



UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS
Laureate International Universities®

FACULTAD DE DERECHO

**“ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE EL CONTROL DE OPERACIONES DE
CONCENTRACION DENTRO DEL DERECHO DE COMPETENCIA”**

**Trabajo de titulación presentado en conformidad a los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogado
de los Tribunales y Juzgados de la República**

Profesor Guía:

Dr. Alvaro Jose Polit Garcia

Autor:

Diego Abrahan Lara Flor

2012

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

.....

Alvaro José Pólit García
Doctor en Jurisprudencia.
C.C 1707782486

DECLARACIÓN 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”.

.....

Diego Abrahan Lara Flor.
C.C 0201568078

AGRADECIMIENTO

A mi familia que ha sido el motor que guía mi vida, en especial a mi Madre quien es mi inspiración para lograr mis metas a lo largo de mi vida, a mi Abuelita que me ha enseñado los valores necesarios para hoy ser un buen ser humano. A todos mis profesores, en particular a mi Director el Dr, Alvaro Pólit por su guía y apoyo en la elaboración de este trabajo.

DEDICATORIA

A Dios por bendecirme con la familia que tengo, a mi Padre y Madre por haberme apoyado durante mi carrera para formarme como profesional, a mis hermanos, a mi sobrino David Martin quien llena de alegría cada día mi hogar, a mi Abuelito que desde el cielo me guía, a mi tío Milton Flor, a mi grupo de amigos incondicionales que me apoyan en todo momento, a mis grandes amigos Paúl Arregui y Rotman Ramos quienes supieron llenar de felicidad todos los momentos vividos junto a ellos.

RESUMEN

Este trabajo trata sobre el control de operaciones de concentración que se producen dentro de un mercado, sobre los diversos actos que realizan los agentes económicos en la transferencia de bienes y servicios. Para poder llegar a establecer que conductas son perjudiciales para el interés particular, tanto de las empresas como de los consumidores es necesario conocer, en principio, algunos conceptos básicos del Derecho de Competencia, así como también las conductas que se consideran restrictivas a la competencia.

Se llegara a comprender como ha ido evolucionando esta materia tanto en legislaciones internacionales como en nuestra normativa, con la expedición de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, así como el beneficio que con lleva la promulgación de dicha Ley.

Durante el desarrollo de este trabajo de titulación universitaria se ha recogido las diversas teorías que establece la doctrina, respecto de lo que representa las concentraciones, la toma de control, las diversas formas de llegar influenciar dentro de las decisiones de una empresa, para de esta manera poder aclarar todos estos actos que son importantes para la buena aplicación de esta nueva Ley en nuestro país, sirviendo tanto a quienes administran justicia como abogados en libre ejercicio, para que puedan despejar sus dudas.

De igual forma las aclaraciones que se dan durante el desarrollo de este trabajo sobre las diversas conductas que se dan dentro de un mercado, buscan generar mayor seguridad jurídica tanto a los agentes que intervienen en el mercado como a quienes invertir en nuestro país.

ABSTRACT

This work is about the control of operations of concentration that occur within a market, on the different actions performed by economic agents in the transfer of goods and services. In order to establish which behaviors are detrimental to the interests of both businesses and consumers, is necessary to know, in principle, some basic concepts of Competition Law, as well as behaviors that are considered restrictive to competition.

There'll be full understanding about how competition has evolved in both international law and in Ecuadorian law, with the creation of the Organic Law for the Regulation and Control of Market Power, and the benefit that represents the enactment of this Law.

During the elaboration of this university degree work, different theories established by the doctrine have been collected, about what concentrations stand for, the control takeover, the different ways of reaching influence on the decisions of a company, so that all of these acts that are important to the successful implementation of this new law in our country could be clarified, serving both those who administer justice as lawyers in free exercise, so they can answer your questions.

The explanations given during the course of this work on the different behaviors that occur within a market, aimed at creating greater legal certainty for the agents involved in the market and also for those who invest in our country.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1.....	3
1. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA COMPETENCIA.....	3
1.1 Generalidades.....	3
1.2.- Ley Sherman y Ley Clayton.....	4
1.3.- El Derecho de Competencia, evolución.....	5
1.4.- Derecho de Competencia, relación con otras leyes..	10
1.4.1- Lineamientos para la regulación y principios para la Aplicación.....	10
1.5.- Principios Fundamentales del Derecho de Competencia.....	14
1.5.1.- Ámbito Jurídico, Económico y Social.....	14
1.6.- Definiciones Básicas del Derecho de Competencia.....	16
1.6.1.- Estructuras de Mercado.....	17
A) Competencia Perfecta.....	17
B) Competencia Imperfecta.....	19
C) Mercado en Monopolio.....	20
D) Mercado en Oligopolio.....	21
1.7.- Libre Competencia y Sistema Democrático.....	21
CAPITULO II.....	23
2. EI CONTROL DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACION.....	23
2.1.- Concentraciones Económicas.....	23
2.1.1 Efectos de una Concentración económica.....	29
2.2.-Noción de Concentración.....	31

2.3.- Control de Concentraciones.....	35
2.4.- Tipos de Concentración.....	39
2.4.1 Absoluta o Relativa.....	39
2.4.2- Concentración Económica.....	40
▪ Horizontal.....	40
▪ Vertical.....	41
▪ Conglomerado.....	42
2.4.3.- Concentración Jurídica.....	42
▪ Alteración en la estructura Societaria.....	42
▪ Definición legal de Fusión.....	44
▪ No alteración en la Estructura Societaria.....	44
2.5.- La especial dificultad de la Aplicación de las normas de la competencia al fenómeno de la Concentración.....	45
2.6.- Balance de la Concentración.....	46
CAPITULO III.....	48
3. TOMA DE CONTROL.....	48
3.0.- LA Noción de Control.....	48
3.1.- Decisiones que deben ser objeto de Control.....	50
3.2.- Principales actos con efectos estructurales sobre la competencia.....	52
3.3.- Elementos del Control.....	53
3.4.- Clases de Control.....	54
3.5.-Control interno.....	55
3.6.- Control externo.....	57
- Adquisición de control exclusivo.....	59
- Adquisición de control conjunto.....	59
3.7.- La Notificación.....	60
3.8.- Operaciones que deben ser notificadas.....	61

3.9.- Operaciones exentas de Notificación.....	62
CAPITULO IV.....	64
4. BREVE ANALISIS DE LA LEY ORGANICA DE REGULACION Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO.....	64
4.1.- Operaciones de Concentración Económica.....	64
- Operaciones que no constituyen concentración económica	68
4.2.- Control y regulación de concentración económica	69
4.3.- Notificación de concentración.....	70
-Consulta previa a la notificación.....	70
4.4.-Condiciones que deben cumplir para que sean Notificadas.....	71
¿Qué debe constar en la Notificación?.....	72
4.5.- Operaciones exentas.....	73
4.6.- Decisión de la Autoridad y términos.....	73
4.7.- Impugnación.....	74
CONCLUSIONES.....	76
RECOMENDACIONES.....	81
REFERENCIAS.....	83

INTRODUCCION

En el Ecuador se ha visto la necesidad de tener normativa respecto de los diferentes actos que se dan dentro de la competencia, por eso la importancia de contar con una Ley que regule, controle las actividades de los agentes económicos; con la promulgación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado se está dando un avance muy significativo dentro del derecho de competencia, con el objetivo de proteger los derechos de los comerciantes así como de los consumidores.

El derecho de competencia es una de las ramas del Derecho, que como se va a tratar durante el desarrollo de esta investigación, busca que el mercado donde compiten los agentes económicos se encuentre en equilibrio, en el cual exista una seguridad para poder intercambiar bienes y servicios, buscando siempre que las empresas logren alcanzar sus objetivos, no solo tratando de limitar a las empresas, sino también logrando que alcancen a desarrollar sus objetivos.

Con la nueva Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado lo que se busca es de controlar los excesos de los agentes económicos que actúan en un mercado, y sancionar dichos actos. Por lo cual es importante que la autoridad tenga un amplio conocimiento de los temas referentes a la competencia, ya que los mercados no funcionan de la misma manera y deberán realizar un análisis minucioso para poder llegar a determinar si existen prácticas lesivas a la competencia, para de esta manera se proteja tanto al consumidor como a la empresa y lograr un desarrollo económico.

En una sección de esta Ley, se habla todo lo referente a las concentraciones; recogiendo de una manera más específica todo

lo necesario para regular los diversos actos en el reglamento de aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

Como se va analizar durante el desarrollo de esta investigación, nuestra Ley es muy similar a la Argentina, se podría decir que es prácticamente una copia de esta, por lo que se ha tomado en cuenta doctrina de varios autores argentinos, para poder entender de manera más práctica el control de operaciones de concentración dentro del derecho de competencia.

El objetivo del presente trabajo de titulación es explicar y analizar diversos actos que llegan a configurar una concentración, a través de la toma de control de una o varias empresas, los casos en los cuales se requiere un análisis previo por parte de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado para poder determinar si es o no un acto lesivo a la competencia.

La idea de este estudio es realizar un aporte para estudiantes, abogados en libre ejercicio, operadores de justicia, para que de esta manera pueda entender con mayor facilidad tan valiosa rama del Derecho, y darle la importancia que merece el derecho de competencia, más aun con la nueva Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES SOBRE LA COMPETENCIA

1. 1 GENERALIDADES.-

El objetivo de este capítulo es poder brindar una visión más amplia, de los distintos temas que son parte del derecho de competencia, por lo cual es necesario tener claro qué se entiende por ésto, cómo han evolucionado los mercados en torno a la competencia, identificar las prácticas contrarias a la libre competencia, de igual manera conceptos básicos que se deben manejar dentro de esta rama del Derecho. En la actualidad la necesidad de mantener un control en los distintos actos que se realiza dentro de mercados ha llevado a que se conozca más sobre el Derecho de Competencia.

Es importante señalar que el Derecho de Competencia nace en Estados Unidos con el derecho antitrust, que su objetivo principal es sancionar, evitar los monopolios por parte de las empresas; a través de la “Ley Sherman Antitrust (fue incluida en el Código de los EEUU, publicada en 1890 , sancionada el 2 de Julio de 1890, tomo 15, modificada varias veces, complementada por la Ley Clayton de 1914 y la Ley de la Comisión Federal de Comercio de 1914),la cual sirvió después como pilar para varias legislaciones, esto se da básicamente por el Derecho Comparado lo cual es motivo de análisis en uno de los capítulos de la presente investigación”.(Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1999, págs.586 y 587).

1.2.- Ley Sherman y Ley Clayton:

Esta ley sanciona dos tipos de delitos: “los contratos y combinaciones que restringen el comercio y la monopolización”, lo cual junto con otras normas a logrado que se pueda regular de alguna manera y así poder tener las bases para tan importante rama del Derecho, que hoy es tan novedosa y requerida por varios países y que ha tenido un gran avance con el pasar de los años; hoy en la actualidad más que una novedad se ha convertido en una necesidad de los Estados, ya que de esta manera se puede mantener un país equilibrado en el cual existan normas para poder competir con libertad y seguridad.

La Ley Clayton también tuvo un gran aporte en el nacimiento del derecho antitrust en EEUU, ya que esta sanciona como ilegales las siguientes prácticas restrictivas de la competencia:

- “La discriminación de Precios,
- Los contratos de exclusividad y cláusulas atadas,
- La adquisición de empresas competitivas y
- Los directorios vinculados”. (CABANELLAS, Guillermo, 2005, págs. 15 y 16.).

Con esto se pudo tener un gran avance, con lo cual fue alcanzando cambios y logrando consolidar normas que evitaron que las empresas puedan tomar decisiones que solo les genere beneficios a ellos y no al consumidor, de igual forma se evito que existan practicas como las fusiones que lo que muchas de las veces tratan, es sacar del mercado a otros competidores que no tienen una posición de dominio establecida dentro de un territorio determinado, como es el caso de las grandes empresas que pueden actuar de una manera independiente en relación a otros competidores.

1.3.- El Derecho de Competencia, evolución:

El derecho de competencia en nuestro país se encuentra en plenos desarrollo, no así en otros países como Estados Unidos, México, Argentina, Colombia, entre otros, en los cuales ya existe una regulación, legislación ya de varios años sobre la competencia económica, con lo que ha existido un gran avance social, así como también se ha conseguido el dinamismo y el fin de justicia que busca el derecho, cumpliendo de cierta manera con la sociedad y su necesidad; el derecho comparado ayudara a tener una idea más clara de la competencia, ya que en otros países se ha producido avances muy marcados que han sido tomados como modelos y de esta manera se han implementado leyes, se han creado órganos que permitan regular, para poder tener una libre competencia que sea respetada por todos, y así lograr evitar que se den abusos por parte de las empresas que tienen una posición de dominio dentro de un mercado.

Es importante para este desarrollo que se ha producido con el pasar del tiempo tener en cuenta lo que nos dice Baylos Corroza:

“En el comercio, la competencia constituye un estado sobre el cual deben ser analizados desde el estado ideal de oferta y demanda hasta sus vicios más conocidos, como los monopolios de hecho y derecho” (CORROZA BAYLOS, Hermegelino, 1978, pág. 226).

Entendiéndose de este modo, es muy importante saber cuál es la situación de oferta y demanda dentro de un mercado, ya que así se puede tener una visión un poco más clara sobre la forma en que actúan los diversos agentes económicos. Es por esto que el Estado debe actuar mediante leyes antimonopólicas, con las cuales se pueda evitar que existan monopolios, oligopolios, que actúen de manera independiente del resto de competidores dentro de un

mercado, y de esta forma no se dé una exclusión de pequeñas empresas, ya que siempre todo empresario lo que quiere es adquirir más clientes buscando así el éxito económico y no siempre satisfacción para sus clientes. Lo cual debería ser primordial en la visión de una empresa, y de esta manera poder llegar al éxito como empresarios.

Con la evolución del comercio se ha podido mejorar de alguna manera esta competencia que existe por parte de productores, empresarios, y que muchas veces han afectado al consumidor, lográndose entender que quien debe satisfacer sus necesidades es el consumidor, no solo el Estado, como ocurría en siglos anteriores, en los cuales el pueblo tenía que trabajar duro para poder mantener a quien lo dirigía, y de esta manera evitar abusos de ellos hacia el pueblo; con el transcurso del tiempo, con el avance tecnológico que existe día a día es que se ha podido mejorar de una manera muy significativa esta cruel realidad que existió en siglos pasados, en la actualidad existe normas que regulan la relación entre el Estado y los particulares, con lo cual se evita por parte de este un abuso así como también se les da derechos y obligaciones a los particulares.

