

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLIVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN DERECHO DEL MERCADO

LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA AL

SECTOR BANCARIO ECUATORIANO.

MARCO ANTONIO RODRÍGUEZ PROAÑO

2006

DECLARACIÓN

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

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

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

Marco Antonio Rodríguez Proaño

27 de septiembre del 2006

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLIVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN DERECHO DEL MERCADO

LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA AL

SECTOR BANCARIO ECUATORIANO.

MARCO ANTONIO RODRÍGUEZ PROAÑO

2006

DRA. XIMENA ENDARA OSEJO

QUITO – ECUADOR

Resumen

La presente es una investigación de carácter doctrinario, sobre los fundamentos del derecho de la competencia y su aplicación a un sector de la economía sumamente importante y por ello extensamente regulado, como lo es el mercado bancario.

En el ámbito mundial ha sido frecuente la discusión sobre si las normas que se promulgan de forma general para regular los mercados, pueden o deben ser aplicadas a un mercado tan sensible como el financiero, tal discusión se da por varias consideraciones que van desde el entender a los servicios bancarios como un servicio público y no como un servicio al público hasta el señalar que las entidades bancarias son instrumentos, en muchos casos, de la política monetaria o crediticia de un Estado, lo que impediría aplicarle en términos generales las normas sobre competencia.

La discusión a la que se alude, ha sido zanjada a través de varios fallos de jurisprudencia, ello en el ámbito de la Comunidad Europea y de los Estados Unidos de América, sin embargo en nuestro país es aún un tema que debería ser parte de las discusiones de la elaboración de una política de competencia, discusión a la que pretendería, en algo, contribuir este documento.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Universidad Andina Simón Bolívar, casa de estudios en la que de la mano de los docentes pude profundizar en temas académicos de trascendental importancia para una real comprensión del derecho. Un especial agradecimiento a la doctora Ximena Endara, quien en su cátedra supo introducir siempre una visión crítica sobre temas aparentemente superados.

CONTENIDO

	Página
CAPÍTULO I	
1. Introducción	7
1.1. La Constitución Económica en el Estado Social de Derecho	13
1.2. El Derecho de la Competencia como consecuencia de la Economía Social de Mercado	21
1.3. Bienes jurídicos protegidos en el Derecho de la Competencia.	29
1.3.1. El Mercado.	30
1.3.2. El Consumidor	31
1.3.3. La empresa	33
CAPÍTULO II	
2. Conductas restrictivas de la libre competencia señaladas en la Decisión 608 “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”.	36
2.1. Posición de Dominio	37
2.2. Abuso de la Posición de Dominio	42
2.3. Acuerdos restrictivos de la libre competencia	45
2.4. Aplicación de la Decisión 608 “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la comunidad andina” al sector bancario.	51
CAPÍTULO III	
3. Características del mercado del financiero ecuatoriano.	58

3.1. Concentración del mercado financiero ecuatoriano	58
3.2. Fijación de precios financieros, tasas y comisiones	60
3.3. Segmentación del mercado bancario ecuatoriano	64
3.4. Barreras de entrada al mercado financiero ecuatoriano	65
3.5. Prevención de riesgos en el sector financiero ecuatoriano.	67
Principios de Basilea	
CAPÍTULO IV	
4. Conclusiones	71
BIBLIOGRAFÍA	76

CAPÍTULO I

1. INTRODUCCIÓN

Hace aproximadamente cinco años el Ecuador estuvo próximo a contar con una ley que controlara y de cierta forma garantizara la libre competencia en todos los sectores económicos, sin embargo, quizá las presiones de fuertes grupos económicos, los que pese a abogar permanentemente por una drástica reducción del Estado y una consecuente mayor liberalización de la economía, que deje en absoluta libertad a la “mano invisible del mercado”, obtuvieron del entonces presidente encargado Pedro Pinto, el veto total al proyecto de ley, mismo que luego de arduos debates finalmente logró ser consensuado en el seno del Congreso Nacional.

Ese fue el primer intento por contar con una ley que proteja la libre competencia y sancione las prácticas desleales en las actividades económicas, no obstante lo cual, como consecuencia de las negociaciones iniciadas por el país en el marco del Tratado de Libre Comercio entre la Comunidad Andina y los Estados Unidos de América, -TLC USA-Andino-, el Ecuador se había comprometido a promulgar una Ley en dicho sentido, pero actualmente es incierta la continuación de tales negociaciones lo que torna impreciso el afirmar que los compromisos adquiridos vayan a ser mantenidos.

El 29 de marzo de 2005, la Comisión de la Comunidad Andina promulgó la Decisión 608 de “Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina”, la cual derogó expresamente a la

Decisión 285 sobre la misma materia, posteriormente promulga también la Decisión 616 de “Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador”.

En función de las Decisiones citadas, puede señalarse que el Ecuador cuenta ya con una norma jurídica que regula la libre competencia, pues la Decisión 616 autoriza al Estado Ecuatoriano, y en cuanto Estado a sus habitantes, a aplicar la Decisión 608 fuera del ámbito establecido en el artículo 5 de esa Decisión, artículo que excepciona la aplicación de la norma comunitaria a las conductas no competitivas cuyo origen y efecto se realicen en el territorio de uno solo de los países miembros de la Comunidad, es decir, el Ecuador, al igual que Bolivia que tampoco cuenta con una norma legal interna que proteja la libre competencia, podría aplicar esa Decisión en el ámbito excepcionado, lo que implica tomar la norma comunitaria como una norma jurídica interna del Ecuador.

En ese estado de cosas, el Ecuador se ve abocado a ejecutar la Decisión, para lo cual debe nombrar una autoridad nacional competente, designación que ha recaído en el Ministerio de Comercio, Integración y Pesca, así como también iniciar investigaciones que tiendan a corregir las imperfecciones que los mercados puedan presentar.

El objeto de la presente tesis será el analizar la conveniencia o inconveniencia de aplicar, a “pie juntillas” las disposiciones contenidas en la Decisión 608 al mercado financiero ecuatoriano, fundamentalmente al sector bancario, pues varias de las conductas sancionadas, ya sea por restringir la libre competencia o por constituir conductas abusivas de una posición de dominio, son a menudo realizadas por las instituciones bancarias, sin embargo tales conductas,

regularmente, responden a la necesidad de precautelar el correcto funcionamiento, solidez y fortaleza, de un mercado que es profusamente regulado, pese a haber sido objeto de una gran liberalización, producto de la promulgación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

Varios autores coinciden en que una de las causas de la crisis bancaria de 1999 en el Ecuador, fue la liberalización del sector financiero ecuatoriano, lo que provocó que la Superintendencia de Bancos y Seguros vea mermada su facultad supervisora ya sea por efectos de la nueva legislación o por la falta de una adecuada capacitación en el nuevo escenario, el doctor Fidel Egas, conocido banquero afirma que “(...) en 1994 cambió la legislación, buscando un sistema mucho más abierto. La consecuencia fue la crisis bancaria de 1998-99. Antes había unas 12 entidades y luego pasaron a ser 40 y pico. El Congreso hizo varios cambios a la ley original”.¹

Por ello, no parecería aventurado analizar la posibilidad de excepcionar al sector bancario y financiero en general, de normas que regulen de forma estricta la libre competencia, pues no es errado el afirmar que las leyes de libre competencia tienden a provocar una liberalización (no desregularización) en los mercados económicos.

Por ello, las normas *antitrust* promulgadas en los Estados Unidos de América, Sherman Act, Clayton Act, etc., inicialmente no fueron aplicadas a los sectores financieros de ese país, pues sus autoridades de competencia

¹ Fidel Egas, “El capital no se democratizó”, en El Comercio, Quito, 01 de enero del 2004, sección B, Pág. B36

consideraban que ello podría incidir en las regulaciones específicas del sector, el cual por otra parte es ampliamente controlado.

Al otro lado del Atlántico, en la Comunidad Europea, consecuencia de la aplicación de las normas comunitarias de competencia a los sectores financieros se sostuvieron similares argumentaciones, finalmente en ambos casos, tanto en los EUA cuanto en la Comunidad Europea, la jurisprudencia ha ido decantando su posición y ha definido la disyuntiva en el sentido de que las normas de la competencia son plenamente aplicables al sector financiero, claro, con ciertas precisiones, que no constituyen una excepción exclusiva para el sector financiero, tales como el análisis de la conducta a la luz de la denominada *rule of reason* (regla de la razón) o de la regla de *quick look* (regla que es un híbrido entre la regla per se y de la rule of reason).

Así el presente documento, pretenderá servirse de las discusiones doctrinales y jurisprudenciales realizadas para analizar las disposiciones contenidas en la Decisión 608 de la Comunidad Andina, a efectos de establecer su real alcance y posibles riesgos en su aplicación al sector financiero-bancario ecuatoriano.

Por lo dicho, mi investigación abordará un análisis de las razones que justifican la promulgación de normas nacionales específicas de competencia para el sector bancario, lo que implicaría su exclusión del ámbito de la Decisión 608, ya sea por razones de prudencia financiera o de prevención de riesgos financieros, dicho análisis lo realizaré para argumentar cuáles serían las consecuencias de una nueva liberalización indiscriminada del sector.

La investigación, no pretenderá profundizar en análisis económicos o juicios de valor sobre las conductas realizadas por actores económicos específicos del sector financiero, sino que las conductas serán analizadas tan solo en el ámbito de lo teórico y sobre la base de las normas legales y recomendaciones de los organismos o entidades internacionales sobre la prudencia en el sector financiero.

Inicialmente existió la pretensión de formular sugerencias de normas legales que sirvieran para controlar abusos de la posición de dominio de entidades financieras y evitar la realización de conductas anticompetitivas en el sector, sin que se deje de lado la imprescindible prudencia financiera y adecuada gestión de riesgos, sin embargo tal caro objetivo no ha podido ser efectuado debido a la imposibilidad de conocer, con un mediano índice de acierto, los efectos que cualquier regulación podría tener en el mercado bancario. De igual forma, aunque marginalmente, con el objeto de introducir en el tema se analizará el ámbito de la Economía Social de Mercado y el Estado Social de Derecho y la derivación que de esos conceptos jurídicos constitucionales tienen las normas legales que regulan la libre competencia.

La discusión me llevará a tocar el tema central del presente documento, cual es de si el mercado bancario ecuatoriano debe ser exonerado de la aplicación de las normas de la competencia y en tal sentido la Decisión 608 a la que me he venido refiriendo no debe serle aplicada, para lo que como se dice antes se analizará el contenido esencial del derecho de la competencia y de la libertad de empresa así como de los riesgos en el sector financiero.

El primer capítulo de la presente tesis trata por ello de introducirnos en el tema de la economía social de mercado y el derecho de la competencia en un orden económico como ese, para lo que se hablará sobre la Constitución Económica y los bienes jurídicos protegidos por el derecho de la competencia.

El segundo capítulo aborda el contenido de la Decisión 608 de la Comunidad Andina así como se aproxima a los posibles efectos de su aplicación al mercado bancario, analizando las definiciones sobre conductas abusivas y de posición de dominio.

El tercer capítulo finalmente señala las características del mercado bancario nacional, subrayando de sobremanera en su concentración y la competencia entre los actores del mismo.

El cuarto capítulo estará dedicado a conclusiones.

1.1 LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

La doctrina constitucional discute sobre la existencia de la denominada Constitución Económica, diferenciándola, disgregándola para ser más precisos, de la denominada Constitución Política, tal diferenciación es producto de un sencillo pero no por ello menos profundo análisis, el de que las normas políticas contenidas en la Constitución de cualquier país están relacionadas de una u otra forma con el orden económico regulado frecuentemente también en la misma Constitución, aún más con el reconocimiento positivo de los llamados Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tal relación se hace nítida y su inclusión en los textos constitucionales –la positivación a la que se alude- no hace sino reiterar que en las Constituciones existen contenidos dogmáticos y políticos que están íntimamente vinculados con contenidos jurídico-económicos.

En tal sentido, es claro que la Constitución Política y Económica, en ello como cualquier otra norma legal, no es sino la manifestación del poder e influencia que en determinado momento puedan tener los actores económicos que también son actores sociales, así Santos Pastor señala la existencia del “mercado político”, en el cual intervienen varios agentes tales como los votantes, los partidos, los candidatos, burócratas, etc., esa teoría sostiene que:

“(…) la acción pública no es el resultado de un sujeto omnisciente y benefactor de los ciudadanos, sin intereses propios, que solo pretenden hacer mayor el bienestar social, sino que es el resultado de unos sujetos (públicos)

interesados que persiguen su propio interés dentro de las limitaciones impuestas por el entorno. Solo cuando estas limitaciones son lo bastante poderosas nos encontraremos con productos de la intervención pública que responden (benefician) al interés general, y no en otro caso”²

La Constitución Económica no será entonces sino la manifestación del contenido jurídico-económico que los poderes políticos-económicos pretendieron otorgar al Estado, al momento de la formulación de la Constitución Política, pues, citando a Jhon Galbraith, “(...) la economía no existe aparte de la política (...) La separación entre la economía y la política y las motivaciones políticas es algo esteril (...)”³

Martín Bassols Coma, señala respecto de la Constitución Política y la Constitución Económica, que:

“Desde una perspectiva dogmática se recurre a la expresión Constitución Económica, categoría conceptual que emerge históricamente para caracterizar al moderno constitucionalismo en cuyo seno parece albergarse un cierto dualismo: la Constitución Política, que sería el estatuto jurídico fundamental del poder político o de las relaciones políticas entre el Estado y los ciudadanos; mientras que la Constitución económica atendería a la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en las que no sólo están

² Santos Pastor, *Sistema Jurídico y Economía*, Madrid, Tecnos S.A., 1989, p. 116.

³ John Galbraith, *Historia de la Economía*, Barcelona, Ariel S.A., 1992, p.326.

implicados los ciudadanos, sino también, y de manera creciente, el propio Estado en su función de protagonista del desarrollo de la vida económica”⁴

No obstante estar de acuerdo con los planteamientos de Bassols Coma, es indudable la dificultad de disgregación entre el contenido político que pudiera tener una norma constitucional y su contenido o nexo económico, ya que ambos aspectos se encuentran íntimamente relacionados y el contenido político frecuentemente no hace sino efectivizar el mandato económico que tal norma económica busca exteriorizar, por lo que hablar de dos ámbitos –político y económico- en una misma norma constitucional parecería ser constantemente forzado.

