

UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

CONDICIONES DE LA COMPETENCIA EN EL ECUADOR

**Genera efectos jurídico-económicos la ausencia de una ley que regule la
competencia?**

**En caso de ser afirmativo, que características debería tener la Ley de
Competencia ecuatoriana.**

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos

Para obtener el título de ABOGADO

Profesor Guía: Doctor Alfredo Maldonado Jervis

Autor: Pablo A. Zabala Peñafiel

2009

QUITO

DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA.

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema y tomando en cuenta la Guía de Trabajos de Titulación correspondiente.

Doctor Alfredo Maldonado Jervis

PROFESOR GUÍA

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE.

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

Pablo A. Zabala Peñafiel

AUTOR

AGRADECIMIENTO

A quienes me han heredado el tesoro más valioso que puede dársele a un hijo: Amor. A quienes sin escatimar esfuerzo alguno han sacrificado gran parte de su vida para formarme y educarme. A quienes la ilusión de su vida ha sido convertirme en una persona de provecho. A quienes nunca podré pagar todos sus desvelos ni aún con las mayores riquezas. Mi superación se las debo a ustedes: Gilberto y Sonia, mis abnegados padres.

RESUMEN

El presente trabajo de titulación, busca estudiar el espectro del Derecho de la Competencia en el Ecuador, sus incipientes avances en la materia y la realidad que enfrentan los agentes económicos que forman parte del mercado. El Objetivo General del trabajo es estudiar las condiciones jurídico- económicas de la competencia en el Ecuador y proponer los mecanismos de actuación que posee el Estado para vigilar el mercado, partiendo de premisas fácticas ecuatorianas. Entre los objetivos específicos, se encuentra esbozar sectorialmente las relaciones entre Estado (como ente regulador) y agentes económicos, para finalmente proponer un marco legal en base a principios que propicien la elaboración posterior de un sistema de control de competencia, detallando tipificaciones, competencias, y lineamientos generales que aporten a una posterior propuesta de ley. El método de investigación utilizado es el hipotético-deductivo, dado que se ha propuesto una hipótesis como consecuencia del conjunto de datos empíricos, principios, leyes y más generales, adquiridos durante el transcurso de la carrera universitaria y de la investigación preliminar. Se analizan también casos particulares por industria, con el fin de encontrar los conceptos jurídicos a manejar en la investigación, y una vez conocidos estos, trabajar en una propuesta final, que recoja todos aquellos conceptos analizados previamente. Las conclusiones buscan lograr una propuesta consistente, adecuada a la realidad del mercado ecuatoriano, incluyendo una propuesta institucional que detalle competencias, herramientas de regulación y procedimientos.

ABSTRACT

The present thesis seeks to study the field of Competition Law in Ecuador, its early advances in the subject and the reality faced by economic agents that form part of the market. The General Objective of this work is to study the legal-economic conditions of competition in Ecuador and to propose the mechanisms of action that the State has to observe the market, starting from Ecuadorian factual premises. Drafting by sector the relationships among the State (as regulatory entity) and the economic agents is among the specific objectives, in order to propose a legal framework based on principles that tend to the subsequent elaboration of a competence control system, specifying classifications, competences, and general features that contribute to a successive legal proposal. The research method used is the hypothetical-deductive one, given that a hypothesis has been proposed as a result of the assembly of empirical data, principles, laws and other more general, acquired during the university career and the preliminary investigation. Private cases by industry are also analyzed to find legal concepts to handle in the research, and once they are known, to work in a final proposal, that gathers all those concepts previously analyzed. The conclusions look for achieving an adequate proposal, consistent with the Ecuadorian market reality, including an institutional offer that details competences, regulation tools and procedures.

INDICE

HIPOTESIS.-	9
INTRODUCCIÓN.	9
1 CAPÍTULO UNO COMPETENCIA.-	12
1.1 CONTEXTO INTERNACIONAL.-.....	12
1.2 TRATADOS INTERNACIONALES Y CONTEXTO REGIONAL.-	16
1.3 ECUADOR, ANTECEDENTES GENERALES.-	17
1.4 ESPECTRO JURÍDICO ECUATORIANO Y LEGISLACIÓN RELACIONADA.-	21
2 CAPITULO DOS MARCO TEORICO	28
2.1 CORRIENTES DE PENSAMIENTO ECONÓMICO.-	28
2.2 POLÍTICAS ESTATALES Y CONCEPTOS BÁSICOS.-	31
2.2.1 <i>Política de comportamiento.</i> -	32
2.2.2 <i>Política estructural.</i> -	32
2.3 PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS, DEFINICIONES.-	33
2.3.1 <i>Competencia perfecta.</i> -	33
2.3.2 <i>Competencia Imperfecta.</i> -	35
2.3.3 <i>Mercado Relevante producto.</i> -	36
2.3.4 <i>Mercado geográfico relevante.</i> -	37
2.3.5 <i>Posición Dominante.</i> -.....	39
2.3.6 <i>Abuso de Posición dominante.</i> -	40
2.3.7 <i>Prácticas anticompetitivas Unilaterales y Concertadas.</i> -	41
2.3.8 <i>Prácticas anticompetitivas explotativas y exclusorias.</i> -.....	41
2.3.9 <i>Prácticas anticompetitivas Horizontales y Verticales.</i> -	41
2.3.10 <i>Prácticas horizontales colusivas.</i> -	42
2.3.11 <i>Prácticas horizontales exclusorias.</i> -	44
2.3.12 <i>Monopolización y obstaculización de acceso al mercado de competidores.</i> -	44
2.3.13 <i>Depredación y ventas por debajo del costo.</i> -.....	45
2.3.14 <i>Prácticas verticales.</i> -	46
2.3.15 <i>Prácticas explotativas y discriminatorias.</i> -.....	47
2.3.16 <i>Concentraciones económicas.</i> -.....	48
3 CAPITULO TRES ECONOMÍA Y MERCADO ECUATORIANO.-	51
3.1 SECTORES ECONÓMICOS CON TENDENCIAS MONOPÓLICAS, ANÁLISIS DE CASOS RELEVANTES.-.....	51
3.1.1 <i>Mercado del Azúcar.</i> -.....	52
3.1.2 <i>Mercado de la Sal.</i> -	54
3.1.3 <i>Supermercados.</i> -.....	56
3.1.4 <i>Telefonía pública fija.</i> -	57
3.2 CONCLUSIÓN PREVIA.-	61
4 CAPITULO CUATRO EXPOSICION, ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS	62
4.1 SISTEMA DE COMPETENCIA SUGERIDO.-	62
4.1.1 <i>Diferencia entre regulación y políticas de competencia.</i> -.....	62
4.1.2 <i>Análisis regional de los órganos de aplicación.</i> -	65
4.1.3 <i>Funciones de los Órganos de Aplicación.</i> -.....	65
4.1.4 <i>Procedimientos Administrativos y/o Judiciales.</i> -	66
4.1.5 <i>Sanciones Administrativas y/o Judiciales.</i> -	66
4.1.6 <i>Recursos o Apelaciones.</i> -	67
4.2 ESQUEMA INSTITUCIONAL SUGERIDO PARA EL ECUADOR.-	68
4.2.1 <i>De la Comisión Nacional de Competencia.</i> -	69
4.2.2 <i>Del Director Nacional de Competencia.</i> -.....	71
4.2.3 <i>Del Tribunal de Competencia.</i> -.....	73

4.3	CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA DE DOBLE AGENCIA.-	73
4.3.1	<i>Herramientas para monitorear mercados.-</i>	73
4.3.2	<i>Autonomía de las agencias y la necesidad de apoyo político.-</i>	74
4.3.3	<i>Trámite por infracciones a esta ley.-</i>	74
4.4	ANÁLISIS COMPARATIVO DE LEGISLACIONES.-	76
TABLA 4.1	OBJETIVOS Y PROPOSITOS DE LA LEY.-	77
TABLA 4.2	AMBITO DE APLICACIÓN Y EXCEPCIONES.-	77
TABLA 4.3	PROHIBICIÓN DE ABUSO DE UNA POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO.-	78
TABLA 4.4	ASPECTOS DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.-	78
TABLA 4.5	PROCEDIMIENTO DE NOTIFICACIÓN, INVESTIGACIÓN Y PROHIBICIÓN DE FUSIONES QUE AFECTAN A MERCADOS POCO COMPETITIVOS.-	79
TABLA 4.6	ASEGURA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA – RECURSOS.	79
TABLA 4.7	FUNCIONES Y FACULTADES DEL ORGANISMO ENCARGADO DE LA APLICACIÓN DE LA LEY	80
TABLA 4.8	FACULTADES DE INVESTIGACIÓN DE LA AUTORIDAD.-	80
TABLA 4.9	SANCIONES.-	81
TABLA 4.10	AYUDAS PÚBLICAS.-	81
TABLA 4.11	ABOGACÍA Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA.-	82
5	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	84
6	BIBLIOGRAFIA.-	87

HIPOTESIS.-

¿Genera efectos jurídico- económicos la ausencia de un sistema de competencia en el Ecuador?

INTRODUCCIÓN.

La discusión sobre la aplicación de normas de protección a la competencia inició con el comercio internacional. A finales del siglo XIX, la interrelación comercial entre naciones ya era lo suficientemente importante como para afectar intereses de productores nacionales, quienes por esta razón buscaron vías adicionales a las tradicionales barreras arancelarias para legitimar sus peticiones.

Esta dinámica del comercio desembocó con el curso del tiempo, en la adopción de normas específicas multilaterales como el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (*GATT*) en 1947, y de igual manera, regionalmente en la Comunidad Andina se han adoptado varias decisiones referentes a Competencia, tal es el caso de las decisiones 285 “*Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia*” decisión adoptada durante el Quincuagésimo quinto período de Sesiones Ordinarias de la Comisión; y la decisión 608, adoptada por la Comisión de la Comunidad Andina, que fija “*Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina*”, en los dos cuerpos normativos en referencia, se articula un sistema regional de Competencia, de acuerdo a lo que mandan los artículos 93 y 94 del Acuerdo de Cartagena, mismas que son vinculantes para el Ecuador¹.

Nuestro país no se ha aislado de esta dinámica, en los artículos 244 numeral 3 de la Constitución de 1998 se establecía como Política de Estado la institución de una economía social de mercado; además constitucionalmente se reconocía que el Estado ecuatoriano está obligado a promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos, impulsando la “*libre competencia*” y

¹ <http://www.comunidadandina.org/normativa>

sancionando las prácticas monopólicas que la impidan y distorsionen, evitando que la dinámica de éstas atenten contra el mercado en perjuicio de los consumidores y del interés público².

A partir de la promulgación de la vigésima Constitución Política del Estado, el Ecuador cambia de un sistema de “Economía social de mercado”, previsto en la Constitución anterior, a un sistema de “Economía social y solidaria”, de acuerdo a lo que se desprende de los artículos 283 y 304 de la Constitución vigente; que en concepto buscan una relación equilibrada entre sociedad Estado y mercado, y que establece como objetivos de la política comercial ecuatoriana, el evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados³.

Esta redefinición del sistema económico del país, evidentemente implica un rol distinto del Estado en la regulación de mercados, pues al cambiar de un sistema liberal (previsto en la constitución de 1998) a un mercantilista (constitución 2008), por lo que se avizora una mayor intervención estatal en el mercado. Lejos de la coyuntura, el presente trabajo busca dar una solución objetiva y que se adapte a la realidad del país.

Dentro de este contexto existe una verdad aceptada por los economistas de todas las tendencias, y esta es que la excesiva intervención del Estado puede conducir a problemas de ineficiencia económica y corrupción, pero simultáneamente se sabe que los resultados eficientes que se le atribuyen al mercado, requieren de un conjunto de regulaciones que establezcan condiciones que faciliten las decisiones económicas y de mercado de todos los agentes económicos. Por ello, la existencia de una economía social y solidaria no sólo es perfectamente compatible con el mercado y la actividad reguladora del Estado, sino que necesita de ellos.

² Constitución Política de la República del Ecuador, año 1998, publicada en el Registro Oficial No. 6 de 18 de agosto de 1998 (derogada).

³ Constitución de la República del Ecuador, año 2008, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre del 2008 (vigente).

Ahora, una primera lectura de los preceptos constitucionales nos condujera a pensar que los monopolios y en general las prácticas anticompetitivas son malas solamente cuando son privadas, no obstante, una posición consistente frente a estas distorsiones del mercado implica oponerse a estos, sean privados o públicos.

1 CAPÍTULO UNO COMPETENCIA.-

1.1 Contexto internacional.-

El Derecho de la competencia, también conocido como Derecho *antitrust*, es la rama del derecho encargada de regular las actividades económicas, estableciendo límites que permitan su libre desenvolvimiento y evitando que la dinámica de éstas distorsione el mercado en perjuicio del comercio nacional e internacional. El *antitrust* tiene sus antecedentes en el Derecho norteamericano y el nombre se debe a que esta rama del Derecho fue creada para combatir los *trust* (*unión de empresas distintas con la finalidad de ejercer un control de las ventas y la comercialización de los productos*) y su influencia en la economía y los consumidores.

La discusión sobre la aplicación de normas de protección de la competencia en el comercio internacional no es reciente. A finales del siglo XIX, la creciente interrelación comercial entre naciones ya era lo suficientemente importante como para afectar intereses de productores domésticos, quienes por esta razón buscaron vías adicionales a las tradicionales barreras arancelarias para legitimizar sus posiciones de obstaculizar o evitar el libre comercio; esta práctica empresarial, y la concentración de los mercados impedía la realización de competencia económica "efectiva". La existencia de barreras al ingreso de nuevos competidores permitía ejercer impunemente prácticas "restrictivas o desleales de competencia", lo que hacía necesario un conjunto normativo que prohibiese o controlase la conducta desleal o monopólica de tales empresas en el comercio internacional.

Esto desembocó con el transcurrir del tiempo en la adopción de normas específicas, de orden multilateral, tales como el Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (*GATT*) en 1947, normas que esencialmente condenaban dos clases de conductas consideradas desleales" en el comercio

internacional: El "*dumping*"⁴ empresarial; y el otorgamiento, por los Estados, de "subsidios"⁵ a las exportaciones efectuadas por sus nacionales, entre otras.

Pero, la necesidad que tiene el mercado y la actividad privada no sólo se refiere a la creación de normas. La razón es que, las leyes en sí mismas no suelen ser suficientes para que el mercado funcione, pues también se requiere un mecanismo que garantice que esas normas se cumplirán, lo que se denomina políticas de competencia, que deben buscar incluir la participación de las autoridades de competencia en el diseño e implementación de leyes y reglamentos que afectan directamente a la competencia. Además la actividad económica también requiere Instituciones que orienten y garanticen que todos los miembros de una sociedad adapten sus comportamientos a un marco jurídico institucional, que responda a necesidades puntuales y propias del ámbito de la relación empresarios-consumidores.

La Competencia básicamente se refiere a la lucha por la superioridad o el mantenimiento comercial. En el mercado, esto implica el esfuerzo por conseguir el mayor número posible de clientes. En la *Competition Commission*, del Reino Unido, se define la competencia como "un proceso de rivalidad entre empresas con el objetivo de conseguir clientes"⁶.

En general, cuando mayor es la competencia, mayor es la probabilidad de que las empresas sean eficientes, por tanto, menores sus precios y mayores sean

⁴ Según Miltiades Chacholiades, en su libro *Economía Internacional*, el **dumping** es "una discriminación de precios internacionales y se presenta cuando un monopolista (o competidor imperfecto) cobra un menor precio a los compradores extranjeros que a los compradores domésticos por un bien igual (o comparable)". Para que el dumping sea condenable debe causar o amenazar causar un daño relevante a una rama de la producción nacional existente o retrasar en forma importante la creación de una rama de producción nacional. **Chacholiades, Miltiades, Montes Negret, Economía Internacional, México- México, McGraw-Hill, 1984.**

⁵ **Subsidio:** cualquier contribución financiera, prima, ayuda, forma de subvención o premio establecido por un gobierno o un organismo público o mixto, existente en un país extranjero, o cualquier forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios, mediante los cuales se otorgue una ventaja a determinadas empresas o ramas de la producción, adicional a las existentes para otras empresas o ramas de la producción", **Roldán Xopa, J. y Mena Labarthe, C.;** "**Competencia Económica, Estudios de Derecho, Economía y Política**". Editorial Porrúa, México 2007.

⁶ http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/index.htm

las variedades o tipos de productos (tanto en cantidad como en calidad) al que potencialmente tendrían acceso los consumidores, dado que en un mercado libre y competitivo, el precio se establece en función de la demanda de los consumidores y la cantidad provista por los productores, generando un punto de equilibrio en el cual los consumidores estarán dispuestos a adquirir todo lo que ofrecen los productores al precio marcado por dicho producto.

El modelo oferta- demanda establece que en un mercado libre, la cantidad de productos ofrecidos por los productores y la cantidad de productos demandados por los consumidores dependen del precio de mercado del producto. La ley de la oferta indica que la oferta es directamente proporcional al precio; cuanto más alto sea el precio del producto, más unidades se ofrecerán a la venta. Por el contrario, la ley de la demanda indica que la demanda es inversamente proporcional al precio; cuanto más alto sea el precio, menos demandarán los consumidores. Por tanto, la oferta y la demanda hacen variar el precio del bien.