Tras la Segunda Guerra Mundial fue que se internacionalizó el derecho de competencia, se produjeron varias normas que regulaban la competencia desleal, los monopolios y el abuso de la posición de dominio, de esta manera en Europa también se incrementa una legislación de defensa de la competencia, lo cual fue muy complicado ya que la implementación del derecho antitrust en Europa, por la diferencia que existe en las interpretaciones jurídicas así como de procedimiento causó que se den varios cambios que permitan adoptar esta nueva rama del Derecho.

Es importante lo que nos dice Guillermo Cabanellas que tiene que ver mucho con lo ya expuesto; nos dice:

“Creando en cada país miembro una estructura mínima de protección de la competencia a los mercados sin perjuicio de las normas nacionales” (CABANELLAS, Guillermo, 2005).

Es por esto que hoy en día los países de Europa son considerados potencias mundiales, se ponen ciertas condiciones las cuales deben ser respetadas por los competidores, que no tratan de excluirlas sino más bien de incluirlas generando de esta forma que sus habitantes lleguen a tener una excelente calidad de vida, el avance tecnológico que existe en sus países miembros como también la preparación profesional son de gran calidad y pilar fundamental para el avance que han llegado a tener en la actualidad, lo que ha permitido que sean lo que hoy en día han llegado a ser. Evitando que se den pactos que traten de crear barreras entre sus países y permitiendo que se dé mucha más apertura a sus productos; han generado que se considere como un solo país a todos los que forman parte, sin poner limitaciones de entrada como de salida, es por esto que han llegado a tener un desarrollo mucho más marcado que otros.

En América Latina empieza a surgir una legislación para poder controlar el abuso de grandes empresas a principios del siglo XX en Argentina, las cuales se expandieron en países como Colombia, Chile, Brasil, lo cual fue muy difícil por varios motivos como el poco desarrollo que existía en el campo industrial y la falta de control que existía en este.

“...la hostilidad del derecho de la libre competencia hacia las concentraciones de poder económico refleja la preocupación de que el poder político de las grandes firmas puede poner en peligro la democracia.” (BAKER, Jonathan B. Ob. Cit. Pág. 10).

Esto ha sido motivo de discusión por muchos años y que aún se continúa dando en la actualidad, ya que muchas veces las grandes

empresas que han tenido el poder de manipular el mercado, ya sea directa o indirectamente, por los puestos que sus socios en determinado tiempo han tenido dentro de la política, ha sido uno de los motivos que han causado que los competidores dentro de los mercados fracasen, por la facilidad de manipulación que pueden llegar a tener.

“las políticas de competencia tienen tres funciones concretas en este proceso de apertura económica: 1) permitir un mayor acceso al mercado para nuevos competidores; 2) proteger la competencia frente a prácticas restrictivas comerciales; y 3) fomentar la eficiencia de las empresas y el consecuente bienestar para los consumidores” (JATAR, Ana Julia y TINEO, Luis. *“Competition Policy in the Andean countries: a policy in search of its place”*. Pág. 1).

Al implementar estas políticas de competencia se mejoraría notablemente la competencia, lo que consecuentemente deriva una gran apertura económica, al permitir un mayor acceso para poder competir, a nuevos comerciantes se le está dando la libertad de ingresar al mercado y así poder tener más opciones para los consumidores; de igual manera al proteger la competencia de prácticas restrictivas se garantiza una seguridad jurídica a los comerciantes de poder invertir su dinero y obtener un trato igualitario que permitirá evitar los abusos por parte de empresas que ya se encuentran con una posición de dominio; al fomentar la eficiencia de las empresas con métodos como la capacitación continua, buen trato a sus empleados, intervención del Estado que asegure sus derechos de tal manera que evite monopolios, se estará consiguiendo un bienestar para el consumidor.

La firma de tratados entre diversos países ha permitido que el Derecho de Competencia en América Latina tome un papel

protagónico muy importante, ya que existe una integración regional que ha hecho que se lleguen a acuerdos que permitan abrir las fronteras para mejorar la economía y que garantizan el respeto por una competencia justa, compartiendo conocimientos entre diferentes países, experiencias para así poder mejorar y evitar monopolios que restringen la competencia.

“En los últimos años se verifica en la mayoría de países del mundo una marcada tendencia hacia la convergencia en el alcance, la cobertura y la aplicación de la legislación de la competencia. Ello se debe a la creciente puesta en marcha de modelos económicos de libre mercado;(...)” (DIEZ CANSECO, Luis José, 1999, Pág. 87).

Por lo expuesto por José Diez Canseco es que se ha convertido el Derecho de Competencia en una realidad global, que la mayoría de países sigue incrementando dentro de su normativa, al existir normas que regulen a los competidores dentro del mercado se puede mantener un equilibrio que llega a beneficiar directamente al consumidor, logrando de esta manera que el Estado pueda mantener satisfechos a los particulares, la política tanto como la economía son pilares fundamentales para poder mantener eficiente un país, al saber cuáles son las reglas claras al momento de invertir dinero.

Con la cooperación internacional es que se llega a tener una verdadera institucionalidad, pues países que ya han tenido experiencia dentro de esta rama tan importante del Derecho pueden guiar a otros que están implementando como algo novedoso y necesario en sus legislaciones.

1.4.- Derecho de Competencia, relación con otras leyes:

1.4.1- Lineamientos para la regulación y principios para la aplicación: los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia del Derecho de Competencia:

1. El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico; este principio está consagrado en la carta magna en el artículo 283, de igual forma propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza, lo cual es positivo ya que está garantizando una convivencia equilibrada entre quienes actúan en el mercado, y reconoce los derechos que tiene el consumidor como sujeto y fin del sistema económico, también habla del Estado quien a través de su órgano de control que es la Superintendencia de control del poder de mercado será quien intervenga para que exista una competencia equilibrada.

2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular, este lineamiento tiene que ver con el artículo 85 de la Carta Suprema, numerales 1 y 2, ya que indica que la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios deberán orientarse a la realización y garantía del buen vivir, consagrándose la prevalencia del interés general sobre el interés particular, por lo cual las empresas grandes deberían orientar sus actividades económicas siempre enfocándose en el bienestar de los consumidores y no solo en generar riqueza para ellos.

3. El reconocimiento de la heterogeneidad estructural de la economía ecuatoriana y de las diferentes formas de organización económica, incluyendo las organizaciones populares y solidarias; con lo que está garantizando las diversas formas que tienen de

estructuras de mercado siempre y cuando estas no estén en contra de la Ley.

4. El fomento de la desconcentración económica, a efecto de evitar prácticas monopólicas y oligopólicas privadas contrarias al interés general, buscando la eficiencia en los mercados; este lineamiento está íntimamente ligado con el artículo 304 de la Carta Fundamental, ya que establece que la política comercial tendrá como objetivo evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados, de esta manera se trata de evitar que con los diversos actos se quiera sacar del mercado a los competidores.

5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado, tiene que ver con el artículo 66 de la Constitución, numerales 15, 25 y 26, los cuales garantizan el derecho a desarrollar actividades económicas conforme los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental, el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, el derecho a la propiedad en todas sus formas.

6. El establecimiento de un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre concurrencia; con esta nueva Ley se pretende lograr lo antes mencionado, ya que brinda algunas reglas, principios que se deben respetar al momento de realizar alguna actividad económica.

7. El impulso y fortalecimiento del comercio justo para reducir las distorsiones de la intermediación; dicho lineamiento concuerda con el artículo 336 de la Carta Fundamental, este impone al Estado el deber de impulsar y velar por un comercio justo como medio de

acceso a bienes y servicios de calidad, promoviendo la reducción de las distorsiones de la intermediación y promoción de su sustentabilidad, asegurando de esta manera la transparencia y eficiencia en los mercados, mediante el fomento de la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades.

8. El desarrollo de mecanismos que garanticen que las personas, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos a través de la redistribución de los recursos como la tierra y el agua; lo cual tiene que ver con la garantía Constitucional del Derecho del Buen Vivir, el cual garantiza entre otras cosas el derecho al agua, derecho a la alimentación, a un ambiente sano.

9. La distribución equitativa de los beneficios de desarrollo, incentivar la producción, la productividad, la competitividad, desarrollar el conocimiento científico y tecnológico; de igual forma se encuentra consagrado en el artículo 284 de la Constitución de la República, que menciona los objetivos de la política económica, entre los cuales se encuentran: asegurar la adecuada distribución del ingreso y de la riqueza; incentivar la producción nacional, mantener la estabilidad económica entre otros.

10. La necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes; uno de los lineamientos más importantes y que debe ser el fin de las políticas de Estado, ya que garantizando un mercado transparente y eficiente se incentivara tanto a la inversión nacional como extranjera, de igual forma tiene que ver con el artículo 336 de la Constitución

El abuso que existe por parte de varias empresas en el país, por la falta de un régimen de control que regule el abuso de ciertas empresas, monopolios, operaciones de concentración entre otros ha causado que varios de los pequeños empresarios no puedan

tener la apertura en el mercado que buscaban tener, encontrando varias barreras que impiden incluirse, por lo cual han fracasado y han tenido que cerrar sus pequeños negocios que algún día soñaron sean grandes empresas que se puedan consolidar tanto dentro como fuera del país, no se debe olvidar que siempre debe existir un límite para dichas empresas, no solo se debe hablar de una libertad ilimitada ya que esto generaría abusos de los derechos dejando a un lado las obligaciones, al encontrar un equilibrio es que va a existir una verdadera igualdad jurídica.

En la actualidad en el Ecuador lo que se trata con la Ley de Control de Poder Mercado no es prohibir la concentración pero si controlar y regular para que esta se realice de manera adecuada generando beneficios para todos, controlando tanto el sector público como el privado, dando reglas claras para que las empresas puedan competir de manera transparente y condiciones justas, lo cual veremos con un poco más de detenimiento en el transcurso de la investigación.

De igual forma se garantiza el Derecho a la Defensa, ya que la empresa que se la sancione tiene la facultad de exponer sus argumentos y evitar una sanción, equiparando de esta manera la igualdad de condiciones de los agentes económicos que participan en actividades que se realizan dentro de un mercado, se deberá probar que existió una práctica contraria o desleal para así poder imponer la sanción respectiva, lo ideal será que se evite que se den estos casos, capacitando a todos de las repercusiones que puede llegar a producirse si realizan actos desleales que tiendan a provocar que se perjudique a otros.

1.5.- PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE COMPETENCIA

1.5.1.- AMBITO JURIDICO, ECONOMICO Y SOCIAL.-

Es muy importante en el ámbito jurídico la aplicación de los diversos principios del Derecho de la competencia, ya que estos se pueden aplicar en las diferentes situaciones que se den dentro del comercio, las sanciones que se deben dar a los actos contrarios al derecho, las cuales deberían ir desde una multa leve, grave, dependiendo de la infracción que se haya cometido hasta la privación de la libertad como una falta muy grave, como se produjo en los Estados Unidos cuyas normas tienen gran influencia penal y así han podido mantener una buena convivencia entre los diferentes agentes económicos.

“Una clase de regulación indirecta cuyo objetivo es controlar el ejercicio del poder del mercado en situaciones en las que dicho control depende de la existencia de varias empresas que compiten entre sí”. (COLOMA, GERMAN “Defensa de la Competencia – Análisis Económico Comparado, Editorial ciudad Argentina, primera edición, 2003.).

Así es como define Germán Coloma a la competencia, en la cual dice como llevar a cabo la defensa de la competencia, habla de una “política de actuaciones dentro de un mercado”, que lo que trata es de sancionar actos que han sido ilegales dentro de un mercado, como ya se lo cito anteriormente con multas, o sanciones mucho más severas, regulando el poder de mercado para de esta forma poder mantener una competencia equilibrada.

De igual forma lo que se debe tratar es de evitar que se cometan estas prácticas contrarias a la libre competencia, no solo la solución es buscar la manera de sancionar cuando se ha cometido una infracción, sino tratar de que no se las cometa, buscar la

manera de prevenir que ciertos actos puedan llevar a cometer prácticas que no van de la mano con el Derecho, para esto debe existir mas control por parte del Estado en las actuaciones que se producen entre los productores, distribuidores y quienes realizan la comercialización de bienes y servicios, al existir mas regulación todos los agentes económicos que intervienen dentro de un mercado harán las cosas de una manera tal que no sean ilegales, de esta forma se está beneficiando directamente al consumidor.

El Derecho de competencia dentro de la economía de un país es primordial, los principios de esta rama del Derecho al ser aplicados de una buena manera traen resultados que ayudan mucho al desarrollo económico y social; la creación de organismo estatales que regulen los diversos comportamientos dentro de la competencia conlleva a una relación armónica entre los diversos agentes de la economía, con lo que se tendrá como fin la satisfacción del consumidor, de la sociedad, por eso la necesidad que se tiene de un órgano que controle las actuaciones de los diversos agentes de la economía para de esta manera poder evitar el abuso de grandes empresas, con la Ley de Poder de Mercado se trata de regular los actos ilícitos que se producen entre comerciantes y que a quien terminan afectando es al consumidor.

Es importante mencionar que no solo es necesario dar derechos a los comerciantes, sino también limitar sus actuaciones para poder evitar prácticas desleales, concentraciones económicas, abusos de quienes poseen una posición de dominio, para así poder mantener el bien común y obtener seguridad jurídica dentro de la competencia, de igual forma establecer diversas normas que regulen los derechos de los consumidores y poder lograr que la relación entre quienes actúan como agentes económicos, de esta manera lo que se busca es lograr que la producción sea cada vez

más eficiente para así poder satisfacer las necesidades dentro de la sociedad y ayude a mejorar la economía del país.

Lo que se trata con el derecho de competencia es poder garantizar esa libertad que debe existir para poder elegir por parte de los consumidores, así como la relación entre competidores y consumidores, para que de esta manera pueda elegir a quien crea es más eficiente y logre llenar sus expectativas, con la facilidad que debe dar el Estado para poder acceder al mercado, es que se podrá lograr la libertad de elección por parte del consumidor, ya que va a tener varias opciones que pueden satisfacer sus necesidades, entre más alternativas se tiene dentro de un mercado es que se ve más variedad de precios.