La Constitución Económica, sin embargo, juega un importante papel en la definición del llamado sistema económico, ya que será esa –la Constitución- el marco de las libertades económicas del individuo, mismas que marcaran el sistema económico que éste ha escogido en la formulación de la Constitución, así, un sistema de corte liberal no es igual a uno de corte social de mercado, una vez más citando a Bassol Coma “La Constitución cumple una de sus funciones capitales configurando el escenario político para el desarrollo del individuo. En sus libertades políticas se encierran también sus libertades económicas” (M. Bassols, Constitución y Sistema Económico, p.23)

En el marco del Estado Social de Derecho la Constitución Económica juega un papel fundamental, ya que desde el punto de vista de un Estado “Social”, la interacción entre todas las estructuras del Estado en si mismo y el Derecho

⁴ Martín Bassols Coma, *Constitución y Sistema Económico*, Madrid, Tecnos S.A., 1988, p. 17.

como manifestación del monopolio legítimo del poder de ese Estado, adquiere una mayor importancia, así un Estado que se reconoce como un Estado Social no se limita al reconocimiento solo del derecho positivo, sino que sobre todo guía sus actuaciones sobre la interpretación de los principios y valores contenidos en su Constitución, lo que no permite que la norma jurídica se convierta en un cristal irrompible.

La Corte Constitucional Colombiana, ha señalado que la importancia del Estado Social de Derecho, en relación a las normas legales y constitucionales, es preponderante ya que éste no implica sino:

“(…) La pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la Justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política.”⁵

Así la determinación en el texto constitucional, respecto de cual es el sistema económico que rige al Estado Social de Derecho, vale decir su Constitución Económica, obtiene una mayor relevancia distinta a la que tuviera incluso dentro de tan solo un Estado de Derecho, debido a que los principios constitucionales económicos deberán ser interpretados de la forma que garantice su mayor aplicación.

⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-406-92

El Estado Social de Derecho se reconoce como una forma evolucionada de organización política en la que los principios que se reconocen tienden a promover la protección a los grupos sociales que no han logrado ser incorporados de forma idónea en la organización económica y política de dicho Estado.

En relación al Estado Social de Derecho, Bassols Coma señala que:

“El Estado deberá promover un nuevo tipo de integración social, basado fundamentalmente en el reconocimiento de derechos y situaciones sociales para cuya efectividad deberá llevar a cabo una intensa actividad prestacional, al propio tiempo asumirá progresivamente la transformación del orden económico y social existente y facilitará la participación de las fuerzas políticas y sociales en las distintas esferas de decisión con incidencia y protagonismo en lo económico-social.” (M. Bassols, Constitución y Sistema Económico, p. 40)

En este orden de ideas, la Constitución Económica del Estado Social de Derecho, incorpora principios y valores que tienden a lograr la igualdad económica material de sus habitantes, ello dentro del marco del respeto de las libertades que el mismo Estados les ha reconocido, fundamentalmente la libertad de comercio, libertad de empresa, libertad de contratación, con las limitaciones que legislativamente se establezcan, lo que tiene como consecuencia que el Estado Social de Derecho no sea compatible con un sistema –constitucionalmente reconocido- de economía liberal ni aún siquiera con uno de mercado.

Manuel Aragón, en su texto “Constitución Económica y Libertad de Empresa”, refiriéndose al abandono del Estado Liberal y su sustitución por el Estado Social de Derecho, reitera que las nuevas Constituciones de los Estados Sociales, continúan reconociendo los derechos conquistados dentro del Estado Liberal, pero que ahora tales derechos dan paso a una mayor intervención del Estado con el objetivo de limitarlos y permitir su concurrencia en los sectores económicos que se requieran, así señala que:

“(…) Pero esto no significa que sea ahora, por primera vez, cuando la constitución se decanta por un modelo para la economía, sino que ahora, simplemente, se cambia de modelo. Se abandona el de economía libre (que solo precisaba de su mera garantía constitucional) y se adopta el de la economía intervenida (que requiere de su organización constitucional, esto es, del establecimiento por la constitución de limitaciones para los particulares y de apoderamiento competenciales por los poderes públicos). La constitución regulará, de ese modo, profusamente la vida económica en cuanto que, junto con las garantías de libertad económica de los sujetos privados (que era lo propio del modelo anterior y que se conservan) establecerá límites a esa libertad y otorgará protagonismo económico a unos nuevos sujetos: los poderes públicos.”⁶

Es así que la Constitución Económica de los Estados Sociales, regularmente reconozcan el sistema de Economía Social de Mercado como aquel

⁶ Manuel Aragón, “Constitución Económica y Libertad de Empresa”, en Juan Luis Iglesias, comp., *Homenaje al Profesor Aurelio Menendez*, Tomo I, Introducción y Títulos Valor, p. 165.

que compatibiliza los objetivos del modelo político –social, equitativo, igualitario, etc.- y lo incorporan al modelo económico.

La Constitución Política de la República del Ecuador, en su artículo 1 señala de forma meridiana que el Ecuador es un Estado Social de Derecho, manifestación que se hace evidente, al menos en el texto constitucional, a lo largo de su articulado, así el artículo 3 de la Constitución, en lo que al ámbito económico se refiere, indica: “Son deberes primordiales del Estado: (...) 4. Preservar el crecimiento sustentable de la economía, y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo. 5. Erradicar la pobreza y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes. (...)”

En concordancia con lo afirmado por los autores citados, el Estado ecuatoriano en su Constitución Política reconoce varios derechos humanos de corte liberal, tales como la libertad de empresa (Art. 23 numeral 16), la libertad de contratación (Art. 23 numeral 18), el de la propiedad (Art. 23 numeral 23), sin embargo todos esos derechos traen implícita su limitación a través de una ley, incluso el derecho a la propiedad solo podrá ser reconocido por el Estado en cuanto cumpla su *función social*⁷

Es así como la Constitución Ecuatoriana, en su contenido político y económico, reconoce su corte social, producto de lo cual el Estado incluso ha promulgado leyes de carácter económico fundamentales para regular al mercado, en aras de alcanzar los altos objetivos de la declaración contenida en el artículo 1

⁷ Constitución Política de la República del Ecuador: “Art. 30.- La propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía. Deberá procurar el incremento y la redistribución del ingreso, y permitir el acceso de la población a los beneficios de la riqueza y el desarrollo.”

de la Constitución, ya antes citado, así tenemos, la Ley de Propiedad Intelectual, Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, y en ocasiones pretende hacer uso de poder para apoyar a determinados sectores económicos, muchas veces con una importante carga política, así por ejemplo promueve leyes a través de la que se otorgan exenciones arancelarias para los habitantes de un determinado cantón fronterizo o impulsa reformas legales por las que se exonera de impuesto a la renta a las empresas que sean calificadas por un municipio de la costa ecuatoriana.

La Constitución también establece que el Sistema Económico del Ecuador es el de Economía Social de Mercado, señalando que:

“Art. 242.- La organización y el funcionamiento de la economía responderán a los principios de eficiencia, 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. (...) Art. 244.- Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: 1. Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal. Se garantizarán la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones. (...) 3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen. (...) 4. Vigilar que las actividades económicas cumplan con la ley

y regularlas y controlarlas en defensa del bien común. Se prohíbe el anatocismo en el sistema crediticio. “

El artículo citado es el fundamento constitucional que obliga al Estado ecuatoriano a promulgar una norma que regule la competencia económica en el mercado, pues dentro de una Economía Social de Mercado y un Estado Social de Derecho, la desregulación del mismo y su completa liberalización son insostenibles, en ese sentido Alfredo Mancero, citado por Santiago Andrade, señala: “(...) Tampoco es consistente el argumento de los mercados libres y desregulados, pues todas las evidencias confirman una tendencia inevitable hacia la formación de monopolios privados cuando la legislación económica carece de mecanismos eficaces para estimular la competencia , sancionar la concentración del poder de mercado, prevenir y mitigar otro tipo de delitos económicos (...).”⁸

1.2. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMO CONSECUENCIA DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO.

Como se ha indicado en líneas precedentes, la Economía Social de Mercado supone la posibilidad de que el Estado, sin dejar de lado la libertad de actuación del mercado, puede intervenir en diversas actividades económicas a efectos de regularlas y evitar sus imperfecciones, por lo que un Estado que ha

⁸ Alfredo Mancero, El Régimen Económico del Estado Ecuatoriano, en los grandes temas de la reforma constitucional Programa de apoyo al sistema de gobernabilidad democrática, Gobierno del Ecuador-BID, Quito, 1997, p.43, citado por Santiago Andrade, “Hace falta una Ley que promocióne y proteja la competencia económica”, en Revista Iuris Dictio, Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, p. 96.

adoptado ese sistema económico, como primera facultad y obligación debe promulgar normas que regulen la libertad de actuación y libre concurrencia de todos los actores de un mercado, tales como empresarios, consumidores, el Estado.

Agustín Grijalva y José Vicente Troya, señalan con gran acierto que:

“(…) En una economía social de mercado subyace la protección y promoción de ésta la convicción de que constituye un mecanismo más bien de igualación que de polarización social. La competencia puede socializar utilidades excesivas en beneficio de la gran masa de consumidores. La concentración de patrimonio antes que el mercado y la competencia genera creciente desigualdad, por ello es necesario que el Estado proteja a la competencia de prácticas monopólicas y carteles (…)”⁹

Lo señalado por Grijalva y Troya, trae a colación un aspecto básico e indiscutible de la economía social de mercado, que es el aplicar en el sector económico el principio fundamental de la igualdad, no la formal sino la material, consecuencia de lo cual es la promulgación de leyes que tengan tal finalidad, así como ejemplo de esa clase de legislación tenemos a las leyes de defensa del consumidor y las de defensa de la competencia, ambas, cuestionables en un estado de corte liberal y en economías liberales, pero frecuentes en los estados sociales y las economías sociales de mercado. El cuestionamiento fundamental

⁹ Agustín Grijalva y José Vicente Troya, “Elementos para un Derecho de la Competencia en el Ecuador”, en *Foro*, Revista de Derecho, No. 1, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador/ Corporación Editora Nacional, 1993, p.9.

desde la perspectiva liberal esta dado por la limitación al principio de libertad contractual y autonomía de la voluntad, recogidos en los Códigos Civiles y de Comercio decimonónicos, que en la actualidad pese a encontrarse vigentes en varios países han sido tácitamente o incluso expresamente reformados por leyes como las citadas.

Las limitaciones ordenadas constitucionalmente en el sistema de economía social de mercado, responden a la necesidad de regular mercados que debido a la globalización y velocidad en los que se desarrollan, cada vez menos permiten una adecuada información y negociación de las partes intervinientes, así hoy son más frecuentes el uso de contratos de adhesión, cláusulas que otorgan mayores ventajas para el comerciante antes que para el consumidor, etc., por lo que vemos que los principios de autonomía de la voluntad y de libertad contractual ya no son una realidad absoluta en el mundo jurídico.

Carlos Jaramillo, en el marco del XV Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario, señala que “(...) muy lejanos están ya los tiempos en que siguiendo la concepción individualista forjada durante el siglo pasado, se daba por sobreentendida la igualdad de fuerzas contractuales y se encomendaban estas materias a la formación espontánea del equilibrio negocial en un ámbito de libre concurrencia, prohijado por la sistemática indiferencia del Estado (...)”¹⁰

Los Estados Sociales están concientes de la asimetría de la información y del poder de negociación que existe entre el comerciante y el consumidor y usuario, por lo que se busca regular tal asimetría a efectos de “igualar” a las partes

¹⁰ Carlos Jaramillo, *El abuso de la posición dominante en la actividad financiera*, XV Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario, Montevideo, 1996, p. 22.

contractuales¹¹, sin embargo la discusión sobre si las leyes antimonopolio o las de defensa del consumidor realmente protegen al mercado o al consumidor, es una discusión no culminada en la doctrina jurídica.

Algunas corrientes afirman que el derecho de la competencia e incluso las de defensa del consumidor, bajo la apreciación de que el consumidor no es sino un actor más del mercado, lo que deben regular es la eficiencia del mercado lo cual se reflejará posteriormente en mayor bienestar para los consumidores, mientras que otros sectores afirman que el objeto de las leyes de competencia, si cabría llamarlo el “bien jurídico protegido”, son precisamente y directamente los consumidores, en tanto ellos son los primeros afectados cuando existen distorsiones en un mercado determinado, ya que el abuso de posición dominante, las restricciones de acceso a los mercados, los pactos horizontales o verticales, u otras conductas sancionadas o controladas por las leyes antimonopolio, lo que producen en concreto es un manipulación directa o indirecta en los niveles de precios, el cual podría variar si existiera competencia.¹²

¹¹ El efecto de la aplicación del principio constitucional de igualdad en el marco del Derecho de la Competencia, en cuanto tal principio es ordenador de toda la legislación de un país cuya Constitución lo ha reconocido, es de trascendental importancia, pues puede afirmarse sin temor a dudas que ese es uno de los fundamentales, junto con la libertad, que sostienen la estructuración de una política de competencia, por los invalorable sanos efectos que ocasiona en los mercados, así se debe tomar en cuenta que “Dentro de un plano de igualdad jurídica, la libre competencia debe ser el mejor estímulo para obtener que un mayor número de productores y distribuidores participen del mercado, orientados todos a ofrecer una gran gama de productos y servicios que, por su calidad y precio, promuevan la demanda. Porque esa libertad e igualdad promueve y estimula, así mismo, el esfuerzo hacia la diversificación en los bienes y servicios, para ofrecer distintas alternativas, y este empeño permite la creatividad, el ejercicio pleno de la inteligente labor empresarial, mediante la utilización de los avances tecnológicos; el manejo adecuado de los costos y los gastos, el estudio cuidadoso y técnico de los mercados, y las necesidades presentes y potenciales que se pretenden satisfacer; la posición, con fortalezas y debilidades de los competidores; (...) en fin, lograr coherente y eficaz desempeño empresarial en la organización de los distintos elementos y factores que intervienen en la empresa.” Delio Gómez, “Las prácticas restrictivas de la competencia, Acuerdos y Prácticas Concertadas”, en Marco Velilla, director, *Derecho de la Competencia*, Bogotá, El Navegante Editores, 1998, pp. 131-132.