Las bondades de contar con un marco normativo moderno sobre la competencia, se trasladan al consumidor, ya que éste se vuelve beneficiario de una oferta más amplia de servicios y productos a precios más bajos. En Europa la legislación antitrust, ha permitido que sus ciudadanos disfruten de servicios de transporte, telecomunicaciones o energía, más eficaces y menos onerosos.

En el camino de desarrollo legislativo especializado, el Derecho *antitrust* norteamericano, tiene un rol primordial que inicia con la promulgación de la Ley Sherman (1890), ley que hasta la actualidad se mantiene vigente, y a partir de esta se ha ido generando jurisprudencia relacionada, a fin de operativizar la corta, pero clara ley de finales del siglo XIX, propia del sistema anglosajón. Varios fallos son de primordial importancia para el cimiento de precedentes

jurisprudenciales en el sistema norteamericano, tal es el caso de los casos: *US vs. Trans-Missouri Freight Association (1897)* y *US vs. Standard Oil (1911)*⁷

El siguiente hecho importante en el desarrollo del *antitrust* norteamericano es la promulgación de la ley Clayton y de la Ley de creación de la Comisión Federal de Comercio, *FTC Act*.

La aplicación de la Ley Clayton, sirvió para extender el espectro de conductas sancionables y por otro lado la *FCT Act* creó una agencia especializada en temas *antitrust* y una vía administrativa para la resolución de casos relacionados, que convive con la vía judicial que caen bajo el ámbito de aplicación de la *Ley Sherman*.

Posteriormente, otros países desarrollaron legislación especializada en defensa de competencia, utilizando distintas denominaciones así por ejemplo: Ley de defensa de la competencia (Argentina, España), Ley de protección de la competencia (Italia, Panamá), o Ley antimonopolios (Chile).

A diferencia de muchas otras ramas del Derecho, el *antitrust* en Europa empezó a despertar interés, más tarde que en EEUU, puesto que las empresas europeas eran de menor tamaño y por lo tanto el riesgo de cartelización o abuso era mucho menor, además el desarrollo de las Guerras Mundiales debilitó las economías europeas y EEUU, que había crecido a un ritmo del 10% anual en su PBI, concentró un cuarto de producto bruto mundial.

La situación obligó a EEUU a imaginar, conforme las circunstancias, los esquemas que el nuevo mundo debía presentar hacia la finalización de la guerra; intentando al mismo tiempo afianzar el poder que había alcanzado durante el conflicto. En esta dirección se fijaron las bases de un nuevo orden

⁷ U.S. v. TRANS-MISSOURI FREIGHT ASS'N, 166 U.S. 290 (1897), 166 U.S. 290, No. 67, referente a acuerdos de precios entre competidores; <http://supreme.justia.com/us/166/290/case.html>. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, 221 U.S. 1, Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, APPEAL FROM THE CIRCUIT COURT OF THE UNITED STATES FOR THE EASTERN DISTRICT OF MISSOURI, se aplicó el Art. 2 de la Ley Sherman (sanciones) a conductas unilaterales exclusorias.

para el período posterior a la guerra, institucionalizado en organismos y acuerdos internacionales entre ellos:

- GATT (Acuerdo General de Tarifas y Comercio), para el comercio.
- BCO MUNDIAL (Banco Mundial), Primero llamado Banco de Reconstrucción y Fomento, para establecer las bases del desarrollo económico y la ayuda a la reconstrucción.
- ONU (Organización de las Naciones Unidas) con su Consejo de Seguridad: para establecer las líneas políticas y de seguridad.
- FMI (Fondo Monetario Internacional) y SMI (Sistema Monetario Internacional), para las finanzas y la moneda internacional

Fue partir de la suscripción del Tratado de Roma de 1958, que supuso la creación de la Unión Europea, cuando se obtuvo el verdadero impulso para la integración económica y la creación del Mercado Único, lo que desembocó en la posterior liberalización, privatización y fusión de empresas. Este hecho originó la aparición de empresas más grandes, lo que como consecuencia lógica acrecentó el interés comunitario por el *antitrust*.

En la actualidad, la Política de Competencia Comunitaria se encuentra normada por la *Regulación 1/2003*, pero, como en muchas otras áreas del Derecho Comunitario Europeo, este permite que cada Estado miembro mantenga sus propias leyes, siempre y cuando éstas no sean contrarias al Derecho Comunitario.

1.2 Tratados internacionales y contexto regional.-

La Organización de las Naciones Unidas, de la cual es miembro el Ecuador, tiene como parte integrante de su organización a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo (*UNCTAD*), que ofrece a las autoridades que se ocupan de la competencia en los países en desarrollo y en las economías en transición un foro intergubernamental cuyo mandato es tratar cuestiones prácticas, relativas al derecho y la política de la competencia.

La *UNCTAD* atiende anualmente consultas sobre cuestiones relativas a la competencia que preocupan a los Estados miembros, así como para mantener intercambios informales de experiencias y mejores prácticas, lo que incluye un examen voluntario entre homólogos del derecho y la política de la competencia. Además es depositaria de legislaciones internacionales en materia de competencia, y ha elaborado una Ley modelo sobre competencia y el Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas, misma en el capítulo tres del presente trabajo, la utilizaremos como parámetro de legislación comparada junto a leyes previstas en otros países de la región.

1.3 Ecuador, antecedentes generales.-

De acuerdo a los artículos 417 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador, los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador se encuentran vigentes, y tienen rango supra-constitucional, con esa consideración, el Ecuador como país suscriptor y miembro del Acuerdo de Cartagena de 26 de mayo de 1969, que dio origen a la Comunidad Andina de Naciones, reconoce como aplicable y vinculante las decisiones de la Comunidad Andina en materia de Competencia, de acuerdo a lo que mandan los artículos 93 y 94 del Acuerdo de Cartagena.⁸

En tal sentido, el 29 de marzo del 2005 la Comisión de la Comunidad Andina, como órgano normativo del Sistema Andino de Integración, conformado por un representante plenipotenciario de cada uno de los Países Miembros, aprobó la resolución 608 que norma la “Protección y Promoción de la libre competencia en la Subregión Andina”, y que responde a los requerimientos del proceso de integración de apertura comercial y globalización, que atraviesa el mundo.

La decisión 608, entró en vigencia en el Ecuador, el 25 de Julio del 2005, con la publicación de la Gaceta Oficial No. 1221 del Acuerdo de Cartagena, tal como le prevé el artículo 2 de la Decisión 616, referente a la Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador.

⁸ <http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/acuerdo.htm>

De acuerdo al artículo 1 de la decisión 616, el Ecuador podrá aplicar lo dispuesto en la Decisión 608, en lo que resulte aplicable, es decir, para el Ecuador se amplía el objeto de aplicación de la Decisión 608, a aquellas conductas cuyo el origen y efecto se produzcan en el mismo país, en este caso el Ecuador.

La legislación comunitaria Andina, referente a la Competencia, define entre otros, las conductas restrictivas de libre Competencia, el abuso de posición de dominio en el mercado, el procedimiento de investigación, el establecimiento de medidas cautelares, medidas correctivas o sancionatorias, la formación del comité Andino de Defensa de la Libre Competencia.

En función de esto, el Ecuador deberá tomar en cuenta necesariamente los lineamientos previstos en la legislación comunitaria Andina, como legislación supra-nacional vinculante, para la promulgación de una ley especializada de Competencia, que guarde armonía con la legislación regional.

En el Ecuador, se han producido varios intentos de legislar en el tema. El primer proyecto formal que se propuso data del año 2001 y fue elaborado por CARE, (ONG internacional relacionada a temas de desarrollo), la Universidad Andina Simón Bolívar y la Tribuna del Consumidor; el proyecto fue patrocinado por la diputada Susana González, Presidenta de la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso, y superó el primero y segundo debate, en el seno del Congreso; sin embargo el vicepresidente de la época señor Pedro Pinto Rubianes, que actuaba como Presidente encargado, la vetó totalmente, sin justificar su decisión ante la opinión pública.

Un segundo proyecto de ley fue elaborado bajo el nombre de “Armonización de Reglas de Competencia en la Región Andina”; en su elaboración participó la Comunidad Andina, el Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad (MICIP). En el año 2004, finalizó el trabajo académico-técnico, con la emisión de la versión final denominada Ley Orgánica de Competencia Económica, sin embargo debido a la búsqueda de consensos con actores económicos, el proyecto definitivo cambió radicalmente el espíritu del cuerpo

legal original, por lo que, finalmente, este proyecto quedó en la Presidencia y nunca fue enviado al Congreso para su tratamiento y aprobación.

En el 2005, surgió el proyecto de Ley Orgánica de la Libre Competencia Económica, auspiciada por la ex ministra de Comercio, Ivonne Baki y la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones (*Corpei*). El documento habría sido expuesto a los sectores públicos, privados y consumidores, y se habría obtenido un documento de consenso⁹; pero no pudo ser presentado al Legislativo por el derrocamiento del ex presidente Lucio Gutiérrez.

La siguiente propuesta, surgió en el año 2006, de la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso Nacional. Fue auspiciada por el Presidente de esta dependencia legislativa el diputado Alfredo Castro Patiño; el proyecto fue denominado Ley Orgánica Reguladora de la Actividad y Competencia, y fue tratado únicamente en primer debate. El diputado que la patrocinaba terminó su periodo y el proyecto se estancó ahí.

Finalmente, con el actual Gobierno del Presidente Rafael Correa Delgado, la propuesta de ley de competencia vuelve a tomar vigencia. Las entidades del Estado que han sido puestas a cargo de la elaboración de este proyecto, son: la Presidencia de la República, los Ministerios de Industrias y Finanzas, *Senplades*, la *Corpei* y la Red Interinstitucional de Competencia (*Reico*), todas estas entidades deberán trabajar bajo la coordinación del Consejo Nacional de la Producción y Competitividad (*CNPC*).

Estos intentos de legislar en la materia, nos muestran un panorama de intencionalidad, seguramente fundamentada, respecto a la necesidad que tiene el mercado ecuatoriano de ser regulado. El Ecuador de acuerdo al criterio de algunos estudiosos de la materia, lleva cerca de 60 años de retraso en lo pertinente a la legislación en este tema y todas las intenciones de legislación,

⁹ Informe , Proyecto Competencia Ecuador, Programa MICIP-UE-CAN, presentado por Fausto Alvarado C. M.d.e., Consultor responsable.

antes detalladas, se han visto truncadas por circunstancias propias del manejo político-coyuntural tan persistente en el Ecuador.

Sorpresivamente, y sin apartarnos del criterio político- coyuntural y hasta electoral con el que maneja este tema en el país, mediante Decreto Ejecutivo número 1614 de fecha 14 de marzo de 2009, suscrito por el señor Presidente de la República, y promulgado en Registro oficial número 558 de 27 de marzo del 2009; se fija un conjunto de normas para la aplicación de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, el decreto en referencia, otorga al Ministro de Industrias como autoridad de aplicación de la decisión 608 de la CAN y a la Subsecretaría de Competencia (inexistente a la fecha) como autoridad encargada de la promoción, difusión, investigación y sanción en materia de competencia.

Respecto a la promulgación del Decreto en referencia, considero que por ser un tema sensible y de trascendental importancia para el desarrollo de la economía del país y el equilibrio del mercado, debe ser abordado por una ley orgánica que articule las iniciativas estatales, empresariales y de consumidores; pues al otorgar a un Ministerio (función ejecutiva) la facultad de investigar y sancionar, se pierde el sentido de autonomía que debería revestir a la autoridad de Competencia, además el procedimiento de juzgamiento y sanción debería ser llevado adelante por parte de jueces especializados en la materia y que formen parte de la función judicial, por ser un asunto de naturaleza especializada y cuyo procedimiento debe observar las garantías procesales previstas en la Constitución Política del Estado.

Por otro lado el cuerpo normativo debe ser el resultado de un consenso entre los actores involucrados, pues sus consecuencias afectarán directamente a la economía doméstica.

Ahora, en el supuesto de que la primera parte de la hipótesis sea confirmada y que efectivamente el Ecuador requiera la Ley, esta deberá responder absolutamente a criterios técnicos, como los que busca aportar el presente trabajo.

Dentro de este contexto existe una premisa aceptada por los economistas de todas las tendencias, que establece que la excesiva intervención del Estado puede conducir a problemas de ineficiencia económica y corrupción, pero simultáneamente se sabe que los resultados eficientes que se le atribuyen al mercado requieren de un conjunto de regulaciones que establezcan las condiciones que faciliten a los agentes económicos en sus decisiones económicas y de mercado y lo regulen para evitar abusos como el abuso de posición dominante, monopolios, prácticas colusorias como ventas atadas, etc.. Por ello, la existencia de una economía social de mercado basada en la libre competencia y la libertad económica no sólo es perfectamente compatible con la actividad reguladora del Estado, sino que necesita de ella.

1.4 Espectro jurídico ecuatoriano y legislación relacionada.-

En nuestro país no existe legislación especializada en materia de competencia pues se ha dejado a discreción del mercado su autorregulación, de acuerdo a la noción de Adam Smith que señala que hay competencia cuando los rivales actúan aisladamente el uno del otro¹⁰. No obstante, los resultados de considerar a la iniciativa individual como freno a posibles actuaciones anticompetitivas, dio como resultado la aparición de grandes concentraciones y acuerdos que desembocaron en carteles, especialmente en los países más desarrollados durante el siglo XIX.

(mano invisible). No obstante dicha autorregulación no ha sido efectiva, lo que ha posibilitado la formación de grupos monopólicos que copan la producción exclusiva de ciertos bienes y servicios.

Las prácticas anticompetitivas crean escenarios en donde “los consumidores pierden, no solo porque no se produce ni consume una cierta cantidad de producto que hubiera sido económicamente viable en condiciones de competencia perfecta, sino también porque lo que sí se produce y consume

¹⁰ La riqueza de las naciones, Smith Adam, Meta Libri Edition 2007.

tiene un precio elevado al que hubiera tenido en condiciones de competencia perfecta”¹¹.

Y si bien debe tenerse en cuenta que los mercados reales no son de competencia perfecta y que la actividad económica presenta múltiples efectos no recogidos por el funcionamiento del mercado (externalidades), es imperativo que los mercados locales cuenten con instrumentos legales mínimos que los normen (léase controlen).

El Ecuador, como se ha recogido en el capítulo anterior, ha hecho varios intentos para contar con una Ley especializada en competencia, pero hasta la actualidad no se ha podido definir ni aprobar nada respecto a este tema, no obstante pese a este vacío normativo, es posible encontrar instrumentos que norman de forma indirecta las conductas económicas y al mercado en sí. Dichas normas son consecuentes con la competencia económica y sancionan las prácticas que la perjudican, así tenemos:

En la cúspide del ordenamiento jurídico ecuatoriano encontramos con rango constitucional las disposiciones contenidas en el artículo 335 párrafo dos de la Constitución Política vigente, que manda: *“El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal”*.

Además el artículo 283 de la carta magna, establece que: el sistema económico vigente es *social y solidario* y reconoce al ser humano como sujeto y fin, y propende a una relación equilibrada entre sociedad, Estado y mercado¹².

¹¹ Derecho Anti monopolístico y Defensa de la competencia. Tomo 1, Guillermo Cabanellas, Editorial Heliasta 2005.

¹² Constitución de la República del Ecuador, año 2008, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre del 2008 (vigente).

Finalmente el artículo 304 del mismo cuerpo legal manda que la política comercial tendrá entre sus fines: *“evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados”*¹³.

El análisis de los preceptos constitucionales debe partir del entendimiento de la economía social y solidaria, como sistema económico vigente y contrastarlo frente al sistema de economía social de mercado que perdió vigencia a partir de la promulgación de la nueva Constitución.

Economía Social y Solidaria:

Es un sistema económico en desarrollo, que ha tomado particular vigencia en países como Ecuador Venezuela y Bolivia, en donde ha pasado a formar parte del esquema económico- constitucional de estos Estados; este sistema gira entorno de lo que definen como el buen vivir y además las premisas fundamentales son: la existencia de una sociedad *con* mercado pero no *de* mercado.

Sus precursores la definen como: *“la economía social y solidaria (ESS) está basada en valores humanos y principios de solidaridad, que propugnan el reconocimiento de la otra persona como fundamento de la acción humana y eje de la renovación de la política, la economía y la sociedad (...) incluye al conjunto de actividades y organizaciones de carácter comunitario, asociativo, cooperativo, mutualista y demás formas colectivas creadas para responder a las necesidades de empleo y de bienestar de los pueblos, así como a movimientos ciudadanos orientados a democratizar y transformar la economía”*¹⁴

¹³ Constitución de la República del Ecuador, año 2008, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre del 2008 (vigente).

¹⁴ **Los caminos de la economía social y solidaria**, José Luis Coraggio, Economista. Ph.D.(c) Universidad de Pennsylvania, Director Académico de la Maestría en Economía Social, Instituto del Conurbano–Universidad Nacional de General Sarmiento, Argentina.

Como vemos, a diferencia de la economía social de mercado, la ESS, parte de un mercado regulado el cual no es el fin mismo de la economía, sino un medio para alcanzar el buen vivir, pues el fin mismo de la economía pasa de la búsqueda del *bienestar* al concepto del *buen vivir*.

Con este marco general que contiene la nueva Constitución, quedan trastocados todos los conceptos que manejó la Constitución anterior, y el esquema institucional ecuatoriano, pues los conceptos actualmente desarrollados, implican una intervención mucha mas fuerte del Estado en el mercado, fijación de precios y medidas proteccionistas como las estamos viendo a la fecha (subsidios, restricción de importaciones, fijación de precios, etc...).