Por lo que el acceso al mercado por parte de los comerciantes es indispensable para poder tener mejores opciones como consumidor, la capacitación es otro punto importante dentro del mercado para que puedan ofrecer diferentes productos que sean de una excelente calidad, se debe tener claro que no solo basta con dar facilidades para poder entrar a competir, sino también es justo que se haga un control eficiente de la calidad de productos que ingresan.

1.6.- DEFINICIONES BASICAS DEL DERECHO DE COMPETENCIA.-

Es importante tener claro algunas definiciones de la Competencia, para de esta manera poder entender sin problema las diferentes transformaciones que se han dado en el mercado, lo que ha permitido que evolucione el Derecho de Competencia y con lo cual se ha podido comprender de mejor manera, la necesidad que se tiene en la actualidad de que se conozca más acerca de esta rama del Derecho, para poder controlar los diferentes actos

que se dan entre los agentes económicos que forman parte de la competencia.

1.6.1.- ESTRUCTURAS DE MERCADO.-

“Las estructuras de mercado representan las condiciones bajo las cuales se desarrolla el proceso competitivo, es decir, la libre competencia, y puede contribuir con ello al aumentar el bienestar de todos” (ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL. “El Derecho de la Libre Competencia”, San Marcos, Lima, 1997.)

Por lo cual es necesario siempre tener claro cuáles son las condiciones en las que se va a participar dentro de un mercado, realizar un análisis de las operaciones que están realizando las diferentes empresas, para poder evitar que se den prácticas contrarias a la libre competencia, una vez que se tiene estas estructuras es que se ve la capacidad que tienen las empresas pequeñas como las ya consolidadas dentro de un mercado relevante.

Es necesario mencionar los tipos de competencia o comportamiento que se pueden dar dentro de un mercado:

A) Competencia Perfecta.-

“Es aquella en que se respetan las condiciones de un mercado, en el cual existen muchos productores”. (NAZAR ESPECHE, Félix, 2001, pág. 19).

Como claramente se expresa anteriormente, es necesario que existan varias condiciones en un mercado las cuales deben ser respetadas por todos quienes actúan dentro de la competencia, para de esta manera poder hablar de una competencia perfecta, deben existir varios productores para así poder tener varias opciones como consumidores; para que pueda darse una

competencia perfecta, debe haber las siguientes condiciones según Félix Nazar Eseche:

- ✓ “ *que el producto sea similar u homogéneo*”,
- ✓ “ *movilidad de los recursos*”,
- ✓ “ *existencia de un elevado número de compradores y vendedores*”,
- ✓ “ *información perfecta*”.

Al cumplirse con estas cuatro condiciones se puede hablar de una competencia perfecta, al decir que debe existir un producto similar u homogéneo se refiere que debe haber varias alternativas para el consumidor, sin importar de que empresa provenga el producto dando la suficiente libertad de escoger el que crea que satisface sus necesidades.

Cuando se da la suficiente libertad de entrada y salida de los recursos necesarios para los productores, al no existir barreras que impidan la utilización de bienes y servicios hablamos que se da una movilidad de recursos que facilita la fabricación de un producto con lo que se está beneficiando al consumidor, mucho de las veces quienes tienen acceso a mas recursos son las grandes empresas que gozan de una posición de dominio , al haber las mismas condiciones para todos es que se da una competencia perfecta.

Al tener la existencia de un elevado número de compradores y vendedores se puede evitar que solo sean algunos los que tengan posición de dominio en el mercado y así no se lleguen a dar prácticas contrarias a la libre competencia.

Para poder mantener un equilibrio en el mercado debe darse una información perfecta, la cual debe ser lo suficiente clara tanto para las empresas como para los consumidores para de esta manera evitar que se den confusiones por falta de información, deben

saber cuáles son los derechos, obligaciones, precios base de los productos, entre otros.

Por lo general en la práctica no se da esto por lo que quedaría en teoría estas condiciones que configurarían una competencia perfecta, ya que difícilmente llegaría a existir un equilibrio en los precios, de igual forma la oferta y la demanda debería ser la misma lo que pocas veces se llega a producir.

B) Competencia Imperfecta.-

“La competencia imperfecta no significa que no exista competencia en el mercado. En algunos mercados imperfectamente competitivos, la competencia se desarrolla incluso en más facetas que en la competencia perfecta. Las empresas siempre pueden diferenciar sus productos; anunciarlos, mejorar su calidad, comercializarlos agresivamente, rebajar los precios, etc”. (NEILSON, JAIME. “Competencia Imperfecta y Poder de Mercado”).

En este tipo de mercado lo que le caracteriza y por lo cual se lo llama imperfecto es porque la producción es menor, y por lo tanto los precios se incrementan de una manera absurda, por lo que las empresas tienen gran poder para variar los precios de los productos perjudicando al consumidor, con lo que llegan a sacar a los pequeños empresarios del mercado, ya que las empresas que se encuentran consolidadas en un mercado pueden variar sus precios sin que tenga mucha afectación en su economía, porque la producción a gran escala que realizan estos les permite variar sus precios.

Cuando se produce este tipo de competencia es cuando más abuso se llega a dar, se producen concentraciones, fusiones para afectar a otras empresas, monopolios, practicas que tienen como objetivo limitar, perjudicar la competencia en un mercado, con lo

que no necesariamente son ilegales, depende de la manera en que se llegue a dar, el fin que tengan.

Por esto es que es necesario que se tenga más control por parte del Estado para tener una competencia equilibrada que mantenga a los competidores en una línea en la cual no se perjudiquen el uno al otro; mucha de las veces la falta de seguridad jurídica, de una verdadera Institucionalidad es la causa para que se produzca este tipo de competencia.

C) Mercado en Monopolio.-

“Se caracteriza por el alto poder de decisión que posee un solo productor, proveedor o fabricante en un mercado para fijar precios y percibir altas ganancias monopólicas”. (Diccionario de la Lengua Española, 2005, Espasa-Calpe S.A, Madrid).

Muchas veces se produce esto cuando existe una ausencia de competidores dentro de un mercado, por lo que no existen varias alternativas para el consumidor llevándolo a optar por ese único producto, con lo que no se están cumpliendo con las funciones de las políticas de competencia que se mencionaron anteriormente, con esto es que se produce el abuso de parte de quien se encuentra en esta posición y tiene un poder de mercado significativo; al no existir pluralidad de competidores se está afectando al consumidor ya que no tiene más alternativas para escoger el producto que cree satisface sus necesidades, esto suele suceder por las grandes barreras que se imponen para poder acceder a los mercados.

En este tipo de mercado los precios suelen ser muy altos, básicamente en productos que son sumamente necesarios en los cuales se afectan de manera directa al consumidor, y generando riqueza solo para pocas personas.

D) Mercado en Oligopolio.-

“Es un mercado con pocos productores debido a las barreras de entrada”. (SALDARRIAGA LOPERA, Gustavo, 1998.)

En este mercado no existe una gran cantidad de vendedores, productores, ya que son varios los factores que impiden que sea fácil el acceso a este tipo de mercado.

Al hablar de Oligopolio podemos decir que existen varias empresas las cuales están produciendo un producto similar, estas se pueden encontrar en un mismo mercado geográfico, por lo general las empresas no se logran consolidar dentro del mercado, por varias circunstancias que no les permite como la presencia de barreras al momento de querer ingresar en un mercado.

1.7.- LIBRE COMPETENCIA Y SISTEMA DEMOCRATICO:

Fernando Castillo de la Torre en su obra Derecho de la política comercial y derecho de la competencia se refiere a la política de competencia, sobre lo que se espera que esta produzca dentro de un territorio, dice que debe producir:

- Mayor eficiencia,
- Creciente innovación, y
- Precios más bajos. (CASTILLO, Fernando, 1993, pág. 605).

Es claro que con una nueva política de competencia lo que se quiere llegar a lograr es que exista mayor eficiencia dentro de un mercado, que los competidores tengan las reglas claras de cómo deben actuar; de igual forma buscan innovar constantemente, ya sea mediante nueva tecnología, mayor capacitación a quienes actúan como operadores económicos, la búsqueda de nuevos productos sustitutos, entre otros; y como toda política de Estado lo que quiere llegar a lograr es el beneficio para los particulares, en

este caso para los consumidores, tratando de bajar los precios y mejorar la calidad de los productos para de esta forma mantener a quienes conforman un Estado satisfechos, con la ejecución favorable de sus políticas económicas.

Además se atribuye a la competencia la función de adecuar el orden económico al político. Se afirma que de la misma manera que en una democracia todos los ciudadanos tienen derecho a participar en el poder político, deberían también tener derecho a una cuota de poder económico. (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1999, pág. 584). Con lo que está diciendo que el Estado debería dar las facilidades para poder acceder a los bienes y servicios, promover de igual forma el desarrollo armónico de las diversas actividades económicas, quitar cualquier barrera que trate de impedir el ingreso a un mercado, para que de esta forma exista mayor seguridad al momento de querer invertir en alguna actividad económica.

CAPITULO II

EL CONTROL DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACION.

2.1.- Concentraciones Económicas.-

Para empezar a hablar del control de concentración, es necesario entender algunas generalidades respecto de las concentraciones económicas. Para esto, es importante citar lo que dice Carlos Molina Sandoval, que se refiere a las concentraciones en su análisis del derecho de competencia argentino; en los siguientes términos:

“Las concentraciones se efectivizan mediante actos, con lo que si este acto de concentración produce dichos efectos, se transforma en anticompetitivo y por ello sancionable, mediante este sistema preventivo la autoridad competente podrá advertir que concentraciones generarán más beneficios para el interés económico general que inconvenientes”. (MOLINA, Carlos, pág. 331).

Son varios los actos que llegan a configurar una concentración, los cuáles se analiza más adelante. Se debe tomar en cuenta lo que puede llegar a producir estos actos para poder determinar si se va a dar o no una concentración que puede llegar a ser anticompetitiva, generando una sanción. Por eso, es que el control previo de concentraciones es importante para poder determinar si se produce o no un acto anticompetitivo. La autoridad es quien debe llegar a determinar si dicho acto llegará a generar beneficios para el mercado, a los particulares, o en general producir inconvenientes que afectarán a la libre competencia.

Para varios tratadistas respecto al tema de las concentraciones existen algunas teorías que se las menciona a continuación.

Claudio Sapelli nos dice sobre las concentraciones y grupos económicos en Chile, este hace un pequeño análisis sobre la siguiente teoría:

Teoría 1:

“si hay alta concentración, debe haber alto poder de mercado, y como consecuencia, precios altos respecto a los de la competencia”.

(SAPELLI, Claudio, “Concentraciones y grupos económicos en Chile”, pág.67.)

Si en un mercado llegare a existir alta concentración, es claro que pueden llegar a tomar decisiones quienes tengan cierto poder de mercado que pueden llegar afectar al resto de competidores así como también al consumidor, decisiones como poner los precios mas altos que el resto de competidores.

De igual forma Sapelli llega a las siguientes conclusiones respecto a la concentración:

- La concentración no es un buen indicador de que tan competitivo sea un sector,
- La evidencia señala que los mercados de países subdesarrollados no son más concentrados, menos competitivos, o controlados por pocas empresas, que en los países desarrollados.

Es claro que la concentración no podría determinar si un mercado determinado es o no competitivo; son varios los factores que llegan a determinar que tan competitivo es un sector, el nivel

de participación de las empresa entre otros pueden llegar a determinar si lo es o no.

Así como también el ingreso como la salida de empresas dentro de un sector, si hay o no productos sustitutos dentro de éste pueden llegar a determinar que tan competitivo es un mercado; estos son algunos de los factores que llegan a medir la competitividad de las empresas.

Como nos dice Sapelli en su segunda conclusión, se debe entender que tanto en los países desarrollados como en los subdesarrollados existen competidores, tal vez no en el mismo número, lo que no quiere decir que sean más concentrados, pueden llegar a ser igual de competitivos los de los países subdesarrollados que los de los desarrollados, hay que tener en cuenta que existen diferentes niveles de competencia por el mismo criterio de que unos son desarrollados y los otros son considerados subdesarrollados.

Todo esto depende de algunos factores, entre ellos las barreras de entrada, productos sustitutos, que llegan a determinar que nivel de competencia existe en un mercado y que llegan incluso a fijar el precio de algunos producto.

La fijación de precios de una empresa con poder de mercado está determinada por algunos factores, lo cuales determinan que tan alto puede llegar a ponerse un producto; de igual forma Sapelli nos dice que *“la dimensión de todos ellos determina si una empresa puede cobrar un precio superior al de la competencia, y qué tan alto le conviene a esa empresa fijar tal precio.”*

Algunos de los factores importantes para determinar si existe o no competencia y concentración en un mercado pueden ser los siguientes:

- Uno de esos factores evidentemente es el “*nivel de participación*” que tiene una empresa dentro del mercado, si sus ventas son altas o bajas; con lo que se puede determinar su nivel de competencia que posee dentro de un mercado, de igual forma puede influir respecto del precio de un producto.

- Es muy importante saber “*si hay o no buenos sustitutos*”; ya que al existir otros productos que pueden llegar a satisfacer la misma necesidad que otros similares, el precio del producto debe ser más bajo, si no existen sustitutos podrán incrementar el precio de un producto notablemente.

- “*Si hay o no facilidad en la entrada al mercado*”; respecto a este factor cabe señalar que: si no existe libre entrada, aumenta la concentración y si no cambia las condiciones de oferta y demanda, entonces un aumento de concentración significa mayor poder de mercado, aún cuando este llegue a ser insignificante. De igual forma es importante que aparte de existir facilidad para entrar también exista para poder salir de un mercado.

Con lo que es claro que las barreras de entrada y los sustitutos de un producto en un mercado influye mucho en la participación de las empresas en la competencia y en el precio, ya que si existe dificultad para entrar y también no existen sustitutos de un producto podrán cobrar un precio notablemente superior al de la competencia y no habrá nuevas empresas; al contrario si existen algunos sustitutos y la entrada de una empresa es rápida, es poco o casi nada lo

que podrá incrementar el precio respecto de la competencia, ya que si lo hace puede perder participación en el mercado.

INDICE HH.-

Por la creencia anotada anteriormente, que nos dice: “*si hay alta concentración, debe haber alto poder de mercado y precios altos respecto a los de la competencia*”, ha llevado a la Antitrust Division del departamento de justicia de los Estados Unidos de América utilice el índice HH (Herfindahl –Hirschmann) para guiar su política antimonopolio. (SAPELLI, Claudio, 2002,pág. 70)

Este índice HH dice Sapelli que es la suma de las participaciones en el mercado de todas las empresas elevadas al cuadrado. Este uso del índice HH se hace en la presunción de que existe una relación entre el valor del índice que mide la concentración, y la capacidad monopólica de la empresa.