¹² Escuelas económicas en los Estados Unidos de América, tales como la de Harvard y la de Chicago, tuvieron visiones distintas sobre el objeto del derecho de la competencia, así “La Escuela de Chicago estima que la consecución de la eficiencia ha de ser el único fin perseguido por la leyes de competencia. Los

Tal discusión se ha visto reflejada en varias legislaciones mundiales¹³, pero quizá la más clara distinción entre la visión de las leyes de defensa de la competencia, se da en la división o distinción, cada vez menor por cierto, entre la legislación norteamericana y sus leyes antimonopolio y las legislaciones europeas y sus leyes de defensa de la competencia y control del abuso de la posición dominante.

Tal diferencia, a mi juicio obedece en primer término a la distinción de la estructura económico constitucional de los Estados Unidos de América y la de la Comunidad Europea, asimilando a los Tratados que sostienen a tal Comunidad a una Constitución, verbigracia el Tratado de la Comunidad Europea.

La de los Estados Unidos de América es una economía que pretende reconocerse como eminentemente liberal¹⁴, en la que por lo tanto el mercado debe

Postulados de esta corriente de pensamiento se traducen en una aplicación restringida de las normas antitrust porque se tiene gran confianza en la aptitud del mercado para corregir sus imperfecciones, y lograr la maximización de la eficiencia, sin necesidad de interferencia por parte de las autoridades públicas” Fernando García, *Derecho de la Competencia y Actividad Bancaria*, Madrid, La Ley, 2003, pp. 14-13.

¹³ Los objetivos de las leyes de defensa de la competencia, son variados a nivel mundial, así por ejemplo: en Argelia: “La Organización y la promoción de la libre competencia y la definición de las normas para su protección con el fin de estimular la eficiencia económica y la buena voluntad de los consumidores”; Panamá: “Para proteger y garantizar el proceso de libre competencia económica, eliminando las prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados y servicios y proteger los intereses superiores de los consumidores”; Perú: “Eliminar las prácticas monopolísticas, controlistas y restrictivas para conseguir el desarrollo de la iniciativa privada y el beneficio de los consumidores”; Naciones Unidas, *Ley Tipo de Defensa de la Competencia, proyecto de comentarios sobre los posibles elementos del proyecto de articulado de una o varias leyes tipo*, Ginebra, UNCTAD, 2000, p. 17.

¹⁴ Como es conocido, en los Estados Unidos de América, la Constitución y las leyes son lo que “los jueces dicen que son”, por ello con frecuencia se ha debatido sobre la existencia de un gobierno de los jueces, o de lo que en el ámbito romano-germánico ha sido la discusión de si los jueces constitucionales pueden convertirse en legisladores positivos (creando normas) y no solo en negativos (al declarar inconstitucional una norma jurídica), por ello es interesante el citar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, citado por las Naciones Unidas, en referencia a su marco constitucional económico: “Una carta general de la libertad económica destinada a preservar la competencia libre y sin trabas como regla del comercio. Se basa en la premisa de que la libre interacción de las fuerzas de la competencia producirá la mejor asignación de nuestros recursos económicos, los precios más bajos, la calidad más elevada y el mayor progreso material, creando al mismo tiempo un entorno conducente a la salvaguardia de nuestras instituciones políticas y sociales democráticas” Sentencia Northern Pacific Railway Co. V. United States, 356 U.S. 1, 4, 78

autoregularse y el Estado solo interviene en defensa de ese mercado, en tanto que en el ámbito de la Comunidad Europea, si bien debe defenderse al mercado (pues el hecho de que las economías que conforman a la Comunidad con frecuencia se reconozcan como Economías de Mercado o Sociales de Mercado, no implica que haya que abandonar por completo los criterios de autonomía del mercado), debe utilizarse en tal defensa criterios de igualdad, solidaridad, equidad, integración comunitaria, etc., pues esos son principios que fundan a la Comunidad y que deben ser aplicados por las autoridades comunitarias de control de la libre competencia en sus decisiones judiciales¹⁵.

Las distinciones aludidas ponen de manifiesto, el hecho cierto de que las normas de competencia son una consecuencia de la Constitución Económica que rija en un Estado y por otro el de que los Sistemas de Economía Social de Mercado tienen, en términos generales, una visión distinta a la que tienen los Sistemas Liberales en las leyes de protección de la competencia económica.

Por otra parte, como es conocido, la Constitución Política y la Constitución Económica, en tanto es parte de la mencionada en primer término, son las normas

S. CT. 514, 517, 2, L. Ed.2d 545, 549 (1958) en Naciones Unidas, *Ley Tipo de Defensa de la Competencia, proyecto de comentarios...*, p. 17.

¹⁵ Es importante para la Comunidad Europea la aplicación de tales principios, ya que no son solo una manifestación teórica o exteriorización dogmática de los fines de la Comunidad, se constituyen en verdaderas declaraciones políticas cuando ellas son vehículos para alcanzar los fines de la integración del mercado común europeo, ya que sin su aplicación sería aún más complejo tal fin, Fernando García en su obra citada hace un amplio análisis sobre la aplicación de tales fines en la solución de los conflictos sobre competencia. Dice a manera de introducción al tema: “De lo dicho hasta ahora se desprende sin dificultad que la actuación de las autoridades de competencia comunitarias persigue una doble finalidad. Por una lado, la obtención de los beneficios vinculados a la libre competencia que conlleva maximización de la eficiencia del sistema y el bienestar de los consumidores. Por otro el logro de los objetivos políticos de la Comunidad, como resultado de la vinculación de las normas de la competencia con el resto de las políticas comunitarias que contempla el Tratado CE. Como se ha dicho, la fijación de esta segunda clase de objetivos constituye una importante particularidad del ordenamiento antitrust comunitario (...)” F. García, *Derecho de la Competencia y Actividad Bancaria*, p. 39.

ordenadoras de la legislación de un Estado, lo que deriva en que todo el ordenamiento jurídico debe regirse por los principios y valores que se contienen en la Carta Magna del Estado.

Luís Diez Canseco señala:

“El sistema en cuestión se denomina “Economía de Mercado” o, en su variante más moderna “economía social de mercado”. Este por regla general tiene sustento constitucional en el principio de “libertad de comercio e industria”. Por ello es indispensable valorar la dimensión de la legislación que se desarrolle a partir de dicho principio. Esta apunta a preservar los intereses de los actores o intervinientes del mercado y, por lo tanto, al propio sistema económico como abstracción.”¹⁶

Lo arriba citado pone de relieve la función del derecho, en el ámbito de un estado social de derecho, en una economía social de mercado, ya que es claro que en tal sistema económico, el mercado no queda a su libre arbitrio ni tampoco puede quedar sometido únicamente a la “mano invisible”, sino que debe ser regulado e incluso intervenido por el Estado a efectos de lograr los objetivos de sociales que él proclama.

Es decir, el derecho dentro de un sistema de economía social del mercado, juega el papel de regulador de la economía, de allí la importancia que las leyes de carácter económico puedan tener en el desarrollo del mercado y de la

¹⁶ Luis Diez, “Función Regulatoria, Promoción de la Competencia y Legislación Antimonopólica”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo, editores, *La Economía Política de la Reforma Judicial*, Washington, BID, 1997, p.

economía del Estado¹⁷, es así entonces evidente que el derecho de la competencia, las leyes de defensa del consumidor y las de propiedad intelectual, son en la actualidad, el marco ordenador general de las relaciones que se dan al interior de los mercados, ya que son esas leyes las que de forma particular atacan a las relaciones que surgen entre sus actores, no así otras leyes relacionadas con esos mismos actores pero que no regulan sus relaciones de forma particular, así por ejemplo el Código Civil, el Código de Comercio.¹⁸

En concreto cabe mencionar, que siendo la Constitución económica la ordenadora del Sistema Económico del Estado, es indudable que las leyes que se promulgan deberán guardar coherencia con tal Constitución, por lo que si un Estado ha reconocido que su sistema económico es social de mercado, ha reconocido expresamente la limitación a la libertad de empresa y de comercio y para el efecto se ha comprometido ha promulgar normas que limiten tales

¹⁷ Las normas legales de contenido económico, son parte de un gran sistema denominado “Derecho Económico”, el cual es una superestructura en cuanto depende directamente del sistema económico al cual ordena, así existirá un derecho económico liberal, un derecho económico de mercado, otro intervencionista, etc. Se señala que “El derecho económico se presenta así como un conjunto de normas jurídicas relacionadas entre sí (no solo con arreglo a simples criterios de jerarquía normativa, sino también) en función de la estructura del sistema económico y de la conexión y relaciones de dependencia entre los distintos sectores del sistema”, Angel Rojo, “El Derecho Económico como Categoría Sistemática”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Año 15, p, 206.

¹⁸ Se dice de las leyes de la competencia, de defensa del consumidor y de propiedad intelectual, que éstas conforman el llamado “derecho del mercado” en tanto tienen como función regularlo a efectos de corregir sus imperfecciones, el mismo Diez Canseco señala: “La legislación que, de manera principal, expresa y garantiza activamente la permanencia de una economía de mercado está constituida por tres conjuntos normativos claramente definidos: Las disposiciones sobre protección al consumidor, los preceptos sobre represión de la competencia desleal y, muy especialmente, la legislación sobre libre competencia o antimonopolios (...) Tal como lo indica su propio nombre, el derecho ordenador del mercado es aquel que tiene por objeto regular los derechos y obligaciones de los agentes económicos (privados y el Estado) en el mercado o tráfico económico. Para mayor precisión, es una disciplina jurídica ordenadora (vía la regulación) del comportamiento de quienes participan o desarrollan actividades económicas (los empresarios y consumidores) y del propio Estado en la medida que interviene en el mercado. Su finalidad última es la de promover y garantizar el buen funcionamiento de una economía de mercado. De allí que se necesario considerar como requisito previo la existencia de esta clase de sistema o modelo económico.” L. Diez, Función Regulatoria, Promoción de la Competencia..., p.

libertades, de allí que consecuencia de ese sistema económico sean las leyes de defensa de la competencia, contra la competencia desleal¹⁹, de defensa del consumidor y de de propiedad intelectual.

1.3. BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

El Derecho de la Competencia, en tanto es un conjunto de normas jurídicas, así como el Derecho Civil o el Penal, tiene como objeto la defensa de determinados bienes jurídicos, sin embargo en vista de que el derecho de la competencia, está conformado de forma casi exclusiva por la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley Contra la Competencia Desleal, o el nombre que éstas hayan recibido en cada Estado, los bienes jurídicos que defienden son en términos generales el mercado en sí mismo, el consumidor o la empresa, es decir protege a los actores del mercado y a éste.

La necesidad de establecer la existencia de bienes jurídicos protegidos por un determinado derecho es trascendental a efectos de determinar entre otras cosas el ámbito de aplicación de tal norma jurídica, así si la norma tiene como objeto el proteger la honra de la persona la norma tendrá como ámbito el penalizar, sancionar o controlar los actos que afecten a la honra de las personas.

¹⁹ La diferencia más elemental entre el derecho de defensa de la competencia y el derecho contra la competencia desleal, se reduce a que la primera busca garantizar el libre acceso a los mercados y a la libertad de intervenir en las actividades económicas, en síntesis garantiza el ingreso de nuevos actores a los mercados, mientras que el derecho contra la competencia desleal, garantiza a los actores que ya se encuentran en el mercado que podrán competir en él sin que existan actos desleales que falseen la competencia.

De igual forma en el Derecho de la competencia si el bien jurídico protegido es el consumidor, su ámbito estará diseñado para restringir los actos que pudieran afectar al consumidor.

1.3.1. El Mercado.

A efectos del Derecho de la Competencia, se concibe al mercado como “un escenario competitivo al cual concurren la oferta y la demanda de bienes y servicios que tienen precio, (que) no pueden sustraerse de las condiciones de la economía mundial y las tendencias de la globalización”²⁰, tal definición establece los elementos esenciales del mercado, que no son sino la presencia de la oferta y la demanda, consecuentemente la presencia de oferentes-empresarios y consumidores o usuarios, sin embargo, Mancero establece como premisa del mercado el que éste sea un escenario competitivo, lo cual puede ser así o no, lo cual no implica la ausencia de un mercado, por ejemplo en nuestro país contamos con mercados monopólicos como el de la telefonía o los servicios públicos, en los que no existe competencia, sin embargo no puede hablarse de ausencia de un mercado.

De allí que autores como Roberto Dromi, citado por Santiago Andrade, conciba al mercado como algo complejo producto del diseño social antes que de la

²⁰ Alfredo Mancero, “El Régimen Económico del Estado Ecuatoriano, en los grandes temas de la reforma constitucional Programa de apoyo al sistema de gobernabilidad democrática”, Gobierno del Ecuador-BID, Quito, 1997, p.43, citado por Santiago Andrade, *Hace falta una Ley que promocióne y proteja la competencia económica*, en Revista Iuris Dictio, Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, p. 96.

simple interacción de los actores del mercado, diseño en el cual interviene el Estado en defensa del bien común.²¹

En todo caso, exista o no competencia en el mercado, un elemento trascendente de éste es la fijación de un precio²² por parte del oferente y una aceptación del mismo por parte del consumidor, por lo que evitar su distorsión es uno de los objetivos fundamentales del derecho de la competencia, ya que su fijación anticompetitiva evita la participación de nuevos actores en el mercado (precios predatorios), restringe la competencia (precios monopolísticos) y perjudica a los consumidores en tanto no pueden acceder a mejores productos o mejores-menores precios.

1.3.2. El Consumidor.

Ciertamente cualquier distorsión que se produzca en el mercado, termina perjudicando o “beneficiando” a los consumidores de los productos que se comercializan en tal mercado, ya que si, por ejemplo, un actor falsea la competencia fijando un precio predatorio (aquel precio por debajo del precio de producción) que eventual y temporalmente beneficiaría a los consumidores, en la práctica lo que ha levantado es una barrera de entrada al mercado o ha realizado

²¹ Ver, Roberto Dromi, “Competencia y Monopolio”, citado por Santiago Andrade, *Hace falta una Ley que promocióne y proteja la competencia económica*, en Revista Iuris Dictio, Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, p. 96

²² “El mercado tiene tres funciones: debe reunir información (elemento prioritario en nuestro tiempo); depurarla hasta la formación de un conocimiento (etapa difícil y frecuentemente deformada por una determinada intención) y ponerla a disposición de todos los que concurren a él. Las tres funciones se realizan y compendian mediante un único concepto: el del precio, expresado en términos mercatorios, resultante de una pretensión, objetiva técnica, pero con frecuencia cargada de subjetivismo: el viejo refrán holandés que el precio es sólo lo que un loco quiere pagar”, Mario Bonfanti, *Derecho del Consumidor y del Usuario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 13.

una conducta que perjudicará a los otros competidores que por no tener poder de mercado no podrán competir con él.