Por otro lado la economía social de mercado¹⁵, que recogía la Constitución anterior, defendía que es tarea del Estado velar por el buen funcionamiento del mercado. Esto significa, que el Estado le confiere al mercado un margen de acción suficiente y que por principio no interfiere en el "juego" de la oferta y de la demanda. El concepto también compromete al Estado a intervenir activamente en el mercado cada vez que allí se configuren "distorsiones" que afecten seriamente la competencia; pues depende de la competencia la eficiencia superior del mercado en la generación de bienestar social, todas las distorsiones que ahí se generen Monopolios y cárteles anulan esta eficiencia, independientemente de que se presenten del lado de la oferta o de la demanda.

La competencia tenía la función de "socializar" utilidades excesivas en beneficio de la gran masa de consumidores. Por lo tanto el mercado era considerado como una fuerza igualadora y no polarizadora de la sociedad. Si bien este era el modelo económico adoptado constitucionalmente por el Ecuador y plasmado en la Constitución de 1998, durante el tiempo de su vigencia, nunca llegó a implementarse definitivamente, teóricamente se

¹⁵ El concepto de la economía social del mercado y la nueva "de-civilización del capitalismo en Europa / Alfred Pfaller. - [Electronic ed.]. - Bonn, [1997]. - Electronic ed.: Bonn: FES-Library, 1998.

defendía la libre competencia, pero el Estado no instrumentó legislativamente lo que recogía la Carta magna, todos los intentos por legislar la materia se desvanecieron, como se ha mencionado a detalle en el presente trabajo.

Se puede entonces concluir que la normativa respecto al mercado, en el Ecuador, requiere la promulgación de una ley especializada que desarrolle los preceptos constitucionales en referencia, mientras tanto se citarán cuerpos legales vigentes que hacen mención a la Competencia:

Ley de Propiedad Intelectual: la relación con la competencia parte de la premisa de que la tutela de las creaciones intelectuales, coopera con la competencia. Así, el Libro IV, artículo 284 y siguientes dispone que “*se considera competencia desleal a todo hecho, acto o práctica contraria a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas*”¹⁶. En este cuerpo normativo, como en otros, se habla de competencia desleal incluso amplía la cobertura del concepto al ejercicio de actividades profesionales tales como abogados, médicos, ingenieros y otros campos en el ejercicio de cualquier profesión, arte u oficio, y preve que toda persona natural o jurídica perjudicada podrá ejercer las acciones previstas en esta Ley, inclusive podrá hacer uso de medidas preventivas o cautelares.

Ley Orgánica de Defensa al Consumidor: en su articulado define categorías como consumidor, contratos de adhesión, especulación, oferta, demanda entre otras. Además en el artículo cuatro, se habla sobre los derechos de los consumidores dentro de los que se destaca el de disponer bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, el derecho a un trato no discriminatorio o abusivo entre otros, todos ellos relacionados con el correcto funcionamiento del mercado y su directa relación con los consumidores¹⁷.

¹⁶ Ley de Propiedad Intelectual, Codificación publicada en el Registro Oficial No. 426 de 28 de Diciembre del 2006.

¹⁷ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, publicada en el Suplemento de Registro Oficial No. 116 de 10 de julio del 2000.

De manera muy precaria, el artículo 55 del cuerpo legal en referencia, enumera una serie de mal llamadas prácticas abusivas de mercado, pero se refieren a cuestiones de publicidad engañosa y características de productos¹⁸.

En la medida en que las leyes de competencia crean una estructura y condiciones favorables al funcionamiento de un mercado más transparente, se constituyen en el complemento indispensable para una adecuada protección a los consumidores.

Los principales problemas relacionados con la vulnerabilidad del consumidor ante el mercado son: el acceso al consumo; la variedad en la elección y la información; la posibilidad de compensación; y, los acuerdos entre proveedores para aumentar precios o disminuir la calidad de los bienes y servicios que ofertan. Para regular estas circunstancias, es necesaria la presencia del Estado como sujeto que fija las políticas, garantiza el cumplimiento de las normas y asegura los derechos.

Frente a la imposibilidad de acudir a entes de control especializados en el tema, ciertos proveedores han optado por recurrir a los organismos de defensa de las y los consumidores, en busca de protección de sus legítimos derechos. No obstante, si bien existen puntos de contacto entre los temas de consumidor y de competencia, hay que recordar que las normas que regulan la defensa de los intereses de las y los consumidores tienen ese objeto exclusivo y no son elaboradas para reglar las relaciones entre proveedores. Por tanto, es indispensable contar con una legislación específica sobre el tema.

Código Penal: en base a la corriente de penalización norteamericana el Código Penal ecuatoriano intenta tipificar los monopolios, fraudes y engaños. Destacando: en el libro 2do. "De los delitos en Particular". Título IV "De los delitos contra la fe pública", Capítulo V "De los delitos relativos al comercio,

¹⁸ Artículo 55 de Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, publicada en el Suplemento de Registro Oficial No. 116 de 10 de julio del 2000.

industrias y subastas”, artículos 363: *“Serán reprimidos con prisión de dos meses a dos años y multa de treinta y un a ciento veinte y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América: Los que hicieren alzar o bajar el precio de las mercaderías, de los papeles, efectos o valores, por cualquier medio fraudulento, o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla sino por un precio determinado”*¹⁹.

Esta tipificación es aplicable a la repetida práctica de especulación de precios, muy conocida en los productos de primera necesidad y en los mercados primarios del país; especulación que se refiere al conjunto de operaciones financieras y comerciales que buscan la obtención de un beneficio económico, basado en las fluctuaciones de los precios. Si bien esta especulación se encuentra dentro del espectro de la competencia, por tanto pertinente para el presente trabajo, ésta no es una práctica anticompetitiva en si mismo, sino más bien es el resultado de una práctica anticompetitiva, que desencadena en esta escalada especulativa de precios, que si bien tienen que ver con prácticas anticompetitivas no están directamente relacionadas con las conductas objeto del presente análisis.

Ley de compañías: el artículo 3 de la Codificación de la Ley de compañías vigente, publicado en Registro Oficial No. 312 de 5 de Noviembre de 1999, prohíbe la formación y funcionamiento de compañías que tiendan al monopolio o prácticas comerciales orientadas a esa finalidad. Del contenido del presente precepto legal se puede colegir que no pasa de ser un enunciado meramente declarativo, sin mayor contenido de aplicabilidad en la práctica, por lo que no cabe mayor análisis.

¹⁹ Codificación de Código Penal, publicado en el Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo de 1999. Art. 369: “Toda asociación formada con el fin de atentar contra las personas o las propiedades, es un delito que existe por el solo hecho de la organización de la partida”.

Ley para la transformación económica del Ecuador (Ley Trolebus): El artículo 38 de la ley para la transformación económica del Ecuador, se refiere al régimen de libre competencia, y manda que *“todos los servicios de telecomunicaciones se brindarán en régimen de libre competencia, evitando los monopolios prácticos restrictivos o de abuso de posición dominante, y la competencia desleal, garantizando la seguridad nacional, y promoviendo la eficiencia, universalidad, accesibilidad, continuidad y la calidad del servicio”*²⁰.

Este cuerpo normativo, al igual que la Ley de Modernización del Estado (artículo 5, letra c) buscaban la *“desmonopolización y privatización de los servicios públicos y actividades económicas asumidas por el Estado u otras entidades del sector público”*, acorde a la corriente liberal, que regía la Constitución Política del Estado (1998); pero nunca se llegaron a concretar estas reformas y no pasaron de ser intenciones pues no se concretó el desmontaje de los monopolios públicos vigentes hasta la fecha.

2 CAPITULO DOS MARCO TEORICO

2.1 Corrientes de pensamiento económico.-

Es pertinente en este subcapítulo, analizar la postura de dos de las principales escuelas económicas que nos servirán como referente para entender la posición ecuatoriana y la corriente ideológica que alimenta su generación de políticas públicas, es así que se analizará la *escuela mercantilista* y la *escuela de la fisiocracia o el fisiocratismo*.

El desarrollo de estas escuelas o sistemas económicos resumen el marco teórico del presente trabajo, es decir el grado de regulación o no que debe imponer el Estado en el mercado, y como consecuencia lógica de aquello surgirá o no la necesidad de trabajar en una ley ecuatoriana.

La escuela mercantilista se caracteriza por una fuerte injerencia del Estado en la economía. Esta escuela defiende la adopción de una serie de medidas

²⁰ Registro Oficial Suplemento 34 de 13 de marzo del 2000

tendientes a unificar el mercado interno y a la formación de Estados nación lo más fuertes posible, donde el gobierno busca la consecución de sus objetivos mediante una política proteccionista sobre su economía, favoreciendo la exportación y desfavoreciendo la importación, sobre todo mediante la imposición de aranceles o en algunos casos incluso prohibiendo la importación. El mercantilismo ve la intervención del Estado como el medio más eficaz para el desarrollo económico.

A finales del siglo XVIII, ganaron terreno las teorías clásicas o fisiocráticas, encabezadas por Adam Smith (1723- 1790), quien en su obra "Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones" (conocida comúnmente como La riqueza de las naciones), califica el mercantilismo como una "economía al servicio del Príncipe"²¹. Entre los postulados más importantes de la escuela clásica, se destaca la Competencia perfecta en todos los mercados, que propone que el estado no debe intervenir en el funcionamiento de los mercados, ya que los agentes económicos en su acción individual, como por medio de la "mano invisible del mercado", son dirigidos al equilibrio y a la eficiencia, y que las políticas fiscales, monetarias y los subsidios, obstaculizan el funcionamiento del mercado.

El Estado debe mantenerse apartado de la economía de la nación, no debe fijar precios ni salarios, la misión del Estado es simplemente la de policía: mantener el orden público pero sin intervenir para nada en los asuntos económicos²².

Es a partir de estas dos escuelas económicas, y sus variantes, sobre las cuales los países han definido su política económica, cabe entonces preguntarnos: que política económica ha aplicado el Ecuador?.

²¹Smith, Adam. 1790. The Theory of Moral Sentiments. D. D. Raphael and A. L. Macfie, ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1982. Traducción hecha por Pedro Romero Alemán para el Instituto Ecuatoriano de Economía Política

²² Diccionario Enciclopédico Ilustrado Clarín. Bs. As. , Arte Gráfico Editorial, 1997

A manera de antecedente, en la Constitución de 1998, título XII, capítulo I, artículo 244²³ se establecía como sistema económico a la Economía Social de Mercado y promulgaba el principio de libertad en el mercado, compensación y responsabilidad social, teniendo esta premisa como principio de ordenamiento superior para el bien común.

En la Constitución del 2008, en el Título sexto, capítulo primero, artículo 283²⁴, se establece que el sistema económico vigente es social y solidario y reconoce al ser humano como sujeto y fin, y propende a una relación equilibrada entre sociedad, Estado y mercado.

Históricamente el Ecuador y sus gobernantes se han caracterizado por una fuerte intervención en el mercado, fijando precios, regulando subsidios y administrando empresas estatales en sectores estratégicos, impidiendo así el ingreso de competidores privados, esta visión del estado proteccionista y asistencialista ha sido alimentado por la visión política e ideológica de los gobernantes, pero además por una tradición histórica de la población de que el Estado solucione sus inconvenientes, incluso aquellos de índole personal o corporativo.

Es así que podemos concluir que el Ecuador de la era democrática, a pesar de la aparente diversidad ideológica de sus gobernantes, se ha caracterizado por ser un Estado con fuerte inclinación mercantilista, que si bien en la Constitución de 1998 trató de sumarse a la corriente mundial de liberalismo económico, de Estado de Derecho y pro-globalización, ha visto truncado su camino con la Constitución vigente, ya que la carta magna actual, coloca al ser humano como principio y fin, y al mercado como un elemento de esa búsqueda. Avizoramos entonces un Estado con fuerte intervención en el mercado, regulando precios,

²³Constitución Política de 1998.- Art. 244.- Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: 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.

²⁴ Constitución Política de 2008.- Art. 283.- El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado...

aumentando subsidios y promulgando leyes en función de fortalecer esa intervención, tal es el caso de la Ley de competencia.

En este sentido se puede advertir la promulgación del Decreto

2.2 Políticas estatales y conceptos básicos.-

Antes de adentrarnos en el análisis del presente subcapítulo, considero importante empezar definiendo lo que es la Defensa de la Competencia, al respecto entiéndase como *Defensa de la Competencia*, aquella “*Regulación indirecta del Estado, cuyo objetivo es controlar el poder de mercado en situaciones en las que dicho control depende de la existencia de varias empresas que compiten entre sí*”²⁵.

El Poder del Mercado, se puede entender como aquella capacidad que una empresa tiene, para influir sobre los precios vigentes en un mercado, dicha capacidad puede aparecer tanto del lado de la oferta como de la demanda, es decir una empresa puede tener poder de mercado, sea como vendedora o como compradora de determinado bien o servicio. Lo contrario a aquellas empresas poseedoras de poder de mercado son aquellas empresas denominadas como *price takers* (tomadoras de precios).

Esta capacidad para fijar precios y condiciones de competencia, en ningún momento afectan su participación en el mercado, esta es la condición que les permite actuar por sobre los demás competidores.

Con el fin de precautelar el interés general y de que se respeten los preceptos constitucionales vigentes, el Estado como encargado de dictar políticas públicas, posee dos formas de llevar a cabo la defensa de la competencia, la primera es mediante una política de comportamiento y la segunda mediante una política estructural.

²⁵ Defensa de la Competencia, Coloma Germán, Capítulo I pág. 13.

2.2.1 Política de comportamiento.-

Es el mecanismo de control más tradicional, consiste en la serie de procedimientos de tipo jurisdiccional con los cuales se sancionan acciones pasadas o presentes, cometidas por algún agente económico, obviamente en violación de ciertas normas, las sanciones pueden consistir en órdenes de la autoridad competente, en cese de conductas atentatorias, multas e incluso en algunas legislaciones, indemnizaciones o penas de prisión.

En conclusión, la política de comportamiento es una respuesta del Estado frente a las infracciones caracterizadas o tipificadas, dependiendo de la legislación en algunas incluso ejemplificadas, es decir, eminentemente sancionatorias o jurisdiccionales, como se dijo antes.

2.2.2 Política estructural.-

A diferencia de la anterior, esta política es netamente preventiva, es una forma de defensa de la competencia antes de que ocurran las infracciones y consiste esencialmente en el uso de medidas que influyen sobre las empresas que operan en los mercados, sin importar el número y tipo de las mismas.

Este modelo de defensa debe poner especial atención en los procedimientos de autorización y control de las operaciones de fusión y adquisición de empresas, que buscan influir en la concentración de los mercados, desde el momento en que empresas que eran independientes entre sí, pasan al control de un único grupo económico.

Cabe indicar que tanto la política de comportamiento como la política estructural, son modos de intervención del Estado que operan por excepción, lo óptimo para la economía liberal sería que en la generalidad de los casos, los mercados funcionen libremente y la defensa de la competencia actúe

únicamente cuando determinados hechos u acontecimientos hagan presuponer que la competencia está siendo amenazada.

Cabe entonces plantear la hipótesis de la presente investigación: Requiere el Ecuador una ley que regule la competencia?. En caso de que la primera conclusión sea afirmativa, que características debería tener esta ley?.

Como una primera aproximación, definiré lo que son las prácticas anticompetitivas, para luego en el tercer capítulo analizar el mercado ecuatoriano y sus características, lo que nos conducirá a una conclusión cierta de la necesidad o no del Ecuador de trabajar en una Ley de defensa de la competencia y que características debería reunir esta, toda vez que contamos con los elementos de juicio suficientes.

Conceptualmente se clasifican las prácticas anticompetitivas de distintas maneras, para efectos del presente trabajo analizaré varios conceptos básicos de teoría económica para luego pasar a las prácticas anticompetitivas.

2.3 Prácticas anticompetitivas, definiciones.-

2.3.1 Competencia perfecta.-

Es la situación en la que el mercado es lo más competitivo posible, todos los agentes son precio-aceptantes (*price takers* en inglés) y por lo tanto no tienen ningún poder para influir en sus precios, obteniendo las empresas el mínimo beneficio necesario para poder mantener la producción. Si cualquier empresa obtuviera beneficios en exceso, otra empresa entraría en el mercado hasta que los precios y los beneficios volvieran al nivel anterior²⁶.

En estas condiciones, las empresas carecen de poder para manipular el precio en el mercado, y se da una maximización del bienestar del consumidor,

²⁶ http://es.wikipedia.org/wiki/Competencia_perfecta

resultando una situación ideal del mercado tanto de bienes como de servicios en los que la interacción de oferta y demanda determina el precio.

Existen varias condiciones que un mercado debe cumplir para llegar a ser perfectamente competitivo, entre ellas puedo enumerar las siguientes:

- Muchos productores y consumidores, al haber muchos vendedores pequeños en relación con el mercado, ninguno puede ejercer una influencia apreciable sobre los precios, por lo que se dice que las empresas son precio aceptantes. Es decir, que una empresa no puede aumentar exorbitantemente el precio de los bienes que vende, porque de lo contrario, los demandantes recurrirán inobjetablemente a otros oferentes.
- Las empresas venden un producto homogéneo en el mercado, por lo que al comprador le es indiferente un vendedor u otro, el producto de cada empresa es un sustituto perfecto del que venden las demás empresas del sector. Otra consecuencia de esto la no existencia de marcas.
- La tecnología está al alcance de todas las empresas. Por lo que los factores de producción son móviles a largo plazo.
- Las empresas y los consumidores tienen información completa y gratuita, aceptando estos últimos los precios como exógenos y toman sus decisiones comparando precios, porque todos los consumidores disponen de la misma información sobre las características de los precios y las cantidades ofertadas de los bienes.
- No hay problemas de entrada o salida al mercado, como tampoco problemas de reventa. En este sentido cualquier empresa puede acceder al mercado atraída por la existencia de altos beneficios.

