

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Area de Derecho

Programa de Maestría

en Derecho Económico

Mención en Derecho de la Empresa

El marco jurídico regulador de la competencia: las funciones de protección y promoción. Importancia actual para los mercados ecuatorianos.

Magdalena Defaz Valarezo

2000

Quito - Ecuador

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 realce cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

También cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar los derechos de publicación de esta tesis, o de parte de ella, manteniendo mis derechos de autor hasta por un período de 30 meses después de su aprobación.

Magdalena Defaz Valarezo

Septiembre del 2000

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Area de Derecho

Programa de Maestría

en Derecho Económico

Mención en Derecho de la Empresa

El marco jurídico regulador de la competencia: las funciones de protección y promoción. Importancia actual para los mercados ecuatorianos.

Magdalena Defaz Valarezo

2000

Tutor: Dr. Agustín Grijalva Jiménez

Quito - Ecuador

RESUMEN

La tesis que se presenta tiene dos objetivos básicos: el evidenciar la necesidad de la existencia de políticas públicas y legislación de competencia en el Ecuador; y, el señalar algunos de los temas que se consideran de importancia para la obtención de la eficacia de la normativa jurídica cuya existencia se defiende.

En el cumplimiento de dichos cometidos, a lo largo de cinco capítulos se realizan observaciones relacionadas con los siguientes aspectos: la relación de las políticas y legislación de la competencia con el sistema económico de economía social de mercado; acercamientos a las diversas posturas existentes sobre la noción de competencia; la situación subregional del Derecho de Competencia; el análisis justificativo de su necesidad para el Ecuador; y finalmente, las conclusiones del estudio.

El capítulo introductorio trata de cumplir con los requisitos establecidos para el mismo por la Universidad Andina, por lo que se refiere a: las preguntas centrales de la investigación, su perspectiva teórica, fuentes utilizadas, límites del trabajo y explicación secuencial de los contenidos de los capítulos abordados

DEDICATORIA

A mi abuela Esther y a mis padres César y Magdalena. Referentes inagotables de valentía, perseverancia y fe, los valores principales que aspiro para mi vida.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por su reencontrado sostén. A mi familia, apoyo y confianza incondicionales. A mi esposo Antoine por su compañía y paciente espera. A los doctores Galo García Feraud y Rafael Pérez Miranda, por sus enseñanzas del Derecho y ejemplos de vida profesional. A mi tutor, doctor Agustín Grijalva Jiménez por su amistad y disposición. A mis compañeros Lourdes, Mireya, Gabriela, Patricia, Alex y Werner, amigos verdaderos.

TABLA DE CONTENIDO

CAPITULO I

Introducción	9
--------------------	---

CAPITULO II

La Competencia. Nociones y fines perseguidos	15
2.1.- Posiciones doctrinales	15
2.2.- Posturas de ordenamientos jurídicos	21
2.2.1.- Estados Unidos de América.....	21
2.2.2.- La Comunidad Europea	25

CAPITULO III

El entorno subregional.

La Competencia en la Comunidad Andina	29
3.1- Las legislaciones nacionales	31
3.1.1.- La protección de la competencia	31
3.1.2.- La promoción de la competencia	35
3.2.- La legislación subregional sobre competencia	37

CAPITULO IV

La situación ecuatoriana	41
4.1.- Las disposiciones constitucionales	43
4.2.- Los mercados ecuatorianos. Situación y regulaciones	46
4.2.1.- Los mercados de las compañías	46
4.2.1.1.- La situación de los consumidores.....	46
4.2.1.2.- Los oferentes	48
4.2.1.3.- La Legislación	53

<i>4.2.2.- Los mercados de servicios públicos.- El sector eléctrico.....</i>	<i>61</i>
4.2.2.1.- La legislación	61
4.2.2.2- Los objetivos previstos y los bienes jurídicos protegidos.....	71
4.2.2.3- Las conductas anticompetitivas	74
4.2.2.4- La diversidad de regímenes para cada tipo de actividad.....	77
4.2.2.5.- El órgano de control.....	81
4.2.2.6- Procedimientos previstos, formas de evaluación y sanciones...	83

CAPITULO V

Conclusiones.....	85
Bibliografía.....	91

I.- INTRODUCCION

El presente trabajo pretende formular algunas observaciones encaminadas a evidenciar la necesidad de la promulgación de una legislación sobre promoción y protección de la competencia en nuestro país con características que propicien su posterior eficacia en los mercados ecuatorianos y teniendo en perspectiva su importancia para los procesos de privatización.

De esta forma, y haciendo además la salvedad necesaria que significa la inclinación hacia el análisis desde el punto de vista jurídico (lo que en determinados casos pudiera ir en desmedro de consideraciones desde la economía), el camino recorrido para la presentación de esta tesis ha incluido la investigación de aspectos que van desde resaltar lo imprescindible de una previa determinación de una noción del concepto de competencia y de sus fines hasta el recurrir a ejemplos prácticos de legislación ecuatoriana vigente y relacionada.

Así, aunque los temas a los que se hace referencia no son los únicos que deben ser considerados al momento de un estudio profundo sobre un tema de la importancia actual de la legislación de competencia, tienen relevancia en el cumplimiento del objetivo propuesto.

En primer lugar debe señalarse que el estudio parte de la consideración de que desde el Derecho de la Competencia los objetivos de sus políticas y legislación han sido objeto de discusiones a través del tiempo por parte de la doctrina y a partir de situaciones

reales que se han producido conforme la evolución del sistema capitalista¹; y que esta falta de consenso ha influido directamente sobre la percepción de los fines que la Ley correspondiente debe tratar de obtener. Además debe subrayarse que aunque se cree que es precisamente la Ley la principal herramienta a través de la cual pueden llevarse a efecto dichas políticas, y por tanto el análisis de sus requerimientos de promulgación ocupa gran parte del trabajo realizado, ello no significa que no se reconozca el apoyo que a dichos efectos presta el refuerzo o la creación de un apropiado y fuerte marco institucional, y la necesidad de una “cultura” que acepte como indispensables los beneficios de la competencia.

Por otra parte, una de las principales premisas del análisis realizado es mostrar que la legislación de competencia debe tener un mínimo de coherencia con la pretensión general de las políticas públicas ecuatorianas. Para este efecto se resalta que dichas políticas deben estar clara y previamente definidas y acordes con las disposiciones constitucionales correspondientes, por lo que deben ser asumidas no como características del gobierno de turno en el poder, sino como propias de cada Estado. Esto pues, al ser la Constitución Política la Ley Suprema de un Estado de Derecho, su normativa se constituye en el principal referente para el conocimiento de los fines que persigue la organización estatal, los principios que regulan su accionar, su carácter e institucionalidad. El Derecho de la competencia, por lo tanto, en su concreta manifestación de normativa legal, por ejemplo a través de la Ley de protección y/o promoción de la competencia, en razón de la natural jerarquía del ordenamiento jurídico estatal, también se ve subordinado a la normativa del Derecho Constitucional.

¹ Así, la presencia de los procesos de concentración e internacionalización del capital, la presencia de nuevos actores y los roles que han venido siendo asignados al ente Estatal, son situaciones que han mostrado muchas veces la ineficacia de los modelos teóricos que se han formulado y han replanteado el problema a los estudiosos del mismo.

El hecho de que el Ecuador, reconozca como propio el sistema de economía social de mercado al manifestarlo expresamente en la Constitución Política de la República actualmente vigente, constituye también uno de los argumentos que se plantean y es la primera evidencia jurídica de la necesidad de la promulgación de normas de competencia en nuestro país. Ello pues se asume que en las economías sociales de mercado, en cumplimiento del principio rector de “libertad de comercio y empresa, la producción busca atender los requerimientos del mercado y de las distintas unidades económicas individualmente consideradas que en él se interrelacionan; y que, el Estado en esas mismas economías debe atender las exigencias mínimas y las de carácter no económico de las personas como integrantes de los diversos grupos sociales que conforman la población².

Además, es en la realización del antes mencionado deber, que el Estado puede desempeñar un papel determinante en la marcha del mercado. Esto último se verifica desde el momento en que interviene de alguna forma a través del desarrollo y gestión de políticas económicas concretas, y, principalmente, mediante la creación, organización y aplicación del marco institucional y jurídico necesario para el funcionamiento mismo del mercado. Este marco institucional y jurídico, se encuentra constituido principalmente por las políticas y legislación de promoción y protección de la competencia cuyas nociones y fines constituyen el primer punto analizado. De esta forma, sin pretender agotar el análisis que el tema requiere, se han considerado en el mismo dos aspectos que se piensa son fundamentales: la evolución de la doctrina a

² Dichas exigencias se encuentran contempladas en la Norma Suprema, y tienen que ver con la puesta en práctica de otros Principios de la Economía reconocidos por ella, como son la solidaridad, sustentabilidad y calidad.

través de la referencia a las principales teorías existentes, y, las posturas de los ordenamientos jurídicos de los Estados en los que el Derecho de la Competencia tiene ya una larga trayectoria en su papel de norma jurídica regulatoria del mercado.

También se ha creído importante la referencia al entorno subregional. Específicamente de las legislaciones de los Estados de la Comunidad Andina considerando estos en conjunto e individualmente. En conjunto no sólo por razones tan evidentes como el hecho de que la legislación subregional que sobre competencia existe forma parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano; sino también porque su estudio sirve en la determinación de su real concordancia u posibles puntos de oposición con las legislaciones nacionales. Por su parte el estudio de las legislaciones nacionales de competencia, aunque breve y sin pretender profundizar en él (pues no constituye en si mismo el objeto del trabajo), se ha realizado en el objetivo de encontrar posibles inclinaciones generales hacia determinadas posturas, el trato que se brinda a determinados temas, y hasta oposiciones de ser el caso, pues ello puede servir para la mejor comprensión de la realidad de los mercados y la eficacia que en ellos tiene la Ley;

El capítulo central del trabajo realizado es el referente a la situación ecuatoriana. Para su desarrollo se han considerado tanto aspectos jurídicos como aquellos relacionados con la realidad de los mercados ecuatorianos que guardan directa relación con el tema. Así, en primer lugar, el análisis involucra las disposiciones constitucionales sobre competencia que además han servido como respaldo al planteamiento de la urgente necesidad de la promulgación de políticas y legislación al respecto, que es el principal de la presente tesis. Completa el panorama general el estudio de las regulaciones al

interior de los dos mercados que se han elegido como ejemplos en la única intención de aterrizar las propuestas generales que el trabajo realiza³, y sin pretender constituir estudios de casos.

La fuente principal a la que se ha recurrido para la elaboración de la presente tesis está constituida por información bibliográfica. En este punto debe señalarse que en el Ecuador existe muy poca disponibilidad de textos sobre el Derecho de la Competencia en general y menos aún de aquellos que traten en particular el tema abordado (una evidencia más de la poca atención que hasta hoy ha generado), que requería especialmente de doctrina relacionada con los fines de la legislación, formas de aplicación y orientaciones de la misma. Es por ello que los artículos de juristas y economistas publicados en la red, que se obtuvieron luego de una intensa búsqueda, constituyen la más abundante e importante fuente bibliográfica que se completó con las lecturas realizadas a lo largo de la fase presencial de la maestría. Además, en lo concerniente al análisis del sector eléctrico y del régimen aplicable a las compañías se recurrió a la legislación vigente sobre la cual se realizó un análisis interpretativo que se espera haya cumplido con reforzar el objetivo propuesto.

En cuanto a los alcances y utilidad de las conclusiones a las que se ha llegado, es necesario dejar constancia de que éstas son conscientes del ámbito nacional de la investigación realizada, la misma que no tiene más pretensiones que las que se han venido señalando en el capítulo introductorio; y, cuyas limitaciones se han expuesto en el desarrollo del mismo. Además, en lo que se refiere a sus alcances temporales, debe

³ Especialmente aquella que implica el abordar el análisis de las posibles consecuencias de la ausencia de legislación de competencia una vez que se hayan realizado los procesos de privatización de los servicios públicos actualmente en manos del Estados.

resaltarse la actual pertinencia del tema no sólo por la falta de estudios en el país sobre el mismo, sino y sobre todo, por la actual coyuntura nacional e internacional que posiblemente (y más temprano de lo que pudiera preverse) concluirá con la exigencia al Estado ecuatoriano (por parte de organismos internacionales por ejemplo) de la promulgación de legislación de competencia. Debe además realizarse la aclaración de que en el análisis realizado al sector eléctrico se hizo con las modificaciones incorporadas por la Ley 200-4 de marzo del 2000, pero no con las posiblemente introducidas por las denominadas Ley Trole 2 y Trole 3.

II.- LA COMPETENCIA.- NOCIONES Y FINES PERSEGUIDOS

El análisis de las principales posturas doctrinales respecto de la noción de la competencia, y los fines de las políticas y el Derecho a ella relativo, se ha realizado considerando las diferentes visiones que de la relación mercado - Estado y la actuación de los agentes económicos dentro del primero han existido. El tema ha sido asumido por su importancia como asunto introductorio para la comprensión del tema de competencia, y es uno de los aspectos que cruza la totalidad de capítulos en los que se ha dividido la tesis.

La referencia a la evolución normativa del Derecho de la competencia, considerando la postura u orientación de las legislaciones sobre la misma de los dos principales ordenamientos jurídicos que constituyen un referente: la legislación de los Estados Unidos de América y de la Comunidad Europea; se presenta necesaria en el afán de mostrar que una misma normativa jurídica puede ser asumida para la protección de

intereses diversos según la visión que se tenga del papel que debe llevar a cabo en las economías.

2.1.- POSICIONES DOCTRINALES

De lo señalado en los párrafos precedentes resulta la importancia de incluir por lo menos las nociones más relevantes que de la competencia y sus fines se ha tenido, partiendo de la consideración de la misma como factor importante para la salud de la economía de los Estados. Así, aunque de forma breve, a continuación se señalan las principales perspectivas que se han desarrollado desde la Economía y el Derecho, que en esta materia, quizás más que en ninguna otra, se encuentran en una inseparable relación 'retroalimentadora'.

De conformidad con los *postulados clásicos*, la 'competencia perfecta' se define como aquella situación en la que una multiplicidad de empresarios y consumidores sin poder, uno o varios de ellos, para fijar los precios, se subastan los productos, siendo el mercado el que determina el precio. Dicha situación constituye conforme esta visión, una condición *sine quom* para que, unida a otros requisitos (la transparencia del mercado, el libre flujo de factores de la producción, el equilibrio de la oferta y la demanda) el sistema del *laissez faire* funcione. Por lo tanto, para esta postura la existencia de la competencia en los mercados, implica la consecución, de manera natural, de la eficiencia y la equidad.

Los *neoclásicos*, por su parte, representan a los mercados como una combinación de fuerzas (demanda, oferta, etc.) cuya alteración llevaría a un estado de reposo o

"equilibrio estático" que requeriría que los actores en el mercado realizaran sus conductas con conocimiento pleno de las circunstancias actuales 'información perfecta', aunque reconocen que el sistema competitivo no es útil en todos los supuestos (los servicios públicos y los monopolios naturales, por ejemplo, no pueden regirse plenamente por las reglas de la competencia). La suposición inicial de reconocer la posibilidad de la competencia perfecta *sólo como sistema de laboratorio* hace que traten de explicar los llamados estados en 'desequilibrio' / 'imperfectos' o constitutivos de 'fallas de mercado', como estados derivativos intermedios de competencia imperfecta. Desde este punto de vista, la presencia de concentración revela una estructura inadecuada de mercado bajo la cual es imposible alcanzar un óptimo social y mucho menos hacerse presente la competencia. La deducción lógica resulta ser que, si los mercados presentan mayor concentración, son menos competitivos, por lo cual la intervención estatal es requerida como correctivo a través de políticas públicas que impidan la existencia de concentración y de barreras al ingreso de nuevos competidores; y el Derecho se constituye en la principal herramienta para la obtención de los resultados esperados, a través, principalmente, de la legislación antimonopolios.

El *enfoque subjetivista* tiene como uno de sus principales argumentos la aceptación de la imposibilidad verificada de predecir los comportamientos de los individuos. La información es subjetiva en cuanto sólo es relevante para los individuos si es útil para alcanzar sus fines particulares y por tanto nadie la tiene de forma completa sino que está dispersa. El fenómeno de la competencia según esta posición está determinado por la ignorancia de los agentes motivada por el cambio constante de información en el paso del tiempo. La competencia se podría definir, para esta corriente, como " el

proceso en el cual los agentes intentan vencer su propia ignorancia acerca de las condiciones futuras que han de afectar sus inversiones actuales"⁴

Desde el punto de vista *institucional*, la competencia tiene que ver con la habilidad de las empresas para descubrir nuevos conocimientos útiles a su actividad y para encontrar nuevos hechos antes que otros, obteniendo así ventaja competitiva sobre ellos. Así, resulta que el número de empresas que exista en el mercado no es relevante. Esta perspectiva supone el análisis y comparación de los conjuntos *de reglas e instituciones existentes a fin de determinar aquellas que mejoren las condiciones en las cuales los empresarios se animan a competir*.⁵ La eficiencia, como fin de la competencia, se relaciona con la posibilidad de que cada individuo alcance sus propios fines conforme sus propios planes en el mercado, en armonía con los fines y planes de los demás. La eficiencia, como criterio para determinar lo anticompetitivo de una conducta, puede ser considerada desde tres elementos: *la producción, la asignación de recursos y la innovación*.