Ambas consecuencias, antes indicadas, finalmente repercutirán en perjuicio del consumidor, ya que en ambos casos no podrá contar con otros oferentes del producto lo que creará un monopolio en beneficio del competidor que realizó los actos antes señalados, con las previsibles consecuencias de cualquier monopolio²³.

En el ámbito de las leyes de defensa del consumidor, se ha discutido ampliamente sobre a quién se debe considerar consumidor, así se indica que consumidor es aquel que adquiere un bien o servicio para su propio o personal consumo, no así quien lo adquiere para integrarlo en la cadena de producción, ya sea como intermediario o productor que adquiere el bien para procesarlo e incorporarlo en otros productos, ya que se discute que respecto de éstos no existe la asimetría de información que habría entre el vendedor y el simple consumidor, pues quien adquiere un bien para intermediarlo o para incorporarlo en otro proceso productivo, es también un proveedor y por lo tanto tiene la experiencia y conocimiento necesario para informarse adecuadamente antes de comprar el bien o adquirir el servicio.²⁴

²³ Un ejemplo claro, entre otros, de los efectos del monopolio en cualquier mercado son los señalados por Galbraith, en relación a una situación monopólica en los Estados Unidos de América: "(...) Los directivos de la United States Steel Corporation, durante mucho tiempo guías del precio en la industria del acero, han tenido poder para elevar y bajar los precios que ellos ponen a su acero. Cuando ejercen este poder la industria normalmente les sigue. Los mismos directivos deciden el lugar y tamaño de las nuevas instalaciones que deben pagar. Sobre todas estas cuestiones gozan de considerable libertad de acción; no son autómatas de las fuerzas del mercado. Estas decisiones también afectan la riqueza y la renta de muchos centenares de miles de personas." Jhon Galbraith, *El Capitalismo Americano*, Barcelona, Ariel, 1972, p. 101.

²⁴ La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor del Ecuador se ha hecho eco de esta tendencia, y su artículo 2 define al consumidor como "Toda persona natural o jurídica que como destinatario final adquiera utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello.". Para ampliar sobre el tema de la

Sin embargo de la ardua discusión en el ámbito del derecho del consumidor, la distinción de si la adquisición de los productos o servicios es para el consumo particular final o para intermediarlo, se torna irrelevante, por cuanto consumidor para efectos del derecho de la competencia será el actor en el mercado que adquiere los bienes o servicios que oferta el proveedor empresario, siendo innecesario el distinguir si en otro momento tal consumidor puede convertirse en empresario.

De lo señalado, se podría afirmar que el principal bien jurídico protegido por las leyes de defensa de la competencia, en un marco del Estado Social de Derecho y la Economía Social de Mercado, será el consumidor, ya que si el Estado interviene en la economía con el objeto de limitar la libertad de empresa y de contratación, es precisamente porque considera que el consumidor es la parte “débil” en el ámbito contractual y su intervención tiende a corregir esa fragilidad, procurando, en aplicación del principio de discriminación positiva²⁵, igualar a los empresarios con los consumidores.

1.3.3. La empresa

La empresa es otro actor del mercado (los otros son el consumidor y el Estado) que también es objeto de protección de las leyes de la competencia

distinción entre consumidor, usuario, consumidor final, consumidor-productor, ver, Jorge Iturraspe y Ricardo Lorenzetti, *Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1993.

²⁵ Principio constitucional que interpreta que el derecho a la igualdad no puede ser entendido de forma absoluta, literal o positivista, ya que su sentido es colocar en situación de igualdad a todos los miembros de la sociedad, para lo que en ocasiones el Estado discrimina, es decir da un trato “igual a los iguales y desigual a los desiguales”, regularmente la discriminación positiva se da a favor de los grupos sociales que son objeto de especial cuidado en el marco constitucional, los grupos vulnerables, tales como niños, mujeres, tercera edad, indígenas, negros, etc.

económica, ya esa clase de leyes pertenecen a la rama del derecho que se ha denominado del mercado, en cuanto es el derecho que lo regula. En tanto el derecho del mercado regula a la competencia, necesariamente protege a los actores de ésta que no son sino las empresas proveedoras en tal mercado.

El derecho antimonopolio, ha concebido la noción de empresa de una forma bastante amplia, de allí que no lo haya restringido a personas naturales o jurídicas que ejerzan actos de comercio, o al hecho de que cuenten con personería jurídica, etc., al efecto considera empresa a una unidad económica capaz de intervenir o participar en un determinado mercado, proveyendo bienes o servicios.

La ley Tipo de las Naciones Unidas, UNCTAD, define a la empresa como “Toda sociedad de personas, sociedad de capitales, compañía o asociación u otra persona jurídica, independientemente de que haya sido creada o esté controlada por particulares o por el Estado, dedicada al tráfico mercantil, incluidas sus sucursales, filiales, sociedades participadas u otras entidades directamente o indirectamente controladas por ella.”²⁶

La Decisión 608 de la Comunidad Andina, que será objeto de análisis más adelante, no define a la empresa como tal sino que define al agente económico, asimilándolo al concepto de empresa de la Ley Tipo de las Naciones Unidas, arriba indicado, pero agrega en su definición a las personas naturales y a las Asociaciones Profesionales que agrupan a los agentes económicos. A manera de ejemplo se puede señalar que en el ámbito Europeo han sido numerosos los expedientes *antitrust* iniciados en contra de Asociaciones Bancarias por

²⁶ Naciones Unidas, *Ley Tipo de Defensa de la Competencia, proyecto de comentarios...* p. 19

actuaciones de sus miembros en relación con fijaciones de precios por servicios-comisiones bancarias.²⁷

Es decir para el derecho de la competencia es irrelevante la categoría jurídica o económica que pueda tener la empresa que produce los actos desleales o anticompetitivos, en tanto dichos actos afectan a otras empresas o a los consumidores.

²⁷ Para conocer los análisis sobre varios expedientes contra Asociaciones Bancarias, ver el texto de Fernando García, *Derecho de la Competencia y Actividad Bancaria*, Madrid, La Ley, 2003.

CAPÍTULO II

2. CONDUCTAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA SEÑALADAS EN LA DECISIÓN 608 “NORMAS PARA LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD ANDINA”.

La Decisión 608 de la Comunidad Andina se promulga como respuesta a la necesidad de actualizar y si se quiere sistematizar y volver aplicable a la Decisión 285 que regulaba los aspectos relacionados con la libre competencia, tal Decisión –la 285- fue derogada por la 608.

En la Decisión 608 se listan una serie de conductas restrictivas de la libre competencia, se define lo que ha de considerarse posición de dominio y cuales constituyen conductas abusivas de tal posición.

Las conductas listadas y las definiciones antes indicadas no se apartan en mucho de las concepciones teóricas establecidas por el derecho comunitario europeo, lo cual es lógico suponer ya que la concepción económica –Constitución Económica- y necesidades del mercado común andino se asemejan más al sistema de defensa de la competencia europeo antes que al norteamericano, pese a que como antes ya se indicó, ambos sistemas cada vez presentan mayores semejanzas antes que diferencias.

Así la Decisión 608 no sanciona *per se* la posición de dominio, lo cual es natural, ya que nuestras economías andinas no pueden permitirse sancionar la eficiencia económica cristalizada en un mejor posicionamiento en el mercado, siempre que tal posición sea lícita y no se funde en actos desleales o

anticompetitivos. El derecho antitrust norteamericano, sin embargo si presenta fuertes corrientes afines a sancionar *per se* las posiciones monopólicas, con la convicción de que el solo detentar una posición dominante en el mercado, es decir una alta cuota, le permite a una empresa imponer condiciones que en una competencia normal no podrían ser efectuadas.

Del análisis de las conductas señaladas se desprende que abarcan aquellas que han sido recomendadas por la Ley Tipo de las Naciones Unidas y que las definiciones de posición de dominio y sus actos abusivos también han sido recogidos como lo sugiere las Naciones Unidas y la doctrina.

2.1. POSICIÓN DE DOMINIO

El artículo 9 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina establece:

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

La definición de posición de dominio dada, aborda la necesidad de realizar un análisis a uno de los elementos incorporados en la definición dada, que se refiere a qué es el mercado relevante.

La definición del mercado relevante es trascendental para cualquier análisis de una conducta anticompetitiva, ya que es obvio inferir que la conducta desleal o anticompetitiva tiene lugar en algún escenario, tal escenario debe ser un mercado a efecto de que se produzca su distorsión, sin embargo, dentro de la concepción de posición de dominio es necesario determinar con exactitud cuál es ese mercado, pues los mercados están segmentados por diversas características, ya sea por un área geográfica, por la clase de productos o servicios que en el se tranzan, por los actores, etc., así la posición de dominio de una empresa guarda relación con el mercado en el cual ejerce tal posición, ese mercado en el que se detenta la posición de dominio será el mercado relevante a efectos del análisis de las conductas anticompetitivas.

Grijalva y Troya, en su obra citada, definen al mercado relevante como “un mercado específico en términos de producto y área geográfica” (A. Grijalva y J. Troya, *Elementos para un Derecho de la Competencia en el Ecuador*, p. 21), en su definición se encuentran abarcados los elementos necesarios para distinguir el mercado relevante, como primera pauta en el análisis de las conductas competitivas.

Se reconoce que los elementos esenciales, pero no por ello los únicos, para determinar el mercado relevante son:

- a. El área geográfica, todo mercado se encuentra limitado en un área geográfica señalada, no obstante que éste pueda ser local, regional, nacional o internacional.²⁸

²⁸ “El mercado geográfico es el segundo elemento que hay que tomarse en cuenta para determinar el mercado pertinente. Puede definirse en general como la zona en que los vendedores de un producto o servicio

b. Determinación de los productos o servicios que se ofertan en tal mercado, lo implica el analizar cuáles son los bienes que se tranzan en el mercado relevante y que son comercializados por la empresa que realiza los actos anticompetitivos, ya que ello permite realizar análisis sobre la posibilidad de sustitución de dichos bienes, ya sea por el lado de la oferta (es decir si los bienes pueden ser fácilmente producidos por otros competidores) o por el lado de la demanda (lo que implica que los bienes pueden ser sustituidos por otros bienes de igual o similar calidad o con similares características, así por ejemplo en el mercado de los zapatos de cordón ese bien podría ser sustituido por zapatos sin cordón, botas, etc., si el precio lo permite), la posibilidad de sustitución también conlleva el análisis sobre las barreras de entrada o salida de ese mercado, ya que si el bien ubicado en un mercado geográfico determinado puede ser llevado a otros deriva en que el mercado relevante no solo se restringe al área geográfica que se había determinado sino que se amplíe a las otras.²⁹

c. Carácter temporal del mercado, la necesidad de especificar el mercado relevante lleva a la necesidad de dar un criterio de temporalidad al

determinado realizan sus operaciones. También puede definirse como un mercado en que los vendedores de un producto o servicio determinado pueden realizar sus operaciones sin ningún obstáculo. (...) Son varios los factores que intervienen en la determinación del mercado geográfico pertinente, en particular las desventajas en materia de precios resultantes de los costos de transporte, el grado de dificultad para obtener bienes o servicios, las posibilidades de elección de los consumidores y el nivel funcional en que operan las empresas.” Naciones Unidas, *Ley Tipo de Defensa de la Competencia, proyecto de comentarios...*, p. 21.

²⁹ “El mercado relevante del producto se efectúa en Derecho Comunitario teniendo en cuenta dos factores, sustituibilidad en la demanda y sustituibilidad en la oferta, que luego son evaluados teniendo en cuenta las condiciones de competencia reales en el mercado. El primero de los factores determina, sin que haya para ello un test preciso, qué productos son suficientemente similares en cuanto a su función, precio y atributos para ser contemplados por los usuarios como sustitutivos razonables de otros; el segundo se refiere a si los suministradores de productos que no son sustituibles desde el punto de vista de la demanda pueden fácilmente pasar a producir y ofrecer productos que lo sean” Fernando Rodríguez, *Sobre el Abuso de Posición Dominante*, en Juan Luis Iglesias, comp., *Homenaje al Profesor Aurelio Menendez*, Tomo I, Introducción y Títulos Valor, p. 994

mercado, ya que una empresa podría tener posición de dominio en un mercado en determinado momento, por ejemplo la empresa que cosecha naranjas y las vende podrá tener posición de dominio en las épocas de cosecha, pero finalizada ella terminará su posición.

La posición de dominio en el ámbito del derecho de la competencia europeo, no es una conducta reprochable *per se*, ya que si lo fuera significaría que las normas jurídicas que garantizan la competencia se constituirían en óbices para la prosperidad económica de quienes de forma legítima han logrado posicionarse en el mercado.

La tendencia de la Decisión 608, es efectivamente no sancionar *a priori* la posición de dominio de una empresa, por lo que en primer término define tal posición y luego establece una serie de conductas que la empresa dominante de un mercado so pena de incurrir en un abuso de su posición, lo cual si es reprochable.

La regulación de la posición de dominio es un aspecto fundamental en el derecho de la competencia, sin embargo, es sumamente difícil realizarlo sin no encontrarse con la resistencia de los grupos económicos y políticos, quienes con no poca razón cuestionan la limitación de su accionar, por cuanto efectivamente el deseo de cualquier empresario es concentrar y dominar un mercado, incluso tal deseo puede ser del mismo Estado a efectos de potencializar a sus productores y permitirles competir hacia fuera.

El artículo 9 de la Decisión 608, establece en concreto que un agente económico está en posición de dominio cuando es capaz de tomar sus decisiones empresariales prescindiendo de sus competidores, proveedores o consumidores,

lo que significaría que sus decisiones sobre precios, calidad, productos, son tomados sin necesidad de analizar los efectos que tales decisiones pueden tener en el mercado, lo que implicaría que en ese mercado no existiría una competencia sustancial o efectiva, en tal sentido el objetivo de la norma que regule la posición de dominio será el permitir que aún cuando en ese mercado no exista competencia efectiva, el agente económico no abuse de su condición y se comporte como si tal competencia si existiera.