Estas condiciones son muy estrictas, y pocos o casi ningún mercado las reúnen todas.

En el mercado de competencia perfecta se alcanza el equilibrio por el encuentro entre la demanda del mercado y oferta de la industria, esta visión de

la economía va ligada con la visión económica neoliberal o de abstención de intervención estatal.

Siendo el caso de Competencia perfecta prácticamente teórico, la mayoría de mercados están caracterizados por alguna forma de competencia imperfecta, misma que se define de la siguiente manera:

2.3.2 Competencia Imperfecta.-

Es la situación de mercado en la que, a diferencia de la situación de competencia perfecta, un solo agente de los que funcionan en el mercado o unos pocos manipulan la condición del producto y pueden afectar directamente a la formación de los precios. El número de empresas en el mercado es inferior al del caso de Competencia perfecta (por ejemplo en el caso del oligopolio, con pocas empresas, o el duopolio, con sólo dos empresas). Por este motivo, las empresas en tal situación tienen algún poder sobre la fijación de precios y consiguen obtener beneficios muchas veces excesivos²⁷.

La Competencia imperfecta se debe también a la existencia de barreras de entrada, impidiendo el incremento del número de competidores (bien sea debido a las características intrínsecas del mercado o a alguna intervención estatal que impida la entrada en dicho mercado).

La situación de mercado menos competitiva es la del monopolio, en la cual solamente existe una empresa que ofrece un producto o servicio sin que los consumidores tengan alternativa. En este caso, la empresa recibe elevados beneficios puesto que puede fijar el precio con una mayor libertad, es decir, es un *fijador de precios*.

En el caso de que existan pocas empresas en el mercado (oligopolio), existe la posibilidad de que éstas actúen como un monopolio, mediante la colusión en un cártel o mediante el comportamiento paralelo; entiéndase como comportamiento paralelo o acción paralela consciente, al idéntico

²⁷ http://es.wikipedia.org/wiki/Competencia_imperfecta

comportamiento en cuanto a los precios por parte de los competidores²⁸. De modo que estos son juzgados por los efectos de las acciones del mercado más que por los medios que utilizan para alcanzar, cientos de casos de la jurisprudencia internacional ilustran este concepto²⁹.

2.3.3 Mercado Relevante producto.-

A la hora de definir mercado relevante, la jurisprudencia en casos de defensa de la competencia señala la trascendencia de analizar dos aspectos fundamentales: la existencia de sustitución en la demanda del producto y la existencia de sustitución de la oferta.

La sustitución en la demanda se refiere a la posibilidad efectiva que tienen los consumidores del bien, de sustituirlo en forma razonable por otros productos que posean un uso similar. En otras palabras, es la accesibilidad de los consumidores a utilizar en forma similar ambos bienes, y sustituirlos entre sí, basta que aumente el precio de uno de ellos para que lo reemplacen por el otro. Las dificultades prácticas que conlleva su medición han conducido a que la jurisprudencia tienda a darle al mismo, una interpretación cualitativa, evaluando simplemente si la demanda de un bien aumenta en forma notoria ante un incremento en el precio de otro bien.

El análisis del mercado relevante por el lado de la demanda nos dice que la posibilidad que tienen los consumidores de sustituir un bien por el otro es lo que determina si ambos deben formar parte del mismo mercado o no. Por lo tanto, el productor del bien A enfrentará permanentemente una posible competencia por parte de los productores del bien B, por lo cual resulta lógico

²⁸ Milton H. Spencer, Economía contemporánea, Edición número 3, Reverte, 1993

²⁹ <http://supreme.justia.com/us/166/290/case.html> Us. Vs. American Tobacco 1948: El Gobierno de EEUU alegó que los tres grandes productores de cigarrillos, mostraban una informidad asombrosa en los precios que pagaban por el tabaco y en los precios que cobraban por los cigarrillos; el Tribunal Supremo declaró que la conspiración se puede encontrar en el curso de los tratos tanto como en otras circunstancias tanto como en el intercambio de palabras, por lo tanto las empresas fueron declaradas culpables de la violación de la Ley antimonopolio Sherman.

que todos ellos sean incluidos dentro de un mismo mercado. De lo mencionado, la percepción de los consumidores es crucial a efectos de definir un mercado relevante con argumentos provenientes de la demanda.

Por el lado de la oferta esta se define como la facilidad con la que los productores de otros bienes pueden trasladar sus esfuerzos productivos hacia la producción de determinado bien.

La detección de la sustitución por el lado de la oferta es posible utilizando el concepto de la elasticidad cruzada de la oferta, esto es el incremento porcentual en la producción de un bien por cada punto que aumenta el precio de otro bien.

En la práctica el uso del concepto de elasticidad cruzada se limita a fines meramente cualitativos, por cuanto se trata de verificar si aumenta el número de productores de un bien cuando aumenta el precio del mismo.

La relevancia a la hora de definir la sustitución por el lado de la oferta resulta trascendente ya que permite detectar la potencial competencia que un bien puede llegar a enfrentar. Esta competencia potencial por lo tanto limitará el accionar del productor por cuanto no podrá fijar libremente el precio de su producto sin temer que un nuevo oferente ingrese al mercado y se convierta en su competidor. Por ello si dos bienes presentan una elevada elasticidad por el lado de la oferta será correcto incluir a ambos en un mismo mercado.

2.3.4 Mercado geográfico relevante.-

A efectos de definir el mercado geográfico relevante, cabe analizar que el factor determinante es la o las posibilidades de sustitución en la demanda y en la oferta. En el caso de la demanda, esta sustitución se refiere a la facilidad con la que los consumidores de un área determinada pueden abastecerse de productores que operan en otras áreas geográficas. A modo de ejemplo, supongamos la existencia de dos zonas, denominadas A y B. La existencia de

una elevada posibilidad de sustitución en la demanda implica que, si aumentan los precios en la zona A, los consumidores de la misma pueden fácilmente adquirir el producto en la zona B.

En cuanto a la sustitución por el lado de la oferta, se refiere a la facilidad con la que los oferentes pueden vender su producto en áreas distintas a aquella en la que operan habitualmente. En referencia a las zonas A y B, la existencia de una elevada sustitución en la oferta implica que, ante un aumento en los precios de la zona A, los productores de la zona B pueden fácilmente vender parte de su producción en ella. Nótese que tanto una elevada sustitución en la demanda como una elevada sustitución en la oferta implican que ambas zonas integran un mismo mercado geográfico, puesto que en ambos casos los productores ubicados en cada una de ellas enfrentan una potencial competencia por parte de los productores ubicados en la otra zona.

Se desprende de las consideraciones anteriores que una delimitación adecuada del mercado geográfico requiere la consideración de aspectos tales como el área de operación de las principales empresas productoras del bien en cuestión, la correlación existente entre los precios del bien registrados en las distintas zonas a ser incluidas en dicho mercado y la existencia o no de elevados costos de transporte que puedan actuar como barreras a la integración de distintas zonas.

Las pautas para la evaluación de fusiones horizontales del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos (1992), definen al *mercado geográfico relevante como la región más pequeña en la que le resultaría rentable, a un hipotético monopolista, la imposición de un incremento "pequeño, aunque significativo y no transitorio" en los precios*. A su vez, las pautas mencionan distintos aspectos cuya consideración guarda relevancia, a saber: la posibilidad efectiva que poseen los consumidores de trasladar su consumo hacia otras áreas geográficas, la ponderación que los empresarios dan a dicha posibilidad a efectos de tomar decisiones, y el costo y tiempo que

insume a los consumidores el traslado de su abastecimiento hacia áreas alternativas.

2.3.5 Posición Dominante.-

Es la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado, para efectos de determinar si un agente económico ostenta o no posición de dominio dentro de su respectivo mercado, la legislación internacional sugiere el cumplimiento, de parte del órgano de control, de los siguientes pasos:

- a. Definición del mercado relevante
- b. Valoración de la posición de la empresa en el mercado
- c. Establecer que no es probable que rivales actuales o potenciales debiliten la posición de dominio

Por lo tanto, de acuerdo con la definición y la doctrina, para que se pueda hacer referencia a la existencia de posición de dominio en el mercado, ésta debe ser originada por una empresa o de un grupo de empresas que conforman una unidad o agente económico, cuya característica es la de ostentar el control efectivo o potencial de su mercado relevante.

La posición dominante si bien puede ser punible y perseguible *per se* por la agencia de control, estamos frente a una presunción *iuris tantum*³⁰, es decir que admite prueba en contrario por lo cual se debe tener presente una posible excepción, que es aquella que maneja la *regla de la razón*, que consiste en la premisa a considerar por la autoridad de control:

³⁰ El concepto de *Iuris Tantum* o Presunción de Hecho, se encuentra recogido en el artículo 32 del Código Civil vigente.- *Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.*

¿Es posible que la práctica dé lugar a una reducción considerable de la competencia?

Si es así, ¿existe una justificación comercial de peso para esta práctica que compense las consecuencias anti competencia?

La autoridad de control deberá valorar el caso concreto y en base a las premisas fácticas y jurídicas, tomar una resolución.

2.3.6 Abuso de Posición dominante.-

Son aquellos comportamientos susceptibles de influir en la estructura de un mercado en el que precisamente, como consecuencia de la presencia de la empresa que ostenta de la posición dominante, el grado de competencia está debilitado, y que tienen como efecto, obstaculizar el mantenimiento del grado de competencia existente en el mercado o el desarrollo de ella, por medios distintos de los que gobiernan una competencia normal de productos y servicios sobre la base de las prestaciones ofrecidas por los operadores económicos.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, de acuerdo al Art. 19 de la Ley alemana de competencia (*GWB*)³¹, en aquellas que:

- a. Restringen a capacidad de competir de otras empresas;
- b. Imponen precios o condiciones comerciales distintas de las que regirían si hubiera competencia efectiva en el mercado;
- c. Discriminan entre compradores sin que medien justificaciones objetivas;
- d. Se rehúsan a darle acceso a sus competidores, a sus redes o instalaciones cuando esto resulta indispensable para competir.

Un ejemplo de abuso de posición dominante, es la imposición en las ventas que hasta el año 2004, *Microsoft* realizaba, al vender una versión de su sistema operativo *Windows*, incluido el programa *Media Player*, utilizado para la reproducción de audio y video, lo que acarreó una sanción de parte de la

³¹ Rafael García Pérez; Revista de derecho mercantil, ISSN 0210-0797, N° 258, 2005

Comisión Europea de la Competencia, en contra de *Microsoft*, imponiendo una multa récord de 497'000.000 de euros, por que se probó que de esta forma ponían barreras al acceso a sus competidores, lo que licitaba el acceso a la competencia.

2.3.7 Prácticas anticompetitivas Unilaterales y Concertadas.-

Las prácticas unilaterales son aquellas en las cuales lo anticompetitivo de la conducta puede ser llevado a cabo por personas o empresas de manera individual o unilateral, sin que se necesite de la colaboración de otros agentes económicos.

Prácticas concertadas son aquellas que precisan de la colaboración de varias personas o empresas para configurarse como práctica anticompetitiva.

2.3.8 Prácticas anticompetitivas explotativas y exclusorias.-

Prácticas explotativas son aquellas cuyo ataque a la competencia se produce a través de una conducta que implica el incremento del ejercicio del poder en el mercado, en perjuicio del bienestar general, pero sin que exista exclusión de competidores³².

Exclusorias son aquellas prácticas que implican una actitud anticompetitiva cuyo objeto o efecto es la exclusión de competidores reales o potenciales en determinado mercado.

2.3.9 Prácticas anticompetitivas Horizontales y Verticales.-

Horizontales son aquellas cuya instrumentación se lleva a cabo en una única etapa de la cadena de producción y comercialización de un bien o servicio.

Verticales son aquellas prácticas cuyos efectos se producen en diferentes etapas y que afectan a personas o empresas inmersas en la cadena de

³² Defensa de la Competencia, Coloma Germán, Buenos Aires Argentina, Editorial Ciudad Argentina, 2003, Capítulo IV.

producción y/o comercialización de un bien o servicio, por ejemplo insumos, productores, distribuidores.

De los diferentes cruces entre las varias clases de prácticas, surgen las principales prácticas anticompetitivas, que en el Derecho Usual Internacional son tipificadas o corrientemente sancionadas por las autoridades de defensa de competencia de cada uno de los países, entre las más típicas de las violaciones y que deben ser tratadas por la legislación ecuatoriana, entre ellas encontramos:

2.3.10 Prácticas horizontales colusivas.-

Prácticas horizontales concertadas son acuerdos celebrados entre empresas competidoras, dentro de un mismo mercado, cuando estos acuerdos horizontales están motivados por razones fundamentadas en el ejercicio del poder del mercado, nos encontramos frente a prácticas de naturaleza colusiva.

Se puede entender como colusión a aquella situación en la que una serie de empresas acuerdan no competir entre ellas, con el objetivo de incrementar los beneficios del grupo, los instrumentos más usados para obtener esos beneficios son: acuerdos de precios, acuerdos de cantidades, repartos de mercado, que generalmente tienen atado un aumento de precios y una reducción en los volúmenes comerciados, respecto a los que regirían si las empresas competirían entre sí.

Existen varios factores que favorecen o facilitan la colusión, tal como la capacidad de incrementar precios, bajas penalidades esperadas y bajos costos de organizar el cartel.³³

La capacidad para incrementar los precios tiene que ver entre otros factores con la elasticidad de la demanda, mientras menos elástica sea la demanda, se facilita la capacidad de incremento de precios, la elasticidad se refiere al grado de sustitución de los productos. De igual manera coadyuva a la capacidad para

³³ Carlton y Perloff, 1994

incrementar precios, la existencia de barreras de entrada al mercado, tal es así que una situación con gran facilidad de ingreso, es equivalente a una demanda altamente elástica.

Respecto a las penalidades; el mayor o menor grado de penalidades, facilitan o dificultan las prácticas colusivas, resulta lógico observar que los carteles se desarrollan más fácilmente en mercados en los que no existe legislación *antitrust*, o de poca tradición de aplicación de las normas vigentes. Otra de las circunstancias que facilita la colusión es la aplicación por parte del Estado de políticas de control de precios, que ha demostrado tener el efecto indeseado de acostumbrar a las empresas a concertar sus precios con sus competidores, en este sentido la finalidad de controlar la inflación de las economías se ve mitigado por la cartelización de competidores.

Los bajos costos de organizar un cartel, se refiere entre otras circunstancias a la existencia de un número reducido de empresas que concertan una alta concertación de industria, un producto homogéneo y la presencia de asociaciones de productores o empresarios que concertan precios. Circunstancias que facilitan la existencia de estos carteles son por ejemplo las constantes medidas gubernamentales que con la excusa de “proteger la producción nacional”, los productores denuncian de manera indiscriminada conductas predatorias en el mercado interno para evitar competencia externa.

Particular ejemplo de lo aseverado es la promulgación del Decreto Ejecutivo número 592 de 30 de agosto del 2007 y reformado en varias ocasiones que con el propósito de impulsar la competitividad de la producción nacional fija aranceles nacionales de importación para un sinnúmero de partidas. Más allá de incentivar la producción nacional, fomenta la organización de carteles de producción nacional, por lo que esta medida absolutamente mercantilista, afecta la competencia, pues es una decisión de carácter paternalista en

detrimento de los consumidores, pues se limita la posibilidad de elección entre productos ³⁴.

2.3.11 Prácticas horizontales exclusorias.-

Prácticas horizontales exclusorias, implican intentos de excluir competidores, e involucran a empresas que se encuentran en el mismo eslabón de la cadena de producción y distribución, los dos principales tipos de prácticas horizontales exclusorias son aquellas que obstaculizan el acceso al mercado de competidores potenciales y aquellos que buscan la depredación de competidores existentes.

2.3.12 Monopolización y obstaculización de acceso al mercado de competidores.-

Del Art. 2 de la ley Sherman de los Estados Unidos, y la respectiva jurisprudencia que se ha desarrollado a partir de la ley en referencia, se puede definir al monopolio como una falla del mercado, por la cual existe una empresa (productora o comercializadora), que goza de una posición dominante en el mercado de un producto, bien, recurso específico y que por lo general es única oferente, circunstancia que le permite controlar los diferentes aspectos del mercado a que tiene acceso por su especial condición frente al consumidor y a los otros posibles oferentes.

La legislación *antitrust* no regula únicamente a los monopolios ya existentes, sino también a aquellos agentes del mercado que pretenden monopolizar, combinar o conspirar con otras personas para copar el comercio, por lo que el cuerpo normativo especializado, deberá incluir facultades, a los funcionarios encargados del control, que les permitan investigar y evitar posibles infracciones o la tentativa de la comisión de la infracción.

³⁴ Rodolfo Cruz Miramontes, La Legislación Restrictiva al Comercio Internacional: Análisis de las Instituciones más Comunes, México D.F.- México, 1977.