La *eficiencia en la producción* se tiene cuando los bienes se producen utilizando la combinación más efectiva, de recursos disponibles bajo la tecnología existente, es decir aquellas que permita alcanzar el mayor nivel de producción con los menores costos. La segunda cuando se consigue, *mediante la invención y el desarrollo*, la difusión de nuevos productos que incrementen la riqueza social sea a través de la introducción de

⁴De León, Ignacio. *Un enfoque alternativo de políticas para la promoción de la competencia en economías en transición*. <http://www.platino.gov.ve/procompetencia>

⁵ Desde esta perspectiva, la normativa de propiedad intelectual, a través del sistema de patentes, puede señalarse como una institución que, al proteger al inventor y darle a éste derechos exclusivos sobre su invención durante determinado lapso y en determinado territorio, contribuye a mejorar la situación de la competencia. La importancia que, para la actividad económica de las empresas, reviste la suscripción de contratos de "know how" es también una muestra de cuan significativo puede ser "ser el primero" en saber hacer algo.

un nuevo producto o una mejora en la calidad de los existentes, establecimiento de un nuevo método de producción, el desarrollo de un nuevo mercado, etc. *La eficiencia en la asignación*, por su parte, implica que el stock existente de bienes e insumos es asignado mediante el sistema de precios, a aquellos compradores que lo valoran más.⁶ La preeminencia de este concepto en el análisis parece derivarse de *una visión dinámica* de la competencia, a la cual parte de la doctrina le atribuye cinco funciones: distribución de la renta, composición de la oferta, dirección de la producción, elasticidad en el proceso de adaptación, progreso técnico, pero que deja de lado la antes mencionada protección de las libertades económicas individuales. En consecuencia con ello, de las políticas de competencia, pueden derivarse políticas de concentración, siempre y cuando la actividad que ha sido cuestionada como anticompetitiva, produzca eficiencia en el mercado.

En resumen, se podría sostener que el mercado puede ser visto como un ente estático o dinámico, y que a partir de una u otra consideración se presentan divergentes formas de mirar la competencia y fijar su concepto y objetivos. Así, estos últimos podrían ir desde *la consecución, de manera natural, de la eficiencia y la equidad* como en el enfoque clásico; el *que impidan la existencia de concentración y de barreras al ingreso de nuevos competidores* como lo sostenido por los neoclásicos; hasta la consecución de *la eficiencia, como fin de la competencia* como lo sostenido desde el punto de vista institucional.

⁶ Carpio, Miguel R.. *Análisis Económico de la Legislación de Competencia*. <http://www.platino.gov.ve/procompetencia>.

Por otra parte, las formas en que sean considerados por la doctrina el principio de la libertad de empresa y el *laissez faire* (principio ordenador de todas los sistemas de economías de mercado), también influyen en la recomendación que las diferentes posiciones doctrinales realizan para la fijación de los fines de la competencia por el Derecho y las políticas públicas correspondientes. De esta manera, si el principio de libertad de empresa significa la eliminación de cualquier intervención estatal, la defensa de la competencia se hará a través de un modelo antitrust, que reduce la discrecionalidad de los poderes públicos al mínimo; si implica la existencia de un mercado en que la libre competencia entre empresas es el principio ordenador, las fallas del sistema deben resolverse mediante intervenciones propias del sistema antitrust; si se considera que la libre competencia es un principio plenamente disponible y que el sistema jurídico establecido para su defensa es incapaz de resolver las quiebras del sistema económico de mercado se entenderá que muchas veces se requiera su exclusión.⁷

A pesar de la falta de acuerdos existente, lo que sí parece ser evidente es que en la realidad no ha existido aun la competencia perfecta con las características que ella implica y que antes han sido señaladas; y, que por el contrario, en la práctica la competencia se ha presentado con otros caracteres. Entre dichas señas pueden mencionarse: relativa libertad de acceso al mercado y multiplicidad de empresarios por la presencia de posiciones dominantes; falta de homogeneidad de los productos o servicios y carácter sustituible de los mismos; tendencia a la concentración de grandes empresas; intervención del Estado en la economía del país, para regular sectores y mercados y para desarrollar directamente actividades económicas.

⁷ Viciano Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía: acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia; España, 1995.

Finalmente debe señalarse que la postura que el presente trabajo ha asumido como válida es aquella que parte de una visión no estática de la noción y fines de la competencia, la denominada 'competencia funcional'. Esta incorpora a la noción de competencia, además de la estructura de mercado, también lo relacionado con el comportamiento y los resultados del mismo, de conformidad con lo cual se asume la posibilidad de la existencia de imperfecciones del mercado que "... son eficientes y no dañinas en el sentido de una política de competencia..."⁸. En consecuencia con esto, es que el análisis se ha realizado tratando de no olvidar las llamadas funciones políticas-económicas y político- sociales de la legislación de competencia.

2.2.- POSTURAS DE ORDENAMIENTOS JURIDICOS.-

El Derecho de la competencia se encuentra estrechamente vinculado a las economías del tipo imperante en Europa Occidental, Estados Unidos y en el mundo desarrollado (en general, a partir de la Revolución Industrial), tal como lo demuestra su desarrollo histórico y su difusión geográfica.

A pesar de lo afirmado en el párrafo precedente, los ordenamientos jurídicos de dichos Estados presentan diversas orientaciones respecto de los fines u objetivos de la competencia, en consideración al reconocimiento de las diferencias de sus entornos políticos y económicos.

⁸ Oesterdiekhoff peter, Política de Competencia. En varios. Economía Social de Mercado: su función social. Caracas, Editorial Nueva Sociedad, 1998

Las diferencias existentes se evidencian en las políticas y el Derecho de la competencia asumidas en las diferentes áreas en que ésta funciona en un sistema de libre mercado, aceptando la división que de ellas realiza parte de la doctrina en: a.- la protección de la competencia, que abarca tres áreas de la regulación (ciertos tipos de conductas anticompetitivas, abuso de posición dominante y concentraciones económicas); y b) la promoción de la competencia, relacionada con las áreas de desregulación de la economía, privatización y diseminación de los mecanismos de la competencia.

2.2.1- ESTADOS UNIDOS DE AMERICA.-

Los principales instrumentos jurídicos que configuran el marco de referencia para la aplicación del derecho de la competencia en dicho país son: la Sherman Act de 1890; la Ley de la Comisión Federal de Comercio de 1914; la Clayton Act de 1914; la Ley de mejoramientos antimonopolistas Hart-Scott-Rodino de 1976; la Ley de investigación y producción nacionales cooperativas de 1993; la Ley Web-Pomerene; y, la Ley de Ayuda internacional a la aplicación de leyes antimonopolistas de 1994.

La Sherman Act de 1890, la primera normativa legal relativa a la competencia en los Estados Unidos y base del derecho antimonopolista estadounidense, se fundamentaba en el principio de “libertad de empresa”. En razón de ello, consideraba negativa la concentración de poder sobre la economía, que se da cuando son pocos los actores económicos participantes del mercado. Dicha ley prohíbe los contratos para restringir el comercio entre los estados norteamericanos o con países extranjeros y determina como ilegal el intento de monopolizar cualquier profesión o comercio. Estipula

sanciones en lo civil y penal, consistentes las primeras en multas y prohibiciones de las prácticas discutidas, y, las segundas, en multas o penas de prisión.

La Ley de la Comisión Federal de Comercio de 1914 creó dicho organismo (FTC), el mismo que mediante regulaciones y realizando investigaciones debía encargarse entre otras cosas de la prevención de la competencia desleal y las prácticas engañosas y de requerir a las empresas que indemnizen a consumidores por daños causados.

Con la Clayton Act de 1914 aumenta el listado de prácticas prohibidas expresamente por la Sherman Act. Así, se incorporan, entre otras, la discriminación de precios, las juntas directivas vinculadas, las fusiones y adquisiciones que causen disminución de la competencia o tiendan hacia el monopolio. Confiere al Departamento de Justicia y a la Comisión Federal de Comercio autoridad para bloquear fusiones si estas violan las leyes antimonopólicas.

La Ley Hart-Scott-Rodino, (que enmendó la Ley Clayton) estableció el sistema de notificación previa a la FTC y a la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de la decisión de fusionar compañías antes de llevar esta a efecto, so pena de pago de altas multas diarias mientras persistiera la omisión. La fusión debería ser examinada en sus posibles consecuencias para la competencia, los organismos encargados podrían requerir que los participantes vendan parte de sus activos o podrían bloquear por completo la fusión.

De esta forma se incorporó el *principio de la razonabilidad*, que significa la verificación de los efectos que en la práctica produciría determinado caso de aparente

concentración antes de dar un veredicto sobre lo anticompetitivo de la actuación. Dicha verificación debía considerar el interés de las partes, el interés público y de los usuarios. Lo que se pretendía con la incorporación de esta 'regla de lo razonable', era permitir una oportunidad para todos aquellos que quisieran participar en el mercado, mantener una estructura industrial que impidiera la corrupción y el abuso de poder, y también buscar la eficiencia. Este enfoque se aplica generalmente para análisis de prácticas verticales⁹, aunque también para conductas de tipo horizontal¹⁰ (cuando promueven mejoras en la producción o distribución del producto, investigación y el desarrollo, o permiten la adopción de medidas para aprovechar las economías de escala).

El antes mencionado criterio, encuentra su justificación en la vigencia del denominado *análisis económico del derecho*, que se introdujo a partir de la pérdida de competitividad de las empresas estadounidenses y apoyándose en las doctrinas de la escuela de Chicago. Significaba el cambio de fin de las normas, estas debían dirigirse a la obtención del bienestar de los consumidores y la eficiencia económica como único objetivo, dejando de lado las otras funciones como la defensa de la libertad de empresa, la existencia de pequeñas empresas o la libertad efectiva de acceso al mercado.

Además de la aplicación del antes citado principio de razonabilidad, para el análisis de las conductas anticompetitivas, en los Estados Unidos de América se desarrolló el denominado *enfoque per se*, que implica la consideración de ilegalidad de determinadas

⁹ Aquellas conductas que se manifiestan a través de acuerdos para restringir la competencia entre proveedores y distribuidores, tales como: acuerdos de discriminación de precios, mantenimiento del precio de reventa, restricciones territoriales impuestas por proveedores, acuerdos de distribución exclusiva, ventas condicionadas.

prácticas contempladas en la norma jurídica, sin atención a las circunstancias particulares ni a los efectos de eficiencia, y es preferido en su aplicación para los acuerdos horizontales anticompetitivos (por ejemplo la fijación de precios, restricciones/barreras de entrada o salida del mercado, etc.).

La orientación antimonopólica que reviste al Derecho de la competencia de los Estados Unidos encuentra la justificación de su objetivo de mejor distribución del poder económico (aunque esto es discutible) por el tamaño de su mercado interno y externo,¹¹ razones que también explican la falta de relevancia que se dio en la práctica, a la protección de la posibilidad de entrada de nuevos competidores.

Así, las políticas y la legislación de competencia en los Estados Unidos de América, tradicionalmente se han centrado en la prevención y el enjuiciamiento de prácticas anticompetitivas. Debe señalarse, sin embargo, que se han producido cambios en relación con las normas de hace dos décadas, en cuanto a qué es monopolización y las formas de prevención del monopolio en su etapa incipiente. Por ejemplo, la 'Ley de investigación y producción nacionales cooperativas' de 1993 estipula protecciones para ciertas iniciativas conjuntas de investigación y desarrollo a cargo de compañías del mismo ramo, cuando presentan una notificación previa por escrito al Departamento de Justicia y a la FTC; la 'Ley Web-Pomerene establece una excensión antimonopolista limitada para la formación y operación de asociaciones de empresas (competidoras en la misma área), con el fin de que participen en ventas de exportación colectivas.

¹⁰ Relativa a acuerdos colusorios contra proveedores de mercancías similares, para restringir la competencia.

¹¹ Viciano Javier, op. Cit

Aunque el sistema estadounidense considera como punto primordial la verificación de la habilidad de una empresa específica para reducir la producción y elevar los precios sobre el nivel competitivo (relacionado esto con el objetivo económico de las normas de competencia), actualmente, existe un debate respecto de si objetivos de carácter político social deben ser considerados por las normas de competencia. A este respecto, la flexibilidad del sistema anglosajón permite que la ley se adapte a las cambiantes condiciones políticas y del mercado sin sufrir significativas enmiendas.

2.2.2.- LA COMUNIDAD EUROPEA.-

En los países que constituyen la Comunidad Europea es necesario diferenciar la existencia de las leyes nacionales de los Estados miembros por una parte, y la normativa regional sobre competencia.

En general el sistema europeo sigue la tradición del Derecho Privado por lo que tiende a ser más intervencionista y al mismo tiempo reduce la discrecionalidad de las autoridades y brinda mayores seguridades a las empresas sobre la legalidad de sus acciones.

El desarrollo del Derecho de la competencia en la Comunidad Europea, en su nivel regional, tradicionalmente se ha encaminado no sólo a permitir el correcto funcionamiento de los mecanismos de mercado sino también a asegurar la efectiva formación de un mercado común y la libre circulación y comercio de bienes dentro de aquél. Esta afirmación se deriva de las disposiciones del principal cuerpo normativo

que contiene normas al respecto, el Tratado de la Comunidad Económica Europea o Tratado de Roma suscrito en 1957 y en vigencia desde 1958¹².

El Tratado de Maastrich, suscrito en 1992 (en vigencia desde 1993) recoge las disposiciones del Tratado de Roma relativas a la política regional de competencia. Con éste, y derivado de la constitución de la Unión Económica y Monetaria Europea, se incorpora un nuevo objetivo para la Política de Competencia. Este objetivo implica promover en empresas y consumidores la idea de que su trabajo y su vida se realiza en un único mercado y consecuentemente contribuir al crecimiento, la competitividad y el empleo en el interior del mismo.

Son dos las áreas de aplicación de las políticas de competencia establecidas en el Tratado de Roma y recogidas en el de Maastrich: 1) la tradicional, referida a la realización de prácticas restrictivas de la libre competencia (art.85 del Tratado de Roma y 81 del de Maastrich); relativa a disposiciones respecto del abuso de posición dominante (art.86 TR y 82 TM); referente a las empresas públicas y a las empresas con derechos especiales o exclusivos (art.90 TR y 86 TM); y, 2) la referente a las ayudas estatales y subsidios públicos (arts. 90 al 94 TR y 87 al 89 TM).

La última de las mencionadas áreas de ejercicio de las políticas de competencia es exclusiva del proceso de integración europeo y uno de los pilares de su política comunitaria. Se encamina a impedir que a través de las ayudas estatales u otorgando ventajas económicas incompatibles con el interés común, se amenace o distorsione la

¹² En el del Tratado de Roma uno de los objetivos expresamente señalados para la Comunidad Económica Europea (art.3) es “establecer un sistema que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior”. Dicha ley se refiere a la Política Comunitaria de Competencia en primer lugar en su Tercera Parte relativa a Políticas Comunitarias (arts del 85 al 94).

competencia entre las empresas y se afecten los intercambios comerciales entre los Estados miembros. Aquí se muestran (por lo menos en la teoría), objetivos distintos a la consecución de eficiencia y competitividad, que están relacionados con el desarrollo regional y de fomento industrial. Objetivos en aras de los cuales se admiten, a manera de excepciones, situaciones que distorsionan la competencia. Así, el art.92 del Tratado de Roma¹³ y el 87 del Tratado de Maastrich establecen, entre otras, la posibilidad de autorización de ayudas si así se favorece el desarrollo regional o de actividades económicas y culturales, cuando se trata de proyectos de interés comunitario o de remediar graves perturbaciones económicas en un Estado miembro. En la práctica han surgido sin embargo problemas y tensiones “Los casos son tratados sin tener en cuenta, a menudo, el problema social o local que se encuentra detrás de ellos, o se adoptan supuestas normas comunes cuya aplicación beneficia a las grandes empresas de los

¹³Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Título VI “Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones”.

Capítulo I “Normas sobre competencia.”

Sección II Ayudas otorgadas por los Estados.

Artículo 87.

1. Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.
2. Serán compatibles con el mercado común:
 - a. Las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;
 - b. Las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;
 - c. Las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división.
3. Podrán considerarse compatibles con el mercado común:
 - a. Las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo;
 - b. Las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;
 - c. Las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;
 - d. Las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común;

estados mas desarrollados, en perjuicio de las empresas medianas y pequeñas de los estados menos desarrollados”¹⁴

En lo que se refiere al abuso de posición dominante, las consideraciones se centran en la capacidad de una empresa dominante para limitar el acceso al mercado y dañar el desempeño de competidores más pequeños. Es decir, considera aspectos relativos al comportamiento o conducta de las empresas más que el número de competidores o el grado de concentración (que tienen mas importancia bajo la óptica de la legislación estadounidense y bajo los parámetros de ese mercado).

En cuanto a las legislaciones nacionales de la Comunidad Europea, en un principio, la libertad de empresa fue invocada frente a las restricciones provenientes del Estado, por lo cual no existió una oposición radical hacia las tendencias monopolísticas de los particulares. Aun considerando los peligros de generalizar, la mayor parte de la doctrina consultada sostiene que en Europa la concepción de la *competencia económica* como institución ha determinado que las funciones de la legislación de defensa de la competencia sean de carácter *político-económicas*, lo que explica su orientación hacia la prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia pero haciendo exención de aquellas que la mejoran, benefician a los consumidores o aumentan la eficiencia, no suponen restricciones innecesarias y no eliminan por completo la competencia entre empresas.

e. Las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión.