Las Naciones Unidas definen a la posición de dominio, como “la situación en que una empresa por sí o conjuntamente con algunas otras empresas, está en condiciones de controlar el mercado pertinente para un determinado bien o servicio o un determinado grupo de bienes o servicios” (Naciones Unidas, *Ley Tipo de Defensa de la Competencia, proyecto de comentarios...*, p. 18). Ambas definiciones, tanto de la Comunidad Andina cuanto la de las Naciones Unidas, señalan los elementos que con anterioridad han sido establecidos.

La Decisión de marras, no establece cuáles son los mecanismos en concreto para determinar esa posición de dominio, sin embargo Fernando Rodríguez, señala:

“En la práctica hay cuatro pasos que deben darse para determinar que una empresa está en posición dominante, demostrar que la empresa tiene una cuota de mercado persistentemente alta en tal mercado, demostrar que no es probable que rivales actuales o potenciales erosionen la posición dominante existente en el Mercado Común o una parte sustancial del mismo.” (F. Rodríguez, *Derecho de la Competencia y Actividad Bancaria*, p. 985).

2.2. ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO.

El artículo 8 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina, establece que:

“Se presumen que constituyen conductas abusivas de una posición de dominio en el mercado:

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

La Decisión, como otras legislaciones, no define que es el abuso de la posición de dominio, se limita a dar un listado de prácticas que intrínsecamente constituyen abusivas cuando se detenta tal posición. Dado que el poder de dominio no ha sido penalizado, es en concreto un derecho de cualquier empresario, su derecho ha poder controlar el mercado, sin embargo lo que ha sido sancionado es el abuso de tal derecho.

Carlos Jaramillo, en relación al abuso de la posición dominante en el sector bancario, afirma que el abuso del derecho no solo puede surgir de las prácticas dolosas de las entidades que detentan posición de dominio, sino que partiendo del concepto general de buena fe en los actos, la existencia de actos abusivos supone la posibilidad de ejecutarlos aún sin conocimiento, sin embargo tales actos perjudican a los competidores y a los clientes bancarios.³⁰

En concreto el abuso de posición de dominio supone en primer término detentar tal posición y en segundo tener el suficiente poder de mercado para distorsionar a éste, por lo que el abuso supone una práctica injustificada que perjudica a los otros competidores, consumidores o proveedores, los que no tienen el poder suficiente para evitarlo.³¹

Las practicas que han sido sancionadas como ilícitas en el marco de la Decisión, son fundamentalmente las misma que reconoce la doctrina y la Ley Tipo de las Naciones Unidas, por lo que no suponen un nuevo escenario de análisis, sin embargo nos referiremos muy brevemente a las más relevantes:

³⁰ Ver, Carlos Jaramillo, *El abuso de la posición dominante en la actividad financiera...*, p. 18

³¹ “Hay abuso de posición dominante no solo cuando la conducta de la empresa es abusiva o cuando sus resultados le benefician sino fundamentalmente cuando tal conducta modifica la estructura competitiva del mercado” Manuel Abanto, citado por A. Grijalva y J. Troya, *Elementos para un Derecho de la Competencia en el Ecuador*, p. 35

a. Fijación de precios predatorios.- Los precios predatorios, se constituyen en la remuneración que percibe el productor de bienes o el proveedor de servicios, fijados por éste muy por debajo de los costos de producción de ese bien o servicios, con el objeto o efecto de restringir la competencia evitando el ingreso de nuevos competidores al mercado o provocando la salida de los que se encontraban en él, tal práctica repercute inmediatamente en los consumidores, quienes no pueden recibir nuevos proveedores o conocer nuevos productos en mejores condiciones de calidad o precios.

La que le permite a una empresa o agente económico sostener tal práctica, es precisamente su poder de mercado y su posición de dominio, ya que la diversificación de productos que pudiera tener la empresa o simplemente el volumen de sus ventas, hará que tolere las pérdidas ocasionales para luego hacerse de un poder monopolístico con precios fijados unilateralmente.³²

b. La subordinación de contratos.- Supone la imposición de parte del empresario que detenta poder de mercado a sus consumidores para que adquieran otros productos o servicios que no están relacionados con el contrato principal, así por ejemplo el obligar a una persona que compra un vehículo a adquirir todos los repuestos del mismo en las casas autorizadas por el proveedor, so pena de perder la garantía que le había proporcionado.

³² “Una de las formas más corrientes de conducta abusiva es lo que suele denominarse fijación abusiva de precios. Las empresas observan tal conducta para eliminar las empresas competidoras, a fin de mantener o consolidar una posición de dominio. Cuanto mayores sean la diversificación en cuanto a productos y mercados y sus recursos financieros, mayor será su capacidad para observar una conducta abusiva.”, Naciones Unidas, *Ley Tipo de Defensa de la Competencia, proyecto de comentarios...*, 40.

c. La adopción de condiciones desiguales en prestaciones equivalentes.- Constituye una práctica que a la luz de los hechos parecería ser un derecho privativo del empresario, el otorgar condiciones distintas a determinados proveedores, consumidores o clientes en general, sin embargo se ha podido establecer que muchas veces esas conductas son producto del ejercicio del poder de dominio, usado con la finalidad de obligar al contratante a aceptar determinadas condiciones gravosas para él o que restringen la competencia, tales como fijarle precios de reventa, acuerdos de exclusividad, etc.

d. Negativa injustificada a satisfacer demandas de compra.- Esta también parecería ser un derecho elemental del empresario, el negarse a vender un producto o prestar un servicio, sin embargo si tal negativa tiene como objeto o efecto el evitar que otros agentes económicos puedan competir o la negativa a vender coloca en desventaja competitiva al oferente comprador, esa conducta puede constituirse en un abuso de la posición de dominio, aún más cuando la negativa a vender se realiza en perjuicio de competidores de empresas asociadas o integradas a la compañía que detenta la posición de dominio.

2.3. ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA LIBRE COMPETENCIA.

La Decisión 608 de la Comunidad Andina, lista una serie de conductas restrictivas de la libre competencia, así tenemos:

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

a. Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización.

b. Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios.

c. Repartir el mercado de bienes o servicios.

d. Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,

e. Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.

Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.”

El listado de los acuerdos restrictivos parten de una premisa, que la presunción de derecho de que los actos realizados son conductas restrictivas de la competencia, lo cual invita a analizar que en ese sentido la tendencia de la Decisión ha sido el establecer conductas que *per se* son anticompetitivas.

Respecto de esa forma de establecer conductas anticompetitivas, se señala que constituye un procedimiento sencillo, que brinda seguridad jurídica, ya que los jueces y los agentes económicos conocen de antemano que si realizan tal o cual acto de los listados, el mismo será investigado y sancionado, por otra parte permiten a los estamentos públicos el sancionarlos más rápidamente, ya que si existe el mandato cierto de que por ejemplo, el acuerdo

de fijación de precios es anticompetitivo sin mayores análisis económicos se deberá sancionar a los agentes económicos que realizaron tal acuerdo.³³

Sin embargo, la determinación fría de que una conducta es anticompetitiva, sin realizar análisis sobre sus efectos sobre el mercado, es algo que hoy por hoy es debatido y fustigado por la doctrina y la misma jurisprudencia, la que ha tratado de menguar la rigidez de la norma a efectos de que la misma no cause mayores daños al mercado que las conductas que trata de sancionar.

En tal sentido, desde hace varios años se aplica en el análisis de las conductas la llamada *rule of reason* o regla de lo razonable, la misma que tuvo su origen en los Estados Unidos de América. La aplicación de esta regla comporta la necesidad de analizar económica y legalmente las razones que se pudieran haber tenido para realizar un determinado acuerdo o sus efectos en el mercado.

No se puede dejar de observar que para que una conducta sea anticompetitiva ésta debe ser medida dentro del mercado y esta medición se la realiza a través de los efectos en el mismo, es decir si los agentes que acuerdan fijar un precio de venta, no cuentan con el suficiente poder en el mercado para que su acuerdo pueda distorsionar la competencia, simplemente

³³ Fernando García señala que se reconoce el origen de la regla per se en la sentencia *United States v. Trenton Protteriers*, en donde se estableció que cualquier concertación con el objeto de aumentar o reducir precios era ilegal per se, entendiéndose por la jurisprudencia que existen conductas que por sus efectos en el mercado deben ser sancionadas sin que medie ningún análisis, para sustentar su opinión cita la opinión del Juez Black a la hora de explicar la finalidad de la regla per se: “Existen ciertos acuerdo o prácticas respecto de los cuáles cabe presumir de manera concluyente que, debido a su efecto pernicioso sobre la competencia y la ausencia de cualquier virtud redentora, no son razonables y por tanto son ilegales, sin necesidad de llevar a cabo una investigación detallada acerca del perjuicio concreto que hubieren ocasionado o de la justificación económica para su utilización”; Fernando García, *Derecho de la Competencia y Actividad Bancaria*, p. 18.

ese acuerdo no debe ser objeto de análisis por parte de las autoridades de la competencia, eso por aplicación de la llamada regla del *mínimis*, que faculta a las autoridades el reservarse la investigación de actos que tengan efectos en el mercado y no otros.

Volviendo sobre la regla de lo razonable, a fin de aclarar su alcance es conveniente tomar lo señalado por el Juez Brandeis:

“Cualquier acuerdo relativo al comercio, cualquier regulación del comercio restringe la competencia (...) El verdadero test de legalidad consiste en determinar si la restricción impuesta regula y tal vez promueve la competencia, o si ésta oculta o tal vez destruye la competencia. Para solucionar esta cuestión el Tribunal de ordinario debe examinar las particularidades del negocio en el que se impone la restricción, la situación antes y después de haber sido adoptada la restricción, la naturaleza de la restricción, el daño que se pretende evitar, las razones que motivaron la adopción de la solución concreta, el propósito o finalidad perseguida: todos ellos constituyen hechos relevantes”³⁴

Es real que la positivación de la regla de lo razonable resulta complicada, de tal suerte que su desarrollo ha podido ser efectuado solo a través de varias sentencias dictadas tanto en los EUA o en la Comunidad Europea, las que han sentado importantes jurisprudencias sobre lo que significa tal regla, sin embargo la redacción del artículo 7 de la Decisión parecería no dejar muchas puertas abiertas para la aplicación, por parte de los

³⁴ Fernando García, *Derecho de la Competencia y Actividad Bancaria*, p. 18.

jueces o autoridades administrativas, de la regla de lo razonable, ya que se funda sobre la aplicación de lo *per se*, lo cual no parecería ser lo más idóneo si se toma en cuenta que esta no permite medir los efectos de las conductas o acuerdo en el mercado relevante.

La Decisión no ha entrado a establecer un listado de acuerdos restrictivos tomando en cuenta a los participantes en tales acuerdos, es decir no ha realizado la distinción que hace la doctrina sobre la existencia de acuerdos horizontales o verticales.

Se entiende por acuerdos horizontales aquellos que son realizados entre empresas que se encuentran en el mismo nivel productivo, es decir son agentes económicos que en condiciones normales deberían estar en competencia y no acordando ningún tipo de condición, sin embargo se ha podido determinar que existen industrias en las que los acuerdo entre competidores genera beneficios para los consumidores, así por ejemplo la industria bancaria que requiere la operación de un solo canal de cajeros automáticos a fin de reducir los costos de manejar redes privadas independientes, en tal ejemplo todos los actores acuerdan el pagar una tasa por el servicio a un tercero.

Los acuerdos horizontales, por la intrínseca característica de competencia que debe regir a los acordantes, suelen con frecuencia señalarse como ilícitos *per se*, es decir sin ningún análisis.

Los acuerdo verticales son los que se celebran entre empresas que no se encuentran en el mismo nivel productivo, es decir no son competidoras

entre si, sin embargo regularmente complementan sus actividades, así son proveedoras, compradoras, clientes, etc.

En términos generales los acuerdos verticales no restringen la competencia en el mercado, pues los agentes que realizan los acuerdos no son competidores, pero bajo ciertas circunstancias, como por ejemplo la fijación de precios de reventa, la fijación de cuotas de mercado, etc., si pueden restringir la competencia sobre todo del sujeto que no tiene la posición de dominio.

2.4. APLICACIÓN DE LA DECISIÓN 608 “NORMAS PARA LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD ANDINA” AL SECTOR BANCARIO.

La discusión acerca de la aplicación de las normas de la competencia al sector bancario de un Estado ha sido debatido en varias legislaciones y en diversas épocas, tal discusión se ha centrado en la posibilidad de aplicar regulaciones de competencia a un mercado altamente regulado por varias agencias o entidades en diferentes países, además de ser un sector muy sensible y que en frecuentes ocasiones es usado por los Estados para efectos de manejos de política monetaria o crediticia.

Dada la naturaleza de los bancos, que según algunos autores prestan un servicio público, ya que lo realizan por expresa concesión del Estado que es el que de forma directa, en casi todos los países, autoriza su establecimiento, debido a la captación de recursos públicos y del público que realiza con frecuencia,

además por razones de prudencia y gestión de riesgos, tales como el reputacional, de prevención de lavado de dinero, etc., riesgos que de no medirse por parte del Estado podrían ocasionar daños al sistema en si y provocar crisis sistémicas tales como “corridas” de depósitos.

La característica de ser un servicio público, es lo que impide que los bancos puedan arbitrariamente establecer sus horarios de apertura y cierre de oficinas, lugares de atención al público –de forma general- y requieran notificar y solicitar autorización a los Organismos de control correspondientes para realizar dichos actos.

El que el servicio bancario sea prestado por particulares no obsta la característica de ser un servicio público, ya que a lo sumo podría considerarse un servicio público prestado por particulares por concesión o bajo licencia.