El índice HH nos permite saber cuál es el nivel de participación de una empresa en un mercado; este ha servido como un indicador útil para poder establecer que tan concentrado es un sector, para poder determinar si pueden existen prácticas antimonopólicas dentro de un territorio.

Este índice es muy utilizado en EEUU y en la Unión Europea, estos miden por puntos (por ejemplo de 1000 y 1800 puntos representa una concentración moderada, sobre los 2500 se considera que el mercado es demasiado concentrado.) el nivel de concentración que puede llegar a existir en un mercado determinado, partiendo de la participaciones que lleguen a tener las empresas elevadas al cuadrado, llegando a determinar si es una concentración moderada o si esta llega a ser altamente concentrada.

Teoría 2:

Al mismo tiempo, se empezó a creer en una nueva teoría, la cual se la bautizo como “hipótesis de la colusión”, esta nos dice:

“entre más concentrada es la industria, menos compiten las empresas entre sí, y mayor es el margen entre precios y costos.”
(SAPELLI, Claudio, 2002. pág. 75)

Esto nos lleva a la conclusión de que se debe desconcentrar los mercados que se encuentran altamente concentrados, como ya se ha venido reiterando son varios los factores que conllevan a establecer si se ha producido o no una concentración, entre ellos, la facilidad de entrada al mercado, si existen o no productos sustitutos, y el nivel de participación de una empresa en un sector.

Entre más concentrada se encuentre la industria mayor va a ser la ganancia que van a tener las empresas, ya que menos serán los costos de producir un producto y al no existir muchos competidores en el mercado podrán fijar el precio que ellos crean, ya que existe poca competencia entre las empresas permitiendo fijar a su conveniencia los precios, llegando a perjudicar al consumidor.

Es muy importante citar lo que menciona Brozen, éste habla las empresas y se refiere a algo muy importante; *“el proceso de competencia se encargaba de disolver todo potencial poder de mercado”*, (Brozen, 1971.)

Esto es muy importante ya que se refiere a que el ingreso de nuevas empresas en el mercado hace disminuir las ganancias, ya que al existir más competencia se verán obligados a mantener un margen promedio de precios que el resto de competidores, y no

podrán poner a su antojo los precios, y obtener mayores ganancias.

Teoría 3:

Existe también una hipótesis alternativa, que de igual forma nos la cita Sapelli, que fue formulada por Harold Demsetz, éste la llama la “hipótesis de la eficiencia superior”.

Según esta hipótesis es natural que existan en un mercado empresas más eficientes que otras, nos habla de algunos factores que tienen que ver con esto, algunos de estos son los siguientes:

- *“Cuentan con una mejor tecnología o un mejor producto;*
- *Al tener mejor tecnología podrán cobrar menos;*
- *Si cobran menos su margen de ganancia será superior”.*

(SAPELLI, Claudio, 2002,pág. 75)

Por estos factores es que se podrá observar que las ganancias serán altas, de igual forma nos dicen que esto es el resultado de una ventaja de costos y no de un comportamiento monopólico.

Es evidente que si una empresa posee mejor tecnología que otras en un mercado determinado, va a tener mejores resultados, ya que está contando con una ventaja muy importante respecto del resto de competidores.

Al costarle menos la producción de un producto va a tener porcentajes mucho más altos que el resto, con lo cuál va a lograr tener una posición de dominio mucho más notable que los demás participantes en un sector económico.

2.1.1 Efectos de una Concentración económica.-

Una evaluación de los efectos de una concentración económica sobre la competencia y de igual forma sobre el interés económico cita Guillermo Cabanellas debe efectuarse en varias etapas.

✓ En primer lugar puede existir “*efectos inmediatos*”, estos se derivan del mismo hecho de la concentración que por definición implica alterar la estructura de mercado reduciendo el número de competidores, esto puede ser grave en un mercado en el que existan dos competidores, e irrelevante en un mercado en el cual existan cientos de competidores.

De igual manera nos da un ejemplo respecto de esta etapa; dice “Si es anticompetitivo que dos empresas fijen sus precios de común acuerdo, tanto más lo será el que mediante una fusión no sólo sus decisiones en materia de precios sino todas las demás que hagan a su quehacer productivo y comercial sean tomadas en forma conjunta”.

Como se puede ver lo que podría causar con una fusión es que pueden disminuir sustancialmente la competencia ya que puede afectar a cierto sector económico, ya que las decisiones que pueden llegar a tomar van a posesionarlos más dentro de un mercado determinado.

✓ En segundo lugar nos dice que existen “*efectos ulteriores*”, que cabe calificar de dinámicos, resultantes del impacto que la concentración tendrá sobre el funcionamiento del mercado a lo largo de la evolución probable de éste en un contexto de mayor concentración de la oferta.

En esta etapa lo que se quiere llegar a establecer de alguna forma es los efectos negativos que podrían causar sobre la competencia, lo que podría suceder si se llegare a realizar algún acto que afecta a la libre competencia.

Mucha de las veces uno de los efectos más relevantes es el derivado de la creación de barreras de entrada que se dan al

ingreso de nuevos competidores y lo que causa, es que quienes se encuentran ya posesionados en el mercado ejerzan más poder, ya que al no existir nuevas empresas que entren a competir, el poder de mercado ejercerán quienes tienen una posesión de dominio respecto del resto de competidores, con lo que se afectaría al consumidor ya que se le está quitando alternativas para poder elegir al que crea es el mejor.

✓ En tercer lugar, debe evaluarse en qué medida existen “*efectos económicos*” positivos atribuibles a la concentración. (CABANELLAS, Guillermo, 2005, págs.31,32 y 34).

En esta etapa lo que se trata de analizar es como podría llegar a repercutir sobre el interés económico general, ya que las concentraciones pueden llegar a representar un peligro potencial dentro de la competencia, llegando a causar un perjuicio al consumidor.

Lo que nos dice Guillermo Cabanellas sobre esta etapa es que “la evaluación previa de estas operaciones tiene como objeto evitar únicamente aquellas que puedan finalmente resultar perjudiciales para la sociedad”, se debe tener claro que el control de concentraciones lo que quiere llegar a evitar es que se den actos que lleguen a afectar a la economía general de la sociedad, que no exista abuso por parte de las empresas que se encuentran con poder de dominio dentro de un mercado determinado, manteniendo de esta forma un control previo dentro de la competencia.

2.2.-Noción de Concentración.

Es importante destacar lo que Blanco Ortiz, menciona en su Manual de Derecho de Competencia acerca de la noción de concentración, éste dice:

“que se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de:

a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes; o

b) la adquisición, por una o varias personas que controlen al menos una empresa, así como también el control resultara de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa.” (ORTIZ BLANCO, 2008, p. 281).

Entendido de este modo, se puede decir que una concentración se produce entre competidores o entre empresas que están en el mismo mercado pero en distintos niveles de la cadena de producción o distribución, cuando se produce un cambio duradero del control ya sea por fusión, adquisición, así como también puede provenir de derechos, contratos; teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y derecho que pueden ocasionar una influencia decisiva sobre una empresa.

Por lo tanto, lo que trata la concentración, es de alguna manera identificar cuando se produce una modificación duradera en la estructura de control de una empresa o de una parte de ella.

Es muy común que se dé esto ya que muchas empresas en la actualidad se fusionan para tener más poder de mercado y no generar competencia entre ellas, evitando de esta manera afectarse entre empresas grandes y así llegar a ser más fuertes dentro del mercado.

Es por eso que, la autoridad competente, al momento de identificar que se va a producir actos tendientes a afectar la libre competencia lo que trata es de evitar que se den los abusos por

parte de las empresas grandes posesionadas en el país, y así se lograr que se llegue a dar un cambio duradero del control sobre la estructura de una empresa, que podría perjudicar a los empresarios.

De igual forma, la concentración menciona que es importante tener en cuenta todas las circunstancias de hecho y derecho para de esta forma llegar a valorar si se puede producir una concentración, como lo es en todo proceso son estas circunstancias las que harán llegar a la autoridad a tomar una decisión si se llegará a producir un acto contrario a la libre competencia.

Es así que por ejemplo se podrían dar derechos de propiedad o de uso de uno a varios activos de una empresa, lo cual podría llegar a producir una influencia decisiva sobre una empresa, ya que facilitaría tomar las decisiones entre dos o más compañías que en un comienzo eran competencia pero han acordado unirse para dejar de serlo, lo cual podría afectar al resto de competidores.

Al existir un cambio de control puede cambiar totalmente la estructura de una empresa, ya que el nuevo grupo económico que llegue a estar al frente de la compañía va a tener otros propósitos sobre aquella, al igual que tendrá otras políticas de manejar la compañía, con lo que éste llegaría a tomar decisiones que pueden afectar el resto de competidores.

Es importante citar lo que dice la Ley de Defensa de la Competencia argentina respecto a las concentraciones:

Básicamente el art. 6, de la LDC argentina, señala: *“A los efectos de esta ley se entienden por concentración económica la toma de control de una o varias empresas, a través de la realización de los siguientes actos:*

a) *La fusión entre empresas;*

b) *La transferencia de fondos de comercio;*

c) *La adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma;*

d) *Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa". (Ley de defensa de la competencia argentina, art. 6.)*

Como se puede observar es básicamente lo mismo que nos dice Ortiz Blanco lo cual se cito anteriormente; cabe recalcar que la Ley de Defensa de la Competencia argentina es un poco más minuciosa al nombrar a los diversos actos que se pueden llegar a dar.

Se está refiriendo a todo acuerdo o acto que se pueda transferir activos u que pueda llegar a otorgar influencia determinante en la dirección administrativa de una empresa, esto es lo que en general nos quiere dar a entender esta ley.

De igual manera lo que se quiere llegar a evitar es que tenga un control duradero en la estructura de una empresa, evitando que puedan tener un poder determinante un solo grupo económico, y que afecte las decisiones de estos a el resto de competidores, tratando de tener un control previo para que no se llegue a dar actos que perjudiquen la libre competencia.

2.3.- CONTROL DE CONCENTRACIONES.-

Para evitar que se produzca actos que perjudiquen a los competidores debe existir un control de concentraciones, ya que puede producirse daños a la libre competencia, como el abuso por parte de los competidores que poseen una posición de dominio entre otros.

“Evitar estos daños, paralizando u obligando a modificar las operaciones que los puedan causar, es la principal finalidad del control previo de las concentraciones...” (ORTIZ BLANCO, 2008, p. 281).

Como lo dice claramente Blanco Ortiz es necesario que exista un control previo de concentraciones, que logre modificar aquellos actos que se considera que puede producir una concentración, los cuales se lo cito anteriormente, que pueden dañar la competencia, con lo que se logrará evitar que se produzcan un cambio duradero en la estructura de una empresa.

Es así que puede llegar a obligar a que cambie un acto que tenga como fin perjudicar al resto de competidores, evitando de esta forma se realicen de forma arbitraria uno o más actos que tengan como fin afectar la libre competencia dentro de un mercado.

Por todo esto debe existir mayor control por parte del Estado, quien debe ser el encargado de velar que se realicen actos que no vayan afectar a los particulares, al consumidor.

Es claro que no solo es necesario contar con las herramientas para sancionar aquellos actos contrarios a la ley, lo más importante es contar con los mecanismos para tratar de evitar que estos se produzcan, como se lo dijo anteriormente para de alguna

forma poder obligar a cambiar esos actos que sean lesivos para la competencia.

Es importante mencionar lo que nos dice José Antonio Rodríguez respecto al control de concentraciones, ya que esto es parte primordial de esta investigación; dice:

“A nivel teórico, se fundamenta el control de concentraciones en base a la idea de que este tipo de operaciones pueden obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, en particular al crear o reforzar una posición dominante”(RODRIGUEZ MÍGEZ, José Antonio “El control de las concentraciones económicas en España” Tomo XIV, Enero 1993).

Muchos de los agentes económicos piensan que al existir un control que evite las concentraciones podría afectar sus diferentes actos que realizan, lo cual es completamente falso ya que al existir mayor control lo que se está logrando es que exista entre competidores una libre competencia y se evite el abuso de algunos empresarios al realizar actos como tener directorios atados, entre otros que tengan como fin abusar de su posición de dominio.

La falta de conocimiento es lo que mucha de las veces lleva a ciertos empresarios a tener temor de que exista mayor control, se dejan llevar por la información falsa que se maneja dentro de un mercado.

Por lo cual es importante que exista mayor difusión de las ventajas que llegarían a tener los empresarios al capacitarse acerca del derecho de competencia, en muchos países que tiene normas que regulan el derecho de competencia han empezado educando a los agentes de comercio, para de esta forma poder llegar a tener éxito al implementar estas normas.

De igual forma al existir un control de operaciones de concentración se estaría poniendo en práctica lo que ya está garantizado en nuestra Constitución en uno de sus artículos que nos dice:

“Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.

El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley...”

Al existir un control de concentraciones y como se dijo anteriormente más preocupación por parte del estado es que se podrá hablar de cierta manera de un comercio justo, de una verdadera competencia; de igual forma nos habla en este artículo de que el Estado velara por la transparencia y eficiencia en los mercados, lo cual es sumamente importante y muy indispensable para poder tener una competencia que sea justa para todos, al hablar de un mercado transparente en el cual están claras las reglas del juego va existir una verdadera seguridad para todos, no existirá miedo, inseguridad de poder invertir en nuestros mercados; al no haber barreras de entrada ni de salida, al existir productos sustitutos, una buena tecnología entre otros podremos tener una libre competencia.

Al llegarse a dar este panorama se llegaría a tener grandes beneficios para todos los agentes económicos, pero a quien se lograría ayudar finalmente es al consumidor.

Al lograr todo esto es que se pueda hablar de que el Estado está fomentando la competencia ya que se podrá participar en

igualdad de condiciones y oportunidades, por eso es la necesidad de un control de concentraciones, para poder asegurar igualdad, transparencia, las mismas oportunidades, beneficios entre otros.

Al conseguir que se llegue a dar mejor control es que se va a evitar los abusos por las grandes empresas que se encuentran posesionadas en el país, para de esta manera lograr que no se produzca una modificación duradera en la estructura de control de una empresa o de una parte de ella que tenga como fin acabar con otra, como ya se lo señalo anteriormente.

