbanse prácticas o regulaciones que impidan o distorsionen la libre competencia, por parte del sector privado o público. Prohíbanse también prácticas o acciones que pretendan el desabastecimiento deliberado del mercado interno de hidrocarburos.”

LEY DE REGIMEN DEL SECTOR ELÉCTRICO (Registro Oficial No. S-43, de 10 de agosto de 1996)

“**Artículo. 13.-** Funciones y Facultades.- El CONELEC tendrá las siguientes funciones y facultades:

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

LEY GENERAL DE SEGUROS (Registro Oficial No. 290, de 3 de abril de 1998)

“**Artículo. 75.-** Las condiciones de las pólizas y las tarifas serán el resultado del régimen de libre competencia del mercado de seguros.”

LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL (Registro Oficial No. 320, de 19 de mayo de 1998)

A través de los Artículos 284, 285, 286 y 287 de la Ley de Propiedad Intelectual se regulan las actividades que restringen la libre competencia y obstaculizan el crecimiento económico respecto de la más amplia gama de bienes y servicios que incorporan activos intangibles.

**LEY PARA LA TRANSFORMACIÓN ECONÓMICA DEL ECUADOR
(TROLE 1) Registro Oficial No. S-34, de 13 de marzo de 2000**

“**Artículo. 54.-** Agréguese luego del segundo inciso del artículo 38 el siguiente:

El organismo de regulación deberá velar por que no se realicen prácticas que atenten contra la libre competencia en perjuicio de los usuarios, para cuyo efecto podrá iniciar las acciones judiciales a que hubiere lugar. De la misma manera, el CONELEC determinará los mecanismos de reclamación que correspondan a fin de brindar una protección efectiva a los legítimos derechos de los consumidores.”

**LEY REFORMATORIA A LA LEY ESPECIAL DE
TELECOMUNICACIONES (Registro Oficial No. 770, de 30 de agosto de 1995)**

“**Artículo. 12.-** El artículo 35, dirá:

Las funciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones, son:

...g) Controlar que el mercado de las telecomunicaciones se desarrolle en un marco de libre competencia, con las excepciones señaladas en esta Ley;...”

**LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, PRIVATIZACIONES Y
PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR PARTE DE LA INICIATIVA
PRIVADA (Registro Oficial No. 349, de 31 de diciembre de 1993)**

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

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

**CODIFICACIÓN DE LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL
SISTEMA FINANCIERO (Registro Oficial No. 250,
de 23 de Enero del 2001)**

“**Artículo. 45.-** El Superintendente de Bancos tiene las siguientes funciones y atribuciones:

...e) Vigilar que los programas publicitarios de las instituciones controladas se ajusten a las normas vigentes y a la realidad jurídica y económica del producto o servicio que se promueve para evitar la competencia desleal;...

...**Artículo. 66.-** Las instituciones integrantes del mismo grupo financiero no podrán efectuar operaciones comerciales, financieras o de prestación de servicios entre sí, en condiciones de plazo, tasas, montos, garantías y comisiones diferentes a las que utilicen en operaciones similares con terceros.

La Superintendencia a través de normas de carácter general establecerá el tipo de operación que podrán emprender estas instituciones entre sí.

En ningún caso las instituciones que conforman un grupo financiero participarán en el capital de las demás integrantes del grupo, salvo el caso de las inversiones en el capital de las instituciones financieras integrantes del grupo efectuadas por la sociedad controladora y de los bancos o sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo que hagan cabeza de grupo. Las instituciones del mismo grupo tampoco podrán ser accionistas o participar en el capital de las personas jurídicas que sean accionistas de la sociedad controladora.”.

REGLAMENTO GENERAL A LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO (Agregado por el Artículo 6 de la Ley 2007-81, Registro Oficial No. 135-S, de 26 de julio de 2007)

“**Artículo... (4).**- La Junta Bancaria, la Superintendencia de Bancos y Seguros y cualquier otro cuerpo colegiado o autoridad administrativa, promoverá la libre competencia en el sistema financiero a través de:

a) La apertura de nuevas instituciones del sistema financiero privado, sin establecer ningún tipo de moratoria;

b) La constitución o establecimiento de instituciones financieras del exterior en el Ecuador o la inversión de capital extranjero en el sistema financiero ecuatoriano, sin establecer requisitos distintos a los exigidos a los nacionales; y,

c) La constitución o funcionamiento de empresas emisoras o administradoras de tarjetas de crédito que no estén vinculadas a grupos financieros, siempre que no capten recursos del público.

El Estado Ecuatoriano promoverá la participación de entidades financieras internacionales de primer nivel, en iguales condiciones de la banca nacional, con el propósito de ampliar la oferta de crédito y la participación de mayores actores en el

mercado financiero, para que con mayor competencia y oferta bajen las tasas de interés y costo del dinero en general, en beneficio del sector productivo ecuatoriano.

ANEXOS IV

NORMATIVA DEL PROYECTO DE NUEVA CONSTITUCIÓN RELACIONADA CON LA COMPETENCIA (TEXTOS ENVIADOS POR LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE AL TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL PARA SER PUESTOS EN CONSIDERACIÓN EN EL REFERENDUM DEL 28 DE SEPTIEMBRE DEL 2008)

“**Artículo. 17.-** El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y al efecto:

1. Garantizará la asignación, a través de métodos transparentes y en igualdad de condiciones, de las frecuencias del espectro radioeléctrico, para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, así como el acceso a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas, y precautelará que en su utilización prevalezca el interés colectivo.