Tales señalamientos son los que a breves rasgos han provocado arduas discusiones sobre la aplicación de las normas de competencia al sector bancario, así en los Estados Unidos de América, “hasta bien entrada la década de los cuarenta existía el convencimiento de que las normas de la competencia no eran aplicables en el sector bancario debido, por una parte, al peculiar marco regulatorio en el que se desenvolvía su actividad y, por otra, a la importancia que se daba a la idea de que la competencia entre entidades podría poner en riesgo la solvencia del sistema.”³⁵

Como se señaló, la solvencia del sistema bancario es uno de los aspectos fundamentales sobre los que giran las discusiones sobre la aplicación de las normas, ya que se sostiene que el fomento de la competencia en el sistema

³⁵ Fernando García, *Derecho de la Competencia y Actividad Bancaria*, p. 120.

bancario, podría provocar que los bancos asuman demasiados riesgos a costos muy elevados³⁶ como el pago de altas tasas de interés pasivas o la disminución sustancial de las tasas activas produciendo disminuciones significativas de los márgenes de intermediación, lo que no les permitiría honrar sus obligaciones incurriendo en riesgos de liquidez o de solvencia.³⁷

La legislación de los EUA siempre fue cauta en la aplicación de las normas de la competencia a los sectores financieros, por lo que incluso se llegó a promulgar leyes que eximían de la vigilancia de las agencias de control de la competencia a las entidades financieras, fundamentalmente al sector asegurador, un sector que también aplica una serie de prácticas discriminatorias en función de una adecuada gestión de los riesgos, sin embargo la jurisprudencia³⁸ se inclinó finalmente por juzgar a las entidades financieras por actos anticompetitivos.

³⁶ “En efecto existe la preocupación de que una competencia excesiva entre entidades pueda traducirse en créditos demasiado bajos, con el consiguiente riesgo de quiebra de algunas entidades. Dadas las peculiaridades del negocio bancario, la quiebra de un banco puede afectar la credibilidad del conjunto del sistema y arrastrar a todos los demás”. Fernando García, *Derecho de la Competencia y Actividad Bancaria*, p. 121.

³⁷ “Un banco como cualquier otra institución de crédito, requiere dos condiciones esenciales para su normal funcionamiento: 1. Liquidez; y, 2. Solvencia. Por liquidez entendemos la capacidad de un banco para hacer frente a las demandas de efectivo a cambio de depósitos. (...) Los activos más líquidos son también los menos rentables; por ello el banquero debe medir adecuadamente ambos extremos. No mantener fondos ociosos, pero tampoco excederse en los préstamos afectando su liquidez. (...) La solvencia es la capacidad del banco para poder hacer frente a los compromisos contraídos (...) La solvencia de un banco depende principalmente de la cartera de colocaciones que es su principal activo. El capital pagado y reservas son mínimas frente a las obligaciones contraídas, por lo que la vida del banco va a depender del correcto funcionamiento de dicha cartera.” Carlos Villegas, *Manual de Derecho Bancario*, Chile, Editorial Jurídica Ediar-Cono Sur, 1987, pp. 24-25.

³⁸ “La confirmación definitiva de la aplicación del Derecho de la Competencia vino de la mano de la célebre sentencia Philadelphia National Bank de 1963, en la que el Tribunal Supremo declaró que el artículo 7 de la Clayton Acta resultaba aplicable a las concentraciones bancarias. Tres años antes, el Congreso había aprobado la Bank Merger Act, que establecía un complejo sistema de control previo de las fusiones bancarias por parte de las agencias encargadas de supervisar a los bancos norteamericanos. (...) Como señala G. Fisher, la decisión del Tribunal Supremo puede considerarse sorprendente, ya que la intención del Congreso cuando aprobó la Ley de Fusiones Bancarias en 1960 era precisamente excluir la aplicación del Derecho Antitrust en este ámbito.” Fernando García, *Derecho de la Competencia y Actividad Bancaria*, p. 123.

No obstante la inclinación de la jurisprudencia en el sentido antes anotado, las reticencias a la aplicación plena de las normas al sector bancario, persisten así autores como Eduardo Barbier, advierten que la competencia en el sector bancario crea riesgos en los sistemas, ya que la natural tendencia de los consumidores de servicios bancarios es contratar con bancos “grandes” excluyendo en el proceso de selección a los bancos pequeños, los que a efectos de competir adquieren altos riesgos derivados de una gran profusión de servicios a costos muy inferiores, lo que les ocasiona pérdidas y una erosión de sus capitales, al tener que echar mano de estos para poder sostener las pérdidas operacionales ocasionadas ya sea por la expansión crediticia o por la expansión de los servicios.³⁹

La doctrina ha reconocido que la aplicación de normas de competencia en cualquier sector implica una liberalización del mismo, lo que aplicado al sector bancario significaría la liberalización de éste, no así necesariamente su desregulación, ya que el sector bancario es uno de los más regulados en cualquier economía.

³⁹ “Con este panorama de mayor competitividad que aún impera en la actividad bancaria, es dable afirmar que se incrementan los riesgos, se reducen los márgenes de beneficios y se impone la búsqueda intensiva de clientes para colocar la mayor cantidad de productos y servicios (...) Es un dato de la realidad que el carácter riesgoso incide desde siempre en la intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros, vinculada genéricamente al manejo de fondos de terceros, pero se acentúa en los procesos de intensificación de la competencia, desde que las entidades se ven obligadas a tomar cada vez más riesgos y la erosión de los márgenes provoca fragilidad. (...) En consecuencia, los establecimientos de crédito podrían verse tentados por intensificar su toma de riesgo reduciendo la base de su capital, a fin de mantener la rentabilidad del capital invertido. Consientes de la nueva dinámica a que deben exponerse, las entidades incentivan el crecimiento de la banca comercial o minorista y la expansión de servicios, para amortiguar las oscilaciones de las operaciones más riesgosas” Eduardo Barbier, *Contratación Bancaria*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2000, pp. 13-15.

Claudia Curiel, en relación a las reflexiones que deben realizarse en un Estado previamente a diseñar un modelo de política de competencia, del cual puede o no ser parte una Ley de Competencia Económica, señala que:

“Dentro del espectro de las áreas sujetas a regulación por parte del Estado, ya sea que prime el criterio de fallas del mercado o de equidad, debe tomarse en cuenta que la regulación de la actividad económica es a menudo incompatible con la competencia. En efecto, solo es posible hablar de libre competencia en aquellos sectores en los que no existe una exhaustiva intervención del Estado que determina modalidades y condiciones en que debe desarrollarse esa actividad”⁴⁰

Lo establecido trae a colación la necesidad de evaluar si es o no necesario el someter al sector financiero y bancario especialmente a las normas de competencia contenidas en la Decisión 608 de la Comunidad Andina, a efectos de solicitar su exención de aplicación permanente o temporal creando para el efecto un cuerpo normativo específico para el sector.

En varios países, el control de la competencia al sector bancario ha sido coordinado de forma directa con el organismo de control del sistema, ello por razones unificar el control y por cuanto el organismo de supervisión, en forma general, es el único que tiene la información suficiente para realizar lo que se conoce como supervisión integral, es decir un supervisión y control que le permite

⁴⁰ Claudia Curiel, *Diseño de un modelo de abogacía de la competencia en el contexto de la implantación de las políticas de competencia en América Latina*, Naciones Unidas, UNCTAD, Nueva York y Ginebra, 2000, p.7.

conocer todos los detalles de las instituciones para cualquier efecto, ya sea prevención por riesgos de solvencia, prevención de lavado de activos, control de concentraciones, etc.

Entra las conductas listadas por la Decisión existen varias que son realizadas por la banca de forma reiterada, pero se las realiza por razones de prudencia, así por ejemplo, la negativa a contratar con determinadas personas, se realiza ante la necesidad de que la banca evalúe continua y profundamente a sus probables clientes previamente a tomar la decisión de aceptarlos como tales, lo que eventualmente implica que aún cuando un cliente aparezca en similar situación que otros no pueda acceder a un crédito en iguales condiciones, ya sea por su historial crediticio o por la fragilidad de sus garantías, o por cualquier otra razón.

Otra conducta frecuente es la fijación de lo que en varios países se llama “tasa de intercambio” que es la remuneración que la banca paga a un tercero por la prestación del servicio de “switch” o de conexión a una red, ya sea de cajeros automáticos o de una base de datos, ya que es menos costoso para el banco realizar tal pago que el generar su propia red o su propia conexión, para lo que se fija una remuneración unánime entre todos los bancos participantes, no obstante lo cual si existe una diferenciación de los costos por servicios que cada banco otorga a sus clientes, lo cual en el marco de las conductas prohibidas podrían considerarse como un acuerdo para fijación de precios.

De igual forma la banca suele restringir el otorgamiento de créditos en determinadas épocas o a determinados sectores, lo que responde una vez más a

la necesidad de evaluar el riesgo de crédito o político intrínseco en esas actividades, ello responde a que por necesidades de manejo de caja o por las condiciones políticas o económicas de un determinado sector productivo, no pueda otorgársele créditos sin asumir altos riesgos con la consecuente necesidad de incrementar las provisiones (es una reserva que debe realizar el banco por cada crédito que otorga, tal reserva servirá para compensar la posible pérdida que pueda tener la institución en el crédito otorgado, mayor riesgo mayor provisión), esta práctica podría ser censurada por constituir una restricción a la oferta de servicios.

Así varias actuaciones de la banca pueden incurrir en determinados momentos en actos aparentemente anticompetitivos, pero deben ser realizados por aplicación de sus normativas y regulaciones propias y por aplicación de principios de buena práctica bancaria, los que deben ser analizados a fin de estructurar un real control de competencia al sector, que no produzca que el mismo tenga un incremento de sus costos por efecto de la aplicación de las normas que se emitan.

CAPÍTULO III

3. CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO DEL FINANCIERO ECUATORIANO.

Mucho se ha discutido sobre las características del mercado financiero del Ecuador, tachándolo de poco competitivo, oligopólico, concentrado y poco eficiente, lo cual redundaría en un incremento de costos efecto de la escasa competencia que aparentemente tendría.

Al efecto es conveniente señalar que solo en el sector bancario existen 25 entidades autorizadas para intermediar en el mercado, de los cuales 2 son extranjeras, varias oficinas de representación de bancos extranjeros, un sinnúmero de cooperativas y mutualistas controladas y no por la Superintendencia de Bancos y Seguros, lo que muestra que al menos no existen altas barreras de entrada al sistema, sin embargo la complejidad del mismo y sus peculiares características evidentemente provocan otros problemas tales como la concentración.

3.1. CONCENTRACIÓN DEL MERCADO FINANCIERO ECUATORIANO

La tendencia a la concentración en los mercados bancarios no es un patrimonio exclusivo de la banca ecuatoriana, ya que la selección natural de las entidades a las que las personas confían sus depósitos suelen ser las más grandes (en el caso de los consumidores no informados) o las que se muestran con mejores índices de solvencia, liquidez y rentabilidad sobre patrimonio

(selección que realizan los denominados grandes depositantes quienes se informan de temas financieros).

Es decir, el banco que es más solvente, líquido y rentable, será regularmente el elegido para captar más depósitos, lo que conlleva a una mayor concentración natural.

Las evidencias muestran que la concentración en el sector bancario ecuatoriano, es importante, quizá ello sea producto de la crisis bancaria de 1999, pues el depositante por una reacción adversa prefiere depositar sus recursos en los bancos que sobrevivieron a la crisis y que se mantuvieron más sólidos, así se ha establecido que la concentración bancaria en el Ecuador en relación a los depósitos y activos están entre el 70 y 75% respectivamente, lo cual no es alto si se considera que tal concentración se da entre los cinco bancos más grandes del mercado. La concentración en activos en los países de la región fluctúa entre el 70 (El Salvador) y el 28% (Colombia) entre los tres bancos más grandes de cada país, dando un promedio ponderado del 51% en Latinoamérica, en los tres bancos más grandes, en los países desarrollados (Europa y EUA) el índice es mayor, corresponde al 57%.

El Banco Interamericano de Desarrollo, en su documento “Desencadenar El Crédito” concluye en su análisis sobre los efectos de la estructura del mercado, que:

“Aunque los años noventa fueron testigos del derrumbe de una gran cantidad de bancos que operaban en América Latina, el aumento de la concentración bancaria fue limitado, y aún hoy permanece relativamente bajo en

la región. (...) La falta de concentración puede ser una de las posibles causas del bajo rendimiento del sector bancario de América Latina (...)”⁴¹

Por otra parte la concentración del sector bancario si bien es alta en términos generales, se diversifica en varios segmentos ampliándose a mayor cantidad de participantes, así la concentración en Microcrédito se efectúa entre once entidades, en el mercado de créditos a la vivienda en quince entidades.

El Fondo Monetario Internacional en su “Country Report of Ecuador” emitido en marzo del 2006 –lo cual ha sido ratificado por estudios del Banco Central del Ecuador-, establece que si bien existe concentración en el mercado bancario ecuatoriano, tal concentración no da evidencia de una posición de dominio de alguna entidad, es decir la concentración en el mercado bancario no permite que existan posiciones de dominio y por lo tanto se produzcan abusos por tal posición.⁴²

3.2. FIJACIÓN DE PRECIOS FINANCIEROS, TASAS Y COMISIONES.

El mercado financiero ecuatoriano en lo que hace relación a la fijación de precios por sus servicios, en teoría se sujeta a las reglas del libre mercado, es decir las comisiones y tasas bancarias pueden ser fijadas libremente por las partes, así lo dispone el artículo 201 de la Ley General de Instituciones del

⁴¹ Banco Interamericano de Desarrollo, *Los Efectos de la Estructura del Mercado*, en *Desencadenar el Crédito*, 2005, BID, p. 141.

⁴² Para ampliar sobre lo señalado en dicho informe y lo establecido por el Banco Central en relación a ello ver la página web www.asobancos.org.ec.

Sistema Financiero: “Las remuneraciones por servicios activos, pasivos o de cualquier otra naturaleza que presten las instituciones financieras serán libremente fijadas por las partes intervinientes.”

Sin embargo que la disposición legal establece la libertad de contratación, la Junta Bancaria, mediante Resoluciones⁴³ por ella emitidas, prohíbe el cobro de comisiones en Cuentas de Ahorro, en sobregiros ocasionales y en prepago de créditos, además establece que las comisiones solo pueden ser cobradas por los servicios efectivamente prestados, respecto de lo cual ha existido una amplia discusión sobre cual la naturaleza de los “servicios efectivamente prestados” ya que a juicio de las entidades bancarias el mantenimiento de cuenta corriente por ejemplo supone un servicio efectivamente prestado, sin embargo la interpretación que podría darse es que el mantenimiento de cuenta no es un servicio solicitado por el cliente y por tanto si el banco lo presta, a efectos de dar el servicio de captación de depósitos, debe ser asumido por el banco.