Lo que se trata es de evitar que se obstaculice la competencia efectiva, ya que esto puede darse con la fusión de una empresa con otra con el fin de no competir entre ellas y de esta manera poder mantener un dominio dentro de un mercado, manejarían los mismos precios tratando de sacar o al menos disminuir sus ventas de una manera significativa al resto de empresas, con lo que se estarían perjudicando al consumidor ya que se le está quitando algunas opciones.

Es importante tener en cuenta lo que señala Carlos Molina, este dice que:

“este procedimiento, (de corte informativo) ya existía en el derecho comparado, así en USA, desde principios de siglo, existió un sistema que prohibía las fusiones con efectos distorsivos del mercado, pero en la década del setenta se implementó un esquema por el cual las empresas tienen la obligación de informar con cierta anticipación a la Comisión Federal de Comercio y a la División Antitrust del Departamento de Justicia las operaciones de concentración que excedan cierto monto a los fines de la autorización”. (MOLINA, Carlos, 2010,pág.332).

Como se puede ver no es algo nuevo el tema de las concentraciones y del control de concentraciones en específico, ya varios países como Estados Unidos, la Unión Europea, Argentina han implementa mecanismos que ayuden a controlar de cierta manera la competencia, tratando de evitar que se den abusos por parte de las empresas que poseen cierto poder de dominio y abusan de este en un mercado determinado, manteniendo el Estado por su parte cierto control.

En Estados Unidos como podemos observar, las empresas tienen la obligación de informar con cierta anticipación a la Comisión Federal de Comercio y a la División Antitrust del Departamento de Justicia de las operaciones de concentración que pueden llegar a exceder cierta cantidad, para de esta manera obtener o no una autorización.

Uno de los mecanismos que se utiliza en Estados Unidos como se lo pudo ver es el índice HH, para medir el nivel de concentración de las empresas en un mercado, ya que de este modo es como logra neutralizar de alguna forma aquellos actos lesivos a la competencia y que necesiten autorización para que no que conlleven a una concentración.

2.4.- TIPOS DE CONCENTRACION.-

2.4.1 ABSOLUTA O RELATIVA:

La concentración puede presentarse ya sea de forma relativa o absoluta:

Relativa cuando consiste en el aumento de las diferencias de la dimensión de las empresas; y absoluta, cuando se presenta un crecimiento más rápido o un achicamiento más lento de las

empresas más grandes respecto del resto de las empresas. (Manóvil, 1998, pág 67.)

Como se lo puede entender es relativa cuando una empresa pequeña empieza a tener un crecimiento en la dimensión de su estructura, tal vez llegando a convertirse en una empresa grande respecto de sus competidores, llegando a tener una posición de dominio; y absoluta cuando una empresa que ya es considerada grande, con posición de dominio en un mercado empieza a tener un crecimiento más rápido o de igual forma puede sufrir un achicamiento con respecto al resto de empresas que se encuentran en un mercado determinado.

2.4.2- CONCENTRACION ECONOMICA.-

Desde el punto de vista económico podemos encontrar tres tipos de concentración:

- ✓ Horizontal
- ✓ Vertical
- ✓ Conglomerado.

- **HORIZONTAL.-** “Es aquella en la que una empresa competidora adquiere todo o parte de los activos y pasivos de otra que se dedica a la misma actividad (compra, venta, distribución, producción) con la finalidad de anular al competidor y obtener el poder de mercado”. (Cisneros Burbano, 2011, pág. 48).

Este tipo de concentración se produce entre empresas que desarrollan una actividad similar, con la finalidad de la eliminación de competidores (actuales o potenciales), buscando obtener una posición de dominio para procurar obtener un gran poder económico respecto al resto de competidores; este tipo de

concentración tiene que ver mucho con el tipo de producto que se va a comercializar ya que debe ser similar.

Mucha de las veces se produce una concentración horizontal para poder sacar del mercado a empresas que no se encuentran con una posición de dominio tan marcada, con lo que se puede llegar a producir un monopolio (situación que como se vio anteriormente no es ilícita per se), con lo que se llegaría afectar al consumidor ya que no tendrá varias opciones al momento de querer adquirir algún producto, obligándolo de alguna manera a comprar lo único que en ese momento logre llegar a satisfacer de alguna forma su necesidad.

-VERTICAL.- “Es aquella en la que la empresa compra los activos y pasivos de una compañía proveedora o de un cliente, es decir de un eslabón distinto en la cadena de producción”. (Cisneros Burbano, 2011, pág. 49.).

Este tipo de concentración tiene bastante relación con la cadena productiva, lo que trata es de unirse con empresas que estén en distintos niveles de producción; de igual forma con la transformación que sufre un producto hasta llegar a su comercialización, sobre todo en puntos claves que abarcan la materia prima para realizar un producto, con lo que podrían llegar a alterar de forma significativa el valor comercial de cierto producto.

Así también puede producirse este tipo de concentración como lo dice Manóvil en forma de tenaza, que se produce de la siguiente forma: “de integraciones en forma de tenaza, en la que la empresa centro no integra al proveedor directo, sino al proveedor de su proveedor, o al cliente de su cliente, ya que la empresa no integrada se encuentre inmersa en una doble presión. (Manóvil, 1998. Pág. 88).

Con lo que se puede ver que existen empresas que no actúan directamente sino mediante empresas o personas que podrían llamarse intermediarios, para no tener una participación directa sino actuando o teniendo cierta relación con el cliente de su cliente o con los proveedores de su proveedor.

-CONGLOMERADO.- abarca toda integración que no tenga carácter netamente vertical u horizontal; la concentración debe ser de núcleos económicos que abarquen actividades distintas y que no tenga relación económica que afecte de manera positiva o negativa la actividad. (Molina Sandoval, Carlos, 2010, pág.338).

Se trata de operaciones que no son horizontales ni verticales; esto se da cuando una empresa toma el control de otra empresa que no es competidora, cliente ni proveedora de la adquirente, estas empresas deben dedicarse a actividades distintas, esta puede abarcar la producción de diferentes bienes y servicios, pero que pueden tener al final el mismo destino, el mismo mercado.

2.4.3.- CONCENTRACION JURIDICA.-

- ALTERACION EN LA ESTRUCTURA SOCIETARIA.-

“La Fusión es una figura jurídica que procura la concentración de empresas para producir bienes o servicios en una comunidad determinada...” (CEVALLOS VASQUEZ, Tomo III, Pág. 744)

Esta es una figura que se utiliza mucha de las veces para obtener mayor poder dentro del mercado, ya que existe el traspaso del patrimonio de una sociedad a otra, o también puede darse la unión de dos o más patrimonios de compañías que pierden su personalidad jurídica para poder crear una nueva, lo que muchas de las empresas pequeñas no lo hacen por el miedo a fracasar al intentarlo y perder lo poco que tienen, las grandes empresas

acuden a la fusión en algunos casos para de esta manera sacar del mercado a las empresas que puedan ser peligrosas para su competencia.

Para poder entender lo mencionado es necesario tener clara la diferencia entre fusión y asociación que menciona el mismo autor citado anteriormente.

Este nos dice lo siguiente:

- *“La fusión implica que dos o más compañías cambian su estructura jurídica, disolviéndose para formar una nueva compañía, en el caso de la fusión propiamente dicha, continuando su vida jurídica en la nueva;*
- *En la asociación las empresas o compañías que se asocian mantienen su régimen jurídico, pues simplemente se unen para cumplir actividades mercantiles sin perder su autonomía.”*

El Doctor Víctor Cevallos también menciona claramente que la Ley de Compañías ecuatoriana permite que la fusión se realice entre sociedades de cualquier tipo, indiscriminadamente.

Para Carlos Molina Sandoval es importante lo que tiene que ver con la fusión dentro del Derecho de competencia, dice lo siguiente:

“que la fusión importa la unión en un solo titular dos o más organizaciones (que pueden conformar empresas y que por ello, pueden ser competidoras), estas sociedades, en cuanto titulares de una empresa determinada, pueden poseer por sí solas una porción en el mercado, si las sociedades que se fusionan son competidoras, dicha participación en el mercado se incrementará”
(MOLINA Sandoval, Carlos, 2010, pág.353)

Por lo que se debe tener claro que ese incremento en el poder de mercado puede llegar a alterar de manera significativa el correcto funcionamiento de un sector, este aumento puede producir una conducta anticompetitiva llegando a afectar el interés económico general, siempre que esta llegue a restringir o distorsionar la competencia.

Al momento de fusionarse dos empresas que pueden subsistir dentro del mercado por si solas y que son competencia entre sí, se puede llegar a dar un acto que conlleve una afectación para el resto de competidores.

- Definición legal de Fusión:

Es importante tener en cuenta lo que dice la Ley de Compañías en su artículo 337 la cual cita lo siguiente:

“ Art.337.- La fusión de las compañías se produce:

a) Cuando dos o más compañías se unen para formar una nueva que la sucede en sus derechos y obligaciones; y

b) Cuando una o más compañías son absorbidas por otra que continúa subsistiendo.” (Ley de Compañías Codificada. Art. 337).

- NO ALTERACION EN LA ESTRUCTURA SOCIETARIA.-

“Aquí no se produce la confusión patrimonial que ocurre en la fusión, sino que los patrimonios permanecen independientes” (Molina Sandoval, Carlos, 2010, pág.340).

Por lo general se unen, llegan a un acuerdo las empresas para prestar sus servicios la una a la otra, tratando de beneficiarse de alguna forma, ya que individualmente podría ser muy costosa la

realización de diversas actividades, uniendo sus conocimientos, entre otros para lograr un objetivo que logre satisfacer a las empresas.

Esto se puede llegar a dar básicamente entre empresas que sus directivos tienen cierta confianza con la otra, ya se refiere a relaciones estrictamente personales que generan la suficiente confianza como para poder realizarlo.

2.5.- LA ESPECIAL DIFICULTAD DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LA COMPETENCIA AL FENÓMENO DE LA CONCENTRACIÓN.

La aplicación de las normas relativas a la competencia presenta especiales dificultades en este sector, porque:

a) Requiere muchas veces, complicados análisis económicos en torno a las condiciones existentes en el mercado, la conducta de las empresas, etc,

b) Obliga a las autoridades públicas a tomar decisiones de política económica, basándose en consideraciones de interés público y objetivos de bienestar social,

c) Trasciende los intereses de un solo Estado y aspira a conseguir objetivos económicos determinados a escala muy superior. (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1999, pág. 591).

Es evidente que el derecho de la competencia está íntimamente ligado a la economía, por los diversos análisis que se deben realizar de los actos que conllevan un efecto jurídico en el caso de estar en contra del interés general; por lo cual las autoridades deben estar preparadas para poder tomar decisiones que velen por el bienestar social y no solo que prevalezca el interés particular.

Las políticas de la competencia deben estar concatenadas con los lineamientos internacionales, para que de esta manera exista facilidad tanto para quienes quieren actuar en mercados extranjeros, así como también para que las empresas extranjeras puedan intervenir de manera segura en el territorio ecuatoriano, garantizando de esta forma la libre competencia a los mercados.

2.6.- Balance de la Concentración:

Es importante mencionar algunos aspectos positivos y negativos que puede producir una concentración, la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile en su obra Economía y Comercio en el Mercosur, explica que la concentración, en sí misma, no es ni mala ni buena.

a) Aspectos Positivos:

- Las empresas que forman parte de un gran mercado común, con gran cantidad de consumidores, tienen que asumir nuevas estrategias, pues un gran mercado también requiere grandes empresas;
- Tienen la envergadura necesaria para enfrentar en mejores condiciones a la competencia internacional;
- En la mayoría de los casos la experiencia ha demostrado que la competencia en los mercados internacionales es consecuencia de la competencia en los nacionales.

b) Aspectos negativos:

El fenómeno de la concentración conduce a:

- Un aumento del tamaño de las empresas,
- Una disminución correlativa de su número,

- Riesgos específicos en materia de empleo. (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1999, págs. 587 y 588).

Como se puede apreciar la concentración causa tanto efectos positivos como negativos dentro de la competencia, entre los primeros se puede citar que las grandes empresas siempre están buscando nuevas estrategias, buscan innovar siempre el mercado para poder mantenerse como tales, teniendo la capacidad de estar a la altura de cualquier empresa internacional.

Como efectos negativos es evidente que al aumentar cada vez su posición de dominio dentro de un mercado y aumentar su tamaño como empresas van a lograr que sociedades pequeñas salgan del mercado, lo cual podría tener como consecuencia la formación de monopolios, logrando afectar al consumidor.

De lo expuesto se deduce que lo fundamental es tener un control sobre las actuaciones de las empresas, y no se debe olvidar que es el Estado a quien le corresponde mediante su órgano de control la tarea de vigilar y reprimir los ilícitos que se den dentro de la competencia; de igual manera es tarea del Estado dejar que las empresas puedan alcanzar su dimensión óptima, para que de esta forma pueda ofrecer mejores bienes y servicios al consumidor, sin afectar al resto de competidores.

CAPITULO III

TOMA DE CONTROL

3.0.- LA NOCIÓN DE CONTROL.-

Para la presente investigación es vital tener claro lo que se entiende por Control, ya que es una de los términos más utilizados, para determinar si existe una concentración dice Blanco Ortiz que es clave comprender lo que es el control, las formas de tomar el control en una empresa, los elementos del control entre otros; menciona en su Manual de Derecho de Competencia lo siguiente:

“como la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa” (ORTIZ BLANCO, 2008, p. 282).

Esto es muy importante ya que mediante el control, al tener influencia en una o varias empresas es como se puede llegar a dar una concentración, ya sea esta porque existen directorios vinculados entre dos empresas, porque posee la mayoría de acciones, entre otros actos, por tomarlo como ejemplo, que pueden llegar afectar al resto de competidores, y que pueden ser lesivas para la competencia.

Como ya se lo ha venido diciendo a lo largo de esta investigación lo que se trata es de evitar que se llegue a tener una influencia decisiva que altere la estructura de control de una empresa, claro está si provienen de actos ilícitos que lo que quieren es afectar al resto de competidores.

Mucha de las veces las empresas abusan de su posición de dominio que poseen en el mercado para poder tener control y manejar a su antojo las actividades que se realizan dentro de un determinado mercado geográfico. Al tener control y si este es

manejado de mala manera lo que puede llegar a suceder es que exista una explotación que afectaría al consumidor.

Es muy importante lo que dice Carlos Molina Sandoval respecto al control, este menciona lo siguiente:

“Para que haya concentración económica es menester que haya control”. (MOLINA, Carlos, 2010, pág 345.)