2. Facilitará la creación y el fortalecimiento de medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, así como el acceso universal a las tecnologías de información y comunicación en especial para las personas y colectividades que carezcan de dicho acceso o lo tengan de forma limitada.

3. No permitirá el oligopolio o monopolio, directo ni indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias.

Artículo 275.- El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del sumak kawsay.

El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución. La planificación propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación, y será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente.

El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la

interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza.

Artículo 276.- El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos:

1. Mejorar la calidad y esperanza de vida, y aumentar las capacidades y potencialidades de la población en el marco de los principios y derechos que establece la Constitución.

2. Construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable.

3. Fomentar la participación y el control social, con reconocimiento de las diversas identidades y promoción de su representación equitativa, en todas las fases de la gestión del poder público.

Recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural.

5. Garantizar la soberanía nacional, promover la integración latinoamericana e impulsar una inserción estratégica en el contexto internacional, que contribuya a la paz y a un sistema democrático y equitativo mundial.

6. Promover un ordenamiento territorial equilibrado y equitativo que integre y articule las actividades socioculturales, administrativas, económicas y de gestión, y que coadyuve a la unidad del Estado.

7. Proteger y promover la diversidad cultural y respetar sus espacios de reproducción e intercambio; recuperar, preservar y acrecentar la memoria social y el patrimonio cultural.

Artículo 277.- Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado:

1. Garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza.

2. Dirigir, planificar y regular el proceso de desarrollo.

3. Generar y ejecutar las políticas públicas, y controlar y sancionar su incumplimiento.

4. Producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos.

5. Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley.

6. Promover e impulsar la ciencia, la tecnología, las artes, los saberes ancestrales y en general las actividades de la iniciativa creativa comunitaria, asociativa, cooperativa y privada.

Artículo 281.- La soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiados de forma permanente.

Para ello, será responsabilidad del Estado:

1. Impulsar la producción, transformación agroalimentaria y pesquera de las pequeñas y medianas unidades de producción, comunitarias y de la economía social y solidaria.

2. Adoptar políticas fiscales, tributarias y arancelarias que protejan al sector agroalimentario y pesquero nacional, para evitar la dependencia de importaciones de alimentos. Fortalecer la diversificación y la introducción de tecnologías ecológicas y orgánicas en la producción agropecuaria.

4. Promover políticas redistributivas que permitan el acceso del campesinado a la tierra, al agua y otros recursos productivos.

5. Establecer mecanismos preferenciales de financiamiento para los pequeños y medianos productores y productoras, facilitándoles la adquisición de medios de producción.

6. Promover la preservación y recuperación de la agrobiodiversidad y de los saberes ancestrales vinculados a ella; así como el uso, la conservación e intercambio libre de semillas.

7. Precautelar que los animales destinados a la alimentación humana estén sanos y sean criados en un entorno saludable.

8. Asegurar el desarrollo de la investigación científica y de la innovación tecnológica apropiada para garantizar la soberanía alimentaria.

9. Regular bajo normas de bioseguridad el uso y desarrollo de biotecnología, así como su experimentación, uso y comercialización.

10. Fortalecer el desarrollo de organizaciones y redes de productores y de consumidores, así como la de comercialización y distribución de alimentos que promueva la equidad entre espacios rurales y urbanos.

11. Generar sistemas justos y solidarios de distribución y comercialización de alimentos. Impedir prácticas monopólicas y cualquier tipo de especulación con productos alimenticios.

12. Dotar de alimentos a las poblaciones víctimas de desastres naturales o antrópicos que pongan en riesgo el acceso a la alimentación. Los alimentos recibidos de ayuda internacional no deberán afectar la salud ni el futuro de la producción de alimentos producidos localmente.

13. Prevenir y proteger a la población del consumo de alimentos contaminados o que pongan en riesgo su salud o que la ciencia tenga incertidumbre sobre sus efectos.

14. Adquirir alimentos y materias primas para programas sociales y alimenticios, prioritariamente a redes asociativas de pequeños productores y productoras.

Artículo 283.- El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.

El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.

Artículo 304.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos:

1. Desarrollar, fortalecer y dinamizar los mercados internos a partir del objetivo estratégico establecido en el Plan Nacional de Desarrollo.

2. Regular, promover y ejecutar las acciones correspondientes para impulsar la inserción estratégica del país en la economía mundial.

3. Fortalecer el aparato productivo y la producción nacionales.

4. Contribuir a que se garanticen la soberanía alimentaria y energética, y se reduzcan las desigualdades internas.

5. Impulsar el desarrollo de las economías de escala y del comercio justo.

6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.

Artículo 334.- El Estado promoverá el acceso equitativo a los factores de producción, para lo cual le corresponderá:

1. Evitar la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, promover su redistribución y eliminar privilegios o desigualdades en el acceso a ellos.
2. Desarrollar políticas específicas para erradicar la desigualdad y discriminación hacia las mujeres productoras, en el acceso a los factores de producción.
3. Impulsar y apoyar el desarrollo y la difusión de conocimientos y tecnologías orientados a los procesos de producción.
4. Desarrollar políticas de fomento a la producción nacional en todos los sectores, en especial para garantizar la soberanía alimentaria y la soberanía energética, generar empleo y valor agregado.
5. Promover los servicios financieros públicos y la democratización del crédito.

Artículo 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.

El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.

Artículo 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.

El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.”.