En todo caso en lo que se refiere a la fijación de los precios por servicios bancarios, (los servicios bancarios no suponen actos de intermediación, captación de recursos y otorgamiento de créditos, ejemplos de servicios bancarios son el alquiler de cajas de seguridad o el transporte de valores, la transferencia de recursos, el pago de servicios a través de debitos de cuenta o acreditaciones, etc., consulta de saldos a través de páginas web, etc.) ,existe libertad de contratación y el mercado ecuatoriano muestra signos de gran competencia en los mismos, sin que pueda hablarse de actos o acuerdos de fijación de precios.

⁴³ Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros, JB-2004-765, JB-2004-766, JB-2004-791, JB-2006-900.

La fijación de tasas de interés, luego de la reforma a la Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado, como efecto de la liberalización del Sistema Financiero, estableció un sistema aparentemente de libertad en la fijación de tasas de interés, sin embargo, en la práctica continúa existiendo una fijación tácita de las mismas al establecerse techos (tasa máxima convencional) y pisos (tasa pasiva referencial).⁴⁴

La fijación tácita de las tasas de interés no permite que exista una adecuada competencia entre los bancos por precio de intermediación, ya que la actual estructura del mercado provoca que las operaciones bancarias, de acuerdo al segmento que correspondan, tiendan a establecerse en los techos de la tasa máxima convencional con las excepciones del crédito para la vivienda y el corporativo, lo que obliga a incrementar los costos por comisiones que no pueden ser reflejados en la tasa de interés so pena de constituirse en créditos usurarios.⁴⁵

⁴⁴ Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado: “Art. 22.- El Directorio del Banco Central del Ecuador determinará, de manera general, el sistema de tasas de interés para las operaciones activas y pasivas. Cuando se trate de operaciones de mediano y largo plazo el Directorio del Banco Central del Ecuador podrá normar los sistemas de amortización apropiados. (...)” Codificación de Regulaciones del Banco Central: “Art. 2.- Tasa Pasiva Referencial.- Será igual a la tasa nominal promedio ponderada semanal de todos los depósitos a plazo de los bancos privados, captados a plazos de entre 84 y 91 días. Art. 3.- Tasa Activa Referencial.- Será igual al promedio ponderado semanal de las tasas de operaciones de crédito de entre 84 y 91 días, otorgadas por todos los bancos privados, al sector corporativo. Art. 4.- (Reformado por el Art. 3 de la Reg. 127-2005, R.O. 567, 18-IV-2005).- Las tasas a que se refieren los artículos 1 al 3 de este capítulo serán calculadas por el Banco Central del Ecuador utilizando las cifras disponibles más recientes a la fecha de cálculo y de acuerdo con el Instructivo de Tasas de Interés que será expedido para el efecto. Capítulo II, Art. 2.- Máxima Convencional.- Será fijada por el Directorio del Banco Central del Ecuador tomando en cuenta la tasa activa referencial vigente en la última semana completa del mes anterior, más un recargo del 50%. Art. 3.- Las tasas de interés a que se refieren los artículos 1 y 2 de este Capítulo serán calculadas por el Banco Central del Ecuador, regirán por períodos mensuales y serán publicadas en los diarios de mayor circulación en el país.”

⁴⁵ De conformidad con la legislación ecuatoriana, un crédito es usurario cuando: Artículo 583, Código Penal “Es usurario el préstamo en el que, directa o indirectamente, se estipula un interés mayor que el permitido por la ley, u otras ventajas usurarias.” De conformidad con la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, en su Disposición General novena: “La tasa máxima convencional, por encima de la cual se considerará delito de usura, de conformidad con el artículo 583 del Código Penal, será fijada periódica y obligatoriamente por el directorio del Banco Central del Ecuador. Ésta tendrá un recargo del 50% sobre la tasa activa referencial, vigente en la última semana completa del mes anterior.” Es decir un préstamo es

Fernando García, en relación con la situación de la fijación de precios bancarios en España señala:

“La política de control rígido de precios bancarios fue pronto cuestionada al a florar sus múltiples deficiencias, dado que, por una parte, distorsionaba la actuación competitiva de las entidades y, por otra, era ineficaz para cumplir con los fines para los cuales fue establecida.

En relación con el primer argumento, la doctrina entiende que la rigidez de los precios condicionaba las estrategias de los competidores en el mercado. En relación con el primer argumento, la doctrina entiende que la rigidez en los precios condicionaba las estrategias competitivas de los operadores en el mercado. En la doctrina económica se distinguen dos formas de competencia: 1) la competencia en precios, y 2) la competencia al margen de los precios, que se manifiesta en la calidad y variedad de productos ofrecidos por las entidades. En ausencia de regulación, las empresas rivales eligen la combinación óptima de instrumentos de competencia de acuerdo con sus respectivas políticas de costes y beneficios. Pero la existencia de medidas de control sobre alguno de estos instrumentos afecta la elección de los restantes. En este sentido, se considera que la rigidez de los tipos condiciona las estrategias competitivas de las entidades y perjudica la eficiencia del sistema. (...) La limitación de los pagos en concepto de intereses puede provocar un aumento correlativo de las retribuciones implícitas y, en consecuencia, los menores costes financieros estarán asociados a mayores costos operativos (oferta de nuevos servicios), o a

usuario cuando se estipula una tasa de interés mayor a la tasa máxima convencional vigente al momento del otorgamiento.

menores ingresos (servicios no cobrados)” (F. García, *Derecho de la Competencia y Actividad Bancaria*, pp. 141-142)

3.3. SEGMENTACIÓN DEL MERCADO BANCARIO ECUATORIANO

Luego de la promulgación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y la derogación de la Ley de Bancos, la banca ecuatoriana asumió el modelo de banca denominado “Banca Universal” la que supone la posibilidad de que toda entidad bancaria pueda realizar cualquier clase de operación de las autorizadas por el Estado⁴⁶, se abandonando por tanto la especialización que antes existía entre Bancos Comerciales e Hipotecarios.

El modelo de banca universal, sumado a la inexistencia de regulaciones que permitan diferenciar las tasas de interés por segmentos de mercado crediticio, impide que se pueda hablar de una segmentación del mercado bancario, sin embargo tácitamente, si existe tal especialidad, ya que como se mencionó en líneas anteriores, la banca actúa en varios segmentos, especializándose algunas entidades en alguno, así las resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros reconocen cuatro clases de créditos, los que dan origen a una segmentación, que son Microcrédito, Consumo, Comercial y Vivienda.

En relación a la participación de las entidades en cada sector, se puede afirmar que no existen barreras legales para que una entidad pueda realizar operaciones de uno u otro, sin embargo hay sectores que requieren de mayor

46 Ver el artículo 51 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

especialidad y por lo tanto existen mayores costos en el otorgamiento de esos créditos, lo que impide o no hace atractivo participar en ellos, así el microcrédito, requiere de mayores inversiones por el seguimiento y análisis al prestatario, lo que provoca que la actividad en ese sector sea realizado por pocas entidades, constituyéndose tal vez una barrera natural por concepto de costos.

Producto de la presentación en el Congreso Nacional del proyecto de Ley de Rehabilitación de la Producción Nacional, se discutió sobre la necesidad de segmentar el mercado crediticio bancario, para lo que se ha sugerido en el informe para primer debate, la segmentación en cinco sectores: Corporativo, Comercial, Consumo, Vivienda, Microcrédito, con una consecuente liberalización de las tasas producto del establecimiento de tasas diferenciadas para cada sector, lo que permitirá reflejar en cada sector y operación los costos del crédito, reduciendo los rubros por comisiones y permitiendo mayor competencia en precios.

3.4. BARRERAS DE ENTRADA AL MERCADO FINANCIERO ECUATORIANO.

Producto de la Liberalización y la adhesión a la OMC luego de la promulgación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, la legislación ecuatoriana no establece mayores restricciones de entrada al mercado bancario⁴⁷, así no se establecen otras que no sean las recomendadas por

⁴⁷ Se afirma que son las barreras de entrada y las regulaciones de los entes de control, las que impiden o auspician una mayor competencia en el mercado bancario, sin embargo se debe tener en cuenta que el sistema financiero ecuatoriano es uno de los más liberados, y hoy, luego de la crisis, el mismo ente de control ha sido el que ha tratado de retomar controles imponiendo mayores regulaciones al sistema a efectos de evitar una

Principio Internacionales de Buena Practica Bancaria y Supervisión, tales como requerimientos mínimos de capital, idoneidad de los accionistas⁴⁸, mantenimiento de adecuados índices de rentabilidad y de patrimonio, etc.⁴⁹

En tal sentido, el mercado ecuatoriano no limita el ingreso de nuevas entidades bancarias o de entidades extranjeras⁵⁰, como erróneamente se afirma, quizá la mayor restricción que presenta el mercado es el riesgo político, el cual supone los constantes cambios políticos o decisiones que pueden afectar la actividad económica de los operadores, tales como el control de precios, introducción de subsidios, etc.⁵¹

nueva crisis. En relación a la competencia y a las barreras de entrada, el Banco Mundial señala: “(...) Aplicando esta metodología a 50 países, Claesens y Laeven (2003b) no encuentran evidencia de que la concentración del sistema bancario se traduzca en menor competencia. El resultado más importante es que la competencia es más fuerte en los países en que la entrada es más fácil y que tienen menos restricciones sobre la actividad bancaria (...)” BID, *Desencadenar el Crédito*, p. 137.

48 Ley General de Instituciones del Sistema Financiero: “Art. 3.- La Superintendencia autorizará la constitución de las instituciones del sistema financiero privado. Estas instituciones se constituirán bajo la forma de una compañía anónima, salvo las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda y las cooperativas de ahorro y crédito que realizan intermediación financiera con el público.”

49 En cuanto a la liberalidad de los servicios financieros ecuatorianos, es importante señalar lo establecido por Druet en un estudio realizado por la Comunidad Andina: “(...) en cuanto a la profundidad, Ecuador es el país andino más liberal esto se debe a que fue el último país en ingresar a la OMC por cuya razón tuvo la presión negociadora y las exigencias del caso, además a esa fecha este país contaba con una norma del sistema financiero (vigente en 1994) que era bastante liberal, y la cuál ofertó en las negociaciones, lo que le dificultaba, ser más restrictivo. Este país aceptó una posición stand-still, es decir, sobre la base de su legislación nacional vigente a esa fecha”, Xavier Drouet, *Diferentes enfoques para la negociación sobre servicios financieros*, Biblioteca Digital Andina, p. 20

⁵⁰ Ley General de Instituciones del Sistema Financiero “Art. 19.- Las instituciones financieras constituidas con arreglo a las leyes extranjeras que se propongan establecer sucursales en el país, para realizar las operaciones de los bancos o sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo, deberán obtener autorización previa de la Superintendencia. Igual autorización se requerirá, en el caso de instituciones financieras extranjeras que se propongan abrir oficinas de representación, para servir como centros de información a sus clientes, o bien para colocar fondos en el país en créditos o inversiones, sin que éstas puedan realizar operaciones pasivas en el territorio nacional. Las instituciones financieras extranjeras no podrán adoptar denominaciones que pertenezcan a instituciones financieras ecuatorianas o que induzcan a pensar que son subsidiarias o afiliadas de dichas instituciones, cuando en realidad no lo sean. En todo caso deberán indicar su calidad de institución financiera extranjera.

⁵¹ Para ampliar sobre el tema ver, Carlos Villegas, *Manual de Derecho Bancario*, p.36.

3.5. PREVENCIÓN DE RIESGOS EN EL SECTOR FINANCIERO ECUATORIANO. PRINCIPIOS DE BASILEA

La actividad bancaria ha sido ampliamente regulada por efectos de vigilar su solvencia, solidez y liquidez, ya que maneja activos del público y en ocasiones activos públicos, además su condición de servicio público, obliga al Estado⁵² a mantener permanentes controles que permitan controlar los riesgos intrínsecos a la actividad Bancaria.

El Comité de Basilea para Supervisión Bancaria, promulgó una serie de principios que tiene como base el mitigar esos riesgos y que deberían ser aplicados por las entidades de supervisión de cada país, en el caso ecuatoriano, la Superintendencia de Bancos y Seguros ha establecido Resoluciones en ese sentido.

Los principales riesgos que enfrenta la industria bancaria son los siguientes:

Riesgo Crediticio.

Riesgo de Mercado.

Riesgo de Tasas de Interés.

Riesgo de Tipo de Cambio.

Riesgo País.

⁵² “(...) Lo anterior (refiriéndose a la quiebra de un banco) lleva a la necesidad de que el Estado acuda en ayuda de los depositantes, viéndose en la obligación de desviar recursos del erario público hacia una fin diferente al que originalmente estaban destinados (...)” José López y Francisco Holguín, *La Regulación Bancaria en América Latina, Santo Domingo*, Asociación de bancos Comerciales de la República Dominicana, 2002, p. 71.

El Riesgo Crediticio, es el que aparece cuando en el otorgamiento del crédito no se han realizado las evaluaciones necesarias para evitar el no pago o recupero del crédito, es importante prevenirlo debido a que la mayor cantidad de activos de un banco descansa en su cartera de préstamos, por lo que una inadecuada gestión de este provocaría la quiebra del banco.

La Superintendencia de Bancos y Seguros, ha promulgado una serie de Resoluciones que dan las pautas mínimas de análisis crediticios por cada segmento de los que ya antes se habló, de igual forma recomienda índices mínimos de provisiones para el caso de pérdidas crediticias, también establece normas para la calificación de garantías adecuadas en los créditos, etc.

El riesgo de tasa de interés también es relevante para efectos del presente documento, ya que este tiene su origen “en los movimientos adversos que ocurren en las tasas de interés, siendo un resultante de las diferencias existentes entre los vencimientos de las operaciones activas y pasivas y el inoportuno e inadecuado ajuste en dichas tasas”⁵³. El Riesgo de Tasa de Interés podría presentarse en el caso de una cruenta competencia en el sector debido a la necesidad de incrementar las tasas pasivas y disminuir las activas, lo que podría generar el desajuste del que se habla.

La prevención de estos riesgos es probablemente la principal causa para argumentar a favor de la no aplicación de las normas del derecho de la competencia al sector bancario de un país, de allí la cautela de las grandes economías en permitir la vigilancia de las agencias de control de la competencia.