Para que se pueda hablar de una concentración debe existir control, es esencial que exista esto, ya que mediante la toma de control llegan a influir dentro de las decisiones que son importantes dentro de una empresa con lo cual llegan a producirse actos que alteran la libre competencia.

A través de la Fusión y adquisición por lo general es que llegan a tener más control del mercado, ya que pueden existir acuerdos anticompetitivos, que posteriormente les permiten participar conjuntamente a estas empresas fusionadas con la intención de afectar a las empresas pequeñas que no han logrado posicionarse en el mercado, de igual forma a las nuevas empresas que intentan ingresar en el mercado, poniendo barreras de entrada que traten de impedir de alguna manera su participación, por lo que se debe evitar que se sigan realizando actos tendientes a producir prácticas lesivas a la libre competencia.

Es importante citar lo que dice Mauricio Velendia en su obra Derecho de competencia y consumo; dice:

“El control es la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.” (VELENDIA, Mauricio, 2011, pág.238).

Como ya se lo ha venido diciendo mediante el control se puede llegar a influenciar de manera directa o indirecta en las decisiones que son importantes para una empresa, alterando de cierta manera las actividades que se dedica una empresa, con lo que se llega a afectar al resto de competidores, ya que la finalidad de quienes mantienen el dominio sobre ciertos socios de una empresa es alterar la competencia dentro de un mercado para buscar su beneficio personal.

De igual manera es vital lo que menciona el mismo autor respecto del tema en referencia, este dice que “para tener control de una empresa no es necesario controlar todas sus decisiones, ni mucho menos su actividad diaria, basta controlar alguna o algunas de las decisiones fundamentales, las llamadas decisiones estratégicas”. (VELENDIA, Mauricio, 2011, pág.239). Como se puede ver no es necesario estar vigilando a una empresa todos los días, ni saber todas las actividades que realiza, lo importante es controlar las decisiones más importantes de una empresa, las llamadas decisiones estratégicas.

3.1.- DECISIONES QUE DEBEN SER OBJETO DE CONTROL.

Para poder controlar una empresa no es necesario estar todos los días haciendo un seguimiento de todos sus actos, tampoco estar enterado de todas las decisiones que toman, lo importante como lo dice Blanco Ortiz en su Manual de Derecho de Competencia es que:

“basta con controlar alguna o algunas de las decisiones fundamentales, las llamadas decisiones estratégicas”.

Sería muy complejo tratar de saber todo lo que realiza una empresa, saber su gestión diaria es casi imposible, pero saber las actividades más trascendentales que realiza esta empresa

permitiría tener de alguna manera cierto control sobre aquella, como ya se lo dijo anteriormente.

Para Blanco Ortiz las decisiones que pueden ser relevantes son principalmente las relativas al:

- Presupuesto
- Planes anuales de negocios (business plan).
- Inversiones
- Facultades para nombrar personal directivo o miembros del Consejo de Administración.

Siempre y cuando estas no se limiten a *“meras declaraciones generales sino que detallen los objetivos y las acciones programadas para conseguirlos”*. (ORTIZ BLANCO, 2008, pág. 282).

Es importante tener en cuenta lo que dice el autor ya citado, ya que estas son las decisiones que para él son las más importantes, para poder conocer cuáles pueden ser las decisiones estratégicas que pueden llegar a permitir que tome el control de una empresa, ya que es difícil conocer todas las actividades diarias de una compañía; al saber las principales decisiones que va a tomar una empresa es como se puede de alguna manera evitar que se den abusos.

Al tener la información sobre su presupuesto, inversiones que piensan realizar una empresa durante su plan anual se podría tener una idea general de que es lo que quiere llegar a lograr, cuáles son sus objetivos que tiene anualmente, para de esta forma tener una noción de lo que tal vez puede querer la empresa durante su año de actividades y mantener cierto control sobre ella.

Algo que parece muy importante son las facultades que puede llegar a tener dentro de una empresa los directivos, por ejemplo al

nombrar a los miembros del Consejo de Administración, ya que son quienes deciden todo lo referente a la empresa, y por lo regular quienes conforman este consejo son personas que pueden ser fácilmente manipuladas por el dueño o dueños de una empresa, estos de igual forma pueden ser parte de otros Consejos de Administración en otras empresas, con lo que tendrían facilidad de manipulación al tomar decisiones importantes, que lo que podría causar es afectar al resto de competidores, logrando tal vez sacarlos del mercado ya que aquellas decisiones pueden perjudicarlos directamente, afectando la estructura de la competencia, cambiando de manera significativa la organización de una empresa que es lo que se quiere evitar con el control previo de concentraciones.

3.2.- Principales actos con efectos estructurales sobre la competencia.-

Entre los principales actos que afectan de una u otra forma la estructura de la competencia, alterando la libre competencia tenemos los siguientes:

- a) "Fusiones;
- b) Compras de acciones u otras participaciones de capital por una sociedad competidora, abastecedora o cliente;
- c) Compra de los activos de una empresa por una sociedad competidora, abastecedora o cliente;
- d) Compras de acciones, participaciones de capital o activos por una persona que ejerce el control sobre otras empresas competidoras, abastecedoras o clientes;
- e) Sociedades holding;
- f) Participaciones recíprocas;
- g) Directorios u otros órganos de administración comunes;

- h) Operaciones en relación con los derechos políticos derivados de acciones u otras participaciones societarias;
 - i) Empresas conjuntas;
 - j) Formación de conglomerados;
 - k) Contratos de Administración y dirección".
- (CABANELLAS, Guillermo, 2005, pág. 10).

Es claro que estos son los principales actos que afectan la estructura de la competencia, a través de estos casos es que se llega a la toma de control de una empresa, ya que como se puede apreciar la mayoría lo que llegan a generar es un cambio duradero de la estructura de una empresa, con lo que se llegarían a producir concentraciones que pueden debilitar la competencia, incluso llegando a eliminar del mercado a algunos competidores.

Como ya se lo vio anteriormente la fusión es una de las formas más utilizadas para poder llegar a posesionarse dentro del mercado; la compra de acciones de empresas para poder tener participación dentro de aquella también es otra forma que se utiliza para poder tener más poder de mercado, ya que por ejemplo una persona que tiene acciones en la sociedad A y ostenta acciones de otra B, y ésta a su vez posee acciones de A, con lo que claramente las dos empresas tendrían poder de decisión en estas, logrando manipular a su antojo las diversas decisiones para poder mantenerse en el mercado con una significativa posición de dominio.

3.3.- ELEMENTOS DEL CONTROL:

Para la Facultad de derecho de la Universidad de Chile en su obra "Chile y el Mercosur en América Latina", son importantes tres elementos, los cuáles los mencionaremos a continuación:

- *Elemento subjetivo o personal:* este elemento se refiere a que debe existir una o más personas (natural o jurídica,

pública o privada) que antes de la operación poseían el control de al menos una empresa.

- *Elemento material u objetivo:* este puede consistir en cualquier título, contrato, adquisición de acciones, convenio, que lo que tiene como propósito es la toma de control de una empresa.

- *Elemento consecuencial:* esto tiene por objeto la toma de control de manera directa o indirecta sobre una parte o la totalidad de una empresa. (Facultad de derecho de la Universidad de Chile, 1999, págs. 608 y 609.)

Como se puede ver estos tres elementos son necesarios para configurar la toma de control de una empresa, ya que no hay que olvidar que el control es equivalente a poder, lo que quiere decir que tiene la capacidad de influenciar en las actividades una compañía, y de esta forma llegar a tener mayor dominio dentro de un mercado, con lo que se puede afectar al resto de empresas que se encuentran compitiendo dentro de un territorio, ya sea por medio de acuerdos, contratos o cualquier título que le otorgue la capacidad de tener influencia en las decisiones que se toman dentro la una empresa.

3.4.- CLASES DE CONTROL:

Existen dos clases de control, control interno y externo, los cuales se subdividen a su vez:

- Control interno:
 - De derecho.
 - De hecho.
 - Control directo e indirecto.

- Control externo:
 - De derecho.
 - De hecho.

3.5.-Control interno.-

Para Félix Nazar en su obra Defensa de la Competencia dice que existe control interno cuando se produce desde el “interior de la sociedad, que resulta de participaciones financieras, de la participación mayoritaria (51%) en el capital de la sociedad controlada” (NAZAR, Félix, 2001, págs. 54 y 55). Como se lo ve este tipo de control se lleva a cabo desde adentro de la misma empresa, esta se da cuando posee la mayoría de las participaciones lo cual le permitirá ejercer cierta influencia en las decisiones que son importantes sobre la sociedad controlada, permitiéndole cambiar las actividades de esta para poder beneficiarse de alguna manera.

-De Derecho.- “Llámesese control interno de derecho o mayoritario al que está ejercido por el titular de los votos suficientes para predominar en la reunión del órgano deliberativo.” (Molina Sandoval, 2010, pág.347).

Como es evidente este tipo de control se lo da cuando este tiene la capacidad de tomar ciertas decisiones o imponer su voluntad, lo cual ha adquirido por poseer la mayoría de acciones o participaciones dependiendo de la compañía, dentro de las juntas que se realizan en las empresas, teniendo el poder de implementar o eliminar determinadas cosas según lo crea, básicamente llegando a imponer su voluntad respecto del resto.

Es decir el socio debe tener una mayoría absoluta y de derecho respecto del resto de socios de una compañía para que se pueda dar un control interno de derecho, que sus decisiones puedan predominar.

-De hecho.- “se configura la relación de dominación cuando la controlante no posee la mayoría de capital o de los votos, pero sí una participación suficiente para que, en los hechos, prevalezca en

las decisiones” (Manóvil,1998, pág.305). En este tipo de control puede ya no poseer la mayoría absoluta respecto del resto de socios, pero si debe seguir ostentando cierto poder para que sus decisiones puedan prevalecer.

De igual manera se puede entender este tipo de control interno como también dice otro autor, “aquel que se ejerce de hecho por la efectiva concurrencia y votación en las asambleas o reuniones a las cuales se toman las decisiones” (Alegría, 1978, pág.305). Esto se llega a dar cuando existe de una u otra forma un ausentismo de una parte de los socios, pero en la cual están presentes los socios que aunque tengan una minoría pueden llegar a tomar decisiones respecto a la compañía. Aquí ya no se perfecciona como en la de derecho que se necesita poseer una mayoría absoluta y de derecho, sino que basta con que se produzca “de hecho” tal poder de decisión que permita llegar a decidir respecto de algún tema.

-Control directo e indirecto.- “mediante quien se ejecute, si se ejerce directamente por el sujeto controlante será, valga de redundancia, directo; si se concreta mediante personas interpuestas, también controladas, será indirecto” (Molina Sandoval, 2010, pág. 348).

Esto se puede dar en todos los tipos de control, sea este interno o externo, como también en los de hecho y derecho.

De igual forma aquí como se puede ver se puede dar de forma directa o indirecta, dependiendo de quién lo llegue a ejecutar, si llega a suceder por quien tiene la mayoría absoluta o cierto poder de decisión dentro de su compañía es directa; de manera indirecta es cuando tiene a ciertas personas dentro de una empresa sobre las cuáles tiene cierto poder de manipulación para hacerles que lleguen a tomar ciertas decisiones que tengan como objeto lograr un beneficio para su empresa.

3.6.- Control externo:

“Este tipo de dominación se diferencia notablemente del interno, ya que la participación accionaria no juega ningún papel preponderante y es más difícil determinar la existencia de control” (Junyent Bas & Molina, 2009, pág.298). En este tipo de control ya no es importante el nivel de participación que tienen los socios en una compañía, por lo cual se hace más complicado determinar si existe o no un control por parte alguien que posee posición de dominio que lo finalmente podría acarear actos lesivos a la libre competencia.

Como explica el mismo autor anteriormente citado, tiene mucho que ver los “ligámenes contractuales”, las relaciones contractuales, de una empresa con otra, que de cierta manera podrían alterar la actividad de una compañía, de igual forma dice que debe ser “duradera y completa” esta relación, para de alguna manera probar que tiene algún tipo de influencia dominante sobre la administración de cierta compañía.

De igual forma Félix Nazar habla sobre el control externo, este dice:

“Hay control externo cuando una sociedad se halla subordinada a otro sujeto de derecho, que ejerce sobre ella su poder imponiéndole su voluntad obligatoriamente, lo cual supone la presencia de al menos dos sujetos de derecho y una situación de subordinación económica”.(NAZAR, Félix,2001, pág. 56). Esto se da cuando una empresa posee dominio sobre otra, ya sea porque estas poseen un contrato o cualquier otro medio que los faculte para poder imponerles su voluntad a la sociedad controlada, de igual forma es claro que existe un interés por parte de la empresa que se encuentra subordinada, ya que no va a dejar que tengan influencia en sus decisiones sin lograr sacar algún beneficio.

-De derecho: “Es el ejercido en virtud de contratos celebrados entre la sociedad controlante y una sociedad controlada que faculta a la sociedad controlante para impartir instrucciones al directorio u órgano de administración de la sociedad controlada, instrucciones que deben ser acatadas” (Otaegui, 1984,pág.80).

Como claramente lo explica Otaegui, la sociedad que posee el control mediante ciertos contratos que facultan a ésta tendrá la capacidad de dar instrucciones al directorio de otra empresa para de esta manera poder generar beneficios que lo que tienen como fin es abusar de su posición de dominio y de cierta manera afectar al resto de competidores.

Con lo que no se estaría respetando al resto de competidores, por lo cual es necesario el control previo para poder determinar si los acuerdos que llegan dos o más empresas son lícitos y que no afecten a quienes actúan como agentes económicos dentro de un mercado y de cierta manera al consumidor.

-De hecho: “no tienen como objeto directo el ejercicio del control, pero surgen relaciones intersocietarias que subordinan algunos sujetos a otros” (Molina Sandoval, 2010, pág. 350).

Este tipo de control externo de hecho puede provenir o no de una vinculación contractual, ya que como su nombre lo dice se pueden producir “de hecho”; pero que si llegan a darse de ciertas relaciones que pueden producirse entre una empresa con otra, que de una u otra manera le da la capacidad de mando o de dirección sobre algunas decisiones que debe tomar el órgano de administración de la compañía, para de cierta manera poder beneficiarse.

Como se ha visto estos tipos de control lo que quieren llegar a lograr como fin es tener un poder, una capacidad de mando sobre las decisiones que se toman en las compañías, para lograr de

cierta manera tener un poder significativo en el mercado y poder actuar de manera individual del resto de competidores; y hay que tener claro como ya se lo dijo al comienzo de este capítulo que para que exista una concentración es menester que haya control, con lo que se podría llegar a producir actos lesivos a la libre competencia.