¹⁴ Samaniego Bordu, Gonzalo. *Efectos y límites de la competencia y de los regímenes de competencia*. <http://www.cefir.org.uy/>

III.- EL ENTORNO SUBREGIONAL.- LA COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD ANDINA.-

La necesidad de las políticas y la legislación de competencia, ha resurgido en América Latina en general, a partir de las reformas que el sistema económico ha experimentado, especialmente determinadas por la ejecución de los postulados neoliberales. Desde dichas argumentaciones se ha sostenido que las políticas y legislación de defensa de la libre competencia constituyen el complemento imprescindible de la *liberalización comercial* (que incluye la deregulación del comercio internacional con la consecuente liberalización de los precios y libre circulación de capital y bienes); que son instrumentos necesarios para la ejecución de la *desregulación comercial*, pues constituyen el marco jurídico adecuado para asegurar la correcta asignación de recursos por parte del mercado; y, que coadyuvan a la consecución de la *buscada racionalización del Estado* pues eliminan las restricciones a la competencia producto fundamentalmente de la intervención gubernamental antes que de la propia dinámica del mercado

Las actuales legislaciones de regulación de la competencia en las funciones de protección y promoción de la misma,¹⁵ comenzaron a promulgarse en los Estados de la Comunidad Andina a partir de 1991¹⁶.

¹⁵ Como antes se ha señalado, la primera función abarca regulación de ciertos tipos de conductas anticompetitivas, abuso de posición dominantes y concentraciones económicas; y la segunda se relaciona con las áreas de desregulación de la economía, privatización y diseminación de los mecanismos de la competencia.

¹⁶ Perú y Venezuela promulgaron sus correspondientes leyes en 1991. La legislación colombiana sobre competencia data de 1959, año en el que se promulgó una ley que nunca tuvo aplicación real, la ley vigente sobre competencia en Colombia data de 1992. Bolivia, al igual que el Ecuador, no posee normativa regulatoria específica.

Tanto el sistema europeo,- especialmente por la tradición de Derecho Privado de los países de la Comunidad Andina -, como el régimen norteamericano, han sido fuentes de influencia para las legislaciones sobre competencia en dichos Estados

Sin embargo, los fundamentos de la necesidad de políticas de competencia y de la promulgación de normativa legal correspondiente, han requerido, en los Estados de la Comunidad Andina, el reconocimiento de la competencia como la “manera más eficiente de asignar recursos en una economía, y consecuentemente, la mejor manera de beneficiar a los consumidores en términos de precio, calidad y variedad de los productos a su disposición”¹⁷, es decir, la eficiencia económica y el bienestar del consumidor (su derivado), se han constituido en sus principales objetivos.

La referencia a objetivos distintos, de carácter político y social, no han sido tratados en forma suficiente por las legislaciones de competencia de los Estados de la CAN (tales como protección de pequeña y mediana empresa, libertad comercial, descentralización de la economía, etc.). Además se han manifestado francas contradicciones con las políticas públicas consideradas por largo tiempo de vital importancia, tales como las relativas a la promoción (y protección) industrial sin que en la práctica haya existido la real intención de armonizar los objetivos de ambas.

En el Ecuador la situación pareciera que va a encaminarse por los mismos rumbos y bajo supuestos similares a los que se han presentado en los demás Estados por lo menos

¹⁷ Banco Mundial – OCDE. *La política de competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana*. Resumen interpretativo de la conferencia “Foro de las economías emergentes de mercado” celebrada en Buenos Aires, Argentina, del 28 al 30 de octubre de 1996. <http://www.JLACOMP.ORG>.

en cuanto a los objetivos previstos por la legislación se refiere. Esto pues hasta ahora, además de los esfuerzos que más adelante se presentan (gubernamentales y académicos), son las asociaciones de consumidores las que principal y eficazmente se han interesado en el tema que en la actualidad se discute a profundidad al interior de las mismas¹⁸, obviamente desde la perspectiva de los derechos del consumidor y bajo los múltiples razonamientos que apoyan la misma en economías como la ecuatoriana. De igual forma, aunque parezca asombroso, los empresarios ecuatorianos poco o ningún interés han manifestado hasta la fecha, a pesar de que como se señala son los principales sujetos que involucra y a los que se dirige el Derecho de la Competencia y además los beneficiarios directos de la misma. Sin embargo ello puede ser comprendido si se analiza la situación de los mercados ecuatorianos (altamente concentrados) y se revisan consideraciones como las que más adelante este estudio aborda.

3.1.—LAS LEGISLACIONES NACIONALES.-

Aunque, como ya se ha dicho, pareciera que el objetivo de eficiencia económica es el que ha sido asumido como predominante, las legislaciones de Colombia, Perú y Venezuela presentan importantes diferencias que se ponen de manifiesto en las diferentes áreas de actuación de la ley.

3.1.1.- LA PROTECCION DE LA COMPETENCIA

Esta área como antes se ha mencionado involucra la postura que asume la Ley y las regulaciones de la misma respecto de las llamadas conductas anticompetitivas, así como el papel de los órganos reguladores. Al no ser la exposición de las diversas formas de

¹⁸ La Tribuna del Consumidor lleva a cabo un proyecto de investigación en conjunto con el área de Derecho de la Universidad Andina.

prácticas que pueden atentar contra la competencia el objeto del presente trabajo no se ha abundado en sus delimitaciones conceptuales, sobre las que, además, se ha pronunciado la doctrina abundante y profundamente. Consecuentemente lo que se ha realizado es un análisis general, procurando eso sí, seguir los criterios de clasificación establecidos por la Ley correspondiente.

En lo que se refiere a la determinación de conductas anticompetitivas las leyes son muy similares y manifiestan disposiciones que configuran específicas prácticas restrictivas. Estas prácticas, pueden ser bilaterales o unilaterales. Las primeras implican los ya mencionados acuerdos horizontales y verticales; las segundas hacen relación a prácticas ejecutadas por firmas con gran poder en un determinado mercado, y configuran las llamadas conductas de abuso de posición dominante, que no sólo perjudican la competencia con otros competidores ya existentes, sino que además son capaces de impedir la entrada de potenciales competidores, a través de precios predatorios y otros mecanismos para incrementar los costos de entrada.

Los criterios per se y de razonabilidad han sido considerados para la evaluación de las conductas anticompetitivas. La existencia de listados ilustrativos sobre conductas absolutamente prohibidas en las legislaciones, da cuenta de la aplicación del primero.

En lo que respecta a conductas unilaterales, manifestadas concretamente, como ya se ha señalado, en “el abuso de posición dominante”, ha prevalecido la opinión que sostiene que debido a las largas décadas de proteccionismo (fruto del modelo de sustitución de importaciones introducido por la Comisión Económica para América Latina CEPAL),

los mercados de los Estados de la CAN son muy concentrados, y, consecuentemente, los sectores importantes presentan generalmente una empresa con posición dominante. Esta consideración ha originado una clara tendencia en las legislaciones nacionales andinas sobre competencia a poner énfasis en la regulación del funcionamiento del mercado¹⁹ más que en lo concerniente a la estructura del mismo.²⁰

En lo que se refiere a las disposiciones sobre concentraciones económicas, las legislaciones son una mezcla de los sistemas europeo y estadounidense, y evidencian distintas prioridades. Sin embargo, parecería que ha prevalecido la consideración de que al estar los países andinos comenzando a abrir sus economías a la competencia internacional, sus mercados no tienen el suficiente desarrollo ni la capacidad institucional para determinar la talla óptima de sus participantes. La deducción lógica de esta afirmación sería que, al ser aquella la situación de los mercados andinos, aunque las operaciones de fusión podrían tener gran impacto también podrían fortalecer la competitividad internacional de las empresas e incrementar la eficiencia económica.

Los párrafos anteriores se han referido a la tendencia general de la legislación de competencia - en su dimensión de protección - en la CAN. Sin embargo, como ya se ha dicho, existen diferencias entre las legislaciones de los tres Estados miembros que cuentan con ellas. A continuación se exponen algunas de ellas.

En Colombia, la ley de 1959, que seguía los lineamientos de la legislación antimonopólica estadounidense, fue reemplazada en 1992 por el Decreto Ley 2153.

¹⁹ Relacionada con la identificación y sanción de conductas anticompetitivas entre actuales competidores.

²⁰ Concerniente a número de competidores y grado de concentración de los mercados.

Esta legislación claramente define los básicos conceptos antitrust relacionados con la conducta y la estructura de mercado. Para el análisis de las conductas de abuso de posición dominante, concretamente, es usado el principio de razonabilidad. En lo que se refiere a control de fusiones, el decreto introduce la excepción por eficiencia, cuando ésta es mayor que los efectos restrictivos sobre el mercado. Se establece el mandamiento obligatorio de una notificación pre-fusión a la autoridad de competencia, la misma que luego del análisis de los posibles efectos restrictivos de la competencia en el mercado relevante, así como de las posibles eficiencias económicas, puede permitir o no, previamente, su consumación. Además, los acuerdos de investigación y desarrollo están exceptuados (siempre son permitidos).

En Venezuela, siguiendo el sistema europeo, la regulación declara prohibidas todas las prácticas anticompetitivas, al menos que, sean expresamente autorizadas por la agencia de competencia, la cual tiene discrecionalidad para la evaluación de las mismas. Hasta ahora se ha permitido la aplicación de la regla de la razón en ciertos acuerdos, si se ha verificado eficiencia económica, aun en despecho de las restricciones que a la competencia ellos han generado. Por otra parte, basado en los lineamientos del sistema estadounidense sobre fusiones, el ordenamiento jurídico venezolano ha establecido una específica metodología para determinar cuándo las fusiones resultan en un suficiente poder de mercado como para eliminar o restringir la competencia efectiva (en Venezuela no existe obligatoria revisión previa, pero de manera opcional puede consultarse a la autoridad antes de realizar la operación).

La ley peruana no prevé control de fusiones, el criterio determinante de ello es que las políticas de competencia no deben añadir nuevos obstáculos para la inversión

extranjera. Ello está de acuerdo con los fines primordiales perseguidos por la ley, la eficiencia y el bienestar del consumidor. Los esfuerzos para minimizar las barreras de entrada pretenden obtener la racionalización del proceso productivo y el reconocimiento de la importancia que la presencia de firmas grandes ha tenido en el impulso de economías de escala.

“Una evaluación de la política de competencia peruana muestra cuan efectiva esta política puede ser cuando se ve respaldada por un claro apoyo político. La administración del comercio de Fujimori y sus políticas regulatorias son las más orientadas al mercado en la región. Las reformas en esas áreas han sido el reflejo de cambios en disposiciones constitucionales para completar el desmantelamiento de las barreras de acceso al mercado”.²¹

3.1.2.- LA PROMOCION DE LA COMPETENCIA

La promoción de la competencia implica un cambio en cuanto a la consideración de los valores sobre la relación Estado - economía, el papel de la empresa privada y los individuos, y sobre la relación que estos tienen entre si.

A pesar de la importancia que reviste para las economías de los Estados de la Comunidad Andina, por su relación con las áreas de desregulación de la economía y privatización, no ha sido suficientemente considerada por las legislaciones nacionales. Para muestra se tiene que los procesos privatizadores se iniciaron en algunos Estados antes de que en ellos fueren promulgadas o entraran en vigencia las leyes internas de competencia (baste para ello revisar las fechas de promulgación).

²¹ Jatar Ana Julia, Tineo Luis. *Competition policy in the andean countries: The ups and downs of a policy in search of its place* (www.JLACOMP.ORG).

Por otra parte, la divulgación de información sobre los beneficios de la competencia, importante en la formación de la 'cultura de la competencia' que en los países andinos es aun inexistente (como en el caso ecuatoriano) o muy débil aún, ha sido asumida por las autoridades correspondientes en los Estados que cuentan con legislación al respecto. El cumplimiento de dicha labor, sin embargo ha mostrado diversos grados de penetración y aceptación en la población, especialmente en los consumidores a quienes fundamentalmente se ha visto dirigida.

En el caso de Venezuela, por ejemplo, la abogacía de la competencia se ha desarrollado en múltiples y variados campos a fin de introducir en ellos la visión de la Ley correspondiente y del órgano de control encargado respecto de las fundamentos, y prioritarios fines asumidos para el tema (en dicho país la eficiencia económica). Entre los campos mencionados se encuentran los procesos de privatización; el análisis de leyes sectoriales susceptibles de restringir la competencia; la formulación de propuestas de política pública para promover la competencia en sectores específicos; la divulgación de sus experiencias a través de la creación de cátedras en universidades y finalmente, a través de los intercambios de experiencias de regulación con otras agencias de promoción de la competencia.

Un aspecto de la promoción de la competencia que por su especial importancia para la situación económica actual ecuatoriana no debe ser dejado de lado es el que tiene que ver con la labor respecto de los consumidores. En este sentido existen un sin número

de justificaciones, algunas de las cuales se han considerado vitales y por tanto forman parte de la presente tesis que las aborda más adelante.

3.2.- LA LEGISLACION REGIONAL SOBRE COMPETENCIA

Como se ha señalado en el capítulo introductorio, la revisión de la normativa de la Comunidad Andina de Naciones es importante en el cumplimiento de los objetivos generales previstos. En este punto es necesario aclarar que aunque existen además de la Decisión sobre competencia del Acuerdo de Cartagena otras Decisiones que tienen directa relación con el tema, se ha considerado únicamente la específicamente expedida para su regulación²². Esto pues el análisis de aquellas en conjunto tiene mayor importancia en el contexto de un estudio profundo de la competencia en los mercados internacionales; y, como se ha expuesto no es aquél el objeto central de la tesis sino las regulaciones internas de competencia. Por ello, las observaciones que se han realizado son aquellas derivadas principalmente de relacionar la normativa subregional con los efectos al interior de los Estados.

La Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena promulgada en 1991 se denomina “Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia”.

²² Además de la Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena, también de carácter subregional, existen otros instrumentos internacionales aceptados por el Ecuador que tienen relación. Entre ellos puede mencionarse el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, Tratado de Washington sobre la propiedad intelectual respecto de los circuitos integrados, etc.

La Decisión, basada en principios supranacionales, prevalece sobre las leyes nacionales en caso de dimensión subregional de distorsiones a la competencia. Esto, a pesar de que, al haber sido promulgada antes que las leyes nacionales de competencia existentes en la región, su visión y componentes aparecen insuficientes comparados con el posterior desarrollo de la competencia los Estados que cuentan ya con legislación sobre competencia.

En lo concerniente al ámbito de aplicación, en el Art.1 de la Decisión, señala que el objeto tiene que ver con la prevención o corrección de distorsiones en la competencia que se hayan dado como resultado de prácticas restrictivas de la libre competencia. Considerando lo dispuesto en el Art. 2, queda claro que la normativa se aplica sólo cuando las prácticas correspondientes se den en el comercio celebrado entre actores económicos de los países de la subregión, lo cual implica que no se incluyen las actividades realizadas (por una o más empresas) situadas en o fuera de país miembro que no produzcan efectos en la subregión.

Se hace una determinación de lo que debe ser entendido como práctica restrictiva de la libre competencia incluyendo una enumeración de posibles conductas encaminadas a restringir, impedir o falsear la competencia. Sin embargo, la Decisión no contiene el criterio “per se” para la prohibición de prácticas concertadas o paralelas, y menos aún un régimen de excepciones al respecto, lo cual le permitiría estar en armonía con las legislaciones nacionales e internacionales sobre el tema y abogaría por el objetivo de consolidación de un mercado único, de la protección de la competencia como proceso económico, y la promoción de la misma. En consecuencia con esta falta, las funciones de la Secretaría General están limitadas a ordenar la suspensión de la práctica

respectiva (que puede ser denunciada únicamente por los países miembros o por las empresas que tienen interés legítimo), previa la realización de un proceso en que se demuestre que ésta resulta perjudicial para la industria. “La exigencia de este criterio impide que se puedan sancionar todas aquellas prácticas o acuerdos que, a pesar de sus efectos nocivos sobre la competencia, sobre los intereses de los consumidores y sobre las pequeñas y medianas empresas, no produzcan un perjuicio a la industria.”²³ Así las cosas, se dejan de lado consideraciones importantes como fortalecimiento del poder de mercado, participación de competidores medianos y pequeños, efectos nocivos para el consumidor y para el comercio subregional. Además el órgano encargado no cuenta con los mecanismos suficientes para prevenir las prácticas anticompetitivas, ni le está dada la facultad de imponer sanciones pecuniarias, sólo puede dar la posibilidad, al país miembro, de imponer medidas de carácter comercial.

Por otra parte, en lo que respecta al abuso de posición dominante, la Decisión establece en su artículo 5 conductas que se consideran evidencia de dicho comportamiento, pero no realiza la prohibición “per se” de las mismas. “Ello es importante puesto que si se reconoce que en los procesos de integración existen asimetrías en cuanto al nivel de desarrollo industrial entre los respectivos países, es probable que los comportamientos de las empresas situadas en uno afecten a las situadas en otro”²⁴

No existen disposiciones relativas al control de fusiones, uno de los temas que se ha considerado necesario en las legislaciones sobre competencia en otros procesos de

²³ Ibarra Pardo, Gabriel. *Políticas de competencia en los procesos de integración en América Latina*. <http://www.cefir-org>

²⁴ Díez Canseco Nuñez, Luis. *Competencia e integración en América Latina: Reflexiones sobre su importancia y sobre los temas que deberían ser considerados*. <http://www.cefir.org.uy/>

integración, para la consecución del objetivo de formación de un mercado integrado. En consecuencia, no existe la posibilidad de la evaluación de la conveniencia o no de este tipo de prácticas bajo la perspectiva de los efectos que tendría en cada uno de los países miembros. Ello es una falencia considerando que, al suprimirse las barreras comerciales al interior de la región las empresas podrían fusionarse, y si ello no se realiza bajo un control, es posible que tengan lugar posiciones dominantes que culminen en abuso. El tema de las ayudas estatales, y su correspondiente régimen de excepciones, considerado uno de los pilares de la política de competencia comunitaria europea por su relación con los fines perseguidos por la política industrial comunitaria y la formación de un mercado único, está ausente en la normativa señalada.