Otra de las prácticas horizontales exclusorias, y quizá la que ha sido objeto de mas análisis, es la obstaculización de la entrada (*entry deterrence*), esta es una estrategia, por la cual una empresa o grupo de empresas intenta evitar el ingreso al mercado de uno o más competidores, esta estrategia supone la existencia de una empresa establecida (que puede ser monopolista o líder de precios) y que fuera de dicho mercado hay un competidor potencial que está evaluando la posibilidad de ingresar. La empresa establecida sabe que si efectivamente se produce la entrada del competidor potencial, su situación frente al mercado se modificará a consecuencia de la mayor competencia, y por lo tanto sus beneficios disminuirán. Sin embargo la empresa establecida sabe también que por su posición frente al mercado tiene alguna capacidad de erigir una barrera de entrada artificial, a través de la realización de un gasto específicamente destinado a evitar que el competidor comercial pueda ingresar al mercado³⁵.

2.3.13 Depredación y ventas por debajo del costo.-

Consiste en aquella conducta por la cual una empresa intenta expulsar del mercado a uno o varios competidores. El instrumento más usual para llevar a cabo esta conducta es la política de precios, la cual recibe en estos casos el nombre de “política de precios predatorios”. Un precio predatorio consiste en cobrar por debajo de los costos de provisión de un bien, con el objetivo de lograr que sus competidores abandonen el mercado. Con el fin de que estos precios predatorios, sean debidamente regulados y bajo criterios técnicos, es necesario tomar en cuenta las siguientes condiciones: a) Que la diferencia de precios no se deban a ventajas adquiridas por la eficiencia, b) Que no se deba a excedentes en la capacidad, c) Promoción de un nuevo producto, d) Obtención de economías de escala o de aprendizaje.

Por ser un tema de sensible aplicación y que requiere de consideraciones eminentemente técnicas, se sugiere la adopción de ciertas pautas para realizar

³⁵ Defensa de la Competencia, Coloma Germán, Buenos Aires Argentina, Editorial Ciudad Argentina, 2003, Capítulo II.

un análisis de dos etapas, para determinar una posible depredación de precios, la primera de ellas buscará evaluar la estructura de mercado existente y si esta facilita la implementación de estrategias predatorias y solo después, analizar si los precios observados se encuentran o no por debajo del precio, ya que determinadas conductas que en un mercado pueden parecer predatorias, en otro seguramente no lo serán, además se considera el poder de mercado y las condiciones de entrada al mercado y finalmente se deberá considerar si los precios forman parte de una política deliberada de venta y si los precios bajos han tenido algún impacto sobre el funcionamiento del mercado.

2.3.14 Prácticas verticales.-

Las prácticas anticompetitivas verticales son aquellos acuerdos entre empresas ubicadas en distintos eslabones de la cadena de comercialización y producción (proveedores y clientes), sea mediante convenios explícitos o tácitos que establecen restricciones al comportamiento de las empresas que los celebran. Estas restricciones no son necesariamente anticompetitivas pero suelen implicar algún tipo de limitación en lo que al proceso de competencia se refiere.

Estamos en la esfera de restricción vertical de la competencia, el contrato que vincula al proveedor y al cliente de un bien o servicio, siempre que este acuerdo incluya algún tipo de compromiso de alguna de las partes de limitar su accionar en ciertos aspectos, es decir limitar su discrecionalidad respecto a la disposición de los bienes o servicios negociados. La literatura *antitrust*, suele distinguir tres casos clásicos, que además son comunes en nuestro país, estos son:

- A)** Fijación de precios de reventa (*resale price maintenance*): Es una situación que se da cuando el proveedor le impone al cliente el precio al cual deberá revender el producto que le compra. En cierto sentido, esta restricción sirve para transformar un contrato de distribución en uno de agencia ya que el beneficio bruto del cliente queda determinado como una comisión implícita.

- B) Exclusividad horizontal (*exclusive territories*): Ocurre cuando el proveedor le garantiza al cliente que él será el único revendedor de su producto en un determinado territorio o a un determinado grupo de clientes y este se compromete a no vender fuera de dicha área o grupo.
- C) Exclusividad vertical (*exclusive dealing*): Surge cuando el cliente se compromete a adquirir solamente los bienes que le suministre un determinado proveedor o, por lo menos, a no comprar productos suministrados por competidores de dicho proveedor.

Como se ha dicho en párrafos anteriores, la existencia de la conducta *per se* no lleva implícita la consecución de una falta a la competencia, sino que se debe analizar de manera particular cada conducta con el propósito de aplicar un análisis singularizado para cada caso, pues lo que causa la falta es la distorsión en la conducta no la sola existencia de ella.

2.3.15 Prácticas explotativas y discriminatorias.-

Las prácticas explotativas, forman parte de los abusos de posición dominante, y este aparece caracterizado de una manera u otra en la gran mayoría de las legislaciones que usan la figura de posición dominante, su uso ha sido en general problemático, porque las herramientas que tiene la defensa de la competencia para resolver los problemas generados por las prácticas anticompetitivas son herramientas de regulación indirecta de los mercados que implican el establecimiento de multas y la imposición de obligaciones de no hacer pero que en ningún caso llevan aparejado el control directo de los precios, las cantidades u otras variables directas.

Es decir, la entidad encargada del control y vigilancia de la competencia, limita su accionar a probar o verificar la legalidad de determinadas conductas y a resolver excepcionalmente sobre ellas, pero cuando la conducta es calificada como explotativa o abuso de posición dominante, el problema es, generalmente, de precios muy altos o cantidades reducidas de producción o incluso distorsiones en los valores de factores de producción, en esos casos se necesita de un control directo, que normalmente escapa de las facultades de la

entidad reguladora de la competencia. Para esos casos se debe prever un organismo regulador que esté permanentemente sondeando el mercado, este debe ser distinto al poder judicial y superior a la agencia de defensa de la competencia, y se establecerá dentro de sus funciones, la facultad de controlar directamente el desarrollo correcto del mercado, evitando su distorsión, esto en función de los consumidores.

2.3.16 Concentraciones económicas.-

Las concentraciones económicas implican que dos empresas o unidades económicas que funcionaban de manera independiente entre sí, pasan a convertirse en una misma entidad o parte del mismo grupo empresario, entre estas operaciones, podemos incluir fusiones, adquisiciones (de acciones, cuotas de capital y ciertas adquisiciones de activos).

Haciendo referencia a la clasificación utilizada mas usualmente por la literatura económica, respecto a las fusiones y adquisiciones, se debe utilizar como postulado principal el tipo de mercados en los que actúan las empresas implicadas en la operación en cuestión, así se distinguen concentraciones horizontales, concentraciones verticales y concentraciones de conglomerado.

Concentraciones horizontales (*Horizontal mergers*).- Son aquellas en las cuales las empresas que participan en la operación de fusión o adquisición son competidoras en el mercado del mismo producto.

Concentraciones verticales (*Vertical mergers*).- Son aquellas que implican fusiones o adquisiciones entre empresas cuya relación en el mercado es de proveedor-cliente.

Concentraciones de conglomerado (*Conglomerate mergers*).- Involucra aquellos casos en los cuales la relación entre las empresas fusionadas no es ni horizontal ni vertical, es decir no son competidoras en el mercado ni se trata de una relación proveedor-cliente. De ahí nace una subclasificación de

concentraciones de conglomerado que son las extensiones del producto, extensiones de mercado, extensiones de conglomerado puro.

Extensiones del producto (*product extensions mergers*).- Son casos en los cuales las empresas preexistentes venden productos que no compiten entre sí pero que usan canales de comercialización o procesos productivos similares; concentraciones que implican extensión del mercado.

Según Adam Smith la extensión del mercado impone un límite al proceso de división del trabajo. Esta idea la expone en los siguientes términos: *“Así como la capacidad de cambiar origina la división del trabajo, el desarrollo de esta división se halla siempre limitado por la extensión de aquella capacidad, es decir, por la extensión del mercado. Cuando el mercado es muy pequeño, nadie es capaz de dedicarse por entero a una actividad por falta de capacidad para cambiar el producto sobrante de su propio trabajo, es decir, lo que excede a su consumo, por aquellas partes del producto del trabajo ajeno que necesita.”*³⁶

Extensiones del mercado (*market extensions mergers*).- Son casos en los cuales las empresas preexistentes venden productos similares pero en áreas geográficas diferentes.

Extensiones de conglomerado puro (*pure conglomerate mergers*).- Son casos en los cuales la concentración se da entre empresas que no tienen ninguna relación entre sí.³⁷

Más allá de la fusión o adquisición, la entidad reguladora, debe distinguir el fin por el cual se produce dicha operación, generalmente, esta decisión es una respuesta a dos requerimientos empresariales que son, la obtención de un mayor poder de mercado conjunto, y el mejoramiento del nivel de eficiencia

³⁶ Smith, Adam. 1790. *The Theory of Moral Sentiments*. D. D. Raphael and A. L. Macfie, ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1982, capítulo III. Traducción hecha por Pedro Romero Alemán para el Instituto Ecuatoriano de Economía Política

³⁷ Viscusi, Vernon y Harrington, *Clasificación de las fusiones y adquisiciones*, capítulo siete, 1995.

productiva del grupo (posibilidad de disminución de precios). Posterior a esto, se debe analizar el grado de afectación que el mercado ha sufrido o sufrirá, a partir de la adquisición o fusión de empresas, ya que aquellas empresas que antes eran competidoras pasan a ser una sola entidad con mayor participación en un mercado, cuyos índices de concentración posiblemente aumenten, el aumento de dicha concentración puede tener dos efectos, por un lado crea una nueva entidad que puede tener mayor poder de mercado que el que tenían individualmente cada una de las empresas preexistentes; por otro disminuye el número de competidores efectivos, y de ese modo facilitar la aparición de prácticas colusivas.

3 CAPITULO TRES ECONOMÍA Y MERCADO ECUATORIANO.-

3.1 Sectores económicos con tendencias monopólicas, análisis de casos relevantes.-

El panorama económico del país ha presentado, sobre todo en la última década, inestabilidad y reconfiguración, empezando por la grave crisis económica de fin de siglo y la consecuente adopción de una nueva moneda, así como su consecuencia socio-económica inmediata: miles de ecuatorianos migraron al exterior, y por este concepto el país ha recibido flujos significativos de remesas cuyo impacto en la dinámica económica ha permitido, hasta cierta medida, una etapa de recuperación.

Además con la dolarización, se ha posibilitado crear un ambiente más seguro para la inversión, el ahorro y el endeudamiento, acompañando a esto, en la última década los altos precios del petróleo que han superado lo presupuestado por el estado, y la mayor y mejor recaudación tributaria ha permitido hacer de la política fiscal un buen instrumento para el manejo de la economía³⁸.

Por su parte el mercado ecuatoriano, no ha experimentado mayores variaciones en cuanto a la constitución de sus principales actividades productivas de exportación, siendo el petróleo, el banano y las remesas los que reportan mayores flujos económicos, además del camarón y las flores naturales. En cuanto a las importaciones, éstas se componen de materias primas, bienes de consumo y bienes de capital³⁹.

Dentro de este escenario macroeconómico, el Ecuador presenta profundas disparidades sociales consecuencia de las desigualdades económicas, por ejemplo en cuanto a la participación en el ingreso per cápita de la población, si

³⁸ Revista PICAVAL. Análisis ejecutivo mensual. BCE. Enero 2006. Quito, Ecuador

³⁹ Cifras Económicas del Ecuador. BCE. Agosto 2008. Quito, Ecuador

hace quince años el 20% más rico del país concentraba el 51,7% del ingreso total, para el 2006 concentraba el 58%. Y en el otro extremo de la pirámide en el mismo período de tiempo, el 20% más pobre vio reducir a la mitad su percepción de ingresos, de 5 a 2,4%⁴⁰.

Empero, la desigualdad va mucho más allá de las esferas del consumo y la distribución del ingreso, también se refleja en la producción, que se concentra en pocas empresas, consecuencia de ello, mientras menos empresas participan en el mercado menos necesidad de lograr más eficiencia, de asimilar tecnología apropiada y de respetar el ambiente para ser más competitivas.

Dichas empresas concentran la producción de bienes y servicios de primera necesidad, indispensables, dentro del espectro cultural, para el desenvolvimiento de sus habitantes, fijando su mercado y ganancias. La población entonces, para asegurar el consumo de los bienes de primera necesidad ve desgastar su calidad de vida al reconfigurar su conducta de consumo en base a los bienes de primera necesidad.

De lo señalado hasta aquí, se puede aseverar, si bien de manera parcial, la hipótesis planteada inicialmente para esta investigación, es decir que los efectos jurídico-económicos de la ausencia de una ley especializada en competencia en el Ecuador, ha provocado vacíos y deficiencias en la dinámica del mercado ecuatoriano, pues se ha posibilitado la creación de grupos específicos de poder que acaparan generalmente la producción de bienes estratégicos de primera necesidad.

3.1.1 Mercado del Azúcar.-

En la industria azucarera existen tres grandes empresas que acaparan el 90% de la producción frente a otras que no representan mayor riesgo. Las tres se encuentran ubicadas en la cuenca baja del río Guayas y su producción total en

⁴⁰ Revista Gestión. Tema Central. Septiembre 2007. Quito, Ecuador

sacos de 50 kg. en el año 2008 fue de aproximadamente 30 MM, 60% de la producción para el Comercio y 40% para la industria.

En el país, la importación de este producto está restringida, por la existencia de barreras arancelarias y sobre todo no arancelarias. Estos aranceles se aplican para los países fuera de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), pues las importaciones provenientes de los países miembros de la CAN pueden entrar al país libre de impuestos; no obstante, todas las importaciones sin distinción de país deben someterse a controles sanitarios y necesitan licencia de importación otorgado por la autoridad competente, quien primero debe comprobar si la oferta nacional de azúcar no cubre la demanda interna, y finalmente quienes se encargan de informar el nivel de oferta y demanda son las empresas nacionales del producto referido⁴¹.

Consecuentemente queda claro que son las propias refinerías quienes cierran el mercado a la competencia extranjera y por otro lado establecen el precio del producto pues éste es prácticamente idéntico entre las tres grandes empresas, y a nivel internacional se ubica muy por encima de los precios establecidos.

Un ejemplo de lo señalado, se dio en enero de 1993 cuando a partir de la desregulación, el precio aumentó inmediatamente en el 46% y hasta 1999 en un 838% mientras que el nivel general de precios aumentó en un 489%⁴².

Estas prácticas anticompetitivas podrían ser reguladas, si contásemos con una ley especializada que permita tomar acciones como:

1. Determinar si entre las refinerías existen acuerdos colusorios y una repartición implícita en el mercado.
2. Influir en las autoridades que conceden las licencias de importaciones para que sean independientes de los productores, y fijen un precio final

⁴¹ Abraham Hollander, "Competencia en el Ecuador", 2002, pág. 14.

⁴² Abraham Hollander, "Competencia en el Ecuador", 2002, pág. 16.

justo, una medida a adoptar sería el permitir la importación temporal, en momentos en los que el mercado interno lo exija, pues aumentando la circulación del producto se produciría una rebaja del costo. Todas estas medidas serán procedentes cuando exista una autoridad con capacidad legal para medir el impacto de la adopción de determinada medida y que tenga la potestad legal para tomarla.

3. Promulgación de reglas claras de competencia, para que se amplíe el número de participantes en el mercado.

3.1.2 Mercado de la Sal.-

En el Ecuador, el mercado de la Sal es controlado en un 80% por una sola empresa, que de manera indiscutible monopoliza el mercado, los gobiernos ecuatorianos históricamente han intentado romper el monopolio de la sal, liberalizando importaciones, pero tales intentos no han progresado pues, la producción nacional es suficiente, y sobre todo existe de por medio medidas sanitarias (barreras legales de entrada) que complican la apertura, pues la sal de mesa producida en el país, está debidamente controlada y su calidad es tal que cualitativamente no tiene competencia. Además, si bien la liberalización de las importaciones ayudan a romper el monopolio, se debe considerar que el ingreso de sal importada que no reúne los requisitos sanitarios exigidos por el país, respecto a la deficiencia de yodo, generaría graves riesgos de nuevos casos de bocio y cretinismo endémico.

El Ecuador requiere anualmente de ochenta a noventa mil toneladas de sal de mesa, que tengan de 10 a 50 partes por millón de yodo⁴³. Son conocidos los estrictos controles sanitarios que exige el Ecuador para la importación de Sal, limite las importaciones, en especial de los países vecinos pues por bajos que sean los precios de sus productos y fomenten la competencia en el Ecuador, esta generaría inconvenientes sanitarios al interior del país por lo que el

⁴³ Resolución No. 364 del COMEXI, de 2 de octubre del 2006.

gobierno se ha visto en la obligación de priorizar la salud de los ecuatorianos, frente a la liberalización del mercado.

Esto generó que la Comunidad Andina de Naciones, mediante resolución 722 de 29 de abril del 2003⁴⁴ se pronuncie respecto a la solicitud de aplicación de medidas correctivas por parte de la República del Ecuador a las importaciones de sal de mesa, provenientes de países miembros de la Comunidad Andina, bajo lo dispuesto en el Artículo 109 del Acuerdo de Cartagena, pues estas importaciones, de acuerdo al criterio del Gobierno ecuatoriano, habrían causado perturbaciones en la producción nacional, y de acuerdo a la legislación regional en mención, el Ecuador solicita la aplicación de medidas correctivas, de carácter provisional, para limitar las importaciones pertenecientes a la partida en referencia.