De igual forma es importante citar la clasificación que da Ortiz Blanco en su Manual de Derecho de la competencia, para este autor existen dos formas de poseer el control en una empresa, a) adquisición de control exclusivo y b) adquisición de control conjunto. (ORTIZ BLANCO, Luis, 2008, pág. 288 y 289).

A) Adquisición de control exclusivo.- este tipo de control se puede llegar a obtener cuando “una empresa adquiere la mayoría del capital social y de los derechos de voto de una sociedad”, es decir cuando un socio posee la mayoría de participaciones dentro de una empresa, con lo que las decisiones de este por su dominio sobre los demás al poseer la mayoría de votos prevalecerán sobre los demás.

Este también puede tener el control exclusivo cuando “sin poseer la mayoría del capital social, se poseen derechos que permiten al accionista (aun siendo minoritario) determinar la estrategia competitiva de la empresa afectada o determinar su política comercial”, esto se da cuando las acciones de una empresa son dispersas, que son varios los que poseen los porcentajes dentro de una empresa.

B) Adquisición de control conjunto.- este control se llega a dar cuando “ los accionistas deben llegar a un acuerdo para poder adoptar decisiones importantes que afectan a la empresa controlada, es decir, cuando las

empresas propietarias de las acciones tienen poder para bloquear de forma individual o colectiva las decisiones que afectan a la conducta de la empresa en el mercado”, es decir cuando se toman decisiones en común acuerdo, cuando existe un pacto entre los accionistas para poder realizar varias actividades que les beneficie, que sean de interés común, las empresas cooperan entre ellas para lograr objetivos de manera más fácil.

3.7.- LA NOTIFICACION.

Este paso es muy importante en legislaciones como la colombiana y argentina, las cuales se analizarán lo que nos dicen respecto a este tema; para Félix Nazar la notificación se trata de:

“una declaración por medio de la cual se puede llegar a obtener una especie de acreditación acerca de que el acto no afecta la competencia”. (NAZAR, Félix, 2001, pág.57.)

Es muy importante ya que se necesita de una autorización para poder realizar ciertas actividades, algunas podrían resultar que son sancionables, así como también podrían ser admitidas, esto le compete analizar a la autoridad competente, quien evaluara si aprueba o no ciertos actos siempre y cuando no sean lesivos para el resto de competidores y peor aún para el consumidor; posteriormente se verán cuales son las operaciones que deben ser notificadas y cuales pueden quedar exentas de notificación.

De igual forma menciona Mauricio Velendia que a nivel mundial existen dos clases de avisos: uno que se presenta antes de adelantar la operación y otro que se presenta después de la operación, en el caso de la legislación colombiana las operaciones deben ser avisadas antes de su realización, ya que como lo dice el mismo autor al conocer el Estado puede estudiar sus implicaciones

y decidir objetarla, condicionarla o aprobarla. (VELENDIA, Mauricio, 2011, pág. 240). Este aviso debe realizarse de manera obligatoria en Colombia, ya que si no dan aviso de la operación que van a realizar esta se declara nula, y no podrán efectuarla.

El Estado es quien realiza un estudio previo de la operación que se va a realizar por parte de una empresa, con la finalidad de detectar los efectos que puede llegar a ocasionar que se produzca esa operación, y si llegan a determinar que pone en peligro el interés general de quienes compiten en el mercado, el Estado procederá a prohibirla, caso contrario permitirá que se realice.

3.8.- OPERACIONES QUE DEBEN SER NOTIFICADAS:

No se debe olvidar lo que dice Mauricio Velendia, este menciona que “La clave para determinar si en realidad existe una concentración es definir la reducción de competidores como consecuencia de una operación” (VELENDIA, Mauricio, 2011, pág.241.)

Como ya se lo ha visto anteriormente lo que mucha de las veces las empresas que poseen una posición de dominio marcada respecto del resto de competidores es sacar del mercado a empresas que presenten una amenaza para sus actividades, para de esta manera tener mayores beneficios resultantes de sus negocios. Pero hay que tener en cuenta que no solo la reducción de competidores determina si existe una concentración, esta también puede darse sin sacar del mercado a una empresa; entonces es importante determinar que tanto aumenta su participación dentro de un mercado, para esto es que es importante el control previo para evitar abusos y tener una competencia libre de conductas lesivas para el resto de agentes económicos.

Para el mismo autor, Velendia, existe un catálogo casuístico que ayudara a determinar si existe una concentración:

- “Operación entre empresas cuya consecuencia es la eliminación de un competidor;
- Operación entre empresas cuya consecuencia es el aumento de participación de las empresas resultantes;
- Operación cuya consecuencia es la administración conjunta de empresas;
- Operación cuya consecuencia es la agrupación de la cadena de producción o de valor dentro de una misma empresa;
- Operación que congrega la distribución de productos principales o sustitutos;
- Operación que agrupa empresas productoras de insumos productivos con empresas productoras de bienes finales;
- Operación que genera control de la cadena de distribución.” (VELENDIA, Mauricio, 2011, págs. 241 y 242.)

Como se puede ver son básicamente algunas de los actos que ya se ha analizado, es importante insistir en la relevancia de estos ya que son los principales actos que mencionan algunos tratadistas pero que a la final persiguen lo mismo; todos han hablado de estos actos ya que son los que se producen con más frecuencia dentro de un mercado, y lo que generan es conductas que no permiten una libre competencia.

3.9.- OPERACIONES EXENTAS DE NOTIFICACION:

En la legislación argentina existen varios actos que no tienen que ser notificados, a continuación se cita los que considera más relevantes Félix Nazar en su obra Defensa de la Competencia:

a) “Las adquisiciones de empresas de las cuales el comprador ya poseía mas del cincuenta por ciento de las acciones;

b) Las adquisiciones de bonos, acciones sin derecho a voto o títulos de deudas de empresa;

c) Las adquisiciones de una única empresa por parte de una única empresa extranjera que no posea previamente activos o acciones de otras empresas en la Argentina;

d) Adquisiciones de empresas liquidadas que no hayan registrado actividades en el último año” ;(NAZAR, Félix, 2001, págs. 60 y 61).

Como se puede ver es claro que en algunas de estas situaciones ya poseía el control de la empresa, como por ejemplo al tener más del cincuenta por ciento de las acciones es evidente que puede tomar decisiones que son vitales para la empresa, de igual forma al poseer acciones sin derecho a voto no está facultado para intervenir en decisiones que serán cruciales dentro de una compañía.

CAPITULO IV

BREVE ANALISIS DE LA LEY ORGANICA DE REGULACION Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO

Es de vital importancia realizar un análisis de esta nueva ley, que entró en vigor desde el 13 de Octubre del 2011, Registro Oficial No.555, la cual contiene 93 artículos dividido en 7 capítulos, posee 6 disposiciones generales, 23 disposiciones reformatorias y derogatorias, 6 transitorias y una final.

El desarrollo de ésta investigación se ha centrado en lo referente al control de operaciones de concentración; se aborda aspectos específicos relacionados con las concentraciones, toma de control, autoridad competente, órgano regulador de la competencia, notificación, sanciones, entre otros que se derivan del tema.

4.1.- Operaciones de Concentración Económica:

El artículo 14 de esta Ley nos da una noción de lo que se entiende por concentración, menciona que es el cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos; es importante citar lo que dice Félix Nazar, quien indica que en la Ley Argentina en el Artículo 6, se da un concepto de concentración, se entiende que hay concentración en “la toma de control de una o varias empresas”, como se ha lo ha venido tratando a lo largo del desarrollo de esta investigación es clave que exista toma de control para poder entender que se va a producir una concentración; es positivo la inclusión de esta normativa en la legislación ecuatoriana, ya que se evitar que se produzcan actos que son lesivos para la competencia, con lo citado se puede apreciar que es básicamente lo mismo tanto en la ley ecuatoriana

como en la argentina, estos son los q términos que utilizan para conceptualizar la concentración.

En el mismo artículo 14 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, señala algunos actos que llegan a producir una concentración; tales como:

- a) “La Fusión entre empresas u operadores económicos.
- b) La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante.
- c) La adquisición, directa o indirecta, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma.
- d) La vinculación mediante administración común.
- e) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico”.

Al realizar una comparación con la legislación argentina se nota que es muy similar el texto con la Ley ecuatoriana, por lo cual Félix Nazar en el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia Argentina menciona los actos por medio de los cuales se puede realizar una toma de control:

- a) “La fusión entre empresas;
- b) La transferencia de fondos de comercio;

c) La adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre misma;

d) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa”.

Ninguna de estos actos, se debe tener muy claro serán prohibidos si no afecta a la competencia, restringiéndola o distorsionándola, perjudicando el interés económico general. (NAZAR, Félix, 2001, pág.45). Como se puede apreciar es prácticamente lo mismo tanto en la ley ecuatoriana como en la argentina, lo único que se puede decir de alguna forma, podría tener un poco de diferencia, es que en la Ley de control de poder de mercado en el literal d), habla de manera específica sobre la vinculación mediante administración común, que es cuando un socio es parte del órgano administrador de dos empresas que tienen actividades en común, le pone énfasis al mencionar esto, en cambio en la argentina es más general.

Estos tipos de concentraciones ya se encuentran explicadas en el capítulo II de esta investigación por lo cual solo se hace una comparación y no se explica cada uno de estos actos.

Algo negativo en la enunciación del artículo 14 de la Ley de Control de Poder de mercado es que es muy taxativa, es decir que no podrían haber más actos jurídicos que los establecidos por la

Ley que configuren una concentración, deberían existir mas supuestos sancionables que según la ley puedan llegar a formar una concentración, ya que limitan a la autoridad a basarse solo en los actos que la Ley los establece como una concentración, son errores que se puede apreciar tanto en nuestra Ley como en la argentina.

Se debe de igual forma recordar cómo se puede originar una concentración según Félix Nazar:

- a) La concentración se puede originar en vínculos de derecho (contratos).
- b) En materia de derecho de sociedades, la fusión ofrece una solución que jurídicamente se observa como la más clara para la concentración, respecto de la figura de transferencia de fondo y en relación con las situaciones de control societario cabe decir lo mismo.
- c) Estos pueden dar lugar a violaciones a la competencia, mediando uniones que afecten el mercado y a la sociedad.

De igual manera a esto se le dio más énfasis en el capítulo III de esta investigación.

Cabe recalcar lo que nos dice en el Reglamento de Aplicación de esta ley, en su artículo 12, que nos habla del control, “A efectos del artículo 14 de la Ley, el control resultará de contratos, actos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia sustancial o determinante sobre una empresa u operador económico. El control podrá ser conjunto o exclusivo.”(Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado).

Operaciones que no constituyen concentración económica.-

Para efectos de la aplicación del artículo 16 de la Ley, el reglamento nos menciona los actos que no tendrán la consideración de concentración económica:

“La tenencia, con carácter temporal de acciones, participaciones o derechos fiduciarios, por parte de entidades cuya actividad normal incluya la transacción y negociación de títulos por cuenta propia o por cuenta de terceros, que hayan sido adquiridos para su reventa, siempre y cuando los derechos de voto inherentes a esas acciones, participaciones o derechos fiduciarios no se ejerzan con objeto de determinar el comportamiento competitivo del operador económico sino con el fin de preparar la realización de sus activos o la realización de las acciones, participaciones o derechos fiduciarios, y siempre que dicha realización se produzca en el plazo de un año desde la fecha de la adquisición. Con carácter excepcional, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá ampliar ese plazo previa solicitud, cuando dichas entidades o sociedades justifiquen que no ha sido razonablemente posible proceder a la realización en el plazo establecido.

Cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato conferido por la autoridad pública con arreglo a la normativa relativa a la liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedores u otros procedimientos análogos.

Cuando el control lo adquiera una persona en virtud de la aplicación de procedimientos de incautación u otros de carácter administrativo, de conformidad con la ley. (Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado).

4.2.- Control y regulación de concentración económica:

De este tema nos habla en el **artículo 15** de nuestra Ley de control de poder de mercado, nos dice: que están obligadas a ser examinadas, reguladas, controladas, y de ser el caso, intervenidas o sancionadas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado las operaciones de concentración económica que están obligadas a notificarse, lo que es un gran avance para nuestra legislación ya que antes no teníamos una normativa que regule, examine los actos que son realizados por los agentes económicos que actúan dentro de un mercado.

Si una operación de concentración crea, modifica, o refuerce el poder de mercado la Superintendencia de Control de Poder de Mercado podrá denegar o determinar medidas o condiciones para que la operación se lleve a cabo, dando la alternativa a los empresarios de poder cambiar un acto para que este no afecte al interés general, que es lo que el derecho de competencia busca, que no se altere la estructura del mercado.

Para Mauricio Velendia hay dos situaciones que reflejan cuando debe avisarse una operación, estos son:

- 1.- Por el monto de ingresos de las empresas en el último año, o
- 2.- Por los activos de las empresas que participan en la operación. (VELENDIA, Mauricio, 2011, pág. 237).

Por lo tanto deberán ser avisadas las operaciones que en activos o en ingresos lleguen a sumar cierto volumen de negocio que es definida por Junta de Regulación como lo veremos más adelante.

De igual forma el Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado en su artículo 4 nos da los criterios generales de evaluación; esta dice: “ La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para

determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios”(Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado).

4.3.- Notificación de concentración: artículo 16.-

¿Qué se entiende por Notificación? Es necesario recordar que, “se trata de un deber, contenido dentro de una norma de orden público, por ende de obligatorio cumplimiento, estando por fuera del poder dispositivo de las partes” (VELENDIA, Mauricio, 2011, pág. 240), quedando obligadas las partes a notificar ciertas actividades, garantizando de esta manera un libre mercado, entendiéndose a libre mercado como aquel en el que no existen restricciones que afecten a las decisiones de los productores o los consumidores.

Están obligados a notificar sus actuaciones los operadores económicos involucrados en operaciones de concentración, horizontales o verticales, que se realicen en cualquier ámbito de la actividad económica; ya que son las formas más habituales de llegar a darse una concentración, con lo que la autoridad podrá admitir o denegar el permiso para poder realizar una operación.

Consulta previa a la notificación: este tema es muy valioso en el nuevo reglamento, ya que en el artículo 24, con carácter previo a la presentación de la notificación, podrá formularse consulta a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado sobre:

“Si una determinada operación es una concentración económica de las previstas en el artículo 14 de la Ley.