Conforme lo antes señalado, parecería ser que a nivel subregional, la política de competencia no se ha desarrollado a la par con los procesos económicos de la presente década y por lo tanto, sus disposiciones y los fines u objetivos que la inspiran merecen ser revisados. Se deduce también que la evidente falta de coordinación de la norma subregional con las legislaciones nacionales y la falta de legislación sobre competencia de Ecuador y Bolivia podrían llevar a distorsiones de la competencia en el mercado integrado. Con esto, los fines u objetivos del proceso de integración y de las políticas públicas 'andinas' de competencia (que por otro lado no aparecen claramente definidas) peligrarían frente a la consecución de los intereses y conveniencias de cada Estado.

Además de todo lo anterior, la antes mencionada Decisión, deja fuera consideraciones acerca del tratamiento del tema de la competencia desde la perspectiva del desarrollo. Consecuentemente, no se han introducido criterios que consideren las asimetrías existentes en el sistema económico mundial. Así, no se han considerado aspectos que

interesan a los países miembros tales como la competencia en el acceso al financiamiento y a la tecnología; ni se ha abogado porque se garanticen, además de la eficiencia, la equidad y el beneficio colectivo. Este comportamiento ha sido típico en las discusiones que a este respecto se han llevado a cabo en los organismos multilaterales, pero, por la especial importancia que reviste para los países andinos, ello no justifica la ausencia de los tópicos antes referidos en las discusiones y legislación de la competencia de la CAN.

Finalmente, los objetivos y funciones que los países andinos deben determinar en favor de sus intereses como grupo, deberían ser considerados en la legislación regional sobre competencia. Un fin específico de dicha legislación, podría ser el referido a la participación de la subregión en el círculo de la competencia internacional.

IV.- LA SITUACION ECUATORIANA

La evolución de las posturas doctrinales; la orientación de los ordenamientos jurídicos que constituyen el principal referente; el desarrollo de las políticas y legislación de competencia en los Estados de la Comunidad Andina de Naciones que cuentan con ella y la legislación subregional, sirven para justificar la necesidad de una eficaz política y legislación de competencia en nuestro país. Sin embargo, las razones, para el caso concreto del Ecuador encuentran su mayor y más puntual justificación en las disposiciones constitucionales, los procesos de privatización que al parecer en breve se iniciarán y en las características actuales de los mercados.

En el Ecuador, como ya se ha dicho antes, la discusión sobre la aplicación de las políticas de competencia y la legislación correspondiente no ha adquirido aún las dimensiones requeridas para incorporar el tema al centro del debate. Además de las normas constitucionales (como se verá más adelante) existen algunas disposiciones legales sobre competencia. Estas se encuentran dispersas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano sin un eje central que coadyuve a su real aplicación y que consecuentemente materialice las aspiraciones que motivaron la promulgación de las mismas.

Las normas legales que existen básicamente pretenden cubrir parte de la función de protección de la competencia, para nada se refieren a los aspectos relacionados con la promoción de la misma, y aún así resultan insuficientes. Las disposiciones referidas están contenidas en leyes y reglamentos de carácter especial, que tratan de establecer pautas para el respeto al principio de la libre competencia en sectores económicos específicos tales como la contratación pública, el sector de comercio exterior (a través de la Ley de comercio exterior e inversiones LEXI), en área de funcionamiento de verificadoras, de seguros, del sector eléctrico, de telecomunicaciones, de régimen de compañías, etc.

El hecho de que al interior del ordenamiento jurídico ecuatoriano se aborde el tema de la competencia de manera fragmentada, ha redundado en el trato tangencial y poco eficiente de un ámbito que en muchos Estados latinoamericanos es regulado por una única ley que además prevé un marco institucional unitario que se encarga de verificar la ejecución y desenvolvimiento de los principios generales en todos los sectores, y que ha evitado, entre otras cosas, la duplicación de esfuerzos.

A fin de evidenciar la necesidad del análisis de los postulados relativos al desarrollo de la economía social de mercado al interior del país, concretamente en lo que respecta al principio de ' libre competencia', y para abordar el tema de la fragmentación de su presencia jurídica en la legislación ecuatoriana, se han estudiado en el área de los mercados con participación de oferentes privados la situación de las empresas constituidas como compañías; y, en lo que respecta a los mercados de servicios públicos la situación del sector eléctrico.

El resultado de dicho estudio no pretende otra cosa que dejar señalados posibles puntos de discusión que deberán ser abordados con mayor profundidad por quienes se interesen en cada sector específico; contribuir con uno de los objetivos generales del presente documento cual es evidenciar la necesidad de un marco de regulación, previo al inicio de los procesos privatizadores, que cuando menos deje de considerar a estos únicamente como medio de obtención de ingresos para satisfacer urgencias fiscales o el pago de la deuda externa; y, en definitiva insistir en que las regulaciones de competencia son necesarias para que los dineros producto de las concesiones, licencias o cualquiera otra forma de privatización, redunden en beneficios para el país y sus habitantes.

4.1.- LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES.-

Como ya se ha señalado, las disposiciones de la Constitución Política se constituyen en el primer argumento jurídico para justificar la necesidad de la promulgación de una legislación de competencia para nuestro país; y, en el primer referente que deben

considerar las políticas y legislación correspondiente en el establecimiento de sus fines u objetivos.

Los artículos de la Norma Suprema que tienen relación directa con el tema de las políticas públicas y legislación de competencia son: art. 23, numeral 16; art. 244; y art. 23, numeral 7.

En el Ecuador la Constitución Política de la República establece en su artículo 244, previo el reconocimiento de que se trata de una economía social de mercado, la obligación del Estado de “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”.

Sin embargo, en el mismo artículo se deja también señalada la obligación de “proteger los derechos de los consumidores, sancionar la información fraudulenta, la publicidad engañosa, la adulteración de los productos, la alteración de pesos y medidas, y el incumplimiento de las normas de calidad”, con lo cual queda establecido un grado de regulación de la economía por parte del Estado ecuatoriano, y la orientación tuitiva de derechos no económicos.

De lo anterior se deduce la aceptación, por parte de la norma superior ecuatoriana, de las normas de competencia como un derecho de todos (se protegen por él además de los derechos de los empresarios también los de otros actores económicos) y no sólo como el 'derecho de una clase' (resolución de problemas de los empresarios). La presencia de

esta postura concuerda con el reconocimiento de la concreta situación económica de la población ecuatoriana, en su dimensión de consumidores.

Por otro lado, debe notarse que en el artículo 242 sobre 'Principios de la Economía', no sólo se establece el principio de la eficiencia como uno de los rectores para la organización y el funcionamiento de la economía, sino que además dicho artículo menciona la solidaridad, sustentabilidad y calidad "...a fin de asegurar a los habitantes una existencia digna e iguales derechos y oportunidades para acceder al trabajo, a los bienes y servicios: y a la propiedad de los medios de producción."

El artículo 141 de la Constitución, por su parte, textualmente señala: " Se requerirá de la expedición de una ley para Las materias siguientes: 1. Normar el ejercicio de libertades y derechos fundamentales, garantizados en la Constitución", por lo que, siendo la libertad de competencia, parte del contenido de la 'libertad de empresa', derecho fundamental conforme el artículo 23, número 16 de la Norma Suprema, es necesaria su regulación a través de ley específica.

En consecuencia con las antes citadas disposiciones constitucionales, la promulgación de la Ley relativa a la competencia (protección y promoción), se constituye en un requerimiento Constitucional, que debe considerar, especialmente en el planteamiento de sus objetivos y fines, los antes citados principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad.

Aunque ya durante el gobierno del conservador Sixto Durán Ballén (1992-1996) se habló de la necesidad de una ley antimonopolios como parte del iniciado proceso de

“modernización del Estado” ello no se concretó en normativa jurídica. Es a partir del año pasado que en el ámbito legislativo, académico y gubernamental (en ese orden) se han tomado iniciativas. Así, en abril de 1999 se presentó ante el Congreso Nacional del Ecuador el proyecto de Ley denominada “Ley de protección de las libertades económicas” (no debatido), el mismo que a pesar de sus falencias conceptuales tiene el mérito de ser un primer intento de discusión del tema en ese nivel. Por otra parte, en respuesta a una proposición realizada por la UNCTAD, el gobierno del doctor Jamil Mahuad inició el debate en el ámbito gubernamental con la formación de un grupo de trabajo que incluyó la participación de un delegado de dicho organismo internacional, del gobierno central (encabezado por el Ministerio de Relaciones Exteriores), del poder legislativo, representantes de las organizaciones de consumidores, y la academia; y que, lastimosamente - en virtud de los acontecimientos de enero del 2000 que terminaron con el derrocamiento de dicho gobierno -, ha quedado detenido. En lo que respecta a la Academia, debe destacarse el esfuerzo realizado por la Universidad Andina Simón Bolívar, que ha incorporado el estudio del Derecho de la Competencia no sólo en el p^éns^um de la Maestría en Derecho Económico, sino que además llevó a cabo un Proyecto de investigación sobre el mismo y lo introdujo al debate académico al constituirlo uno de los puntos centrales de discusión de la II Conferencia de Derecho Económico realizada a fines del mes de enero del año 2000.

4.2.- LOS MERCADOS ECUATORIANOS.- SITUACIÓN Y REGULACIONES.

4.2.1.- LOS MERCADOS DE OFERENTES PRIVADOS. LAS COMPAÑÍAS

4.2.1.1- LA SITUACION DE LOS CONSUMIDORES

Aunque el estudio profundo del tema escapa a los objetivos del documento, una referencia aunque breve del mismo es indispensable para la comprensión de la postura que se pretende recomendar sea asumida por nuestro país al momento de realizar la discusión sobre la promulgación de normas relativas a la protección y la promoción de la competencia.

Así, baste señalar que en el Ecuador la distribución de la riqueza es muy desigual, datos recientes señalan que el 46% de la población ecuatoriana, o sea 5,1 millones de personas serían pobres, que la tasa de desempleo llega al 17%, que el PIB per cápita ha disminuido en más de 7% en los últimos años²⁵.

De los datos antes expuesto se puede deducir que el ingreso que percibe la mayoría de la población ecuatoriana es una grave limitación a sus opciones de consumo y que evidentemente éste se ha reducido²⁶. Si a lo antes expuesto se agrega la cada vez peor situación de la clase media y los abismos que existen entre los habitantes del sector urbano y el rural (que dejan definitivamente a estos últimos “fuera del mercado”) se constata la posición de desventaja de las unidades económicas que constituyen la demanda en la relación con la oferta, que es además la base de sustentación de la normativa de protección de los Derechos del Consumidor.

²⁵ Semanario de Economía y Negocios Líderes., Enero 17 del 2000 pág.7. Informe sobre estudio del Banco Mundial *Ecuador; crisis, poverty and social services* (diciembre de 1999).

²⁶ El destino de los pocos ingresos de una población con las características de la ecuatoriana, probablemente será aquel que constituya la satisfacción de necesidades vitales (alimentación, salud, educación). De igual forma, no se puede esperar su activa participación en el mercado como consumidores de bienes y servicios ofrecidos por empresas del sector privado, que en el Ecuador, están en capacidad de ofrecer mejor calidad pero a precios inalcanzables para una población con las antes mencionadas características.

Todo lo anterior aboga porque el derecho de la competencia admita su insuficiencia para proteger los intereses de los consumidores como miembros de la población, aunque su protección sea parte de sus objetivos, y acepte que en determinadas ocasiones será necesaria la elección entre el cumplimiento de la garantía de la no concentración de mercados por ejemplo o la satisfacción de aquél.

4.2.1.2.- LOS OFERENTES

Con el reconocimiento de que ellas no se constituyen en los únicos actores que como oferentes participan en los mercados, para este análisis se ha considerado únicamente la situación de las empresas privadas constituidas legalmente como compañías. Además, en vista de que el referirse de manera específica a grupos de empresas considerando diferentes mercados es imposible para el desarrollo de la presente tesis - y consciente de las limitaciones y falencias en que de buena fe se pueda incurrir- las observaciones son de carácter general.

En primer término, se tiene que, aunque los datos correspondientes a los últimos seis años de los informes de la Superintendencia de Compañías del Ecuador²⁷ dan cuenta de una aparente apertura a la presencia de nuevas empresas legalmente constituidas como compañías, la situación 'operativa' de las mismas es distinta. Esto pues, aunque las cifras muestran una cada vez mayor presencia de dichas empresas²⁸, ello no implica que la actividad de las mismas sea real y que por lo tanto tenga lugar la ampliación del

²⁷ Cuadros estadísticos de la Superintendencia de Compañías del Ecuador. www.supercias.gov.ec

²⁸ Analizando el número de compañías cuya constitución ha sido aprobada desde 1993 a 1998 resulta un total superior a las 7.000 por año, sin contar con aquellas que han sido sometidas a aumentos de capital.

número de agentes. Un alto porcentaje de las compañías sujetas al control de la Superintendencia lo constituyen las llamadas en la jerga legal 'compañías de escritorio', generalmente de objeto social múltiple, que son constituidas para fines muy distintos a la realización de operaciones en el mercado, tales como: eludir impuestos, separar determinados bienes del patrimonio personal, evadir responsabilidades laborales de compañías con real operación, obtener créditos vinculados, etc.

Así, de las empresas que efectivamente participan en el mercado, la mayoría pertenecen a grupos económicos claramente determinados que conforman el mínimo de porcentaje de la población que percibe los más altos ingresos. Para 1993, de 6.000 a 6.500 eran los accionistas que mantenían total hegemonía sobre el 90% del capital de las empresas sujetas al control de la Superintendencia. Aunque no se encontraron datos más recientes, todo parece indicar que esta situación no debe haber cambiado mucho en los últimos años

Por otra parte, si se acepta que los límites para la determinación de un mercado son de carácter geográfico y por producto, se deduce que en el Ecuador existen muchos mercados en los que hay concentración.

Estos casos no se limitan a aquellos mercados en los que el Estado ha participado como oferente único (los llamados monopolios naturales). Así, en el Ecuador la concentración en muchos sectores se ha visto propiciada y mantenida mayoritariamente por oferentes privados. Una rápida mirada al comportamiento de dichos actores en algunos mercados da evidente cuenta de ello. En este punto se podrían citar varios ejemplos que evidencien la presencia de prácticas restrictivas, atentatorias o que

distorsionan la competencia en los mercados del Ecuador, situación que deriva en que aquellos que no presentan este tipo de situaciones sean mercados excepcionales. Sin embargo, por su importancia para la economía ecuatoriana o por sus repercusiones para el bienestar de los consumidores, y sin pretender abundar en el tema, se han escogido dos casos: a) el del mercado de exportación de banano; y, b) el de los Supermercados.

a.- El banano es el único producto cuyo valor comercial interno al por mayor (precio que los exportadores pagan a los productores del mismo) es aún fijado por el Estado ecuatoriano mediante acuerdos emitidos por los ministerios de Comercio y de Agricultura. Aunque las razones para ello, en los anualmente repetitivos escenarios de la 'guerra del banano' enfrentan a exportadores y productores, desde el Derecho de la Competencia podría alegarse algunas razones para respaldar dicha intervención.

Así, podría argumentarse el que se trata de un mercado con presencia de un oligopolio o cartel exportador (aproximadamente el 75% de las exportaciones ecuatorianas de este producto están en manos de 3 compañías) que puede por dicha condición realizar una serie de conductas en perjuicio de los productores. Dichas conductas pueden ser: fijar los precios a pagarse a los pequeños productores (por debajo de los costos reales de producción); repartirse el mercado, por ejemplo asignando a las empresas miembros del acuerdo determinados territorios; boycotts colectivos como el acordar no negociar con determinados productores si estos proveen a otros exportadores no miembros del cártel; acordar condiciones comunes de contratación que perjudiquen a productores; etc.

Otra razón posible podría ser el considerar la importancia que la actividad de producción bananera tiene para el país no sólo porque existen más de 150 pequeños productores sino y principalmente porque dicho sector emplea de manera directa o indirecta a 1'250.000 personas (mas de 10% del total de la población).

Por otro lado, las razones de existencia de un cártel exportador en determinadas actividades tiene su propia razón de ser y justificación de su presencia en los mercados internacionales de productos (en el comercio internacional). Dichas razones, muchas veces se fundamentan en objetivos de políticas públicas que llevan a los Estados a privilegiar determinadas actividades por representar éstas un beneficio grande para el país, por ejemplo a través de su exclusión del sometimiento a normativas internas de competencia²⁹.

b) En el primer semestre de 1996 la cadena de Supermercados chileno-argentina Santa Isabel (multinacional con fuerte presencia en los mercados de Chile, Perú, Paraguay y Argentina) inició sus operaciones en el Ecuador. Ello dio origen a la llamada 'guerra de los supermercados'. Esta se inició con acusaciones provenientes de Santa Isabel a la cadena local 'Supermaxi'. Se acusó a esta última de ejercer presiones sobre proveedores (que se negaran a vender productos al Santa Isabel o que lo hicieran a un costo más alto), e incluso sobre la nueva competencia para alzar precios. Por su parte, la cadena local replicó acusando de daño moral al nuevo competidor, y, a los proveedores de otorgar a éste beneficios so pretexto de venta promocional.