Así, a la Secretaría General de la CAN, le correspondió analizar si hubo un incremento de las cantidades o volúmenes de las importaciones y cuáles fueron las condiciones o los precios en que se realizaron dichas importaciones provenientes de la Comunidad Andina. En este sentido, la Secretaría General de la CAN apreció una disminución de 7 por ciento en la participación de las ventas de la empresa *ECUASAL* en el mercado ecuatoriano entre los años 1999 y 2001. Sin embargo, es de destacar que las importaciones provenientes de la Comunidad Andina, que representaban en promedio el 98 por ciento de las importaciones totales, entre los años 1999 y 2001, apenas alcanzaron a representar el uno por ciento en el mercado ecuatoriano en el período analizado, tras haber analizado muchas variables, entre ellas:

- Proceso productivo
- Importaciones
- Volúmenes de las importaciones
- Perturbación a la Producción Nacional
- Producción, Ventas y Consumo Aparente

⁴⁴ <http://www.comunidadandina.org/normativa/res/R722sg.htm>

- Utilización de la capacidad instalada
- Utilidad Bruta y Operacional

La Secretaría General de la *CAN*, resolvió suspender las medidas correctivas aplicadas por el Gobierno de Ecuador a las importaciones de sal de mesa, originaria de los Países Miembros de la Comunidad Andina.

Luego, el Ecuador ha optado por fijar barreras sanitarias a la importación de sal de mesa, estas se mantienen hasta la fecha, más allá de la existencia de una práctica anticompetitiva, la importación de sal de mesa está abierta, salvo la barrera par arancelaría existente, pero quien quiera competir por el mercado de la sal en el Ecuador deberá reunir las mismas exigencias sanitarias que se le imponen a los productores nacionales, sobre la base de los costos que le significan al importador el colocar en el mercado ecuatoriano sal importada, este podrá o no competir, pero considero que estamos frente a un caso de monopolio natural, pues una empresa puede producir toda (o casi toda) la demanda del mercado con un coste menor que si hubiera varias empresas compitiendo, incluso cumpliendo todas las exigencias de orden técnico.

3.1.3 Supermercados.-

En el país existen dos grandes cadenas oferentes de productos de primera necesidad, que tienen presencia y abarcan a todos los estratos socioeconómicos del país, pues se subdividen en supermercados populares para consumidores de bajo poder adquisitivo y supermercados para clase media y alta.

El poder y control que estas dos grandes cadenas ejercen sobre sus proveedores, ha dejado a entrever las prácticas anticompetitivas con las que se manejan y operan, como ejemplo podemos señalar el caso de una cadena de supermercados chilena, que ingresó al país hace ya algunos años atrás, con el concepto de ofertar preferencialmente productos locales, presentándose como

una tienda de descuentos con precios significativamente menores en comparación a las grandes cadenas nacionales.

En poco tiempo dicha cadena empezó a perder proveedores, pues se presume que las dos grandes cadenas ecuatorianas de supermercados aparentemente llegaron a un entendimiento en el que acordaban amenazar a sus proveedores con suspender todo negocio con ellos si aceptaban vender al noble competidor y de esta forma mantener el oligopolio de la comercialización y el aprovisionamiento de productos agrícolas, pues la lógica que se mantiene es de establecer canales de compra preferentes y exclusivos, donde paradójicamente quien impone las reglas (por sus posiciones en el mercado) no son los proveedores si no los compradores (entiéndase supermercados)⁴⁵.

Lo que se presume ha producido en este caso:

- Acuerdo colusorio por medio del uso de instalaciones esenciales.
- Ambas cadenas, abusan de su posición dominante, es decir la demostración del poder que ejerce al ser un mercado grande de alimentos, no obstante, si el mercado no es lo bastante grande para los alimentos en general, la estrategia puede ser lo suficientemente eficiente en los productos claves en el mercado (harina, arroz, entre otros).

Como se ha señalado, en el mercado ecuatoriano conviven infinidad de prácticas restrictivas a la competencia en general y en casos específicos, prácticas exclusorias horizontales siendo los consumidores los más perjudicados.

3.1.4 Telefonía pública fija.-

En el Ecuador la telefonía celular bordea los 10 626 079 usuarios, a septiembre del 2008, mientras que el número de usuarios de telefonía fija, está

⁴⁵ Abraham Hollander, "Competencia en el Ecuador", 2002, pág. 39.

prácticamente estancado - o al menos tiene un crecimiento muy limitado - y hasta septiembre del 2008 llegaba a los 2 223 046 de usuarios.

Mientras la telefonía celular crece a un ritmo del 9,98%, la fija lo hace a un 2,68%⁴⁶.

Según datos del Banco Central, el aporte al *PIB* por parte del subsector de telecomunicaciones, en el año 2007 fue de casi dos mil millones de dólares, más del 60% correspondió a la telefonía celular y apenas el 23% a la telefonía fija.

En el mercado de telefonía fija, existe un monopolio geográfico de dos empresas estatales: *Andinatel* y *Pacifictel* que juntas manejan el 96% de los abonados⁴⁷.

En cuanto a los ingresos por ventas, las dos operadoras fijas dominantes, mantenían una permanente tendencia a la baja que no solamente se trataba de una pérdida de presencia frente a la telefonía móvil, sino también una manifiesta ineficiencia, que se reflejaba en los resultados de utilidades.

El mandato número 15, de la Asamblea Nacional Constituyente, aprobado el 23 de julio del 2008, autoriza al Fondo de Solidaridad a realizar los actos societarios necesarios para la reestructuración o fusión de las empresas eléctricas y telecomunicaciones de su propiedad.

En tal sentido mediante resolución 4458 de fecha treinta de octubre del 2008, la Superintendencia de Compañías aprobó la fusión entre *Andinatel* S.A. y *Pacifictel* S.A. y aprobó la creación de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones.

La nueva corporación, que absorbe a ambas telefónicas, tendrá su sede en

⁴⁶ "Resumen anual estadístico telefonía fija y móvil 2008". (<http://www.supertel.gov.ec/>)

⁴⁷ <https://www.bce.fin.ec/documentos/PublicacionesNotas/Catalogo>

Quito por una duración de 50 años y arrancará con un capital de \$ 245 920 000 dividido en 2 459 000 acciones ordinarias de \$100 cada una.

El objeto de la *CNT* será la explotación de los servicios de telecomunicaciones filiales, portadores de voz, imagen, datos, video, servicios de valor agregado y multimedia, tal como lo prevé el Reglamento de servicio de telefonía local, en el artículo 4 y siguientes⁴⁸. ¿Pero, es rentable para el Estado ecuatoriano mantener el monopolio público sobre la telefonía fija?.

La telefonía fija es, ciertamente, uno de esos sectores en los que los costos para entrar son muy altos y, por consiguiente, es difícil hacerle la competencia a la compañía ya establecida (*CNT*), pero la tecnología ha evolucionando y esos costos se pueden abaratar, permitiendo el acceso de potenciales competidores.

Actualmente uno puede ya encontrar servicio telefónico con compañías alternativas como *Etap* o *Setel*, además para evitar estas distorsiones, la tendencia moderna no es regular los servicios finales (por ejemplo la tarifa de telefonía fija) sino regular los cuellos de botella y usualmente ellos están en el uso de infraestructura o redes (por ejemplo regular y garantizar la interconexión).

Una adecuada regulación de cargos de interconexión en telecomunicaciones permite que más empresas presten sus servicios sobre una misma red y con ello evitar la regulación de tarifas al usuario final, pues se regularía por la misma competencia.

Tomará mucho tiempo antes de que la competencia alcance a *CNT*, pero hay que reconocer que no es un monopolio que se formó de manera natural, al contrario nació como monopolio porque así la creó el gobierno ecuatoriano.

⁴⁸ Reglamento del servicio de telefonía fija local, Registro Oficial No. 236 de 20 de Diciembre del 2007

Pero, ¿qué pasa con las empresas de monopolio del gobierno? Esas empresas carecen de la motivación, el éxito o fracaso de las empresas públicas no se puede medir en ganancias o pérdidas porque siempre se puede decidir subsidiar sus pérdidas, el efecto es que las decisiones que toman quienes manejan esas empresas no siguen lo que dicta el mercado y, por lo tanto, no tienden a proveer lo que los consumidores demandan, y se vuelve en un perjuicio para los consumidores.

En 1993, el Ecuador dio un paso importante hacia la abolición de los monopolios en cualquiera de sus formas, mediante la promulgación de la Ley de Modernización del Estado, en la que se autorizaba a terceros el establecimiento de actividades o la prestación de servicios de igual o similar naturaleza, inclusive el Estado tenía la facultad de delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de los servicios públicos de agua potable, riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias, aeroportuarias y ferroviarias, servicio postal u otras de naturaleza similar. La participación de las empresas mixtas o privadas se podía hacer mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual "o administrativa" de acuerdo con la ley⁴⁹.

El cuerpo legal en referencia se ha cumplido en parte, pues en el sector de telecomunicaciones, se decidió escindir a *EMETEL* en dos compañías, que se dividieron el país en dos regiones, una con sede en Quito y otra con sede en Guayaquil, ambas con el beneficio de exclusividad, lo que nos llevó de la intención de eliminar un monopolio (*EMETEL*), a la creación, mediante ley, de dos monopolios geográficos, (*ANDINATEL* y *PACIFICTEL*).

Si bien las empresas se reestructuraron administrativa y financieramente, reformando incluso sus directorios, cambio de su adscripción, nombre y

⁴⁹ Ley de Modernización del Estado, Registro Oficial 349 de 31 de Diciembre de 1993

ejercicio de competencias, no se logró combatir el problema de fondo que es la ineficiencia, costos y corrupción, lo que acarrea la prestación de un servicio deficiente, en perjuicio de los usuarios.

3.2 Conclusión previa.-

De la realidad fáctica analizada en el presente capítulo, se concluye que las prácticas de los agentes económicos que atentan a la competencia se dan principalmente porque en los gobiernos de turno no ha habido la voluntad política requerida para penalizar la competencia desleal de ahí que, no contemos con una ley de competencia que regule las actuaciones de grandes empresas que tradicionalmente han percibido grandes ingresos a costa de precarizar la economía del consumidor, por lo que de lo analizado e investigado, se sugiere la existencia en el Ecuador de un Sistema de Competencia. Este debe entenderse como el conjunto de normas, instituciones y autoridades que buscan tutelar e impulsar la libre competencia de las actividades económicas que produzcan o comercialicen bienes o servicios en el Ecuador, así como prevenir y sancionar aquellas prácticas, legalmente restringidas, que impidan o distorsionen la competencia.

La primera conclusión lógica nos lleva a confirmar la hipótesis inicial; es decir que la ausencia de una Ley de Competencia, ha producido efectos jurídico económicos en la sociedad ecuatoriana, sobre todo en el sector consumidor, quienes por efecto de la ausencia de la ley, han visto disminuida su capacidad adquisitiva, y menoscabados sus derechos como consumidores.

4 CAPITULO CUATRO EXPOSICION, ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS

4.1 Sistema de competencia sugerido.-

4.1.1 Diferencia entre regulación y políticas de competencia.-

El sistema económico requiere de una actuación estatal autónoma y técnica, que no fuerce resultados específicos, sino que deje ello a los agentes económicos, teniendo una capacidad real de resistir no solo la presión política, sino la presión de los grupos económicos, evitando ser capturado por la coyuntura del momento.

La imagen del Estado como una estructura poco capaz de crear y responder a incentivos para desarrollar una actividad eficiente, es común; sin embargo hay algunas cosas que son inherentemente estatales: la seguridad interna y externa, la provisión de servicios públicos, la administración de justicia, la generación de políticas públicas, entre otros, pero genera muchas dudas si el Estado debe o no intervenir en el Derecho de Competencia, o en la creación de normas antimonopolios, y si la respuesta es positiva, la medida en la que debe intervenir es discutible también, pues el Estado deberá discriminar entre agentes económicos en los que su tamaño obedece, en la mayoría de las veces a la eficiencia de la empresa salvo extrañas excepciones, esa facultad de discrecionalidad y oportunidad exclusiva del Estado es la que marca la diferencia entre *políticas de competencia* y *regulación de mercados*.

Normalmente cuando se habla de *regulación de mercados*, el organismo regulador actúa *ex ante*, es decir antes que el bien se venda o el servicio se preste, pues establece previamente los precios, condiciones y características que se deben reunir, y la empresa o proveedor en cuestión tendrá que acatarlos, esto deriva que, normalmente la regulación se concentre mucho en el resultado antes que en el proceso. Así, las regulaciones arrojan lo que se

considera que ocurriría si hubiera competencia, fijan el precio, establecen la calidad, determina las condiciones de contratación.

La acción de *políticas de competencia* en cambio es *ex post*, no fija precios pero velaría que los mismos no sean distorsionados, no fija calidad pero evaluaría si el producto resultó o no idóneo para los fines para los que fue adquirido, no establece estándares de información pero analiza luego de producido el problema si la información fue adecuada para tomar una decisión informada, el resultado de esta forma de acción se dirige más a velar por el buen funcionamiento de procesos, antes que por resultados.

La regulación actúa en base a hipótesis en la mayoría de los casos, las políticas de competencia, en cambio deciden sobre hechos ya ocurridos, normalmente con mayor información.

Dentro de un mercado se produce un monopolio, o cualquier otra distorsión del cuando se cumplen una serie de condiciones, y son estas condiciones las que se deben evitar con normas que regulen el proceso de producción, no necesariamente el resultado que es la distorsión.

Con este objetivo como premisa, el Estado tiene herramientas que le pueden ser útiles para discernir entre la intervención o no en el mercado, estas herramientas se reducen en dos reglas que son la base sobre la que se fundamenta la intervención o no, y estas son:

- La Regla de la razón: Una primera posibilidad es aceptar las prácticas razonables, es decir aquellas que si bien pueden aparecer, a primera vista, perjudiciales a la competencia, no necesariamente lo son, por ejemplo, una fusión entre dos empresas pequeñas en un mercado poco concentrado puede no tener ninguna posibilidad de generar un monopolio. Pero la fusión entre dos empresas de mayores dimensiones si podría tener efectos anticompetitivos. Este criterio es conocido como

la regla de la razón o *the rule of reason* en la jurisprudencia y la doctrina norteamericana. Se analiza, entonces, si es razonable o no que la práctica tenga un efecto anticompetitivo dadas las circunstancias. Se requiere entonces un análisis caso por caso y para ello se necesita de una discrecionalidad altamente calificada de la autoridad de competencia.

- La regla *per se*: Una segunda posibilidad es acudir a reglas que se consideran una práctica *per se* ilegal (la *per se rule*), es decir que prohíben objetivamente el desarrollo de ciertas conductas.

Estos dos tipos de reglas deben aplicarse a supuestos distintos. La regla *per se* debe aplicarse cuando no aparece ningún efecto positivo de la conducta y, sin embargo sí aparecen posibles perjuicios a la competencia que justifican la intervención. Al no haber ventajas aparentes, los perjuicios ocasionados por un error desaparecen y se simplifica el control por la autoridad.

Por el contrario, cuando exista la posibilidad de daños al mercado que puedan destruir eficiencia de producirse un error, es mejor aplicar la regla de la razón, de manera que permita analizar la conveniencia o no de prohibir o sancionar una práctica.

Se sugiere entonces que el grado de intervención del Estado ecuatoriano, sea residual, es decir se deberán promulgar normas de competencia que no estén dirigidas únicamente a atacar las infracciones en sí mismo, sino las prácticas anticompetitivas, lo que nos ubica dentro del marco de las políticas de competencia, conceptos que ya se encuentran desarrollados a lo largo del presente trabajo de titulación.

4.1.2 Análisis regional de los órganos de aplicación.-

En general, las leyes de competencia son aplicadas por órganos independientes en forma de Comisiones (Argentina, Brasil, Canadá, Costa Rica, Chile, México, Perú y los Estados Unidos) o Superintendencias (Colombia y Venezuela). Esta autonomía es entendida en un ámbito técnico y operativo respecto de la conducción de investigaciones y procedimientos y aplicación de las leyes. Las decisiones son tomadas de forma colegiada en el caso de las comisiones o unipersonalmente en el caso de las superintendencias, Estos órganos son asistidos por unidades o secretarías técnicas.

En Brasil, Canadá, Chile, Perú y los Estados Unidos las leyes proveen a otras agencias con responsabilidades para la aplicación de las leyes. En Brasil están las Secretarías de Derecho Económico y de Seguimiento Económico, las cuales dependen del Ministerio de Justicia y de Hacienda, respectivamente. En Canadá está el Fiscal General y el Tribunal de Competencia, los cuales son independientes del poder ejecutivo. En los Estados Unidos está el Departamento de Justicia, el cual depende del poder ejecutivo. En Chile está la Fiscalía Nacional Económica, la cual es independiente. En Perú funciona el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, el cual es independiente.

En todos los países, los tribunales y cortes están encargados de la revisión de las decisiones de los órganos de aplicación. En los Estados Unidos y Canadá, las cortes y tribunales son los órganos encargados de resolver aquellos casos instaurados por el Departamento de Justicia y la Oficina de Competencia, respectivamente, sobre conductas anticompetitivas.