Si una determinada concentración supera los umbrales mínimos de notificación obligatoria previstos en el artículo 16 de la Ley” (Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado). Dando así a las empresas la facultad de poder acudir a la autoridad para poder determinar si es o no una concentración la operación que va a realizar.

4.4.-CONDICIONES QUE DEBE CUMPLIR PARA QUE SEAN NOTIFICADAS:

En el mismo artículo 16 menciona las condiciones, que son las siguientes:

- a) Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación.
- b) En el caso de concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica , y que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

Cabe mencionar lo que nos dice el reglamento de lo que se entiende por Volumen de negocios, en su artículo 5, dice: “Se entiende por volumen de negocios total de uno o varios operadores económicos, la cuantía resultante de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por los mismos, durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias,

previa deducción del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos al consumidor final directamente relacionados con el negocio”(. Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado)

Si no cumple con estas condiciones no deberá pedir autorización por parte de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, sin embargo esta podrá solicitar de oficio o a petición de parte notifiquen en los términos establecidos.

Las operaciones deberán ser notificadas para su examen previo, en el plazo de 8 días contados a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo.

En la legislación argentina deben ser notificados los actos cuando la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supere en el país la suma de doscientos millones de pesos, deberán ser notificadas para su examen previamente o en el plazo de una semana a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo ante el Tribunal de Defensa de la Competencia.

¿Qué debe constar en la Notificación?

- Debe realizarse por escrito,
- Acompañada del proyecto del acto jurídico de que se trate,
- Incluir los nombres o denominaciones sociales de los operadores económicos o empresas involucradas,
- Sus estados financieros del último ejercicio, su participación en el mercado y los demás datos que permitan conocer la transacción pretendida.

Esta notificación debe ser realizada por el absorbente, el que adquiere el control de la compañía o los que pretendan llevar a cabo la concentración. (Artículo 16.)

4.5.- Operaciones exentas: artículo 19.-

Se encuentra exentas de notificación en la Ley las siguientes operaciones:

- a) Las adquisiciones de acciones sin derecho a voto, o de bonos, obligaciones o cualquier título convertible en acciones sin derecho a voto.
- b) Adquisiciones de empresas o de operadores económicos liquidadas o aquellos que no hayan registrado actividad en el país en los últimos tres años.

De igual forma es similar a la legislación argentina, que ya fue revisada en el capítulo III de esta investigación, en el punto 3.9; en lo que se diferencia, es que pone énfasis al decir, que está exento de notificación las adquisiciones de empresas de las cuales el comprador ya poseía más del cincuenta por ciento de las acciones (Ley Argentina), lo cual es muy valioso, ya que es claro que al poseer este porcentaje de participaciones tiene el control de la empresa. También hace referencia y cambia con nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado la legislación argentina, al hablar de adquisiciones de empresas liquidadas, ya que en la argentina no tiene que registrar actividades en el último año, mientras que en nuestra Ley no tiene que hacerlo en los últimos tres años.

4.6.- Decisión de la Autoridad y términos: artículo 21.-

En los casos sometidos a notificación, la Superintendencia, por resolución motivada, deberá decidir dentro del término de sesenta (60) días calendario de presentada la solicitud y documentación respectiva:

- a) Autorizar la operación;

- b) Subordinar el acto de cumplimiento de las condiciones que la misma Superintendencia establezca; o,
- c) Denegar la autorización.

El término establecido en este artículo podrá ser prorrogado por una sola vez, hasta por sesenta (60) días término adicionales, si las circunstancias del examen lo requieren.

Si no se ha emitido una resolución, transcurrido el término de sesenta (60) días, la operación se tendrá autorizada tácitamente (Silencio Administrativo), surtiendo los mismos efectos legales que la autorización expresa. (Artículo 23)

En la legislación argentina en su Ley de Defensa de la Competencia establece prácticamente lo mismo, en lo que radica la diferencia es en los días que se da la resolución motivada, ya que como lo dice en su artículo 13 deberá decidir dentro de los cuarenta y cinco (45) días una vez presentada la solicitud y documentación respectiva.

4.7.- Impugnación: artículo 24.-

Nos habla que podrán ser impugnadas las concentraciones que hayan sido notificadas y autorizadas, posteriormente en sede administrativa, en base a información y documentación verificada por la Superintendencia, por ella misma o quien tenga interés en ello, solamente cuando dicha resolución se hubiera obtenido en base a información falsa o incompleta proporcionada por el solicitante, sin perjuicio de acciones civiles y penales correspondientes.

Esto es algo positivo, ya que si se ha verificado que se proporciono información falsa o a su vez incompleta para poder lograr una autorización se debe dejar sin efecto los actos que

fueron permitidos por la Superintendencia, y darle la sanción correspondiente.

En la legislación argentina es similar este tema de la impugnación, en su artículo 15, con lo que se puede ver que nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado y la Ley de Defensa de la Competencia de Argentina tiene muchas similitudes, ya que en casi todos sus artículos dicen prácticamente lo mismo.

CONCLUSIONES:

- El Derecho de competencia nace en los Estados Unidos, con el derecho antitrust que aparece con rasgos propios con la Ley Sherman de 1890, convirtiendo la idea de que, todo operador que desarrollaba una actividad en el mercado tenía el derecho de competir; cambiándola a esta, de que competir ya no solo es un derecho, sino también que se convirtió en una obligación, esto con la finalidad de que el mercado funcione correctamente, ya que el fin no es la protección del empresario competidor, sino garantizar el funcionamiento competitivo del mercado, que existan reglas claras para poder actuar en determinados territorios, alcanzando de esta forma el dinamismo y el fin de justicia que busca el derecho.

- El derecho de competencia es una de las ramas del Derecho, que como se ha estudiado a lo largo del desarrollo de esta investigación, busca que el mercado donde compiten los agentes económicos se encuentre en equilibrio, en el cual exista una seguridad para poder intercambiar bienes y servicios, buscando siempre que las empresas logren alcanzar sus objetivos, garantizando de esta manera una estructura de mercado eficiente, que lo que tiene como fin es el bienestar del consumidor.

- Las conductas que hemos analizado, como las concentraciones horizontales, verticales, conglomerado, las diversas formas de toma de control de una empresa, entre otras, que se llegan a dar entre los diferentes agentes económicos que actúan en un mercado, con el objeto de restringir, impedir la libre competencia, cuando estos se han producido con la finalidad de obtener el control de una empresa, es decir que sin poseer participación mayoritaria

(51%) dentro de una empresa, se une con otra para poder manejar a su antojo el mercado, esto se convertiría en una violación de los principios de la libre competencia, por eso la necesidad de controlar estos actos, para que de esta manera ya no exista el abuso de empresas, que poseen una marcada posición de dominio respecto de los demás, que lo que buscan es sacar del mercado a cualquier competidor que presente una amenaza para ellos.

- Las concentraciones se efectivizan mediante actos los cuales tienen como fin el cambio de control de una empresa, estos producen efectos, que pueden llegar a ser anticompetitivos y por ello sancionable, es por eso la importancia del control previo, que evite se lleguen a producir concentraciones que afecten la competencia.
- Con la creación de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado se podrá advertir que concentraciones generarán más beneficios para el interés económico general que inconvenientes, sin olvidar que siempre debe prevalecer el interés general sobre el particular.
- Se debe tener en cuenta para verificar si existe o no una concentración en el mercado, como se lo vio en el capítulo II, tres factores sumamente importantes: nivel de participación, si existen o no buenos productos sustitutos, si hay o no facilidad de entrada en el mercado. Con lo que se podrá llegar a examinar que tan concentrado se encuentra un mercado, de igual forma es importante los efectos que acarrea que se llegue a producir una concentración, entre estos tenemos: efectos inmediatos que se dan al momento de producirse, ulteriores que son los efectos negativos que

llegan a darse al efectuarse una concentración, y económicos que van afectar tanto al consumidor como al resto de competidores, que a la final terminan afectando en la estructura del mercado.

- Para que se produzca una concentración es menester que haya cambio de control, como se lo vio en el capítulo III de esta investigación es necesario que exista control en una empresa por parte de otra, ya que de esta forma llegan a influir directa o indirectamente en las decisiones estratégicas de una compañía produciendo actos que llegan a ser lesivos para la competencia, siempre y cuando esta posea las participaciones suficientes como para poder manejar a su antojo las decisiones de las empresas.
- Con la nueva Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado lo que se trata es de controlar los excesos de los agentes económicos que actúan en un mercado, y sancionar dichos actos. Por lo cual es importante que la autoridad tenga un amplio conocimiento de los temas referentes a la competencia, ya que los mercados no funcionan de la misma manera y deberán realizar un análisis minucioso para poder llegar a determinar si existen prácticas lesivas a la competencia, para de esta manera se proteja tanto al consumidor como a la empresa y lograr un desarrollo económico.
- En el artículo 304 de nuestra Carta Fundamental, en su numeral 6 entre uno de sus objetivos de la política comercial, establece que se evitara las prácticas monopólicas y oligopólicas especialmente en el sector privado, por lo que es deber del Estado regular, controlar que se den este tipo

de prácticas que lo que llevan es a formar una concentración de poder por parte de las grandes empresas, siendo deber de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, lograr que no se den estos tipos de acto. Debe igual forma el Estado debe vigilar que se dé una asignación eficiente de recursos, que exista seguridad jurídica para quienes quieran invertir en un mercado, que no haya barreras de entrada, que se logre dar una competencia perfecta para que los consumidores puedan acceder a bienes y servicios de calidad.

- La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado en su sección cuarta de la concentración económica, recoge normativa importante, la cual era muy vital para nuestra legislación, nos habla de los diversos actos que se pueden llegar a configurar como una concentración, tales como la fusión, adquisición, transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante, vinculación mediante administración común o cualquier otro acto que le otorgue control o influencia determinante en la adopción de decisiones; con la implementación de esta normativa se está dando un avance muy significativo a nuestra legislación, protegiendo a quienes actúan como competidores en un mercado, esta sección de la Ley se asemeja mucho a la legislación argentina que tiene básicamente lo mismo en su Ley de Defensa de la Competencia.
- En el Reglamento de Aplicación de esta ley nos dice, que el control resultará de contratos, actos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia

sustancial o determinante sobre una empresa u operador económico. El control podrá ser conjunto o exclusivo.

- Las infracciones se clasifican en leves, graves y muy graves; por ejemplo no haber notificado una concentración requerida por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, o presentarla fuera del plazo previsto, ejecutar una operación de concentración sin la respectiva autorización, suministrar información falsa entre otros.

RECOMENDACIONES:

- Por tratarse de un tema en el cual se requiere de conocimientos tanto legales como económicos, es muy importante que el Superintendente de Control de Poder de Mercado, como las personas encargadas de analizar los diversos actos que se den dentro de la competencia, tengan un amplio conocimiento de estos temas. Los mercados funcionan de manera diferente en cada caso, por lo cual se deben analizar de manera individual para determinar si existen prácticas contrarias a la competencia.
- Se debe tomar como modelo, las resoluciones que se han dado en países que ya poseen normativa respecto al Derecho de Competencia, ya que en nuestro país es materia nueva todo lo referente a los diversos actos lesivos a la competencia que se dan dentro de un mercado.
- La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en su artículo 14 señala algunos actos que llegan a producir una concentración; tales como: la fusión, la transferencia de la totalidad de los comerciantes, adquisición, la administración común, cualquier otro acto o acuerdo que transfiera los activos o determine la adopción de decisiones. Por lo que la Ley es muy taxativa, es decir que no podrían haber más actos jurídicos que los establecidos por la Ley que configuren una concentración, deberían existir mas supuestos sancionables que según la ley puedan llegar a formar una concentración, dejando a la autoridad la libertad de interpretar que otros actos pueden llegar a formar una concentración que sea lesiva para la competencia, lo que se

está haciendo es limitando a la autoridad a basarse solo en los actos que la Ley los establece como una concentración, son errores que se puede apreciar tanto en nuestra Ley como en la argentina.

REFERENCIAS

ALEGRIA, 1978, pág.305

BAKER, Jonathan B. Ob. Cit. Pág. 10

CABANELLAS, Guillermo, (2005) “Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia”, tomo I, Editorial Heliasta SRL.

CABANELLAS, Guillermo, “Derecho Antimonopólico y de defensa de la competencia”, Editorial Heliasta 2005, Buenos Aires, Tomo I y II, pág. 10

CASTILLO, Fernando, (1993).

CEVALLOS VASQUEZ, Víctor; Nuevo Compendio de Derecho Societario, Tomo III, Pág. 744.

COLOMA, German, (2003) “Defensa de la Competencia – Análisis Económico Comparado, Editorial ciudad Argentina, primera edición.

CORROZA BAYLOS, Hermenegildo,(1978) “Derecho de la competencia económica”, Madrid.

Constitución de la República del Ecuador.

CISNEROS BURBANO, 2011, pág. 48

DIEZ CANSECO, Luis José. “*Política y legislación de la competencia*”. Boletín Latinoamericano de Competencia, No. 9, 1999. Unión Europea. Página 87.

Diccionario de la Lengua Española, (2005), Espasa-Calpe S.A, Madrid.

Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, (1999), pág. 591

JATAR, Ana Julia y TINEO, Luis. “Competition Policy in the Andean countries: a policy in search of its place”. Pág. 1).

Junyent Bas & Molina, 2009, pág.298.

Ley de Defensa de la Competencia Argentina.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

SALDARRRIAGA LOPERA, Gustavo. (1998) “Instrumentos de Análisis Económicos para el estudio de la Competencia”, el Navegante Editores. Bogotá, Colombia.

SAPELLI, Claudio, “Concentraciones y grupos económicos en Chile”, pág.67.

MANOVIL, 1998,pág 67.

MOLINA SANDOVAL, Carlos, (2010) “El control de concentraciones económicas en el régimen competitivo argentino”.

NAZAR ESPECHE, Félix, (2001)“Defensa de la competencia”, Editorial Depalma, Buenos Aires,.

NEILSON, Jaime. “Competencia Imperfecta y Poder de Mercado”

ORTIZ BLANCO, Luis, (2008) Manual de Derecho de la Competencia, p. 281.

OTAEGUI, 1984, pág.80.

Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

RODRIGUEZ MÍGEZ, José Antonio,(1993) “El control de las concentraciones económicas en España” Tomo XIV.

VELENDIA, Mauricio, 2011, pág.238