²⁹ Las repercusiones de la existencia de este tipo de acuerdos sobre la competencia en el comercio internacional no es tema del presente estudio que trata de resaltar puntualmente los aspectos de la competencia en los mercados nacionales.

Las acusaciones realizadas en el desarrollo de esta 'guerra' se referían a la posible existencia de varios tipos de conductas que, en caso de haber sido sometidas a un análisis jurídico y económico desde el Derecho de la Competencia habrían podido calificarse de atentatorias a éste. Entre dichas conductas podría señalarse en primer término un posible intento de abuso de posición dominante por parte de la firma local que en caso de existir se presentaba por ejemplo al momento de rehusarse a comerciar con los proveedores de la competencia, o bien al exigir a estos la negociación exclusiva (al requerirles no vender a la competencia o que lo hagan a otro precio) so pena de no continuar negociando con ellos. Los proveedores por su parte podrían haber incurrido en conducta discriminatoria si se probaba por ejemplo que estaban vendiendo a la nueva cadena a un precio más bajo distinto que a la local (aquí eran necesarias consideraciones de marketing que probablemente habrían sido alegadas).

Finalmente, y aunque de parte y parte se hicieron advertencias de posibles medidas legales, la disputa, que se llevó a cabo vía prensa, (con aclaraciones dirigidas principalmente al público o consumidor), terminó al parecer por orden directa de la matriz de la cadena latinoamericana a sus representantes en el Ecuador de no continuar la polémica discusión.

Lo más importante de todo esto fue la evidencia de la falta de conocimiento general sobre el contenido y las implicaciones de las regulaciones sobre prácticas de restricción y distorsión de la libre competencia. Esto pues, aunque el caso ejemplificaba claramente una serie de conductas anticompetitivas (dos botones de muestra), los analistas económicos y jurídicos que sobre él se pronunciaron se desviaron hacia consideraciones de competencia desleal. Dichas consideraciones, obviamente hacían

muy poca referencia y menos aún se encargaban de resaltar la no existencia de regulación sobre la defensa de la libre competencia en el país.

Consecuentemente, aunque el caso ocupó el interés general durante algún tiempo, su publicidad, importancia, y la participación de distinguidos juristas y economistas que lo comentaron, no fueron suficientes para incorporar a la agenda política la discusión del tema de protección y promoción de la competencia.

Si bien el análisis de los orígenes, motivos y evolución histórica de la realidad de los mercados ecuatorianos antes referida (y mostrada brevemente a través de los casos enunciados), así como de los diversos instrumentos disponibles para lograr una mejor distribución del poder económico escapan al desarrollo del presente trabajo, debe insistirse en que puede ser influida (para bien o para mal) por las políticas y legislación de competencia. A este respecto cobran importancia las regulaciones sobre las barreras a la competencia (las llamadas barreras de entrada ejercidas muchas veces por los agentes económicos actuante en un mercado determinado que impiden la existencia de más actores económicos), los regímenes de excepciones, y la aplicación de los criterios per se y de razonabilidad.

4.2.1.3.- La legislación

Las compañías de carácter comercial³⁰. - actores económicos, sobre el que se ha basado el presente análisis -, son en nuestro país un importante número de la totalidad de oferentes en el mercado, que es a los que se dirige principalmente la legislación de competencia. La actividad de dichos actores se encuentra regulada principalmente por la Ley de Compañías, su Reglamento, las Resoluciones de la Superintendencia de Compañías del Ecuador, y por las disposiciones estatutarias contenidas en los respectivos contratos de constitución. Además, supletoriamente, dichos actores se someten a las disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil.

La vinculación entre la legislación de compañías y de competencia, no se limita a lo señalado en el párrafo precedente (sujetos de regulación) sino que involucra además aspectos relacionados con el control del correcto funcionamiento de los principios y mecanismos propios de las economías sociales de mercado.

En el Ecuador, la Superintendencia de Compañías es el órgano encargado del control de sociedades. Dicho control, conforme las disposiciones de la Ley de Compañías (Art. 432) puede ser total o parcial, comprendiendo el control total “aspectos jurídicos, societarios, económicos, financieros y contables”. Sin embargo la orientación de dicho control total, en lo que a sociedades se refiere³¹, ha dejado un poco de lado el

³⁰ En el Ecuador existen legalmente ocho tipos diferentes de sociedades comerciales: las compañías en nombre colectivo, en comandita simple, en comandita por acciones, de responsabilidad limitada, anónimas, de economía mixta, accidental o cuentas en participación, holding o tenedora de acciones. A pesar de ello, numéricamente las sociedades constituidas legalmente y en operación real se reducen a dos grupos: limitadas y anónimas (en su momento las compañías mixtas tuvieron mucha importancia y a partir de la década pasada las tenedoras de acciones tienen un espacio relevante en el mercado).

³¹ La Ley establece en el inciso tercero del antes mencionado artículo, aquellas sociedades a las que se aplicará dicho control “La Superintendencia de Compañías ejercerá la vigilancia y control total de las compañías emisoras de valores que se inscriban en el Registro del Mercado de Valores, las compañías Holding que voluntariamente hubieren conformado grupos empresariales; las sociedades de economía mixta y las que bajo la forma jurídica de sociedades, constituya el Estado, las sucursales de compañías u otras empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas y las asociaciones que éstas formen y que ejerzan sus actividades en el Ecuador; las bolsas de valores, y

aspecto económico, y es de tipo legal, societario y financiero - contable fundamentalmente³².

La vigilancia en el ámbito legal tiene que ver con la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos por la norma para la constitución de compañías, la reserva para personas jurídicas de la práctica de determinadas actividades comerciales (Banca, seguros, arrendamiento mercantil, intermediación de valores), entre otros asuntos. En lo que respecta al control societario, las disposiciones se orientan a la regulación de empresas hacia el interior de las mismas, tales como disposiciones relativas a derechos de accionistas o socios, defensa de minorías, realización de Junta General de Accionistas; etc. El aspecto financiero se refiere a la verificación del sometimiento de las compañías a la normativa contable, a las regulaciones sobre montos mínimos de capital para diferentes tipos de compañías, presentación adecuada de balances, etc.

Al tratar de establecer puntos de contacto entre los controles actualmente previstos para ser desempeñados por la Superintendencia de Compañías, conformados principalmente por los aspectos antes referidos, y los característicos de aquellos órganos vigilantes de la aplicación del Derecho de la Competencia, podrían realizarse algunas deducciones.

demás sociedades reguladas por la Ley de Mercado de Valores, de las compañías que tengan una de las siguientes características: pasivos para con terceros que superen la cantidad de doscientos millones de sucres, la compañía anónima en la que el treinta por ciento del capital pagado pertenezca por lo menos a veinticinco accionistas; y aquellas que tengan por lo menos treinta trabajadores en relación de dependencia.” Además se da la facultad para cambiar los requerimientos en cuanto a capital, número de trabajadores y pasivos al Superintendente en el Art. 434 de la misma Ley.

³² No sucede igual con la vigilancia y control, que sobre las bolsas de valores y sus demás entes debe ejercer dicho órgano en los términos de la Ley de Mercado de Valores. En esta área de su funcionamiento la Superintendencia parece haber cambiado la orientación del tipo de control que realiza. Ello puede deducirse de las disposiciones de la antes mencionada Ley, en la que se manifiestan criterios de tipo económico y jurídicos y no solamente legales y financiero - contables (control formal), y más aun verificando la acción que en la práctica ha tenido la Superintendencia.

Así, en lo que se refiere al control societario, aparentemente es difícil encontrar enlaces. Esto pues el control del régimen de la competencia tienen que ver con la participación de las compañías o sociedades como parte de los oferentes en el mercado, es decir, como actores económicos en acción. Un control 'hacia fuera', a fin de verificar, por ejemplo, su posición e influencia sobre el bienestar de los consumidores.

En cuanto al control de tipo legal, las conexiones con la normativa de competencia se presentan más evidentes. A efectos de confirmar esto pueden considerarse algunas disposiciones contenidas en la Ley de Compañías actualmente vigente. De esta forma, cuando dicha norma legal hace referencia a la necesidad de la previa autorización de la Superintendencia de Compañías para la constitución de sociedades mercantiles, en cierta medida se está tocando el tema de la habilitación para participar en mercados; al establecer requisitos de publicidad para la constitución y reformas estatutarias podría beneficiarse, aunque fuera de manera indirecta, a los consumidores, o bien, en determinados casos, enviar señales certeras o erróneas a los mercados.

El control financiero y contable se ejerce principalmente a partir de disposiciones legales que se refieren principalmente a exigencias de presentación de balances, informes o auditorías, cumplimiento de capitales mínimos, etc. En cierta forma dichas exigencias se constituyen en una manera de asegurar la real participación en los mercados de los oferentes constituidos legalmente como compañías. Sin embargo, al no ser éste el objetivo central ni la orientación de la ley, las normas resultan insuficientes.

En general podría afirmarse que la normativa de sociedades en nuestro país privilegia el control sobre la organización, desenvolvimiento de los órganos internos, protección de

accionistas y cumplimiento de requisitos de legalidad de las sociedades. Dicha orientación va en desmedro de lo que debería constituirse en su pretensión principal conforme lo dispuesto por la constitución económica del país, esto es, asegurar que la participación de los actores económicos asegure la existencia de 'mercados competitivos'.

Sin perjuicio de lo antes sostenido, debe mencionarse que la legislación ecuatoriana de compañías o sociedades mercantiles encuentra en la disposición contenida en el artículo 3 de la Ley de Compañías su principal punto de contacto con los contenidos propios de la normativa sobre competencia. Dicho artículo deja enunciada la prohibición de la formación y el funcionamiento de compañías que "tiendan al monopolio de las subsistencias o de algún ramo de cualquier industria, mediante prácticas comerciales orientadas a esa finalidad". Con esto, se adapta el principio constitucional de prohibición de monopolios, fundamental para el Derecho de la Competencia, a la actividad societaria. Sin embargo no se ha desarrollado ni reglamentado lo allí establecido. Aun más, la misma ley en la sección 'De la Superintendencia de Compañías y de su funcionamiento', concretamente en los artículos referentes a la facultad de inspección de actividades de las compañías, pareciera poner limitaciones al cumplimiento o ejecución del control relacionado con la prohibición establecida en el artículo 3. Así, el artículo 440 (2d. inciso), al establecer: "El Superintendente y el personal a sus órdenes no podrán inmiscuirse en sus inspecciones a las compañías, en lo referente a procedimientos de fabricación, sistemas de propaganda o de venta y, en general, en nada de lo que constituya o afecte la reserva en relación con la competencia." restringe la obtención de información a la que necesariamente debería accederse para realizar control de competencia.

Existen además, entre las normas relativas al control de compañías previstas en la legislación ecuatoriana y las que generalmente se consideran o forman parte de las disposiciones sobre competencia, algunos temas en común.

A manera de ejemplo puede citarse el tema de las fusiones. Debe señalarse en primer lugar que las perspectivas del análisis de cada tipo de control son diferentes.

La Superintendencia de Compañías realiza sobre dichos actos un control de tipo formal. Control que tiene que ver con la nueva situación de los bienes sociales de las compañías que participan del proceso, la posición de los accionistas de ambas, el marco legal al que se sujetará la compañía resultante de la fusión (especialmente en consideración al tipo de compañía de que se trate conforme la clasificación que realiza la ley), etc. El requerimiento para la aprobación del acto jurídico societario y económico que constituye la fusión considera únicamente criterios de tipo societario y legal. De esta forma, por ejemplo en lo que respecta al consentimiento, fundamentalmente los razonamientos que sirven de base para la aprobación tienen que ver con la inexistencia de oposición por parte de los socios o accionistas de las sociedades intervinientes a la realización del proceso y sus resultados.

Por otra parte, el control que sobre las fusiones se realiza desde el Derecho de la Competencia considera la influencia que aquella tendría en el mercado relevante correspondiente, en razón de que podría constituirse en un modo de adquisición del control (de carácter horizontal o vertical) del mismo por parte de las empresas participantes, o bien, originar concentración. En consecuencia, el análisis que se realiza

para la fusiones otros modos de adquisición de control es de tipo económico y tiene que ver con la estructura y funcionamiento de los mercados. Los órganos de control, entonces, encaminan su labor a la revisión de las cuotas de mercado, el volumen anual total de negocios, el número de empleados y el activo total; la estructura general del mercado, el grado de concentración existente en el mismo, las barreras de entrada a nuevos competidores, la posición competitiva de otras empresas en el mercado relevante, etc.³³ La realización de dicho trabajo puede realizarse en diversas fases del proceso. Así en algunas legislaciones se efectúa antes de que efectivamente se haya completado el proceso de fusión (en aquellas que exigen previa notificación y aprobación) y en otras luego de que éste ya ha sido concluido.

Finalmente, el artículo 430 de la antes mencionada Ley de Compañías establece que: “La Superintendencia de Compañías es el organismo técnico y con autonomía administrativa, económica y financiera, que vigila y controla la organización, *actividades*, funcionamiento, disolución y liquidación de las compañías y otras entidades en las circunstancias y condiciones establecidas por la ley”, de esta definición podría derivarse, bajo determinado punto de vista, la autoridad que dicho órgano tendría para realizar el control de la competencia. Esta perspectiva de análisis podría ser una que considerara la necesidad de que todas las funciones que la Ley le otorga a la Superintendencia fueran realmente operativas³⁴; y que, además, abogara por la puesta en marcha de la ejecución de políticas de competencia en el Ecuador considerando la

³³ Diez Canseco Luis José, *Competencia e integración en América Latina: Reflexiones sobre su importancia y sobre los temas que deberían ser considerados*. <http://www.cefir.org.uy/>

³⁴ Ello implicaría el cumplimiento del mandato de vigilancia de las actividades de las compañías en concordancia con el principio constitucional de libre empresa. Pues éstas (las comerciales al menos) se constituyen fundamentalmente para operar en el mercado y es allí precisamente donde el antes mencionado principio se desarrolla.

actual estructura institucional, la situación económica del país y el afán del mismo por reducir el tamaño de la burocracia existente.

El carácter de institución autónoma y especializada que actualmente tiene la Superintendencia podrían argumentarse, además, en beneficio de la antes mencionada postura. Por supuesto que para ello se requeriría un cambio que implicaría reformas legales y/o reglamentarias, institucionales, funcionales, y lo más importante, reformas en el sentido mismo del papel que actualmente ella desempeña en la sociedad ecuatoriana. Lo interesante del tema sería el descubrir el grado de factibilidad que sugerencias en este sentido tendrían, tomando en cuenta, además de los aspectos mencionados en el párrafo precedente, la forma en que funciona actualmente dicho órgano³⁵.

Un análisis serio en ese sentido definitivamente debería considerar la existencia legal de organismos sectoriales de control de competencia (como los propios del sector eléctrico y el de telecomunicaciones). Esto, pues en caso de que se analizara en profundidad la posibilidad de que Superintendencia asumiera el control de la protección y promoción de la competencia en el Ecuador podrían encontrarse conflictos de competencia administrativa con aquellos; en el mismo sentido, debe considerarse el papel del Defensor del pueblo, el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI, y todos aquellos órganos que de una u otra forma realizan controles en áreas relacionadas, como lo son: defensa del consumidor y propiedad intelectual.

³⁵ En el mes de febrero del año en curso se realizó un Seminario Introductorio sobre políticas públicas y legislación de competencia dirigido a funcionarios de nivel medio y de dirección de la Superintendencia de Compañías. Como resultado de ello, además de iniciar la discusión del tema ante una audiencia definitivamente relacionada con el mismo, se sembró al interior de la institución y sus directivos la inquietud por conocer más sobre la relación entre el tipo de control actualmente desempeñado y el que se

4.2.2.- LOS MERCADOS DE SERVICIOS PUBLICOS. EL SECTOR ELECTRICO

Para el análisis de la normativa de competencia al interior de los mercados de servicios públicos en el Ecuador se ha escogido por su relevancia y suficiencia para mostrar el líneas generales los problemas que pueden presentarse, el sector eléctrico. En este caso, es a partir del análisis de su legislación que se irán mostrando las posibles situaciones actuales y futuras en las que se pueden ver involucrados los usuarios (consumidores) y los oferentes del servicio.

4.2.2.1.- La legislación

Las normas jurídicas que actualmente rigen el sector eléctrico en el Ecuador fueron dictadas a partir de la "Ley de modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada" de 1993 que se promulgó ante el 'inminente' inicio de los procesos de privatización en el Ecuador, y mediante la que se establecen una serie de pautas para la realización de dichos procesos. Estas, al igual que la Ley y reglamento dictadas para el sector de telecomunicaciones, se limitan a contener la enunciación de la necesidad de establecer el respeto al régimen de competencia una vez que dichos sectores ya han sido privatizados; para cada caso se determinan las funciones de control en órganos diferentes; y no existen disposiciones concretas respecto de las formas de evaluación para determinar cuándo se ha incurrido

refiere a la competencia, y, el papel e importancia que actualmente tiene cada uno en las economías de mercado.

en faltas al régimen (a más de multas en ciertos casos de incursión en actos de competencia desleal).