4.1.3 Funciones de los Órganos de Aplicación.-

En términos generales, los órganos de aplicación tienen como función velar por el cumplimiento de las disposiciones relativas a la competencia, investigar y resolver los casos de conductas prohibidas por las leyes y pronunciarse sobre fusiones, adquisiciones y empresas conjuntas, y autorizar las mismas. Para

estas funciones, los órganos de aplicación tienen amplias facultades para dictar medidas preventivas, requerir testimonios, documentos o información relevante de los particulares y entes públicos. Los órganos pueden dictar medidas cautelares o solicitarlas en las cortes.

En Brasil, Colombia, Costa Rica, Canadá, Chile, México, Perú, los Estados Unidos y Venezuela existen disposiciones facultando a los órganos de aplicación a proveer comentarios y expresar opinión sobre las regulaciones, políticas y programas que puedan resultar contrarios a la competencia y sugerir su modificación o eliminación ("Abogacía de la Competencia").

4.1.4 Procedimientos Administrativos y/o Judiciales.-

La Investigación y resolución de casos de conductas prohibidas, son de naturaleza administrativa y pueden ser iniciados de oficio por el órgano o a petición de la parte interesada. Las leyes establecen las instancias, modalidades, pruebas, sanciones y plazos para resolver los casos o autorizaciones. La legislación uruguaya estipula procedimientos de arbitraje para solucionar controversias que se susciten en razón de los actos lesivos de la competencia prohibidos por la ley de competencia.

Asimismo, las leyes remiten a los procedimientos judiciales establecidos en el derecho ordinario para los casos de revisión judicial de los actos y determinaciones de los órganos de aplicación. En el caso de Argentina, Canadá y los Estados Unidos la determinación de sanciones de naturaleza penal por violación a sus leyes se realiza por los tribunales y cortes, después de dictado un fallo por los órganos de aplicación o que éstos hayan decidido demandar.

4.1.5 Sanciones Administrativas y/o Judiciales.-

Las sanciones son de naturaleza pecuniaria y penal, así como de naturaleza administrativa y judicial dependiendo del órgano que las impone. La mayoría de las leyes autorizan a los órganos de aplicación la imposición de multas

administrativas a aquellos que incurran en conductas prohibidas, al igual que la imposición de obligaciones.

Las cuantías máximas varían dependiendo del tipo de infracción y los efectos que produzcan en el mercado afectado, pudiendo estar previamente determinadas, en razón de los ingresos de la empresa infractora.

En Argentina, Canadá, Chile, Estados Unidos y Perú además de la imposición de multas, se autoriza la imposición de penas de prisión para quienes incurran en violación de ciertas conductas prohibidas. En estos países la determinación y aplicación de tales sanciones corresponde a las cortes y tribunales.

La inobservancia de las órdenes y decisiones de los órganos de aplicación es sancionada en todos los países con multas, tal como se propone en el presente trabajo, para la legislación ecuatoriana.

4.1.6 Recursos o Apelaciones.-

En todos los países, incluido el Ecuador, se garantiza, una vez agotada la instancia administrativa, la revisión de los actos o decisiones de los órganos de aplicación en sede judicial, incluyendo apelaciones a través de los tribunales superiores o la Corte Suprema de Justicia. En el caso ecuatoriano, el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, garantiza que todos los actos administrativos serán impugnables en sede administrativa o judicial.⁵⁰

En Costa Rica, Colombia y México, los afectados por una decisión de los órganos de aplicación tienen derecho a un proceso de revisión administrativa bien por la propia autoridad que determina la violación a la ley (Recurso de reconsideración) o por un órgano jerárquico (Recurso jerárquico o de revisión) conforme a las leyes de procedimiento administrativo ordinario, similares a los

⁵⁰ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, RO 535 del 18 de marzo del 2002.

procedimientos de reposición, apelación o recurso extraordinario de revisión, previstos en el Ecuador.

En Perú se puede interponer opcionalmente, recurso de reconsideración ante la Comisión de libre competencia la que puede revisar la decisión, o un recurso de apelación ante la Sala de Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. En Canadá, y Estados Unidos, el proceso de revisión se desarrolla en los tribunales comunes, incluyendo el derecho a apelación.

Finalmente, todos los países reconocen el derecho a todo interesado afectado por una práctica anticompetitiva de obtener resarcimiento por los daños y perjuicios causados como consecuencia de tal acción. En muchos casos, el órgano de aplicación debe determinar la existencia de una violación a la ley con anterioridad a que el resarcimiento sea solicitado por el interesado afectado en sede judicial. En el caso ecuatoriano, el procedimiento aplicable, deberá ser el juicio de daños y perjuicios previsto en la legislación civil.

4.2 Esquema institucional sugerido para el Ecuador.-

De la información contenida recopilada y analizada, y partiendo de la realidad ecuatoriana, se sugiere la creación de un “Sistema de Doble Agencia”, es decir una primera agencia, encargada establecer objetivos y políticas públicas en materia de Competencia, además deberá iniciar las investigaciones de oficio o a petición de parte de posibles infracciones a la ley.

Esta primera agencia será un cuerpo colegiado que podría denominarse Comisión Nacional de Competencia, como una institución de derecho público, con personería jurídica propia, autonomía administrativa y carácter nacional. A más de las funciones antes descritas, el Director Nacional de Competencia se encargará de la ejecución, promoción, investigación de acuerdo a lo que dispondrá la ley actuará en la Comisión, como Secretario.

Administrativamente las sanciones serán impuestas por la Comisión, quien conocerá oportunamente el informe debidamente motivado sobre el resultado de las investigaciones realizadas por la Dirección Nacional de Competencia y será la Comisión quien se pronunciará sobre las sanciones aplicables, conocerá los recursos administrativos pertinentes y en sede judicial, los recursos serán conocidos por el Tribunal de Competencia, que será quien complete este “Sistema de Doble Agencia”.

El Tribunal de Competencia, tendrá facultades para conocer los recursos que en sede judicial prevé la legislación ecuatoriana, en contra de aquellos agentes económicos que distorsionen el mercado con prácticas anticompetitivas y lesivas para los intereses del mercado y de los consumidores, quienes son el fin máximo del sistema.

De esta forma garantizamos independencia entre quien hace el papel de Fiscal de la competencia (Director Nacional de Competencia), quien juzga y sanciona que es la Comisión Nacional de Competencia y quien conoce impugnaciones en sede judicial que es el Tribunal Nacional de Competencia, esto en armonía con lo que dispone el artículo 173 de la Constitución Política del Estado, respecto a que los actos administrativos podrán ser impugnados tanto en la vía administrativa, como en la vía judicial.

4.2.1 De la Comisión Nacional de Competencia.-

Será el cuerpo colegiado encargado de la creación de Políticas públicas de competencia y fijar los objetivos del Sistema, es decir marcará el rumbo y los ámbitos de acción. Estará presidido por un Presidente, quien deberá ser nombrado por el Consejo de Participación ciudadana y control social, de acuerdo al mecanismo previsto en el artículo 208 y siguientes de la Constitución Política del Estado, de terna propuesta por el Presidente de la República.

Para un correcto funcionamiento de la Comisión, se sugiere que tenga las siguientes atribuciones:

- a) Dictar políticas en materia de libre competencia económica, como estrategias para la previsión, corrección, promoción y defensa de la competencia y evaluar la ejecución de las mismas.
- b) Absolver consultas sobre la aplicación de la ley, consultas que serán de observancia obligatoria.
- c) Determinar, motivadamente, la existencia de prácticas anticompetitivas u otras que impidan o distorsione la efectiva competencia económica.
- d) Dictar medidas cautelares en procesos que se encuentren en su conocimiento.
- e) Imponer sanciones a los infractores, mediante resolución debidamente sustentada.
- f) Expedir resoluciones de carácter general y de obligatorio cumplimiento con el fin de regular el mercado.
- g) Conocer y resolver los recursos administrativos previstos en la legislación ecuatoriana.
- h) Decidir la continuación de oficio del procedimiento, en caso de acuerdo conciliatorio entre las partes, si del análisis de los hechos denunciados se advierte la posible afectación del interés público.
- i) Sugerir a la Presidencia del Comité de Defensa de la Competencia, emitir opinión, exhortar o recomendar a las autoridades legislativas, políticas o administrativas sobre la implementación de medidas que restablezcan o promuevan la libre competencia, sean: eliminación de barreras a la entrada, la aplicación de regulación económica a un mercado donde la competencia no es posible, entre otras.

La Comisión Nacional de Competencia, deberá estar integrada por:

- Presidente del Consejo Nacional de Competencia, quien lo preside
- Ministro Coordinador de la Producción o su delegado
- Ministro de Industrias y Competitividad o su delegado
- Ministro de Relaciones exteriores o su delegado

- El Director del Consejo Nacional para la Reactivación de la Producción y Competitividad o su delegado

Además podrán actuar con voz pero sin voto, representantes de diversas instituciones privadas relevantes para al proceso de competencia en el Ecuador. De acuerdo al ámbito o resolución a tomar, estos representantes pueden ser uno o varios, previa autorización del Presidente del Consejo, de las siguientes instituciones:

- Presidente de la Federación Nacional de Cámaras de Comercio
- Presidente de la Federación Nacional de Cámaras de Industria
- Presidente de la Federación Nacional de Cámaras de la Agricultura
- Presidente de la Federación Nacional de la Pequeña Industria
- Presidente de la Federación Ecuatoriana de Exportadores
- Presidente de la Federación Ecuatoriana de Importadores
- Presidente de la Federación Nacional de Cámaras de Turismo
- Presidente de la Cámara Nacional de Acuicultura

4.2.2 Del Director Nacional de Competencia.-

Ya dentro del plano ejecutor, por la naturaleza de las funciones de este sistema, el Director Nacional de Competencia, cumplirá las funciones de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas, además emitirá opinión sobre la existencia de la conducta infractora.

Como miembro de la Comisión Nacional, el Director Nacional deberá estar revestido de las facultades necesarias para ejecutar las políticas emitidas por la misma Comisión, entre estas facultades se sugiere incluir las siguientes:

- a) Requerir a cualquier agente económico o institución pública, informes o documentos que se consideren relevantes, con fines exclusivamente investigativos.
- b) Informar motivadamente a la Comisión Nacional de Competencia sobre la absolución de consultas que este requiera.
- c) Actuar como Secretario Ejecutivo de la Comisión Nacional de Competencia.
- d) Monitorear permanentemente el mercado, e informar periódicamente a la Comisión Nacional de Competencia cuando existiere la presunción de comportamientos anticompetitivos de parte de los agentes del mercado, para que previa autorización de la Comisión, se inicie el trámite de investigación y posterior informe, pues se asumirá el rol de “fiscales de la competencia”.
- e) El trámite de denuncia, “a petición de parte”, será presentada ante el Director y este deberá informar motivadamente a la Comisión sobre la admisibilidad del mismo.
- f) Fijar plazos para el suministro de información, la misma que podrá incluir todos aquellos documentos, contables o societarios propios del giro del negocio.
- g) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación a los agentes económicos y dependencias.
- h) Solicitar a la Comisión el dictado de una medida cautelar
- i) Se podrá llamar a declarar a quienes tuvieren relación con el o los casos que investigaren o que fueren objeto de análisis previo a la adopción de medidas o sanciones administrativas.

Para el cumplimiento de su facultad de prevención e investigación, el Director, contará con el apoyo especializado de instancias administrativas de la Dirección Nacional de Competencia, la misma que estará integrada por departamentos especializados en abogacía de la competencia, temas comerciales, económicos, etc.

4.2.3 Del Tribunal de Competencia.-

Como en Canadá, Chile y el Reino Unido, en el Ecuador se promoverá un sistema de doble agencia, separando los roles de:

- Consejo Nacional de Competencia será quien fije los objetivos y políticas de defensa de la competencia, además tendrá competencia para investigar y sancionar administrativamente.
- El Tribunal de Competencia, conocerá las impugnaciones en sede judicial que se deriven de las sanciones impuestas por la Comisión.

El Tribunal de Competencia, tendrá facultades para conocer los recursos que en sede judicial la Constitución Política garantiza.

El nombramiento de los miembros de este Tribunal de Competencia, tendrá como vertiente, el “Concurso público de méritos y oposición”, de acuerdo a lo que manda el Código Orgánico de la Función Judicial⁵¹ lo que le dotará de mayor autonomía (de intereses de corto plazo) y mayor idoneidad (designación de sus miembros por concurso), se sugiere que el Tribunal de Competencia, sea una sala especializada del Tribunal Contencioso Administrativo, pues deberán ser jueces probos y con suficiente conocimiento en materia de competencia, quienes resuelvan los recursos que en sede judicial lleguen a su conocimiento.

4.3 Características del Sistema de Doble Agencia.-

4.3.1 Herramientas para monitorear mercados.-

Un instrumento, que deberá incluirse para la efectiva actuación de la autoridad de competencia son los mecanismos de monitoreo de los mercados. Estos instrumentos implican el montaje de mecanismos de información suficientes

⁵¹ Registro Oficial Suplemento No. 544 de fecha 9 de marzo del 2009.

para procesar los elementos del entorno que exigen la atención por parte de las autoridades. En ese sentido, para prever y detectar conductas anticompetitivas como para obtener información del mercado necesaria previa la emisión de opiniones o elaboración de informes sobre estructura y desempeño de mercados, es indispensable contar con un compendio básico de informaciones.

En ese sentido, contar con indicadores de mercado es una herramienta muy importante para disponer de un conocimiento actualizado acerca de los sectores industriales. Con ese propósito, algunos países actualmente están desarrollando propuestas de proyectos de Sistemas de Indicadores Industriales que buscan actualizar y sistematizar las fuentes de seguimiento de los sectores económicos y, a partir de la información disponible, construir indicadores que sean apropiados para observar estructura de mercado, tamaño, grado de concentración, barreras de entrada, dinámica de nuevos entrantes, evolución de algunos indicadores de rivalidad, perfil y tendencia del mercado.

4.3.2 Autonomía de las agencias y la necesidad de apoyo político.-

En relación con la autonomía de las agencias es necesario establecer cuáles son los elementos que la caracterizan. En primer lugar se deberá separar los objetivos de la política de competencia de otros objetivos que pudieran ser transitorios podrían atender con la eficiencia de funcionamiento.

La política de competencia no está aislada de los ciclos políticos del país, por lo que el proceso de desarrollo institucional, va de la mano con el grado de apoyo político que tengan las autoridades de competencia, ligado al establecimiento de marcos regulatorios.

4.3.3 Trámite por infracciones a esta ley.-

Se podrá iniciar de oficio o a solicitud de otro órgano administrativo, o por reclamo formulado por el agraviado o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada.

Todo reclamo por supuestas infracciones, se presentará por escrito y guardará armonía con los requisitos previstos en el artículo 66 y siguientes del Código de Procedimiento Civil⁵², respecto al contenido de la demanda.

La Comisión Nacional, una vez abierto el expediente, antes del inicio del proceso o en cualquier momento durante el trámite del mismo, podrá, a petición de los interesados o de oficio, ordenar las medidas cautelares que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento de la resolución que oportunamente se llegue a dictar, entre ellas se debe considerar:

- Suspensión provisional de la conducta restrictiva que hubieran originado la apertura del expediente
- En el caso que fuere el reclamante quien pidiera la adopción de medidas cautelares, el consejo podrá exigir que aquél rinda caución de temeridad, para garantizar el espíritu de la investigación y el fin mismo del sistema.
- Si la resolución fuere desfavorable al reclamante, el valor de la caución se entregará al agente económico contra el aquel se presentó el reclamo.
- Cuando se dispusiere la adopción de medidas cautelares, el afectado podrá solicitar que se las deje sin efecto, previa la constitución de caución suficiente para responder por los resultados del procedimiento.
- La Comisión, en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar la suspensión, modificación o revocación de tales medidas.
- Cuando los daños fueren considerados como graves, de oficio o a petición de parte, podrá pedir al juez de lo civil, se dicten medidas cautelares reales, como prohibición de enajenar, secuestro o retención.
- Se presumirá el daño causado a la competencia, sí de las investigaciones realizadas se verifica la existencia de acuerdos,

⁵² Registro Oficial Suplemento No. 544 de fecha 9 de marzo del 2009.

decisiones colectivas o prácticas concertadas entre competidores que tengan por el atentar contra la competencia.

- La resolución de la Comisión deberá ser motivada, en caso de considerar afectados sus derechos, cualquiera de los interesados podrá continuar con los procedimientos administrativos o judiciales que considere pertinente, en defensa de sus derechos.
- El desistimiento expreso o tácito del reclamante, no lo liberará de sus responsabilidades en caso de mala fé o dolo.
- La Comisión, de encontrar indicios de responsabilidad penal, remitirá el expediente al Ministerio Público, para que se inicien las acciones correspondientes.

4.4 Análisis comparativo de legislaciones.-

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (*UNCTD*)⁵³, promueve la integración de los países en desarrollo y se ha convertido en una autoridad basada en el conocimiento, cuya labor es orientar los debates actuales sobre las políticas y la reflexión en materia de desarrollo, velando especialmente por que las políticas nacionales y la acción internacional se complementen mutuamente para lograr un desarrollo sostenible. Entre los programas que desarrolla mundialmente la *UNCTD*, se encuentra el Programa de Derecho y Política de Competencia; este programa ofrece un Conjunto de Principios y Normas Equitativas Convenidas Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, además proporciona un marco para el intercambio y la aplicación internacional de las mejores prácticas existentes.