⁵³ J. López y F. Valdéz, *La Regulación Bancaria en América Latina*, Santo Domingo, p. 73.

Se conoce que la política monetaria de los países, en la mayoría de los países se encuentra en manos de sus Bancos Centrales, los que hacen uso de los instrumentos de política monetaria que la Ley les faculta, en el caso ecuatoriano tenemos el encaje bancario, las operaciones de mercado abierto y las operaciones de reciclaje de liquidez, a través de las cuales el Banco Central regula la liquidez de la economía y controla de esa forma los excedentes que podrían incidir en un aumento de la inflación.

En la aplicación de tal política monetaria los bancos privados juegan un papel fundamental, ya que a través de ellos se logra restringir la liquidez de la economía, por ejemplo, elevando el encaje legal, lo implica que por cada "xx" cantidad de dólares que el banco capte "x" cantidad de dólares deban ser depositados en el Banco Central, quien por ese rubro no paga ningún interés a la institución bancaria sino solamente cuando el encaje supera el 10% del monto de los depósitos y captaciones. Similar situación se produce en las operaciones de mercado abierto que realiza el Banco Central, el cual pone a disposición de las entidades sujetas a encaje títulos del Banco Central TBC, a efectos de que estos los adquieran, proporcionando recursos al Estado y limitando la circulación de liquidez en la economía, de hecho sería una facultad del Estado el disponer que cierta parte del encaje sea depositado en TBC, obligando así a la compra de sus títulos, hecho que en años recientes no ha sucedido.

Lo señalado nos sirve para ilustrar que siendo, en muchos casos, los bancos parte de la política monetaria de un país o en ocasiones delegatarios de funciones propias del Estado, como cuando por ejemplo los recursos del Estado son canalizados a entidades financieras de desarrollo públicas (Banco Nacional de

Fomento, Corporación Financiera Nacional), las que actúan solo como banca de segundo piso, y luego son entregadas al público a través de líneas de crédito con la intermediación de instituciones financieras privadas, lo que impide que tal sector pueda en varias ocasiones tener una mayor competencia entre las entidades que lo conforman.

Por otra parte, los riesgos que deben ser controlados por la banca, tales como el de crédito y el de Tasas de Interés, son mayores si se considera a la banca como un servicio público, cuya quiebra puede derivar en graves crisis no solo financieras sino económicas, como la sucedida en Argentina, en donde la quiebra de entidades bancarias –crisis financiera- provocó una gran crisis económica, a inicios de la década de transcurrir.

Por lo señalado, dada la fragilidad de nuestra economía, que no cuenta con un prestamista de última instancia, papel desempeñado antes por el Banco Central, ni tampoco con una red de protección financiera, es decir mecanismos idóneos que mengüen una eventual crisis bancaria, de la que son parte fundamental un adecuado sistema de seguro de depósitos, expeditos procesos de liquidación de entidades financieras, procesos claros y transparentes de créditos a entidades en riesgo, procesos rápidos de fusión u absorción de entidades financieras, etc., no es descabellado el sugerir que las normas de competencia – en cuanto la mayor competencia tiende a poner en riesgo al sistema- no sean aplicadas en un inicio al sector bancario y de serlo su ejecución sea entregada al organismo de control natural del sector que es la Superintendencia de Bancos y Seguros, para que ésta sistematice tales normas con las de prudencia financiera.

CAPÍTULO IV

4. CONCLUSIONES

a. De lo señalado se puede colegir que el derecho de la competencia y la política de la competencia son manifestaciones del poder político que interpreta en un momento determinado los alcances de las normas constitucionales en normas secundarias, sin embargo de lo cual ello no significa una carta abierta para tales sectores, los que deberían encuadrar su accionar legislativo en los principios y valores contenidos en la Constitución Política de la República, que para el caso que nos ocupa, no son sino el Estado Social de Derecho, la Economía Social de Mercado, la Libertad de Empresa, la Libertad de Contratación, el Derecho a la Igualdad, la obligación del Estado de regular la economía en aras del bien común.

b. Si bien la promulgación de una Ley que regule la libre competencia es una necesidad urgente del país, es una omisión grave del poder legislativo y ejecutivo, no es menos cierto que ésta no sería indispensable en tanto el país contara con una política de competencia, la que no existe ya que aún el mismo Estado continúa aupando monopolios, ya sea estatales (telefonía) o privadas (la sal, so pretexto de políticas de salud) lo cual es desdeñable. A la política de competencia se la entiende como el conjunto de medidas gubernamentales, estables y continuas, que inciden en el funcionamiento de las empresas y en su estructura, así por ejemplo, el modelo sustitutivo de importaciones, tenía como fundamento el proteger la producción interna a efectos de disminuir las importaciones y

mejorar la balanza comercial, para lo cual el Estado protegía a la industria mediante la expedición de leyes de fomento, implementaba medidas arancelarias, subsidios, etc., todas aquellas medidas podían interpretarse como una política de competencia, en donde se veía la intervención casi directa del Estado. Así si el Estado hoy fuere capaz de diseñar una política de competencia a nivel general, proponiendo reformas que tiendan a hacer más competitiva a la industria, quizá una ley de competencia no fuere indispensable.

c. La promulgación de las Decisiones 608 y 616 de la Comunidad Andina, ponen al Estado ecuatoriano en una situación muy delicada, en tanto esas normas podrían ser aplicadas en el ámbito interno como norma nacional, sin que la organización gubernamental, haya podido prever los riesgos de su aplicación en ciertos sectores, no solo el financiero, sino por ejemplo el mismo mercado de la telefonía fija en la que el Estado mantiene un monopolio con prácticas de abuso de posición de dominio (reparto de mercados), por lo que la pronta discusión de una ley que regule la libre competencia y sancione las prácticas desleales, es improrrogable a fin de crear el ambiente de discusión necesario que evite la aplicación arbitraria de normas legales de tal importancia, en tanto podrían convertirse en importantes instrumentos de competencia desleal, si es usada de forma política e inescrupulosa, antes que en fomentadores de mercados menos distorsionados e imperfectos.

d. El sector bancario, es quizá el más controlado en el ámbito nacional, ya que mantiene un organismo de control y supervisión específico

y propio, como lo es la Superintendencia de Bancos y Seguros quien promulga permanentemente Resoluciones de aplicación general interviniendo en todas las áreas de gestión bancaria, así regula desde horarios de atención al público, hasta el régimen de decisiones comerciales como es el cobro por servicios bancarios (comisiones), pasando por normas contables, de prevención de lavado de dinero, de riesgos, normas operativas, etc., cosa que en términos generales no sucede en otros mercados (quizá de forma similar sucede en el de las telecomunicaciones), ya que en este existe incluso una fijación indirecta de los precios (tasas de interés).

Por lo que si este mercado es tan ampliamente controlado, incluso en materia de competencia, ya que establece normas para la entrada en él, para la salida, controla fusiones y concentraciones y eventualmente el organismo de control podrían intervenir en otras áreas de competencia, como publicidad engañosa, concentración de activos, etc, sin necesidad de una ley (obviamente quizá debería analizarse la necesidad de dar otras competencias al organismo de control), sería conveniente que el Estado Ecuatoriano haga uso de la facultad de solicitar a la Secretaria General de la Comunidad Andina la excepción de aplicación de las normas de competencia contenidas en la Decisión 608 al mercado financiero.

Lo señalado no significaría que se deje sin ningún control a tal mercado sino que lo haría paralelamente a un profundo análisis sobre normas nacionales cuya promulgación sean necesarias a efectos de controlarlo, así por ejemplo se debería analizar la implementación de

controles que eviten el abuso de los contratos de adhesión; normas que promuevan una mayor competencia en tasas de interés, para lo que debería mediar una liberalización de las mismas; que permitan un permanente control de las prácticas comerciales de aquellas entidades que teniendo un alto porcentaje del mercado no llegan a detentar posiciones de dominio, pero que por la particular tendencia del mercado bancario a concentrarse (los clientes bancarios confían más en entidades grandes antes que en las pequeñas) podrían ejecutar conductas de abuso de dicha posición, por ejemplo el condicionar la concesión de un crédito para la adquisición de bienes muebles o inmuebles, a la adquisición de pólizas de seguro de las compañías aseguradoras del grupo financiero, o la contratación de ciertos servicios para el otorgamiento de otros (adquisición de tarjetas de ATM para el uso de servicios por internet), u otras medidas que tiendan a proteger a los consumidores de servicios bancarios, los que como se dijo inicialmente son los realmente perjudicados en las prácticas abusivas de posición de dominio.

e. Ha propósito de las altas comisiones que hoy se cobran en el mercado bancario, las cuales han venido a compensar la disminución de utilidades de los bancos por la reducción en el “spread”⁵⁴ de las tasa de interés, se ha discutido profusamente sobre una aparente falta de competencia en el sector bancario, lo que impediría que las tasas de interés, así como las comisiones, se reduzcan, incidiendo directamente en

⁵⁴ El spread es la diferencia entre las tasas activas y pasivas, es decir es el margen de intermediación bancaria, en el que en teoría deberían reflejarse todos los costos de los servicios bancarios así como la utilidad de la industria.

el aparente poco acceso al crédito por parte de los sectores productivos⁵⁵, sin embargo a efectos de comprobar tal hipótesis – de que la falta de competencia no permite una reducción de precios- se debería realizar amplios (en el tiempo) y profundos estudios que permitan demostrar esa afirmación, ya que, por ejemplo, el Banco Mundial destaca como una de las conclusiones de su publicación denominada “Desencadenar el Crédito” en el capítulo destinado a los “Efectos de la Estructura de Mercado” que: “El efecto de la concentración sobre la disponibilidad del crédito no es claro. Sin embargo, existen pruebas de que un sistema bancario más concentrado podría mejorar el acceso al crédito para las pequeñas empresas. Si este fuera el caso, la baja concentración del sistema bancario latinoamericano podría también ayudar a explicar el motivo por lo menos en parte, las pequeñas empresas de la región enfrentan tantas dificultades para acceder al crédito” (BID, *Desencadenar el Crédito*, p. 142)

Cualquiera fuere el ámbito de promulgación de las normas legales internas de competencia, está debe estar acompañada de una permanente capacitación a los organismos encargados de aplicarla, así como de la implementación de controles que eviten que ellas sean usadas como armas de persecución desleal contra grupos económicos exitosos y que pueden haber alcanzado posiciones de dominio mediante la aplicación de prácticas legítimas y leales.

⁵⁵ En relación a ello, se debe indicar que de acuerdo a las cifras publicadas por la Superintendencia de Bancos y Seguros, el segmento de créditos comerciales y microcrédito son los que han crecido en mayores proporciones así, el segmento del crédito comercial –en el que se clasifica a los créditos al sector productivo- ha tenido un crecimiento del 25% en lo que va del año y el microcrédito –tipo de crédito al acceden los microempresarios- del 51% en relación al año anterior.

Bibliografía.

1. Andrade, Santiago, "*Hace falta una Ley que promocióne y proteja la competencia económica*", en Revista Iuris Dictio, Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.
2. Aragón, Manuel, "Constitución Económica y Libertad de Empresa", en Juan Luis Iglesias, comp., *Homenaje al Profesor Aurelio Menendez*, Tomo I, Introducción y Títulos Valor.
3. Banco Interamericano de Desarrollo, "Los Efectos de la Estructura del Mercado", en *Desencadenar el Crédito*, 2005, BID.
4. Barbier, Eduardo, *Contratación Bancaria*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2000.
5. Bassols, Martín, *Constitución y Sistema Económico*, Madrid, Tecnos S.A., 1988.
6. Bonfanti, Mario, *Derecho del Consumidor y del Usuario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
7. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-406-92
8. Curiel, Claudia, *Diseño de un modelo de abogacía de la competencia en el contexto de la implantación de las políticas de competencia en América Latina*, Naciones Unidas, UNCTAD, Nueva York y Ginebra, 2000.
9. Díez, Luis, "Función Regulatoria, Promoción de la Competencia y Legislación Antimonopólica", en Edmundo Jarquín y

Fernando Carrillo, editores, *La Economía Política de la Reforma Judicial*, Washington, BID, 1997.

10. Drouet, Xavier, *Diferentes enfoques para la negociación sobre servicios financieros*, Biblioteca Digital Andina.
11. Egas, Fidel, “El capital no se democratizó”, en *El Comercio*, Quito, 01 de enero del 2004, sección B.
12. Galbraith, John, *Historia de la Economía*, Barcelona, Ariel S.A., 1992.
13. Galbraith, John, *El Capitalismo Americano*, Barcelona, Ariel S.A., 1972.
14. García, Fernando, *Derecho de la Competencia y Actividad Bancaria*, Madrid, La Ley, 2003.
15. Gómez, Delio, “Las prácticas restrictivas de la competencia, Acuerdos y Prácticas Concertadas”, en Marco Velilla, director, *Derecho de la Competencia*, Bogotá, El Navegante Editores, 1998.
16. Grijalva, Agustín y Troya, José, “Elementos para un Derecho de la Competencia en el Ecuador”, en *Foro*, Revista de Derecho, No. 1, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador/ Corporación Editora Nacional, 1993.
17. Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Ricardo, *Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1993.

18. Jaramillo, Carlos, "El abuso de la posición dominante en la actividad financiera", XV Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario, Montevideo, 1996.
19. López, José y Holguín, Francisco, *La Regulación Bancaria en América Latina*, Santo Domingo, Asociación de bancos Comerciales de la República Dominicana, 2002.
20. Naciones Unidas, *Ley Tipo de Defensa de la Competencia, proyecto de comentarios sobre los posibles elementos del proyecto de articulado de una o varias leyes tipo*, Ginebra, UNCTAD, 2000.
21. Pastor, Santos, *Sistema Jurídico y Economía*, Madrid, Tecnos S.A., 1989
22. Rodríguez, Fernando, "Sobre el Abuso de Posición Dominante", en Juan Luis Iglesias, comp., *Homenaje al Profesor Aurelio Menendez*, Tomo I, Introducción y Títulos Valor.
23. Rojo, Angel, "El Derecho Económico como Categoría Sistemática", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 15.
24. Villegas, Carlos, *Manual de Derecho Bancario*, Chile, Editorial Jurídica Ediar-Cono Sur, 1987.