Las antes referida legislación eléctrica está compuesta fundamentalmente por la Ley de Régimen del Sector Eléctrico y el Reglamento sustitutivo del reglamento general de la Ley de régimen del sector eléctrico.

La Ley de Régimen del Sector Eléctrico³⁶, establece en su artículo 5 los objetivos fundamentales de la política nacional en materia de generación, transmisión y distribución. Para el cumplimiento de dichos objetivos, la misma ley dispone la creación del Consejo Nacional de Electricidad o CONELEC.

La definición de dicho ente contenida en la Ley expresa: “persona jurídica de derecho público con patrimonio propio, autonomía administrativa, económica, financiera y operativa”. A éste se le otorga una serie de funciones y facultades que lo convierten en el órgano de regulación y control de una amplia gama de actividades relacionadas con el desarrollo del sector eléctrico del país entre las que se encuentra el control de competencia al interior del mismo.

Concretamente en lo que a competencia se refiere, el artículo 13 de la ley en su letra g, dispone como una de las funciones del CONELEC, la de "dictar las regulaciones que impidan las prácticas que vayan en contra la libre competencia en el sector eléctrico, y

³⁶ La Ley de Régimen del Sector Eléctrico s/n fue publicada en el Registro Oficial 43 del 10 de octubre de 1996. Hasta el momento ha sufrido una serie de reformas introducidas por la Ley 50 de enero 2 de 1998, Ley 58 de febrero 19 de 1998, Ley 98-14 de septiembre 30 de 1998 y por la Ley 2000-4 del 13 de marzo del 2000.

signifiquen concentración de mercado en desmedro de los intereses de los consumidores y de la colectividad, según el artículo 38 de esta Ley". Así es como queda establecido el CONELEC como órgano regulador del tema de competencia al interior del sector eléctrico y se verifican los objetos principales de protección para el caso específico de ejercicio de esta función: la libre competencia (como principio regulador del mercado), la no concentración (estructura del mercado por el lado de la oferta), los intereses de los consumidores (la demanda, parte débil de la relación) y de la colectividad (el bien común).

De una rápida mirada a las disposiciones legales correspondientes a la estructura del CONELEC, pareciera derivarse la intención de establecer una separación entre dicho órgano de control y aquellos sobre los que ejercerá sus funciones o se verán sometidos a sus disposiciones y regulaciones, los mismos que de conformidad con la ley son los generadores, transmisores, distribuidores³⁷, el CENACE y los clientes del sector eléctrico.

Sin embargo, podrían presentarse discrepancias entre esta intención y la realidad. Así, si se analiza la conformación del Directorio del CONELEC, se tiene lo siguiente: Legalmente dicho órgano está integrado por 7 miembros, uno de los cuales es un representante principal (con su respectivo suplente) de las Cámaras de Producción. Si

³⁷ Según el tipo de actividad que realizan las empresas eléctricas se han dividido en concesionarias de generación o generadores, definidas en el Reglamento como "la empresa o persona natural titular de una concesión o permiso o licencia para la explotación económica de una o varias centrales de generación eléctrica de cualquier tipo y que coloca su producción total o parcialmente en el sistema de transmisión o en la red de distribución"; concesionaria de transmisión, definida como la "titular de la concesión para la prestación del servicio de transmisión y la transformación de la tensión vinculada a la misma, desde el punto de entrega por un generador o un autoproducer, hasta el punto de recepción por un distribuidor o un gran consumidor"; y., concesionarias de distribución y comercialización, es decir "la titular de una concesión que asume, dentro de su área de concesión, la obligación de prestar el servicio público de suministro de electricidad a los consumidores finales".

se considera que, necesariamente las compañías generadoras, transmisoras y distribuidoras por exigencia legal deben constituirse como compañías anónimas y por tanto ser parte de las cámaras de producción correspondientes, el resultado, en un momento y circunstancias determinadas podría tener repercusiones sobre la manera de actuar del Directorio, esto es, en sus actividades de receptor denuncias, evaluar y juzgar situaciones, imponer sanciones, etc., incurriendo además, en una grave falta de coherencia con el principio de independencia que necesariamente deben tener los órganos que realizan control de competencia, según lo dispuesto por la doctrina y la experiencia.

En cuanto a la forma de realización de procesos sobre competencia en el sector eléctrico y las acciones previstas en la legislación respectiva, se encuentra lo siguiente: Una de las principales funciones señaladas para el Director Ejecutivo por la Ley en el artículo 18 es la de “prevenir, conocer y sancionar, en primera instancia, conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias entre los participantes del sector eléctrico, incluyendo a productores y clientes, de conformidad con las leyes y reglamentos correspondientes.” Las resoluciones del Director Ejecutivo son consideradas de primera instancia y son susceptibles de apelación ante el CONELEC (su Directorio) cuyas decisiones a su vez pueden impugnarse ante los jueces competentes.

En el caso de conflictos por competencia que involucrara a 'clientes' asumiendo a estos como consumidores la Ley no resulta clara sobre cuáles serían dichos “jueces competentes”. Una interpretación que considerara la naturaleza del conflicto como una situación perturbadora de los intereses de los consumidores, la ausencia de normativa

adjetiva específica, y las disposiciones de la actual Ley de Defensa del Consumidor podría derivar en la consideración de que agotada esta 'vía administrativa' los demandantes deberían recurrir a las autoridades judiciales señaladas en dicha norma jurídica³⁸.

Si en cambio se tratara de asuntos relacionados con o derivados de las relaciones entre la entidad pública concedente y la empresa concesionaria, la Ley ha señalado a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, como los órganos competentes.

Para el cumplimiento de la labor de protección de los intereses de los usuarios, la Ley establece para el CONELEC la facultad para iniciar "las acciones judiciales a que hubiere lugar". Así si se tiene que el conflicto se produce entre el órgano concedente (CONELEC) legalmente obligado a defender los intereses de los usuarios³⁹ y un concesionario, le correspondería resolver, conforme lo dispuesto por la misma Ley (artículo 21) a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo⁴⁰; o bien, si así ha sido determinado en el contrato de concesión respectivo, a árbitros (mediante

³⁸ La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor actualmente vigente fue publicada en el Registro Oficial del 10 de julio del año 2000. En su Capítulo I Principios generales, Art. 1, 2do. inciso, establece: "El objeto de esta Ley es normar las relaciones entre proveedores y consumidores ..."; en su Capítulo XIV "Competencia y Procedimiento", Art. 81, señala la facultad de la Defensoría del Pueblo para conocer y pronunciarse sobre los reclamos de los consumidores; y, en su Art. 84 establece la competencia para conocer y resolver sobre las infracciones a dicha Ley, del juez de contravenciones de la respectiva jurisdicción (en primera instancia) y (en caso de apelación) del juez de lo penal de la respectiva jurisdicción.

³⁹ Esta consideración pudiera resultar algo incoherente pues podría dar lugar a la existencia de un papel doble y contradictorio para el CONELEC. Papel que lo convertiría en determinados casos en juez para resolver conflictos de competencia y en otros (como en conflictos con concesionarios) en defensor de consumidores, asumiendo en estos últimos casos una posición que a decir de parte de la doctrina, presenta conflictos con el principio de defensa de la libre competencia.

⁴⁰ El Art. 38 de la Ley de Modernización en concordancia con esta disposición establece la competencia privativa y exclusiva de dichos Tribunales para conocer y resolver judicialmente todos los aspectos derivados de, y relacionados con todos los contratos administrativos.

mediación o arbitraje). Para el segundo caso mencionado las acciones y procedimiento podrían estar previstos en el mismo contrato y establecidos concretamente para conflictos por competencia. El problema sin embargo no presenta una clara resolución para el caso de que las acciones se llevaran por CONELEC o algún concesionario ante los Tribunales Distritales. Esto último porque los conflictos de competencia podrían darse entre concedente y concesionarios fuera de los términos previstos en el contrato, o sin relación con ellos.

Por otra parte, el Reglamento establece textualmente en su artículo 35: “los actos y hechos administrativos emanados del CONELEC que produzcan efectos jurídicos directos o indirectos, podrán ser impugnados por los afectados, en Sede Administrativa, de conformidad con lo previsto en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva”, pero deja claramente establecida la calidad de “optativa” de esta vía, pues los afectados pueden impugnar directamente por la vía judicial los actos o hechos administrativos ante el Tribunal Distrital correspondiente. De esta manera quedan configurados por disposición legal dos procedimientos para el caso de presentarse, conforme lo señalado por la Ley, “conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias”: el primero de carácter administrativo con dos instancias, y luego un judicial, posterior y definitivo⁴¹.

Además, el mismo Reglamento prevé igual procedimiento para las controversias que 'en materia eléctrica' se produzcan entre generadores, el transmisor, distribuidores, consumidores y el Centro Nacional de Control de Energía, en lo que a primera y

⁴¹ Sin embargo quedan muchas dudas pues la Ley no es clara en su diferenciación respecto de los procedimientos que corresponden según la composición de los demandantes (órgano concedente, concesionarios o consumidores).

segunda instancia se refiere y única y exclusivamente cuando las partes no hayan sometido el procedimiento a arbitraje o, no se haya previsto dicho mecanismo en los contratos respectivos; y, además establece la posibilidad de que los particulares dirijan solicitudes al CONELEC, las mismas que deberán ser resueltas conforme lo previsto por la Ley de Modernización en sus artículos 28 y 30 (salvo disposición en contrario de la Ley o el Reglamento).

Otro cuestionamiento importante a la forma de realización de los procesos podría derivarse de la ausencia de requerimientos sobre conocimientos jurídicos y económicos relacionados con políticas y legislación de competencia a los miembros del Directorio del CONELEC⁴².

Igual observación puede realizarse sobre el cargo de Director Ejecutivo pues la Ley al establecer los requisitos para el ejercicio de dicho cargo menciona el de “contar con experiencia de por lo menos diez años en el sector eléctrico”, pero omite una vez más los requerimientos relativos a la capacidad de evaluar situaciones relacionadas con el respeto a la libre competencia. En este caso, la ausencia de requerimientos de este tipo es aun más grave considerando la función de juez de primera instancia que le atribuye la Ley para determinados asuntos de competencia.

Además, ya en lo que respecta a la capacidad técnica del órgano de justicia señalado por la Ley, esto es los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, no se

⁴² El artículo 14 de la Ley de régimen del sector eléctrico, sobre la integración del Directorio, establece en su último inciso la exigencia de que “la designación de los delegados y representantes que lo confirman se realizará en personas con antecedentes técnicos de por lo menos diez años o profesionales en la materia”. Ello muestra su conveniencia cuando se trata de la ejecución de las funciones de carácter

encuentra en la Ley correspondiente ninguna exigencia a sus miembros relativa a conocimientos sobre temas de competencia.

En lo que se refiere a la competencia en sus aspectos sustantivos, la Ley en su artículo 38 (al que se remite el antes mencionado artículo 13 letra g), establece la prohibición de monopolios a través de la imposición de la segmentación y separación jurídica y económica entre los participantes del mercado eléctrico en sus diversas fases; y, la prohibición expresa del ejercicio de una serie de conductas que "tengan por efecto eliminar o dificultar la libre competencia o perjudicar a los consumidores por la vía de los precios", conductas que enumera dividiéndolas en cuatro categorías básicas: conductas monopólicas, políticas predatorias, discriminatorias y otras. El Reglamento correspondiente confirma la facultad reguladora del CONELEC a este respecto, agregando la necesidad del control de las prácticas que "signifiquen concentración de mercado", pero, en la misma línea que el artículo 13 de la Ley, antes mencionado, sólo menciona esto como medio o con el fin de proteger los intereses de los consumidores y de la colectividad.

En lo que se refiere a las formas de aplicar el principio de libre competencia se establecen diferencias según la actividad de que se trate. Así, la Ley, al tiempo que señala que las actividades del sector eléctrico serán realizadas por compañías autorizadas y establecidas en el país de conformidad con ella y con la Ley de Compañías, y además determina que a éstas les será aplicable el régimen legal para las personas jurídicas de derecho privado; establece diferencias respecto del régimen de competencia de cada actividad. Esto último es confirmado y desarrollado en el

técnico que debe realizar el CONELEC, pero no al momento de constituirse éste en el encargado de velar por el respeto del ejercicio del principio de libre competencia.

respectivo Reglamento, en su Capítulo II 'Del régimen de competencia aplicable', el mismo que en su artículo 6 señala: " Todas las actividades y servicios relativos a la generación de la energía eléctrica serán prestados por las personas naturales o jurídicas debidamente autorizadas por el CONELEC en régimen de competencia, según las Leyes, Reglamentos y Normas respectivas. La transmisión y distribución se ejecutarán como actividades con carácter de exclusividad regulada de conformidad con lo establecido en la Ley y este Reglamento".

Concretamente, en lo que respecta a las empresas de generación, el Art. 31 de la Ley 'Obligaciones de las empresas de generación', dispone textualmente que ésta se realizará "bajo los principios de transparencia, libre competencia y eficiencia"⁴³. Con ello se establece la posibilidad de existencia de varias empresas, las mismas que actuarán en el mercado, según el mismo artículo, asumiendo los naturales riesgos comerciales de dicha actividad y sujetándose a los "contratos de concesión o a los permisos otorgados por el CONELEC, así como a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables". Además existe la prohibición expresa de asociación entre empresas iguales para: negociación de contratos de suministro eléctrico o su cumplimiento, o de restricción directa o indirecta de la competencia; y la del control por una sola persona natural o jurídica de más del 25% de la potencia eléctrica instalada a nivel nacional.

En cuanto a la actividad de transmisión, la Ley establece la existencia de una sola empresa con ámbito nacional formada con los activos de propiedad del Estado

⁴³ Por su parte el Reglamento dispone en su Art. 8: "Generación. Competencia.- La actividad de generación será desarrollada como un proceso productivo de libre competencia por parte de las personas naturales o jurídicas autorizadas, mediante concesión, permiso o licencia, por el CONELEC, según las Leyes, Reglamentos y Normas respectivas."

correspondiente al Sistema Nacional Interconectado (pero con posibilidad de participación del sector privado en iguales términos que lo establecido para los generadores), la misma que, de conformidad con el Reglamento, operará bajo régimen de exclusividad⁴⁴. Ello quiere decir que la concesión será otorgada a una única empresa, que según lo dispuesto legal y reglamentariamente, no puede comercializar energía eléctrica y está obligada (con el pago de un peaje), a permitir el libre e igualitario (sin preferencias de ningún tipo) acceso de terceros a la capacidad de transmisión y transformación de sus sistemas⁴⁵.

En lo que a distribución y comercialización se refiere se ha dispuesto que dicha actividad se realice por empresas constituidas como sociedades anónimas y autorizadas por concesión bajo un régimen denominado de *competencia comparativa*. La existencia de este régimen implica la de concesiones para la realización de dicha actividad bajo *exclusividad regulada*. Ello significa que habrá empresas que realizarán su actividad de manera exclusiva en áreas geográficas determinadas y por tiempos establecidos en los respectivos contratos de concesión, los que además deberán contener "los mecanismos de control de los niveles de calidad de servicio, tanto en lo técnico como en lo comercial, y de identificación de las mejoras de cobertura". La Ley además establece

⁴⁴ No obstante, la misma Ley dispone que "el CONELEC podrá autorizar a un generador, distribuidor o gran consumidor a construir a su exclusivo costo y para atender sus propias necesidades una red de transmisión, con la finalidad de entregar energía al sistema de transmisión o recibir energía directamente de un generador, respectivamente, para lo cual el CONELEC establecerá las modalidades y forma de operación."

⁴⁵ Sobre el acceso sin preferencias la misma Ley dispone la existencia de excepciones cuando se fundamenten en categorías de consumidores o en diferencias concretas y objetivas que se determinen mediante el reglamento respectivo.

para los distribuidores, de manera expresa, la prohibición de generación de energía eléctrica.⁴⁶

El principio de libre competencia no sólo se encuentra en la ley respecto de lo que a las actividades del sector eléctrico se refiere, sino que además el Reglamento lo establece como una de las garantías que deben asegurar los procesos de concesión, en los que el CONELEC participa como autoridad concedente por delegación del Estado, siendo el estudio de estos procedimientos parte relacionada pero independiente del problema que aquí se trata.

Una vez expuestos de manera descriptiva los términos en los que se desarrolla el tema de la protección de la libre competencia al interior del sector eléctrico, de conformidad con las disposiciones de la Ley y el Reglamento respectivos, se realizan las siguientes observaciones.