En este sentido a través de las tablas 4.1 a 4.11, se hace un comparativo de fortalezas e innovaciones de la ley de competencia argentina⁵⁴, peruana⁵⁵,

⁵³ <http://www.unctad.org>

⁵⁴ Ley 22.262 de Defensa de la Competencia

⁵⁵ Decreto Legislativo No. 1034 “Ley de represión de Conductas anticompetitivas”

proyecto ecuatoriano y la propuesta de ley de la Conferencia de Naciones Unidas⁵⁶ sobre comercio y desarrollo.

TABLA 4.1 OBJETIVOS Y PROPOSITOS DE LA LEY.-

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo	ARG	PERU	ECUA
Más allá de sólo controlar o eliminar conductas monopólicas, incluye todo convenio o acuerdo restrictivo entre empresas, fusiones y adquisiciones o el abuso de una posición dominante, que limite el acceso a los mercados o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan efectos perjudiciales para los consumidores, el comercio nacional o internacional, o el desarrollo económico.	✓	✓	✓

TABLA 4.2 AMBITO DE APLICACIÓN Y EXCEPCIONES.-

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo	ARG	PERU	ECUA
Se aplica a toda empresa, tal como ha sido definida, con respecto a todos sus convenios, transacciones o actos relativos a bienes, servicios o propiedad intelectual.			✓
Se aplica a toda persona natural que, obrando a título privado como propietario, gestor o empleado de una empresa, autoriza prácticas restrictivas prohibidas por la ley o	✓	✓	Las excepciones se justifican en razón del interés público y en defensa de los consumidores de bienes y servicios. Ej: subsidios, fijación de

⁵⁶ <http://www.unctad.org>, “Conjunto de Principios y Normas Equitativas Convenidas Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas”.

participa o colabora en ellas. No se aplica a los actos soberanos del propio Estado o de las administraciones locales, ni a los actos de las empresas o personas naturales impuestos por el Estado o por ley.			precios, y cualquier restricción que implique orden público, seguridad alimentaria, etc.
--	--	--	--

TABLA 4.3 PROHIBICIÓN DE ABUSO DE UNA POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO.-

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo	ARG	PERU	ECUA
Prohibición de los actos o conductas que constituyan abuso de una posición dominante en el mercado o supongan adquisición y abuso de esa posición.	✓	✓	✓

TABLA 4.4 ASPECTOS DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.-

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo	ARG	PERU	ECUA
El objetivo de la Ley hace referencia expresa al bienestar de los consumidores, garantizando la defensa de sus derechos por un órgano administrativo especializado, lo que posibilitará al Estado contar a corto plazo con una autoridad capacitada en esta materia y cubrir una necesidad social.	✗	✓	✓

TABLA 4.5 PROCEDIMIENTO DE NOTIFICACIÓN, INVESTIGACIÓN Y PROHIBICIÓN DE FUSIONES QUE AFECTAN A MERCADOS POCO COMPETITIVOS.-

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo	ARG	PERU	ECUA
1. Notificación	✓	✗	✓
2. Investigación			
3. Prohibición			

TABLA 4.6 ASEGURA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA – RECURSOS

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo	ARG	PERU	ECUA
Posibilidad de interponer recurso de reposición ante el organismo encargado de la aplicación de la ley fundándose en un cambio en las circunstancias.			
Posibilidad de que cualquier empresa o particular interponga (ante la autoridad judicial competente) en el plazo de (X) días, recurso contra la totalidad o una parte de la resolución dictada por el organismo encargado de la aplicación de la ley, (o) sobre cualquier cuestión jurídica de fondo.	✓	✓	✓

**TABLA 4.7 FUNCIONES Y FACULTADES DEL ORGANISMO
ENCARGADO DE LA APLICACIÓN DE LA LEY**

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo	ARG	PERU	ECUA
Descripción de funciones y facultades.	✓	✓	✓ La institucionalidad de la Autoridad de Competencia se ajusta al nuevo diseño institucional que tendrían las Superintendencias según la propuesta de SENPLADES.

**TABLA 4.8 FACULTADES DE INVESTIGACIÓN DE LA
AUTORIDAD.-**

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo	ARG	PERU	ECUA
<p>Son muy completas: Se puede pedir información, allanar establecimientos y ordenar medidas cautelares. Incluye facultades <i>standard</i> de todas las agencias de competencia modernas. En los países que no las tenían, han modificado la ley para incorporarlas, ya que probaron ser necesarias para una correcta aplicación de la ley.</p> <p>Confidencialidad de los procesos, indispensables para estimular la inversión nacional y extranjera.</p>	✗	✗	✓

TABLA 4.9 SANCIONES.-

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo	ARG	PERU	ECUA
<i>La imposición de sanciones, cuando proceda, por:</i>			
I. Infringir la ley;			
II. Desobedecer las resoluciones o mandamientos del organismo encargado de la aplicación de la ley o de la autoridad judicial competente;			
III. No suministrar la información o los documentos requeridos dentro de los plazos señalados;	✓	✓	✓
IV. Proporcionar cualquier información o hacer cualquier declaración que la empresa afectada sepa o tenga motivos para creer que es falsa o engañosa en algún aspecto esencial.			

TABLA 4.10 AYUDAS PÚBLICAS.-

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo	ARG	PERU	ECUA
Se justifican desde un punto de vista social o para promover el desarrollo de algún sector o región deprimida y que lo necesite. Se propone temporalidad para las mismas y evaluaciones para que el Estado decida sobre su continuidad.	✗	✗	✓
El Estado contará con regulaciones que transparenten la aplicabilidad de los subsidios.			

TABLA 4.11 ABOGACÍA Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA.-

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo	ARG	PERU	ECUA
Incluye procedimientos de promoción respecto de buenas prácticas que deben mantenerse en materia de competencia y racionalización de procesos administrativos.			
En resumen, da igual importancia tanto a la Promoción de la Competencia como a la sanción de Conductas contrarias a la competencia y a la eliminación de trabas burocráticas y simplificación de trámites.	✗	✗	✓

COMENTARIO.-

El proyecto de Ley Orgánica de Competencia, Control y Regulación de Monopolios, elaborado por la Subsecretaría de Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad recoge los intentos legislativos anteriores elaborados en el país, con la obvia inclinación mercantilista que caracteriza al Gobierno de turno. Este proyecto propone una estructura institucional de control integrada por una Superintendencia de Competencia, Comisión de Competencia y varias intendencias, además tipifica infracciones administrativas, delitos, prácticas, sanciones, procedimientos y recursos.

Prevé sanciones por prácticas anticompetitivas de 20% de los ingresos brutos (antes de pagar impuestos) del año inmediato anterior al ejercicio fiscal en el que se produjo la infracción.

Se advierte con claridad el poder del Estado sobre los actores del mercado en el ejercicio de las facultades investigativas, punitivas y sancionadoras, estas potestades prevé medidas probatorias como: a) exhibición de documentos, libros contables etc..., b) provisión de información de accionariado, negocio y estructura de la empresa, c) inspecciones con o sin notificación previa, d)

descerrajamiento con autorización judicial. El proyecto prevé el sigilo de secretos comerciales, que pudieran ser parte de las investigaciones.

Otra facultad de la Superintendencia es la de pedir a cualquier organismo público, central o seccional, información para cruzar datos y verificar información, respecto a las multas pecuniarias aplicables, estas serán aplicadas por la Comisión Ecuatoriana de la Competencia, considerando la gravedad de la infracción, el daño causado, la cuota de participación en el mercado, la duración y frecuencia y la reincidencia. Las multas pueden oscilar hasta el 20% de los ingresos brutos anuales declarados al Servicio de Rentas Internas, durante el ejercicio anterior, o hasta el 15% del valor de los activos totales, cualquiera que resulte más alta.

Los delitos en materia de competencia, se sancionan con prisión de hasta cinco años; pero la tipificación que hace el proyecto es genérica, falta precisión a fin de evitar abusos, pues se tipifican como delitos los acuerdos entre competidores, la fijación de precios y cuotas de mercado, el control sobre los canales de distribución, entre otras; pero se parte de la obsoleta regla *per se*, estudiada detalladamente a lo largo de este trabajo de titulación, cuando la legislación internacional, maneja la *regla de la razón* (rule of reason), lo cual varía sustancialmente el momento de imponer sanciones, y tipificar delitos.

Este proyecto lo presentará el Ejecutivo, al seno de la Asamblea Nacional con el carácter de económico urgente. Allí se procederá con el trámite legislativo correspondiente.

De la revisión del proyecto de ley, se desprende que el bien jurídico protegido es el “orden público económico”, y la carga de la prueba recae sobre los actores económicos.

5 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. La conclusión preliminar es afirmativa, es decir, si tiene efectos jurídicos negativos para el mercado ecuatoriano la ausencia de la ley, por que los conceptos analizados a lo largo de este trabajo de titulación, enmarcan una serie de decisiones empresariales que hemos visto en nuestro país y que han pasado inadvertidas, justamente por la ausencia de legislación y de un ente especializado de vigilancia de una efectiva competencia, que favorezca a los consumidores. Con los argumentos desarrollados a lo largo del presente trabajo, se llega a una conclusión veraz de la incurrancia de prácticas anticompetitivas, que deberán ser calificadas y posteriormente sancionadas como *antitrust*.
2. Si bien la competencia es intrínseca a la libertad de empresa, ésta debe desenvolverse dentro de igualdad de condiciones entre los agentes económicos, de manera que posibilite el desarrollo de actividades y mercados competitivos.
3. Por lo tanto, de acuerdo a lo que dispone la Constitución Política vigente, se requiere promulgar una ley que contenga políticas de competencia (no regulaciones de mercado) que fomenten la interacción de los agentes económicos y a la vez sancionen *ex post* las prácticas anticompetitivas que generen distorsiones en el mercado.
4. Dentro de ese marco general, la ley en referencia contendrá el establecimiento de una autoridad de competencia, misma que para cumplir con el mandato de su creación, deberá tener entre sus objetivos inmediatos los siguientes:
 - Autonomía de las autoridades de competencia, quienes deberán contar con el apoyo político adecuado,
 - Fortalecimiento de los organismos jurisdiccionales,
 - Promoción e intercambio de experiencias entre autoridades de competencia regionales,
 - Reconocer y apoyar el papel de los agentes económicos, tanto privados y públicos,

- El Consejo de Competencia, y todos los organismos que lo componen, deben confiar en la competencia, y propender una intervención residual ante la verificación de que algo en el proceso está fallando, dicha intervención no se orienta a sustituir condiciones de mercado, sino a fortalecer el proceso competitivo.
5. La autoridad de competencia, deberá mantener una posición consistente frente a monopolios o distorsiones de mercado, pues lejos de ser públicos o privados; los primeros se basan en una obsoleta visión de soberanía nacional y los segundos, se deben en gran medida, a que nuestros gobernantes le han asignado históricamente muy poco valor a la libertad de la cual debemos gozar todos los consumidores para elegir qué es lo que más nos conviene.
 6. Se suele creer que los precios son un fin en sí mismos, es más, se considera que el fin es tener los precios más bajos, pues de lo investigado, los precios no son un fin, son un medio para regular las decisiones de oferta y de consumo, los precios no se determinan solo por costos (oferta), sino por preferencias y necesidades (demanda).
 7. El Estado ecuatoriano deberá centrarse en cumplir el rol de garante de reglas y de supervisor de conductas, a través de mecanismos que estén dotados de absoluta autonomía (de intereses de corto plazo) y mayor idoneidad de funcionarios.
 8. Se deberán generar modelos de abogacía de la competencia que permitan la remoción de las barreras de entrada y operación de los mercados.
 9. La creación de un Tribunal autárquico e independiente, prevé que sus miembros sean elegidos por concurso y sus decisiones serán vinculantes.
 10. En resumen, se ha clarificado que la ley de defensa de la competencia es diferente a la ley orgánica de defensa del consumidor, ya que si bien sus objetivos se entrelazan, sus misiones son específicas; siendo el objetivo de la ley de defensa de la competencia la preservación del orden público económico mediante la defensa de los mercados para la consecución del bienestar del consumidor. Para lograr la finalidad anotada, las autoridades de competencia deben contar con una ley que les permita adaptarse

rápidamente a la dinámica de los mercados. Además, esta ley debe dotar a las autoridades correspondientes de las herramientas necesarias para apoyar en la formulación de políticas públicas con el objeto de prevenir restricciones a la competencia. Igualmente es importante para poder cumplir con el objetivo planteado que se lleve adelante una verdadera campaña de promoción y difusión sobre el tema, especialmente en lo que tiene que ver con los objetivos, alcances y sobre todo las ventajas de contar con normativas de este tipo en los actuales momentos por los que atraviesa el país.

6 BIBLIOGRAFIA.-

1. Abya- Yala, Competencia y sentido social: un modelo de desarrollo para América Latina, Quito, Ecuador.
2. Adriano Raffaelli, Enrico. «European Union competition policy subsequent to the Airtours case». En: International Antitrust Law & Policy. Juris Publishing, Inc. New York. 2003.
3. Alsina, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo III. Ediar. Buenos Aires. 1956.
4. Antitrust Guidelines for Competitor Collaborations. (April 2000).
5. Bellamy Christopher y CHILD, Graham. Derecho de la Competencia en el Mercado Común. Civitas. Madrid. 1992.
6. Berenguer Luis. «Los derechos de defensa en los procedimientos en materia de competencia». En: Gaceta Jurídica y de la Competencia de la C.E. Serie D 27. Madrid. 1999.
7. Bishop Simon y WALTER, Mike. The Economics of EC Competition Law. Sweet & Maxwell. 1999.
8. Bogo Jorge (2000), Derecho de la competencia, Temas de Derecho de Industrial y de la Competencia, Buenos Aires, Argentina.
9. Bork Robert H. The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself. The Free Press. New York. 1993.
10. Bullard Alfredo y FALLA, Alejandro. «El Abogado del Diablo: El Abuso de Procesos Legales como Práctica Anticompetitiva». En: Ius Et Veritas 30. 2005.
11. Bullard Alfredo y FALLA, Alejandro. «La Mujer del César... ¿Son los Acuerdos de Compras Conjuntas Ilegales según las Normas de Libre Competencia ». En Themis, Revista de Derecho. 45. 2002.
12. Bullard Alfredo y FALLA, Alejandro. «Prohibido Prohibir: El Fantasma de los Precios Sugeridos y la Fijación de Precios de Reventa en el Derecho de la Competencia» En: Ius Et Veritas 25. 2002.

13. Bullard Alfredo. «Competir o no dejar competir. He ahí el dilema. Las prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio» En: Themis, Revista de Derecho 37. 1998.
14. Bullard Alfredo. «Las Concertaciones de Precios y la Protección a los Consumidores ». En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Serie Derecho. 1998
15. Bullard Alfredo. «Los Monopolios en la Constitución: Entre el Mito y la Verdad». En: Derecho y Sociedad 8-9. 1994.
16. Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, Derecho antimonopólico y Defensa de la Competencia, Buenos Aires- Argentina.
17. Cevallos Vásquez, Víctor, Derecho de la competencia, Loja, Ecuador
18. Cases Pallares Luis. Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia. Madrid. 1995.
19. Cases Pallares Luis. Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia. Marcial Pons. 1995.
20. Copperweld, A Report on Canada's Conspiracy Law: 1889-2001 and Beyond. Macleod Dixon. Toronto. Agosto 2001.
21. Coloma Germán, Defensa de la Competencia, Análisis Económico Comparado, Buenos Aires- Argentina.
22. Constitución Política del Estado 2008, publicado en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.
23. Constitución Política del Estado 1998, publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.
24. Craig Conradth, Guía Práctica Para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una Economía en Transición. Colombia. 1998.
25. Cooter Robert y Ulen Thomas. Derecho y Economía. Fondo de Cultura Económica. México. 1998.
26. De Soto Hernando, Enrique Ghersi y Mario Gibellini. El Otro Sendero. Instituto Libertad y Democracia. Lima. 1986.
27. De los monopolios a la democracia económica: una política para controlar la concentración del poder económico, Bogotá Colombia.

28. Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la función Ejecutiva, reforma publicada en el Registro Oficial No. 485 de 10 de diciembre del 2008.
29. Gherzi, Enrique. «Una Introducción al Análisis Económico del Derecho». En: Advocatus, Nueva Época. Número 7. 2002.
30. Glosario de Términos Relativos a la Economía de las Organizaciones Industriales y a las Leyes sobre Competencia. Banco Mundial. 1996.
31. Hernández Rodríguez, Francisco. Precios Predatorios y Derecho Antitrust. Editorial Marcial Pons, Madrid. 1997.
32. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, reforma publicada en el Registro Oficial No. 356 de 14 de septiembre del 2006.
33. Ley de Propiedad Intelectual, reforma publicada en el Registro Oficial No. 426 de 28 de diciembre del 2006.
34. North Douglas. Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico. Fondo de Cultura Económica. México. 1993.
35. Soriano García, José. Derecho Público de la Competencia. Madrid. 1998
36. Tesis: Monopolios del Estado, Andrés Borrero, Facultad de Jurisprudencia, PUCE.
37. Tesis: Las prácticas contrarias a la libre competencia en la legislación ecuatoriana, Facultad de Jurisprudencia, Paola Salgado Proaño, Facultad de Jurisprudencia, PUCE.
38. Torres López, El Análisis Económico del Derecho Tecnos. 1987.
39. Vega-Penichet Lopez, Luis. Ejercicio abusivo de acciones judiciales. Un posible abuso de posición dominante.