4.2.2.2- LOS OBJETIVOS PREVISTOS Y LOS BIENES JURIDICOS PROTEGIDOS

Como se deduce de las disposiciones legales mencionadas, en lo que a competencia en el interior del sector eléctrico se refiere, y por lo menos declarativamente, los bienes jurídicos señalados como importantes y a proteger son básicamente: la libre competencia, la no concentración, los intereses de los consumidores y los intereses de la colectividad. Sin embargo si se analizan las disposiciones de la ley la intención de

⁴⁶ Sin embargo, la misma norma jurídica establece una excepción a esta prohibición en el caso de existencia de equipamientos propios al momento de entrada en vigencia de la Ley (siempre que se constituyan personas jurídicas diferentes e independientes para dicha operación).

protección de dichos bienes jurídicos no parece poder llevarse a efecto en su totalidad en parte por la falta de normativa que haga posibles los enunciados principios. Así por ejemplo y como se ha señalado en párrafos anteriores, el Reglamento, al referirse al control de la estructura del mercado eléctrico (número de participantes) a cargo de CONELEC, manifiesta la intencionalidad de mantener la ausencia de concentración al interior del mismo, con la finalidad de proteger intereses de usuarios y el bien colectivo. Ello podría entenderse como la asunción, por parte de la Ley, de una postura que en la práctica determinará que el órgano regulador, al momento de tomar decisiones, privilegie la defensa de los derechos del consumidor, antes que la abogacía por la libre competencia en si misma. De cualquier forma, el órgano de control requiere para poder pronunciarse contar con claros criterios sobre el tema "...estimular una mayor eficiencia y lograr un equilibrio apropiado entre los intereses de los dueños de los servicios públicos y los consumidores es una tarea difícil. Ella requiere de agencias poderosas e independientes con recursos suficientes y con una gran comprensión de la estructura de costos de la industria y de las compañías que regulan"⁴⁷.

Por otra parte, la eficiencia en la provisión del servicio no parece ser tomada en consideración de manera suficiente por la legislación eléctrica ecuatoriana. La consideración de que se trata de un bien público debería abogar por una mayor atención a este respecto. De manera especial tomando en cuenta que la legislación eléctrica está enmarcada en la intención de la privatización posterior de dicho servicio, de conformidad no sólo con sus disposiciones sino también con la intencionalidad del *proceso modernizador* del que es instrumento y con el discurso justificativo de la

⁴⁷ Thomas Steve, *La experiencia de Reino Unido en el sector eléctrico: el mito de la competencia*. Consumers International, América Latina: electricidad, telecomunicaciones y agua potable. La perspectiva de los consumidores. Congreso Internacional, marzo de 1998

privatización y la desregulación que señalan como su objeto común una eficiencia mayor no sólo en la asignación de recursos sino también en la provisión de servicios. Así, el objetivo mencionado debe ser asumido en la real importancia que tiene entre competidores, pues de lo contrario podría, sino perjudicarse directamente a los consumidores por lo menos dejarlos sin los medios adecuados para la exigencia de un buen servicio.

La ley menciona la eficiencia cuando se refiere los principios tarifarios (Art. 53 literal a) como uno de los 'parámetros internacionales' para la fijación de tarifas aplicables a los consumidores finales, sin embargo ello no es suficiente para garantizar el no perjuicio a los consumidores.

En este sentido deben considerarse todos los temas en los que la eficiencia en la provisión del servicio juega un papel importante al interior del sector eléctrico, tales como el establecimiento de requerimientos contractuales específicos previo el otorgamiento de concesiones para la realización de las diversas actividades; la seguridad de la presencia de dichos requerimientos en los contratos de renegociación posteriores; y, la inclusión de las opiniones de los consumidores al momento de renegociar.

En el área de generación, por ejemplo, en el que se ha consagrado el régimen de libre competencia, existe la disposición reglamentaria (Art. 79) que establece el compromiso de los generadores de “satisfacer en cada año calendario la demanda de potencia y energía que tenga contratada con sus usuarios, mediante el uso de su capacidad de generación firme”. Lo que interesa entonces es que además de la

realización de enunciados, exista en la legislación claridad en la normativa adjetiva general (no contractual específica) que exponga las formas de resolver los casos en que exista incumplimiento.

La ausencia de un trato que relieve la importancia de considerar los objetivos antes mencionados se pone de manifiesto también al momento de analizar los mecanismos o procedimientos de evaluación de las llamadas conductas anticompetitivas, los que no aparecen en la Ley ni el reglamento y sobre lo que se volverá más tarde.

4.2.2.3- LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

El artículo 38 de la Ley, expuesto en párrafos anteriores establece una especie de clasificación de conductas anticompetitivas que menciona tres formas principales de estas: conductas monopólicas, predatorias y discriminatorias, dejando además un margen para aquellas (no calificadas bajo nombre alguno) que tengan por efecto “eliminar o dificultar la libre competencia en el sector eléctrico o perjudicar a los consumidores por la vía de los precios”.

Dicha norma jurídica ejemplifica, señala los objetivos o intenta definir cada tipo de acción mencionada, pero al hacerlo, además de contrariar una regla fundamental de la técnica que significa utilizar un mismo criterio al realizar una clasificación o tipología, olvida la revisión previa de la doctrina, del trato que legislaciones al respecto han brindado al tema, así como de la experiencia, que se ha visto marcada con la aparición de formas cada vez más complejas de conductas que configuran nuevos esquemas de accionar en contra de la libre competencia o en perjuicio de los consumidores. Esta

afirmación puede verificarse a partir de la revisión de los conceptos que la doctrina ha aceptado para cada tipo de conducta y de las clasificaciones o tipologías generalmente aceptadas, algunas de las cuales se han mencionado con anterioridad.

La ley al ejemplificar *conductas monopólicas* textualmente dice: “tales como la colusión para la fijación de precios por encima de aquellos que existirían en ausencia de dicha *conducta colusiva*” con lo que se podría dar lugar a una confusión de definiciones que llevaría a igualar un accionar propio de lo que la doctrina ha llamado conductas anticompetitivas bilaterales (que implican necesariamente la participación de más de un oferente) como lo es la colusión, con una situación que en primera instancia y en su elemental concepción tiene la característica de implicar a un solo oferente.

En la misma línea puede verificarse la falta de consideración de temas relevantes y de actualidad. A manera de ejemplo baste señalar lo relativo a la noción de *posición dominante*. Para dicho efecto podría partirse del señalamiento de una noción elemental y poco compleja de monopolio. Su presencia, bajo una simple apreciación, implica la existencia de un oferente en un determinado mercado con el poder suficiente para imponer su voluntad sobre los oferentes menos importantes del mismo producto o servicio y los consumidores que concurren a dicho mercado. Poder que se manifiesta en la capacidad para realizar acciones individuales que resulten en la imposición del precio, la calidad, las formas de comercialización sobre el mercado relevante⁴⁸ de un producto. El ejercicio de ese poder para influenciar el mercado en su único beneficio y

⁴⁸ El mercado relevante de producto comprende todos los productos o servicios que el consumidor considera como intercambiables o sustituibles. Partiendo de esta definición, la delimitación del mercado requiere de un análisis complejo basado en criterios intrínsecos y extrínsecos. Los primeros aluden a las características del producto, el precio y el uso. Los segundos aluden a las condiciones de competencia desde el punto de vista de la demanda y de la oferta

contrariando los intereses de los consumidores, la eficiencia y en general los objetivos generales de la libre competencia, lo sitúan en una posición privilegiada de la cual puede abusar, configurando lo que la doctrina denomina *abuso de posición dominante*. Este es un concepto que en las legislaciones modernas de competencia es considerado de vital importancia y que constituye una de las categorías más estudiadas por los importantes efectos de su presencia sobre los mercados, y que, sin embargo no es considerada por la legislación en análisis.

Los anteriores señalamientos sirven para indicar que una mejor referencia a conductas prohibidas podría haberse realizado si se utilizaba alguna de las clasificaciones que la doctrina ha desarrollado. Recurriendo por ejemplo a la que divide las conductas anticompetitivas en: acuerdos bilaterales, horizontales o verticales que pueden configurar prácticas colusorias, exclusorias y conductas de explotación; actos unilaterales, abuso de posición dominante que puede configurar acciones de explotación, de exclusión y predatorias; las concentraciones económicas y las fusiones.

Otro aspecto que dentro del tema en análisis parece no haber sido suficientemente considerado es el que tiene que ver con la naturaleza misma de los servicios de generación, transmisión y distribución de electricidad. La discusión respectiva debería tomar en cuenta tanto la postura tradicional, que define al sector eléctrico como un monopolio natural y que se sustenta en cuestiones técnicas, económicas y en argumentos de rentabilidad social; y también aquella que aboga por la posibilidad de apartarlo de dicha categoría a través de la revisión de los avances resultado de la evolución tecnológica que pueden producir cambios en las condiciones de prestación

del servicio. Especialmente cuando la Ley ha determinado pertinente la existencia de la figura de la 'exclusividad regulada'.

"... cuando el ordenamiento jurídico establece un monopolio de derecho y consagra que un grupo privado tiene su explotación se estanca la posibilidad de evolución. En cambio, aún con el actual estado de la tecnología, en gran número de servicios públicos es posible pensar que pueden existir formas de prestación privada en competencia y es el derecho el que puede proporcionar los instrumentos idóneos que permiten su prestación en un régimen de competencia".⁴⁹

4.2.2.4- LA DIVERSIDAD DE REGIMENES PARA CADA TIPO DE ACTIVIDAD

Existen argumentos a favor de mantener los monopolios estatales en el sector eléctrico. Estos se fundamentan en las características propias de la electricidad; los costos adicionales que impone la competencia; la necesidad de la existencia de subsidios cruzados para llegar a consumidores más pobres (no posible en un sistema totalmente competitivo); las grandes economías de escala, complementariedad de los procesos e integración de los mercados que caracterizan a las actividades del sector (lo que redundaría en que en países con mercados reducidos sea más eficiente el que la actividad la realicen empresas que puedan llevar a cabo al mismo tiempo los distintos procesos y puedan atender distintos mercados y servicios); el que el fraccionamiento del servicio lleve a prestar estos a precios más altos por la generación de mayores costos que en los sistemas integrados; entre otros.

⁴⁹ Bersten, Luis Horacio Luis. *Competencia e interés del consumidor en los servicios públicos privatizados*.

La Ley de Régimen del Sector Eléctrico sin embargo, en correspondencia con el proceso del que es instrumento y los criterios que lo sustentan, ha determinado la fragmentación de dicho sector determinando para cada actividad del mismo, un régimen de competencia distinto. Para la generación de energía eléctrica se ha previsto el régimen de *libre competencia*; para la transmisión el de *exclusividad nacional*; y para la distribución y comercialización el de *competencia comparativa*.

Cada uno de estos regímenes señalado por la Ley al parecer fundamentándose básicamente en criterios de carácter técnico, pero al parecer no se abordaron de forma suficiente sus repercusiones sobre la competencia y los objetivos principales que la misma ley menciona para ella. Un análisis de estos aspectos reviste importancia en la pretensión de evitar las nefastas consecuencias que se han verificado para los intereses del Estado, la defensa de la competencia y los derechos de los consumidores en otros países que incurrieron en el cambio de un sistema de prestación de servicios basados en el monopolio estatal a otro fundamentado en monopolios u oligopolios privados (que por su naturaleza económica, encaminan su labor en función de la obtención de lucro y no de otros objetivos de carácter social previstos para los primeros). El riesgo mayor es que se llegue a la generación de verdaderos *monopolios extranjeros subregulados*, lo que significa el escape del necesario control estatal de las empresas encargadas, que al ser (generalmente) empresas de servicios públicos de grandes países desarrollados, tienen como principal objetivo el de repatriar la mayor cantidad de utilidades posibles a su país de origen. En el objetivo de evitar esto se han señalado varias recomendaciones en lo que respecta a elementos de estructura y regulación del mercado en el sector de electricidad entre las que se encuentran : el establecimiento de los requisitos

estructurales para una competencia efectiva entre los generadores; las formas de asegurar a los proveedores de electricidad competidores acceso igualitario a las instalaciones de transmisión; y, los mecanismos para asegurar el funcionamiento confiable y eficiente de los sistemas de electricidad en un marco de competencia.

En lo que a la actividad de generación se refiere, como ya se ha dicho, se ha establecido la posibilidad de la existencia de varias empresas concesionarias para la prestación de dicho servicio. Dichas empresas tienen la prohibición expresa de asociación para negociación de contratos de suministro eléctrico o su cumplimiento, o de restricción directa o indirecta de la competencia; y la del control por una sola persona natural o jurídica de más del 25% de la potencia eléctrica instalada a nivel nacional. Estas prohibiciones aparentemente abogarían por la existencia de un mercado de generación eléctrica no concentrado. Sin embargo los criterios que exponen no parecen suficientes para mantener la competencia y lograr este objetivo. Especialmente tratándose de una actividad que técnicamente puede desarrollarse en un sistema competitivo, pero que no ha demostrado en la práctica ser el más beneficioso de los regímenes para objetivos como la protección de los derechos del consumidor por motivos como los altos costos de inversión que se requieren para la instalación de una planta generadora o el cierre de alguna debido a su baja rentabilidad sin considerar las consecuencias sobre el suministro⁵⁰.

La Ley dispone que la actividad de transmisión sea realizada por una sola empresa con ámbito nacional que operará bajo régimen de exclusividad. Las razones para la

⁵⁰ La expuesta es una más de las numerosas situaciones que en la práctica pueden rivalizar a objetivos propios de la legislación de competencia, y sobre las que deben establecerse criterios o pautas concretas que dirijan la acción del órgano controlador al momento de decidir.

existencia de una única empresa encargada son de carácter técnico principalmente. Esta situación impuesta por razones prácticas y jurídicas debería ser motivo para un minucioso análisis previa la realización de la concesión prevista por la norma legal. Las razones se encuentran en el hecho de que se trata de activos de propiedad del Estado correspondiente al Sistema Nacional Interconectado y por lo tanto es necesario garantizar que estos no sean concedidos a precios inferiores a su costo de oportunidad (lo que significaría beneficios únicamente para los concesionarios); y, en el hecho de que, si se ha optado por éste sistema es necesario probar su eficiencia.

La legislación ha determinado que las actividades de distribución y comercialización se realicen bajo el régimen de competencia comparativa, que como ya se ha indicado conlleva el de exclusividad regulada. Este sistema no significa otra cosa que el establecimiento de 'monopolios regionales legales' que involucran una previa repartición geográfica del mercado de prestación del servicio a los consumidores finales de energía eléctrica. Se ha establecido éste como un régimen de carácter temporal o transitorio⁵¹ que desembocará luego en la apertura hacia la competencia total pero que sin lugar a dudas durante su existencia no implicará para nada tipo alguno de competencia (en este punto sería bueno que se revisara el término 'competencia comparativa'). En consecuencia con esto, parece imposible que esta actividad vaya a dar trabajo al órgano regulador de la competencia en los aspectos relacionados directamente con ella, pues sería iluso afirmar que existirá competencia, al menos durante la vigencia de este régimen. Por otra parte, en lo que se refiere a la situación de los derechos del

⁵¹ Un aspecto importante que debe considerarse es el del tiempo de vigencia de las concesiones iniciales de distribución. Al respecto vale el previo análisis de lo ocurrido en países que ya pasaron por situaciones similares. En la República de la Argentina, por ejemplo, se establecieron concesiones de distribución eléctrica domiciliar para el lapso de noventa y cinco años, lo que a decir de muchos no implica otra cosas que el establecimiento de segmentos de "consumidores cautivos" que carecen de cualquier posibilidad de elección.

consumidor (como objetivo o fin aceptado de la competencia), y puesto que la Ley ha dispuesto que los contratos de concesión deberán determinar los mecanismos de control de calidad del servicio, los usuarios tienen (además de las acciones concedidas por la Ley de Defensa del Consumidor) la posibilidad de recurrir a las acciones previstas en la Ley y el Reglamento del sector eléctrico para los casos relacionados con asuntos contractuales (el problema es que no existe claridad en dichas normas adjetivas).

4.2.2.5.- EL ORGANO DE CONTROL

Como antes se ha señalado el órgano establecido por la Ley para la realización del control de competencia al interior del sector eléctrico es el CONELEC. Sobre el mismo se han realizado previas observaciones en lo relativo a su estructura orgánica y las repercusiones que ésta, en su actual estado, podría tener para la correcta realización de sus funciones (en cuanto a la posible afectación a la independencia del mismo). En la misma línea se ha tocado el tema de la falta de requerimientos de conocimientos jurídicos y económicos sobre competencia a sus integrantes (Director Ejecutivo y Directorio básicamente) como una evidencia de la poca profundidad con que aparentemente se determinaron las funciones, lo que en lo posterior podría redundar en la incapacidad práctica para hacer efectivos los controles previstos. La designación de estos mediante una previa selección que dé prioridad a conocimientos sobre el tema (concurso de méritos por ejemplo) podría ser una de las mejores soluciones en el interés de asegurar la capacidad de evaluación de sus integrantes. Claro que para ello se

requeriría de un previo renunciamiento a los ya conocidos 'otros intereses' que parecen primar en las designaciones de funcionarios en nuestro país.

Otro aspecto importante es el que se refiere al desempeño de funciones para el cumplimiento de su labor de control. La Ley ha determinado la "autonomía administrativa, económica, financiera y operativa" del CONELEC, ello es bueno pues concuerda con las generales recomendaciones de la doctrina sobre la naturaleza jurídica de los entes reguladores de competencia y con los requerimientos de la experiencia. Sin embargo, no parece haber profundizado en lo que respecta a las facultades que éste necesita para dicho ejercicio, tales como la realización de investigaciones, formas y criterios determinantes para la adopción de decisiones e imposición de sanciones, etc. Esta situación podría ser subsanada de diversas maneras, las posibilidades incluyen reformas legales; o, si existiera una Ley general de competencia en el Ecuador, a través de remisiones a la misma.

En cuanto al papel de los consumidores en la estructura de los organismos de control. Nuevamente parece lo más justo revisar las experiencias. En la República de Argentina a través de reforma constitucional (1994), en un intento por asegurar imparcialidad y disminuir la percepción de 'entes comprometidos en la protección de las empresas' por parte de la población, se dispuso que los organismos de control debían contar con la necesaria participación de las asociaciones de usuarios y consumidores y de las provincias interesadas. El logro de este objetivo ha evidenciado no ser tarea fácil entre otras cosas porque en la práctica "existe un fluidos pasaje de la actividad privada prestación del servicio a la estatal de regulación o viceversa y, además diversas formas

de captación del regulador por el regulado"⁵². Esto último se muestra como una situación con grandes posibilidades de repetición en el Ecuador si la ley no se pronuncia desde ya al respecto⁵³.

4.2.2.6- LOS PROCEDIMIENTOS PREVISTOS, LAS FORMAS DE EVALUACION Y SANCIONES

Como antes se ha manifestado, la Ley y el Reglamento otorgan al CONELEC facultad para la resolución de conflictos de competencia, con lo que además de órgano regulador es el encargado de resolver en la instancia administrativa. Esto pues aunque no se ha encontrado claridad en la diferenciación de los procedimientos previstos, ni separación clara entre las acciones que a los involucrados otorga la Ley, parece dilucidarse que existen dos procesos: por la vía administrativa (Director Ejecutivo, Directorio del CONELEC) y la posibilidad de apelación recurriendo a la vía judicial (Tribunales de lo Contencioso Administrativo). A este respecto, además, sería conveniente concordar las acciones de los consumidores que se prevén (de forma poco clara) con la Ley vigente sobre sus derechos que da un papel protagónico al Defensor del Pueblo.

Las sanciones a imponerse para los casos de conflictos de competencia no están claramente definidas para el caso de comportamiento anticompetitivo de que se trate ni se ha considerado las diferencias en la gravedad de las mismas. Como ya se ha

⁵² Bersten, Horacio Luis . Op.cit

⁵³ Baste recordar la situación al interior del órgano de control de las Instituciones del Sistema Financiero y la cantidad de altos funcionarios de dichas instituciones (incluso dueños de estas) que el país ha tenido que "sufrir" como Superintendentes.

mencionado en repetidas ocasiones, no se han fijado criterios claros que sirvan de principios a los que debe sujetarse el CONELEC al momento de resolver.

Criterios que consideren que por sus características, un mercado como el de electricidad, no puede admitir regulaciones de competencia que sólo estén asociadas con el número de competidores (las regulaciones deben sobre todo garantizar que se creen las condiciones para que los participantes tengan un comportamiento como el que tendrían en una situación de competencia), por lo que es necesaria la participación del ente regulador realizando por ejemplo análisis de concentraciones económicas. Criterios que se establezcan luego de una previa discusión que los confronte o armonice con los que rigen los Derechos del Consumidor (que además son legislación en la República) en el objetivo de establecer los mecanismos capaces de equilibrar las desigualdades que el propio mercado produce, bajo la consideración de que la energía eléctrica es un bien indispensable para la vida y que los consumidores en países como el Ecuador se encuentran en una posición aun más débil que la usualmente señalada para la relación empresa - usuario. Principios relacionados con la necesidad de brindar información veraz y comprensible a la población, y en general educar al consumidor en sus derechos, pues el órgano regulador no sólo debe encaminar su labor a la protección de la competencia sino también a la promoción de la misma.

Finalmente, a pesar de que respecto de que se menciona como materia de recursos a conflictos derivados de incumplimientos contractuales (contratos de concesión), es necesaria la precisión sobre la materia que puede ser recurrida, si sólo se trata de cuestiones de derecho o bien puede involucrar la revisión total de la causa, esto es, incluyendo los hechos que la motivaron o que se fueron presentando en el proceso.

V.- CONCLUSIONES

Las conclusiones a las que se ha llegado luego del trabajo realizado pueden presentar además de las limitaciones de carácter temporal ocasionadas por las razones expuestas en el capítulo introductorio, aquellas que naturalmente aparecen por constituir el tema abordado un aspecto muy poco discutido hasta ahora. Esto pues, la riqueza producto de las discusiones en círculos de profesionales con un interés similar en el tema, y claro está con experiencia en el mismo, ha sido una falta que sin duda se reflejará en el documento.

Con estas observaciones, a continuación se han señalado algunas recomendaciones sobre los asuntos tratados a lo largo de los capítulos que constituyen el cuerpo de la tesis.

- En primer lugar debe señalarse que en la intención de que las políticas y legislación de competencia sean jurídicamente apropiadas al ordenamiento jurídico ecuatoriano y al mismo tiempo eficaces, es necesario discutir y adoptar previamente una noción de competencia. Ello significa que se haya establecido qué se entiende por competencia y qué fines deben inspirar su desarrollo.

En este punto lo principal es descartar la intención de incluir en la norma jurídica una definición que se constituya únicamente en modelo teórico como lo es el de la competencia perfecta. Las razones para esta afirmación se encuentran en el análisis de la evolución de la doctrina y de los ordenamientos jurídicos que han influenciado las

legislaciones de competencia en los Estados de la CAN. A partir de dicho análisis se verifican los cambios que se han producido por el paso a visiones más dinámicas del mercado; y, la ausencia de mercados con las características requeridas para que modelos como el mencionado tengan efectiva realización. Otra razón, es que la noción de competencia perfecta, desvirtúa el principio ordenador que implica la presencia del Estado en la economía ecuatoriana, lo cual se respalda con la fijación del modelo de economía social de mercado, que realiza la Norma Suprema. Además, con su aceptación, deja de ser considerado el señalamiento constitucional del derecho de 'libertad de empresa con sujeción a la ley', que evidentemente se enuncia como una clara deferencia a la necesidad de realizar al mismo tiempo que intereses económicos, la protección de otros intereses que las 'fuerzas del mercado' no consideran al actuar.

En consecuencia la noción de competencia que se adopte debe considerar no sólo la noción subjetiva del derecho de libertad de empresa, sino también aquellos principios que evidencian las funciones político sociales de ésta. Ello en concordancia no sólo con los postulados doctrinales, sino también con la lógica deducción a la que inducen las disposiciones constitucionales ecuatorianas.

- Como ya se ha señalado, son diversas las posturas asumidas por la doctrina y las legislaciones respecto de cuáles deben ser los fines u objetivos a los que deben dirigirse las políticas y la legislación de competencia. Bajo los sistemas jurídicos estadounidense y europeo, que han sido adoptados como modelos por las legislaciones de los Estados de la CAN, subyacen filosofías diferentes, tal como se ha explicado en el capítulo segundo del presente trabajo de tesis.

La tendencia en los Estados del área andina, parece dirigirse hacia el predominio de la consideración de eficiencia económica, olvidando importantes fines de la competencia relativos a la protección de intereses sociales y políticos de los individuos no como sujetos económicos, sino como ciudadanos de los Estados. La legislación que sobre competencia se llegue a promulgar en el Ecuador deberá tener la conciencia de que su principal objetivo será la permanencia y control del sistema de economía social de mercado adoptado por el Estado. Ello implica que no se constituirá como un sistema de protección de intereses de una clase o actor económico determinado (empresarios u oferentes), aunque su ámbito de aplicación sea la regulación de sus conductas. En consecuencia, si bien sus objetivos de desarrollo de actividades y mercados competitivos, eficiencia económica, impulso de la libre empresa, y sanción de actividades monopólicas son los principales; existen objetivos que guardan relación con el ejercicio de la misma, como la defensa del consumidor; y también otros que necesitan ser armonizados con aquellos, como por ejemplo los relativos a las políticas de desarrollo (industrial, agrícola, social, etc.).

Además debe recordarse que aunque los objetivos relacionados con la promoción de la competencia, no han sido muy atendidos en el resto de legislaciones andinas especialmente en lo que se refiere a las relaciones de la competencia con la privatización y la desregulación, ello no debería ocurrir también con la legislación ecuatoriana. Tampoco debería olvidarse la necesidad de contar con disposiciones que traten de promover la aceptación de las bondades de la competencia a través de la divulgación de información, y, de construir una “cultura de la competencia.”

Finalmente, la situación del Ecuador como integrante de la Comunidad Andina, es otro tema que debe ser considerado al momento de la determinación de los fines de la legislación de competencia. A estos efectos, se requeriría además del ya establecido sometimiento a la normativa subregional para los casos con efectos fuera del territorio nacional, cuando menos, la armonización de los objetivos de ambas legislaciones, a fin de evitar contradicciones.

- En relación con las prácticas anticompetitivas, las actuaciones que reflejan abusos de posición dominante, y el control de las concentraciones, es importante contar con los mecanismos de aplicación y las consecuencias de la incorporación de los criterios per se y de razonabilidad que deben ser analizados al momento de promulgar la legislación sobre competencia. A este respecto, podría ser de gran utilidad el estudio comparativo de la incorporación que las legislaciones de los Estados de la CAN han realizado de ellos; así como, la diferenciación, según el tipo de práctica de que se trate, de las consecuencias y beneficios de dicha aplicación.

También debe abogarse por la claridad en la diferenciación de los diferentes tipos de prácticas anticompetitivas que han sido reconocidas por la doctrina y las legislaciones, pues en caso de existir confusión el cumplimiento de los objetivos de la legislación de competencia podría peligrar. En este punto no debe olvidarse la necesidad de un régimen de excepciones para los casos en que objetivos distintos a los naturales de la legislación de competencia deban ser considerados en atención o deferencia a la consecución de otros también importantes. Así, estableciendo expresamente la excepción de acuerdos para investigación y desarrollo, por ejemplo, se impulsaría y favorecería el progreso técnico.

Un aspecto importante son las disposiciones relativas a control de concentraciones, muy necesarias en el contexto económico actual. Sería conveniente que la legislación sobre competencia en el Ecuador incorporara los criterios para el análisis de las mismas. A este respecto, convendría considerar no sólo el principio de razonabilidad (generalmente usado en beneficio de los objetivos de eficiencia y bienestar del consumidor), sino también criterios que beneficien la consecución de otros fines. Ello requiere de una previa definición de los objetivos primordiales que pretende alcanzar la legislación, para lo cual debe conjugarse la observación presente, con las anteriormente señaladas.

- La determinación de las características propias del mercado ecuatoriano, especialmente la presencia de concentración en algunos sectores debe ser considerada al momento de pensar en políticas públicas y legislación de competencia. El realizar lo antes mencionado, llevaría quizás a deducir que dado el tamaño de algunos mercados, en determinados sectores, la concentración sería inevitable. Por lo tanto, quizás convendría determinar la posibilidad de la existencia de exenciones, o el requerimiento de análisis concretos sobre prácticas que no muestren seguridad sobre su naturaleza anticompetitiva. Todo ello según las diversas funciones y principios que rigen la competencia y que en la práctica han determinado la necesidad de privilegiar uno u otro.

Tampoco debe olvidarse la defensa de la eficiencia. En el corto plazo, dicha defensa efectivamente produce beneficios para los consumidores, pero en el largo plazo, si no se acompaña por consideraciones de carácter social (los tantas veces mencionados objetivos políticos-sociales, políticos-económicos, etc) podría producir el

desplazamiento de vastos sectores de la población hacia el desempleo (trabajadores de las no eficientes empresas), con la consecuente reducción del ya pequeño mercado ecuatoriano

En el cumplimiento del objetivo de hacer que la Ley sea realmente eficaz en su aplicación, sería conveniente la revisión detallada de la dispersa normativa existente hoy en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Necesariamente se presentarán situaciones que exijan la derogación de algunas leyes y la adecuación de otras. Todo ello considerando el beneficio para la eficacia (y operatividad) que el Derecho requiere.

La revisión del derecho comparado, por lo menos de las legislaciones andinas sobre competencia vigentes sería de mucha utilidad. A nivel subregional, las experiencias que han tenido las autoridades de control de la competencia en los Estados que ya cuentan con una legislación de competencia (Venezuela, Perú y Colombia) seguramente servirán de mucho para la determinación de la orientación de la Ley. El iniciar y llevar adelante el trabajo requerido para la promulgación de una ley ecuatoriana, considerando experiencias concretas podría resultar de mucho provecho para el establecimiento de una legislación eficaz de la competencia.

- La situación de los servicios públicos que vayan a ser prestados por empresas privadas debe ser analizada con rigor. Las razones para ello han sido expuestas tomando como ejemplo los posibles problemas que podrían presentarse en el sector eléctrico, sin embargo la mayoría de las observaciones valen también para la provisión de otros servicios públicos. Particularmente no deben olvidarse las referentes a los reales beneficios de la competencia para los consumidores y para el Estado como

concesionario, y al papel de los órganos de control si es que se resuelve mantener estos independientes del órgano de control de la competencia para los oferentes del sector privado en razón de las características de los servicios ofrecidos.

BIBLIOGRAFIA

Abanto Vásquez, Manuel. *El Derecho de la Libre competencia*. 1ra. Edición. Editorial San Marcos. 1997:

Alvarado María de Loudes, Barrera Alex, Defaz Magdalena. *Control de fusiones en el Derecho de la Competencia*. Trabajo realizado para la cátedra de Derecho Económico, Maestría de Derecho Económico. Universidad Andina Simón Bolívar, 1999.

Banco Mundial, Organización para la cooperación y el desarrollo económico. *La política de competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana*. Resumen interpretativo de la conferencia “Foro de las economías emergentes de mercado” celebrada en Buenos Aires, Argentina, del 28 al 30 de octubre de 1996. <http://www.JLACOMP.ORG>

Cabanellas, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de defensa de la competencia*. 2da. Edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina 1983.

Carpio, Miguel R. *Análisis Económico de la Legislación de Competencia*. <http://www.platino.gov.ve/procompetencia>

De León, Ignacio. *Un enfoque alternativo de políticas para la promoción de la competencia en economías en transición*. <http://www.JLACOM.ORG> . 1998.

Diez Canseco Nuñez, Luis. *Competencia e integración en América Latina: Reflexiones sobre su importancia y sobre los temas que deberían ser considerados*. <http://www.cefir.org.uy/>

Dubois, Jean. *Experiencia práctica en el campo de la competencia de la Unión Europea desde una perspectiva jurídica*. <http://www.cefir.org.uy/>

García-Palecia Cebrián, Rafael. *Eseperiencias de la Unión Europea en el Area de Política de Competencia*. <http://www.cefir.org.uy/>

Garmendia, Eduardo. *Las hipótesis puestas a prueba: la Comunidad Andina*. <http://www.cefir.org.uy/>

Guzmán, Marco Antonio. *Derecho Económico Ecuatoriano I, 1era edición*. Serie “Estudios Jurídicos” volumen II. Corporación Editora Nacional. Ecuador 1996.

Graham Edward M., Richardson David. *Un camino de E.U. y la U.E. hacia el multilateralismo en política internacional de competencia*. <http://www.cefir.org.uy/>

Ibarra Pardo, Gabriel. *Políticas de competencia en los procesos de integración en América Latina*. <http://www.cefir.org.uy/>

Ibarra Pardo, Gabriel. *Regímenes de competencia y políticas de competencia en América Latina, con especial referencia al Grupo Andino*. <http://www.cefir.org.uy/>

Jatar, Ana Julia. Tineo Luis. *Competition policy in the andean countries: The ups and downs of a policy in search of its place* www.JLACOMP.ORG. 1998.

Oliveira, Gerner. *La política antimonopolista de Brasil: tendencias recientes y desafíos futuros*. Perspectivas Económicas. Vol.4 No.1. <http://www.usia.gov/journals/ites>. 1999.

Palim, Mark. *The resourgen of competition law in Latin America*. <http://www.usia.gov/journals/>

Pérez Miranda, Rafael. *Propiedad Industrial y Competencia en México. Un enfoque de Derecho Económico*. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México, 1999.

Pindyck, Robert S. I Rubinfeld, Daniel. *Microeconomía*. Editorial Limusa S.A. de C.V.. Grupo Noriega Editores. México, 1997

Pittman, Russell. *La razón de las políticas de competencia, especialmente para las economías en desarrollo*. <http://www.JLACOMP.org>

Samaniego Bordu, Gonzalo. *Efectos y límites de la competencia y de los regímenes de competencia*. <http://www.cefir.org.uy/>

Sierra, Enrique C. *Ecuador: la política social en el marco de las políticas de ajuste y de los cambios neoliberales, en Políticas Sociales y Pobreza*. FISE-CORDES. Quito. Corporación de Estudios para el Desarrollo (CORDES), 1994

Tineo, Luis. *Políticas de competencia en la construcción del Area de Libre Comercio de las Américas*. <http://www.cefir.org.uy/>

USIS. *Perspectivas económicas Vol.4, No.1*. <http://www.usia.gov/journals/ites>

Viciano, Javier. *Libre competencia e intervención pública en la economía: acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia; España, 1995.

PAGINAS WEB

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Argentina):
<http://www.mecon.ar/ende/home.htm>

Other Competition sites worldwide
<http://www.europe.eu.int>

OECD. Competition/Antitrust Policy
<http://www.oecd.org>

Instituto de Defensa de la Competencia, Perú
<http://www.indecopi.gob.pe>

Universidad de Texas
<http://www.lanic.utexas.edu>

Superintendencia para la promoción y protección de la Competencia. Venezuela
<http://www.platino.gov.ve/procompetencia>

Unctad
<http://www.unctad.org>

Competition Policy Database
<http://www.apeccp.org.tw>

Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia (España)
<http://www.meh.es/comun/dgpedc.htm>

Dirección General sobre Competencia de la Comunidad Europea
http://www.europa.eu.int/comm/dg04/index_es.htm

The journal of latin american competition policy
<http://www.jlacomp.org>

<http://www.antitrust.org>